

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI DOTTORATO IN “DIRITTI E ISTITUZIONI”
CICLO: XXXV



**UNIVERSITÀ
DI TORINO**

**DETENZIONE, FRONTIERE, DIRITTI
LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE
NELLO SPAZIO EUROPEO**

**CANDIDATA
DOTT.SSA ELEONORA CELORIA**

**SUPERVISOR
PROF.SSA LAURA SCOMPARIN**

**COORDINATRICE DEL DOTTORATO: PROF.SSA ILENIA MASSA PINTO
Anno Accademico 2022-2023**

*I don't know where I come from
But they call me a refugee
I am imprisoned in Moria and deprived of my liberty
There are men, women and children, all desperate
Articulate will this phrase "we are prisoners"
This ceremony is not enough to make me smile
I long to be free, like Mohamed Ali in the ring.*

Hotspot di 'Moria', Lesbo, Grecia

ai detenuti e alle detenute che (r) esistono,
dentro la detenzione, nonostante la detenzione,
in ogni modo possibile

INDICE

INTRODUZIONE.....	10
-------------------	----

CAPITOLO I.....	24
-----------------	----

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA TRA INTERESSI SECURITARI E ARMONIZZAZIONE DELLE TUTELE

1. Introduzione. La detenzione come strumento funzionale alle politiche migratorie	24
2. Libertà di movimento e costruzione dello spazio Schengen.....	25
3. L'eupeizzazione delle politiche di asilo e di rimpatrio.....	29
4. La detenzione amministrativa nell'UE: l'inquadramento nelle fonti primarie	36
5. La detenzione dello straniero irregolare funzionale all'allontanamento: la centralità del principio dell' <i>effet utile</i> della Direttiva Rimpatri	39
5.1 I requisiti sostanziali della detenzione: principi generali vs. discrezionalità.....	40
5.2 L'(annosa) questione della durata del trattenimento.....	44
5.3 Effet utile della direttiva e sovrapposizione dei regimi detentivi.....	47
5.4 Habeas corpus (embrionale) e condizioni detentive (incerte)	51
6. La detenzione del richiedente protezione internazionale: circoscrivere o ampliare l'esercizio del potere coercitivo?	58
6.1 Il trattenimento funzionale all'esame della domanda di asilo	61
6.2 Il trattenimento del richiedente asilo in chiave preventiva	66
6.3 I tentativi di compromesso in materia di garanzie procedurali e modalità del trattenimento....	72
7. No man's land: la detenzione "in ingresso" e in frontiera, fuori dal perimetro di applicazione delle direttive?	77
8. Conclusioni. L'approccio ambiguo alla detenzione nel diritto UE.....	85

CAPITOLO II.....	91
------------------	----

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE. PRINCIPI SEDIMENTATI E TENSIONI IRRISOLTE IN UN'OTTICA DI TUTELA MULTILIVELLO

1. Introduzione. L'interazione tra la disciplina UE del trattenimento e il diritto alla libertà personale	91
2. La tutela multilivello dei diritti: il ruolo della Carta dei diritti fondamentali e il suo rapporto con la CEDU.....	95
3. Il diritto alla libertà personale della persona migrante nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	105
3.1 Borderline cases. La labile distinzione tra privazione e mera limitazione della libertà	106

3.2 L'articolo 5(1) lett.f) CEDU come <i>lex specialis</i> : tra principi generali, interessi statali e necessità della detenzione	110
3.3 <i>Is it a crime to seek asylum?</i> L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo sul trattenimento dei richiedenti asilo tra automatismi e involuzioni	118
3.4 Il rapporto tra articolo 5 e articolo 3 CEDU. I trattamenti inumani e degradanti durante la detenzione e la tutela delle categorie vulnerabili	124
3.5 Rimedi effettivi e garanzie procedurali in tema di detenzione	133
4. Verso la costituzionalizzazione del diritto alla libertà personale nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (?).....	140
4.1 Il punto di partenza: silenzio sui diritti fondamentali e incertezze in ordine ai presupposti sostanziali della detenzione	144
4.2 I principi attinenti all' <i>habeas corpus</i> dei migranti detenuti alla luce dell'articolo 47 Carta ..150	
4.3 L'articolo 6 Carta quale parametro interposto nella valutazione della legittimità della detenzione dei richiedenti asilo	157
4.4 Il riferimento alle norme della Carta nei casi «di frontiera»	164
5. Conclusioni. Gli standard europei in materia di libertà personale tra reciproche influenze e autonomia del diritto UE	171
 CAPITOLO III.....	177
LE NUOVE FRONTIERE DELLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA IN EUROPA: DALL'APPROCCIO HOTSPOT ALLE RIFORME IN CORSO	
1. Introduzione: le crisi, la frontiera, la detenzione	177
2. L'approccio <i>hotspot</i> nella gestione della mobilità tra soluzioni emergenziali e <i>informalità</i> strutturale.....	181
3. <i>Hotspots as a blindspot</i>. L'asimmetria delle tutele a presidio della libertà personale nei «punti di crisi».....	189
4. I primi tentativi di riforma della normativa vigente: il CEAS e la Direttiva Rimpatri	196
5. La trasformazione del regime detentivo nel Patto Europeo sulla Migrazione e l'Asilo	207
5.1. Il nuovo Regolamento sugli accertamenti in ingresso: se il diritto (non) occupa gli spazi di eccezione	210
5.2. Richiedenti asilo o migranti rimpatriandi? La detenzione in frontiera «senza soluzione di continuità».....	217
6. Una conclusione (parziale) e un rinvio: le implicazioni dell'istituzionalizzazione dell'approccio <i>hotspot</i>	224
 CAPITOLO IV.....	227
L'ATTUAZIONE DEL DIRITTO UE AL CONFINE MERIDIONALE: LA SINCRONIZZAZIONE DELL'APPROCCIO HOTSPOT CON I DISPOSITIVI DI DETENZIONE CONSOLIDATI	

1. Premessa: i confini di indagine. La detenzione amministrativa alla frontiera meridionale d'Europa.....	227
2. Italia. Il modello hotspot nell'impianto della detenzione amministrativa: un tassello irrinunciabile della 'filiera del trattenimento'	229
2.1. La storia della detenzione amministrativa in Italia all'insegna della sua specialità	229
2.1.1 <i>L'intervento della Corte Costituzionale: il trattenimento nell'alveo dell'art. 13 Cost.</i>	230
2.1.2 <i>La detenzione nel processo di securizzazione delle migrazioni, dai 'clandestini' ai richiedenti asilo</i>	232
2.2. La trasposizione del diritto secondario dell'Unione in materia di trattenimento	236
2.2.1 <i>L'impervio percorso di recepimento della dir. 2008/115/CE nell'ordinamento italiano</i>	238
2.2.2 <i>Tre esempi di recepimento 'virtuoso' della dir. 2008/115/UE: la centralità della giurisprudenza di legittimità</i>	241
2.2.3 <i>Il ruolo del diritto UE nel consolidamento del trattenimento amministrativo del richiedente protezione</i>	245
2.2.4 <i>Più detenzione e più diritti? Gli effetti contrapposti del recepimento delle direttive e le risposte degli operatori del diritto</i>	249
2.3. Il revival della detenzione amministrativa: le parabole evolutive, i luoghi, le funzioni	253
2.3.1 <i>L'Agenda europea e il suo ruolo nella «reinvenzione» del trattenimento amministrativo</i>	254
2.3.2 <i>Il d.l. 13/2017: l'ampliamento della rete dei centri di trattenimento (CPR)</i>	255
2.3.3 <i>Il d.l. 113/2018: l'ampliamento dei luoghi di trattenimento (hotspot, CPR, strutture idonee)</i>	258
2.3.4 <i>Il d.l. 130/2020: la svolta «manageriale» tra continuità e discontinuità con le precedenti riforme</i>	262
2.3.5 <i>Le funzioni del trattenimento: brevi riflessioni a partire dai dati numerici</i>	265
2.4. L'attuazione dell'approccio hotspot e le sue implicazioni sul diritto alla libertà personale	269
2.4.1 <i>La prima fase dell'approccio hotspot: atti di soft-law e incerte prassi applicative</i>	269
2.4.2 <i>La detenzione «in ingresso» nel vuoto normativo: la condanna della CEDU in Khlaifia</i>	272
2.4.3 <i>La copertura normativa all'approccio hotspot: una fuga dalla realtà</i>	275
2.4.4 <i>La Corte EDU si pronuncia sulla violazione della libertà personale in hotspot</i>	279
2.4.5 <i>L'attualità della sentenza J.A. and others di fronte alle recenti metamorfosi del dispositivo hotspot</i>	281
3. Grecia. La detenzione sistemica e gli incerti confini tra privazione e limitazione della libertà personale.....	289
3.1 L'eterogenea infrastruttura della detenzione amministrativa e le implicazioni sui diritti umani	289
3.1.1 <i>La fenomenologia dei centri: una evoluzione storica</i>	289
3.1.2 <i>I migranti (non) rimpatriabili e la loro criminalizzazione</i>	291
3.1.3 <i>Eterogeneità degli spazi detentivi e condizioni di trattenimento</i>	293
3.1.4 <i>L'habeas corpus migrante al vaglio delle Corti</i>	297
3.2 L'espansione (nel diritto e nella prassi) dei casi di trattenimento: recepimento delle Direttive o contrarietà con il diritto sovranazionale?	299
3.2.1 <i>L'accordo UE-Turchia come fil-rouge delle riforme</i>	300
3.2.2 <i>L'aumento esponenziale della detenzione dal 2016 in avanti: analisi dei dati disponibili</i>	304
3.2.3 <i>Lungo la slippery slope: successive riforme e la loro compatibilità con il diritto UE</i>	306
3.2.4 <i>Ancora: sulle irrisolte debolezze strutturali del sistema di tutela giurisdizionale</i>	310
3.2.5 <i>Una «longstanding policy of generalised immigration detention»</i>	313
3.3 Le «isole hotspot»: lo spettro delle misure incidenti sulla libertà personale.....	314
3.3.1 <i>La natura ibrida degli hotspot e il case-law della CEDU</i>	315
3.3.2 <i>Le forme di limitazione della libertà di movimento sulle isole</i>	319

3.3.3. <i>Il trattenimento de iure dentro e fuori i centri per il rimpatrio</i>	321
3.3.4. <i>Verso un modello uniforme di limbo giuridico: i «Closed Controlled Access Centres»</i>	323
4. Spagna. La «plasticità» della detenzione amministrativa: un approccio hotspot ‘de facto’?.....	330
4.1 I centri di detenzione nel meccanismo della deportazione: cornice giuridica, attuazione e garanzie	330
4.1.1. <i>Il trattenimento nel «dispositivo della deportazione»</i>	330
4.1.2. <i>La privazione della libertà migrante e la sua copertura costituzionale</i>	333
4.1.3. <i>Le garanzie in tema di condizioni detentive</i>	336
4.1.4. <i>L’impatto delle Direttive europee sull’istituto del trattenimento</i>	337
4.2 La realtà della detenzione tra efficientismo e dinamismo delle politiche migratorie	341
4.2.1. <i>Condizioni materiali di detenzione e tutela giurisdizionale</i>	342
4.2.2. <i>L’evoluzione del ruolo del trattenimento nelle prassi: la contrazione dei numeri e il simbolismo della detenzione</i>	344
4.3 L’avvento dei CATE tra incertezza normativa e contiguità funzionale con i CIE.....	349
4.3.1. <i>L’inaugurazione del modello «CATE» e l’evanescenza della cornice normative</i>	350
4.3.2. <i>Le procedure di identificazione e accesso alla domanda di asilo: parallelismi tra CATE e hotspot?</i>	352
4.3.3. <i>Un modello hotspot de facto e le implicazioni sulla libertà personale</i>	355
4.3.4. <i>Plurime forme di contenimento: il ruolo delle isole e la limitazione della libertà di movimento</i>	359
5. Conclusioni interlocutorie sulla detenzione, l’hotspot e la frontiera. Quali convergenze?	361
5.1 Le ‘interferenze’ tra diritto UE e sistemi nazionali	362
5.2 Le convergenze tra i sistemi nazionali: (nuove) frontiere in materia di limitazione della libertà	368
CONCLUSIONI	373
BIBLIOGRAFIA	378

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La detenzione. Le frontiere. I diritti. Delimitazione del campo di indagine; 2. Le ragioni della detenzione amministrativa: coordinate teoriche per orientarsi; 3. Considerazioni epistemologiche e metodologia adottata; 4. Struttura della tesi.

1. La detenzione. Le frontiere. I diritti. Delimitazione del campo di indagine

Nel rapporto del 2018 sullo stato di diritto in Europa a cura del Segretario generale CoE, Thorbjørn Jagland, si leggeva che «la privazione generalizzata, automatica e *de facto*, della libertà dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari in alcuni Stati membri è al primo posto tra le preoccupazioni espresse dal Consiglio d'Europa sulla protezione dei diritti dei migranti e dei rifugiati»¹. Il rapporto si somma alle numerose testimonianze prodotte negli ultimi anni da organizzazioni per i diritti umani, organismi di garanzia e associazioni non governative con riferimento al proliferare di pratiche di confinamento sul territorio degli Stati europei. La detenzione amministrativa occupa un posto di primo piano all'interno di dette prassi, sebbene spesso si combini ad altre misure volte a limitare solo parzialmente la libertà di movimento. Spesso le denunce si soffermano sull'impatto del trattenimento al momento dell'arrivo dei migranti in Europa. Secondo i dati del Global Detention Project² il numero di persone sottoposte a misure privative della libertà personale in relazione all'attraversamento delle frontiere europee è in aumento a partire dal 2015³. La tendenza è comune a diversi Stati membri dell'Unione europea: nonostante il numero di ingressi irregolari sia complessivamente calato tra il 2016 e il 2020⁴, quello delle persone soggette a detenzione ha seguito l'andamento opposto.

Occorre sin d'ora sgombrare il campo da ogni possibile equivoco. La detenzione cui fa riferimento il Consiglio d'Europa (e che sarà oggetto di trattazione nella tesi) non è la misura privativa della libertà personale conseguente ad una imputazione penale, e non è (apparentemente) collegata con l'esercizio dello *ius puniendi* da parte dello Stato. La detenzione, cosiddetta, amministrativa è piuttosto una forma di limitazione della libertà che si giustifica sulla base della mera «convenienza amministrativa»⁵. Un istituto caratteristico della giustizia penale è stato trasformato in strumento ordinario di gestione delle politiche migratorie e dei confini; la sua natura è perciò *ab origine* anomala. Non è casuale che gli Stati abbiano a lungo preferito omettere la parola detenzione – soprattutto nei contesti continentali – per

¹ Segreteria Generale del Consiglio d'Europa, *Human Rights and the Rule of Law: Role of Institutions, Threat to Institutions*, 2018, p. 93.

² Organizzazione internazionale che si occupa del monitoraggio delle pratiche di detenzione amministrativa in Europa e nel mondo sin dal 2005.

³ I. Majcher, M. Flynn, M. Grange, *Immigration detention in the European Union in the shadow of the crisis*, Cham, 2020.

⁴ I dati del Global Detention Project coprono in modo esaustivo il numero di migranti in detenzione nei Paesi dell'Unione europea solo fino a tale data.

⁵ D. Wilsher, *Immigration detention: Law, History, Politics*, Cambridge, 2012, p. 153.

riferirsi alla privazione della libertà per ragioni amministrative. Così, ad esempio, in Francia si è parlato di *réétention*, in Spagna di *internamiento*, in Italia di trattenimento: la scelta semantica serve in primo luogo a mascherare la natura della coercizione e, di conseguenza, a giustificare il diverso trattamento giuridico che subiscono i migranti trattenuti rispetto alle persone ristrette negli istituti penitenziari, risultante dall'asimmetria delle tutele a presidio della libertà personale. La «divaricazione»⁶ tra le garanzie previste dal diritto penale e processual-penalistico e quelle lentamente affermatesi nella sfera della detenzione amministrativa è una delle cifre distintive del secondo istituto, la cui normalizzazione tra gli ordinari strumenti a disposizione delle autorità di polizia e di frontiera ha indebolito i principi costituzionali fondanti la disciplina della privazione della libertà. È una libertà diversa, la libertà «degli altri»⁷. Eppure, le costituzioni e le convenzioni internazionali sui diritti umani insegnano che vi sono alcuni diritti fondamentali riconosciuti indistintamente alla persona umana, e dunque anche alla persona migrante: la libertà personale è tra questi.

La detenzione amministrativa rappresenta dunque una interferenza, tra le più gravi, con uno tra i diritti fondamentali che «costituiscono i valori fondanti della personalità umana e sono condizioni necessarie per la democrazia»⁸. Simili 'interferenze' si registrano sempre di più quando le persone in transito tentano di attraversare i confini europei. Dalle isole dell'Egeo, alle enclave di Ceuta e Melilla; dall'isola di Lampedusa, alle *zone d'attente* degli aeroporti francesi; dalle Canarie, alle zone di transito ungheresi: sono alcuni tra i luoghi, o *topoi*, dove le persone migranti si trovano esposte a prassi di detenzione 'automatica' o 'generalizzata' non di rado realizzata al di fuori di una cornice giuridica ben definita. Da qui scaturiscono anche le preoccupazioni che investono il profilo del rispetto dello stato di diritto, poiché, come riportato dal Consiglio d'Europa, il ricorso ad una misura privativa della libertà personale avviene al di fuori del perimetro di stretta legalità e giurisdizionalità. Il concetto di stato di diritto è certamente sfuggente e poliedrico, frutto delle tradizioni costituzionali degli Stati e, sempre più, degli sforzi operati a livello sovranazionale per individuarne il contenuto⁹. È di immediata evidenza, però, lo scarto tra i principi connaturati allo stato di diritto – quali la certezza e la prevedibilità della legge, la soggezione dei pubblici poteri al diritto, le garanzie di controllo giurisdizionale e di indipendenza dei giudici – e le pratiche di detenzione informale. Queste sono sottratte alla legge e, spesso, alla verifica da parte degli organi giudiziari della legittimità dell'operato delle autorità di polizia. Più in generale, la tensione tra la gestione delle migrazioni in alcuni Paesi europei e il rispetto dei principi dello stato di diritto si è manifestata sia sul piano della conformità delle condotte statali con i requisiti legali e procedurali stabiliti dal diritto europeo o nazionale, sia su quello della violazione dei diritti umani fondamentali, così come tutelati dagli strumenti internazionali e dell'UE¹⁰.

⁶ Così L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 2000, p. 720 e ss.

⁷ M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

⁸ Così la Corte Costituzionale riferendosi al diritto alla libertà personale. Corte Cost., sent. 238/1996.

⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, Annex I*, COM/2014/158 def.; Commissione di Venezia, Rule of Law Checklist, 18.3.2016, CDL-AD (2016) 007.

¹⁰ F.G. Gatta, *Migration and the Rule of (Human Rights) Law: Two 'Crises' Looking in the Same Mirror*, in *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 2019, 15(1), pp. 99-133.

Il tema della libertà personale si pone al centro delle riflessioni sulla relazione tra tutela dei diritti fondamentali, principi del *rule of law* e le modalità di controllo delle frontiere e dei flussi migratori. Infatti, le prassi di confinamento e detenzione non soltanto possono comportare la violazione del diritto fondamentale delle persone migranti alla libertà, ma rivelano l'abissale scarto tra principi, norme positive e '*law in action*'¹¹. Questo, a sua volta, fa sorgere dubbi circa la conformità delle condotte statali con i principi di legalità, certezza del diritto ed effettività del controllo giurisdizionale.

Muovendo da tale constatazione, e tenuto conto delle denunce relative alla detenzione «generalizzata, automatica e *de facto*» di migranti e richiedenti asilo in Europa, il presente elaborato intende approfondire l'istituto della detenzione amministrativa nell'Unione europea al fine di comprendere e svelare quali siano le tensioni tra il suo assetto normativo e i diritti dei migranti detenuti. Si guarderà, in primo luogo, al rapporto tra il diritto positivo dell'Unione, il contenuto del diritto alla libertà nel contesto sovranazionale, e le recenti evoluzioni nelle politiche unionali in materia. In secondo luogo, si prenderà in considerazione l'attuazione dei principi, delle norme e degli indirizzi politici sovranazionali in alcuni Stati membri selezionati, per osservare da una prospettiva di prossimità alcuni contesti ritenuti di particolare interesse per lo studio di quelle prassi detentive che spesso si configurano come generalizzate o *de facto*.

La divaricazione tra diritto e prassi è assunta quale *fil rouge* che tiene insieme l'indagine condotta a livello sovranazionale e nazionale. Un fenomeno particolarmente evidente quando si osservano le pratiche della detenzione amministrativa è, infatti, quello secondo cui «dal passaggio dai livelli più alti ai livelli più bassi dell'ordinamento – dalla Costituzione alla legislazione ordinaria, dalla legislazione alla sua applicazione, giudiziaria e ancor più poliziesca – si verifica, immancabilmente, un *décalage*, cioè una caduta di fatto delle garanzie normative stabilite in via di principio»¹². Più profonda è la separazione tra diritto e prassi, tra «immagine legale e funzioni reali, tra dover essere ed essere del sistema» tanto maggiore sarà l'arbitrio dello Stato. Non si intende sostenere che la privazione della libertà avvenga *totalmente* nell'ambito dell'informalità o dell'eccezione: l'istituto della detenzione amministrativa è soggetto a regolazione legislativa attraverso fonti unionali e nazionali. Piuttosto, l'atteggiarsi del diritto positivo e il fatto che questo non sia sempre allineato ai principi costituzionali (in senso lato) creano ampi spazi per il mantenimento della discrezionalità amministrativa, complice la incerta incisività del sindacato giurisdizionale sulla misura. L'indagine sulle 'divaricazioni' del sistema non si esaurisce quindi nella lontananza tra diritto e realtà, ma può, ancor prima, individuarsi nelle antinomie presenti all'interno della sfera giuridica in senso proprio: soltanto una analisi critica del diritto, *de iure condito* e *de iure condendo*, potrà far emergere appieno le ragioni per cui la detenzione dei migranti pare sempre più «generalizzata, automatica e *de facto*».

Lo studio della detenzione amministrativa in Europa è perciò condotto secondo questa prospettiva: indagare – attraverso una metodologia non meta-giuridica, ma interna al diritto – lo scarto tra l'impianto normativo nelle sue manifestazioni multilivello e l'esito fattuale. Da un

¹¹ R. Pound, *Law in the books and law in action*, in *American Law Review*, XLIV, 1910.

¹² L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 2000, p. 724.

punto di vista geografico-normativo, l'indagine è mobile. Il suo primo il campo di osservazione è quello del diritto europeo; in un secondo momento si incammina verso gli spazi più circoscritti delle frontiere. La frontiera ha, ai fini di questa trattazione, una duplice accezione: è l'area di confine, intesa non in senso strettamente westfaliano come linea di demarcazione territoriale tra ciò che è e non è Stato, ma piuttosto come 'spazio biopolitico', nel senso che il suo attraversamento espone la persona «al potere autocratico della forza pubblica che lo produce e lo governa»¹³. In questa accezione, la frontiera è assunta quale spazio in cui si attuano e realizzano pratiche detentive, volte al confinamento delle persone migranti in funzione di gestione del confine stesso¹⁴, anche per il tramite di finzioni legali che operano una disgiunzione tra giurisdizione (ancorata al territorio) e diritti (limitati rispetto a quelli cui hanno accesso le persone formalmente ammesse sul territorio stesso).

Al contempo, si è scelto di delimitare lo studio dell'attuazione del diritto UE nel contesto nazionale avendo riguardo alla frontiera meridionale europea: i Paesi scelti sono l'Italia, la Grecia e la Spagna. La 'detenzione alla frontiera' è così intesa (anche) in senso largo, con riferimento all'apparato detentivo cui fanno ricorso quegli Stati europei che sono essi stessi frontiere – meridionali – dello spazio Schengen. La frontiera si tramuta in sostanza in una macro-area coincidente con i Paesi i cui confini corrispondono a quelli (esterni) dell'Unione e che sono stati maggiormente interessati, dal 2015 ad oggi, dall'arrivo via mare di migranti e richiedenti asilo. In questa prospettiva i centri di detenzione situati vicino ai confini non sono considerati spazi di eccezione, ma vengono studiati e analizzati all'interno di un più ampio «arcipelago della detenzione», in una architettura statale ed europea. Questo approccio consentirà di adottare uno sguardo d'insieme, necessario per comprendere come i dispositivi che potrebbero apparire di esclusiva pertinenza della frontiera (in senso stretto) siano in realtà tasselli di un ampio quadro di gestione delle migrazioni, in un contesto ormai caratterizzato da un pluralismo normativo. Il rapporto tra il diritto europeo e i piani geografici individuati quali oggetto della ricerca (lo *spazio* europeo e la *frontiera* europea) è infatti simbiotico: sempre più il primo interviene attraverso *procedure*, idonee a creare nuove occasioni di attuazione di misure detentive alle frontiere; sempre più le frontiere (in senso micro e macro) diventano laboratori di sperimentazione di prassi da trasformare in istituti giuridici. Ecco riemergere, nuovamente, il rapporto tra diritto e pratiche quale nodo della ricerca.

2. Le ragioni della detenzione amministrativa: coordinate teoriche per orientarsi

La letteratura sulla detenzione amministrativa si è sviluppata in modo significativo negli ultimi vent'anni, non soltanto all'interno del dibattito giuridico: molte riflessioni provengono dalla filosofia politica, dalla geografia, dalla criminologia e dalla sociologia e si propongono di indagare la detenzione nell'ambito di più ampie strategie di controllo della mobilità e nella sua relazione con la questione della sovranità. Benché l'analisi condotta nella presente tesi

¹³ G. Campesi, *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Bari, 2015, p. 33.

¹⁴ A. Mountz, K. Coddington, T. Catania, *Conceptualizing detention: Mobility, containment, bordering, and exclusion*, in *Progress in Human Geography*, 2012, 37(4), pp. 522-541.

interroghi il diritto e in questa disciplina si radichi, il contributo teorico che proviene dalle scienze *altre* rispetto a quella giuridica può essere utile per rispondere agli interrogativi sulle funzioni latenti della detenzione (al di là di quelle esplicitate nella norma) e per spiegare le logiche che guidano ed influenzano il legislatore (europeo o nazionale)¹⁵. Si è perciò scelto di presentare nel corso di questa introduzione, e senza pretesa di esaustività, alcuni paradigmi teorici in tema di detenzione amministrativa. Gli stessi verranno richiamati nel corso della trattazione non per sostituire, ma per integrare le riflessioni sulla funzione della detenzione, in particolar modo nel contesto dell'Unione europea.

Tra le teorizzazioni più autorevoli e che hanno avuto maggior successo dentro e fuori il dibattito accademico, vi è quella del filosofo politico Giorgio Agamben. Egli ha ricondotto i centri di detenzione al concetto di *campo* – tracciando un parallelismo con i campi di sterminio – inteso come il luogo in cui «la norma diventa indiscernibile dall'eccezione» e si traduce in anomia. L'eccezione non è «diritto speciale, ma sospensione dello stesso ordine giuridico»¹⁶. Lo stato di eccezione «sulla cui possibile decisione si fonda il potere sovrano, viene realizzato normalmente nel campo»¹⁷. La creazione di un simile stato di sospensione normativo è espressione della prerogativa tipica della sovranità statale, che con tale atto priva le persone dei loro diritti civili e politici, riducendoli a «nuda vita»¹⁸, o se si vuole, a «non persone»¹⁹. Diversi studiosi e studiose si sono richiamati alle concettualizzazioni di Agamben per porre in evidenza la natura eccezionale dell'istituto del trattenimento, la sua indefinitezza, l'alterità rispetto «al diritto e allo stato stesso»²⁰.

Una simile prospettazione teorica può essere evocata per spiegare le pratiche di detenzione funzionali al controllo e al contenimento di soggetti privati dei loro diritti, sia quando essi siano concepiti come 'nemici' della comunità sociale e politica, sia nell'ambito della sospensione dei diritti dei singoli che si verifica durante le emergenze umanitarie²¹. A far da sfondo all'identificazione del migrante come nemico vi sono quelle narrazioni in cui le migrazioni (intese come fenomeno di massa²²) sono presentate in termini securitari, alla stregua di una

¹⁵ Bietlot ha, in proposito, operato una distinzione tra funzioni simboliche, ideologiche, e spettacolari; funzioni poliziesche; funzioni politiche; e funzioni economiche. M. Bietlot, *Le camps, révélateur d'une politique inquiétante de l'étrange*, in *Cultures & Conflits*, 2005, 57, pp. 221-250.

¹⁶ Il filosofo porta l'esempio dello stadio di Bari in cui, nel 1991, sono stati confinati i cittadini albanesi prima di procedersi alla loro espulsione, e della *zone d'attente* dell'aeroporto francese di Paris Orly. G. Agamben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, p. 165 e ss. e G. Agamben, *Stato di eccezione*, 2003, p. 13.

¹⁷ G. Agamben, *Homo Sacer*, p. 223.

¹⁸ Per una rilettura critica alla visione agambiana dei migranti come vite «indegne di essere vissute», D. Mellino, *Governare la crisi dei rifugiati. Sovranismo, neoliberalismo, razzismo e accoglienza in Europa*, Roma, 2019, in particolare pp. 59 e ss.

¹⁹ A. Dal Lago, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999.

²⁰ F. Rahola, *Forma campo. Per una genealogia dei luoghi di transito e di internamento del presente*, in *Conflitti globali*, 2007, 4, pp. 11-27, p. 15. Sui centri di detenzione come 'campi', anche A. Sciarba, *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, Verona, 2009, o A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2014, 1, pp. 17-40.

²¹ Ci si riferisce qui ai tre paradigmi teorici che, per Campesi, possono spiegare la «genealogia» della detenzione amministrativa. G. Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Bari, 2013, pp. 26 e ss.

²² A. Spena, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2017, 47, pp. 495-513.

minaccia per la sicurezza sociale o di un problema di natura criminale, secondo un processo che le scienze politiche hanno definito come securitizzazione delle migrazioni²³.

Si noti, per inciso, che l'identificazione del migrante come nemico è stata anche oggetto del dibattito della scienza giuridica, in particolare italiana: come si avrà modo di approfondire, diversi penalisti hanno analizzato le torsioni del diritto dell'immigrazione ricorrendo alla teoria del «diritto penale del nemico»,²⁴ che postula l'esistenza di uno 'speciale' diritto penale, caratterizzato da pene più severe e dall'anticipazione dell'intervento sanzionatorio per neutralizzare la minaccia rappresentata dagli individui catalogati come 'nemici'.

In modo non dissimile, l'identificazione del migrante come soggetto da 'punire', tramite l'imposizione di una misura solo nominalmente amministrativa è al centro delle teorie criminologiche che spiegano la detenzione amministrativa quale manifestazione del processo di espansione dei confini della potestà punitiva dello Stato²⁵. Detta tendenza è amplificata dalla sovrapposizione e intersezione tra la sfera del diritto dell'immigrazione e quella del diritto penale, fenomeno descritto dalla statunitense Juliet Stumpf con il felice termine di *crimmigration* (dalla crasi tra *crime* e *migration*)²⁶. L'esito del processo di attrazione e convergenza tra il modello penale e quello amministrativo è l'imposizione di sanzioni penali volte a punire la persona migrante per il mancato rispetto di regole tipicamente amministrative (di diritto dell'immigrazione), o anche la traduzione di istituti prettamente penali nel campo dell'immigrazione: l'esempio emblematico è la detenzione amministrativa.

La ricostruzione fornita dalla *crimmigration* in relazione al contesto statunitense ha poi avuto molto successo anche nelle elaborazioni degli studiosi di sociologia e di criminologia nel continente europeo. Questi ultimi hanno ripreso gli spunti sulla creazione di istituti giuridici ibridi, permeati da finalità escludenti o punitive e scaturenti dalla «penalizzazione del migratorio e della migratorizzazione del penale»²⁷. Tra i filoni di letteratura che si occupano del tema deve individuarsi anche quello della *border criminology*, sviluppato in anni più recenti, che ha posto l'accento sulla necessità di problematizzare «i modi attraverso cui gli Stati hanno attivato i propri sistemi penali al fine di gestire la mobilità di massa»²⁸.

La detenzione amministrativa sarebbe, in questo senso, una plastica espressione della fusione tra sistema penale e sistema di gestione della mobilità che resta improntata ad una funzione punitiva, cui è spesso accostata quella di deterrenza²⁹. In particolare, per alcune autrici i centri di detenzione sarebbero riflesso del «carceral state», poiché ne riproducono le stesse dinamiche e relazioni di potere (posto che i soggetti detenuti sono sempre *razzializzati* e

²³ J. Huysmans, *The European Union and the securitization of migration*, in *Journal of Common Market Studies*, 2000, 38,5 pp. 751-777.

²⁴ G. Jakobs, M. Cancio Melia, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

²⁵ Per tutte, K.F. Aas, M. Bosworth, *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford, 2013.

²⁶ J. Stumpf, *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power*, in *American University Law Review*, 2006, pp. 368-418.

²⁷ A. Spena, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, p. 495.

²⁸ M. Bosworth, *Border criminology e potere penale*, in C. Rinaldi, P. Saitta, *Criminologie critiche contemporanee*, Milano, 2018, pp. 50-73, p. 51.

²⁹ V. Barker, *Penal power at the border: Realigning state and nation*, in *Theoretical Criminology*, 2017, 21(4), pp. 441-457.

marginalizzati)³⁰. In parallelo, gli studiosi e studiose della *crimmigration* e della *border criminology* hanno posto l'accento sul fatto che l'esercizio di un potere ontologicamente afflittivo non si accompagna alle stringenti garanzie elaborate della procedura penale a presidio dell'individuo e contro l'arbitrarietà dell'azione statale. L'uso della detenzione amministrativa, in luogo della criminalizzazione diretta, consente del resto allo Stato di agire in modo più agile, fluido, e pervasivo poiché consente di fornire risposte più rapide ed efficienti di quanto sarebbe consentito dall'utilizzo dell'apparato formalmente penale³¹.

Altri studiosi, infine, pur riconoscendo il contributo delle ricostruzioni teoriche che inquadrano la detenzione amministrativa come espressione dello stato di eccezione, o dell'espansione del paradigma punitivo dello Stato, hanno avanzato un'ulteriore prospettiva che consentirebbe di cogliere pienamente la funzione dell'istituto nel quadro europeo di politiche di controllo della mobilità: quella della detenzione come espressione dello Stato preventivo. Con la formula «*preventive turn*» la dottrina criminologica ha fatto riferimento alla trasformazione delle funzioni e dei modelli dominanti nel diritto e nella procedura penale, mossa dalla necessità di fornire risposte al sempre più radicato senso di insicurezza manifestato all'interno della sfera sociale³². La tendenza, registrata negli ultimi decenni – e accelerata dall'insorgere del fenomeno del terrorismo internazionale – viene fatta risalire (quantomeno nel panorama di *common law*) agli anni Novanta dello scorso secolo, quando in parallelo all'incriminazione di comportamenti considerati 'pericolosi' si è assistito all'indebolimento del modello di processo penale ancorato alle garanzie di difesa³³.

Il modello preventivo di giustizia penale (in opposizione a quello punitivo) si fonda sull'anticipazione della tutela del bene giuridico, mentre sul piano della sanzione, la trasforma in uno «strumento di controllo dell'autore pericoloso piuttosto che di risposta proporzionata rispetto ad un fatto offensivo»³⁴. In sostanza, le misure preventive o più in generale l'anticipazione del dispiegamento del diritto penale consente un intervento da parte dello Stato prima della commissione di un danno o della concretizzazione di un fatto di reato, ad esempio criminalizzando comportamenti che vengono intesi come predittivi di una successiva (ma eventuale) condotta penalmente rilevante. Non è di secondario interesse sottolineare che un tratto caratteristico del *preventive turn* è lo svilimento delle garanzie processuali attraverso la configurazione di riti o modelli processuali alternativi³⁵.

Parte della dottrina ha inteso tracciare un collegamento tra le funzioni della detenzione amministrativa e l'affermazione del modello di stato di prevenzione, asserendo che «the legal status of immigration detention can be understood in the framework of this shift from 'penal'

³⁰ K. Beckett, N. Murakawa, *Mapping the shadow carceral state: toward an institutionally capacious approach to punishment*, in *Theoretical Criminology*, 2012, 16(2), pp. 221-244.

³¹ L. Zedner, *Penal subversion: when is punishment not punishment, who decides on what grounds?*, in *Theoretical Criminology*, 2016, 20(1), pp. 3-20.

³² A. Ashworth, L. Zedner, *Preventive justice*, Oxford, 2014, e H. Carvalho, *The preventive turn in criminal law*, Oxford, 2017. Sul piano italiano, sono illuminanti le considerazioni di M. Pellissero, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, 2018, 1, pp. 79-98.

³³ H. Carvalho, *The preventive turn in criminal law*, Oxford, 2017, in particolare pp. 167 e ss.

³⁴ *Ivi*, p. 82.

³⁵ H. Carvalho, *The preventive turn in criminal law*, Oxford, 2017, in particolare pp. 10 e ss.

to 'preventive' state»³⁶. Adottando questa prospettiva, la finalità principale dello strumento detentivo non è quella di punire la persona straniera, ma piuttosto di prevenirne la supposta pericolosità. In altri termini, si è prospettata l'inclusione della detenzione amministrativa nel novero delle misure preventive coercitive che possono essere applicate direttamente dall'autorità di polizia e che hanno quali destinatari gli 'individui pericolosi'. Questo modello si pone in linea con le riflessioni che spiegano il processo di securitizzazione ancorandolo alla qualificazione della persona straniera come soggetto portatore di rischi³⁷. L'accostamento su cui si fonda l'idea di detenzione come misura preventiva non è tanto quello tra migrazione e criminalità, quanto invece quello tra migrazione e pericolosità, ove il pericolo o il rischio sono identificati nella presenza stessa della persona sul territorio e nel suo sottrarsi al controllo da parte dello Stato.

Il trattenimento è qui considerato quel mezzo di confinamento necessario per limitare il movimento delle persone la cui mobilità è percepita come fonte di pericolo ed insicurezza. La detenzione serve, in altre parole, per controllare i comportanti pericolosi e devianti a prescindere dal fatto che possano sfociare in un crimine e indipendentemente da qualsivoglia pretesa punitiva. Questa lettura, poi, rifugge l'accostamento tra lo strumento detentivo e il 'campo' agambiano, assumendo che la «squalificazione giuridica di migranti e richiedenti asilo»³⁸ non venga operata tramite una dichiarazione di stato di emergenza o di eccezione, ma attraverso l'erosione delle garanzie legali e procedurali connaturate all'utilizzo di misure di prevenzione ad opera delle autorità amministrative, tratto caratterizzante il passaggio dal 'modello punitivo al 'modello preventivo'.

Quest'ultimo approccio si mostra di particolare interesse in relazione all'oggetto dello studio perché la tendenza a sposare un modello di giustizia preventiva è stata riscontrata non solo negli ordinamenti statali, ma anche a livello sovranazionale (più nello specifico nell'assetto dell'Unione europea). In questa sede il '*preventive turn*' si sarebbe espresso, secondo la dottrina, lungo tre direttrici: la criminalizzazione di una serie di condotte nell'ambito del contrasto al terrorismo, finalizzata a prevenire la mobilità dei sospettati *foreign fighters*; la promozione dell'utilizzo di sistemi di sorveglianza su larga scala; l'identificazione non solo dei migranti, ma della mobilità stessa, come minaccia alla sicurezza. La conseguenza di simili tendenze è stata l'evoluzione del sistema di controllo dei confini in sistema di *border security*: un esempio è l'utilizzo delle banche dati europee in materia di immigrazione quale strumento non di mero accertamento, ma di prevenzione dell'ingresso, e il fatto che l'accesso a dette banche dati sia consentito sia alle autorità amministrative competenti in tema di immigrazione, sia a quelle di polizia³⁹. La mobilità (di sospetti criminali o semplicemente delle persone migranti) è assunta a cifra di insicurezza.

³⁶ G. Campesi, *Genealogies of immigration detention: migration control and the shifting boundaries between the 'penal' and the 'preventive' state*, in *Social & Legal Studies*, 2020, 29(49), pp. 527-54, p. 540.

³⁷ Benché lo stesso arretramento della soglia di punibilità in funzione preventiva sia riscontrabile anche all'interno del modello del diritto penale del nemico. S. Krasemann, *The enemy on the border: critique of a programme in favour of a preventive state*, in *Punishment and Society*, 2007, 9, pp. 301-311.

³⁸ G. Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri: storia, diritto, politica*, 2013, Roma, p. 35.

³⁹ V. Mitsilegas, *The preventive turn in European security policy*, in F. Bignami (a cura di), *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Oxford, 2020, pp. 301-318.

La lettura secondo la quale la «EU security strategy» si appiattirebbe su un modello di giustizia ‘preventiva’ consente di collocare le riflessioni sull’istituto della detenzione amministrativa (quale strumento di prevenzione della mobilità) all’interno di una sfera concettuale che tenga conto della dimensione sovranazionale. Una delle critiche mosse alle teorie della detenzione come espressione dello stato di eccezione, o a quelle riconducibili alla *crimmigration*, è che enfatizzano eccessivamente il potere dello Stato di escludere o punire la persona migrante e che omettono di tenere in considerazione il ruolo di attori sovranazionali e transnazionali, in particolare europei, nella definizione delle politiche e delle pratiche di gestione dell’immigrazione⁴⁰. Il paradigma della detenzione quale espressione del modello preventivo pare invece potersi adattare maggiormente allo studio dei processi di securitizzazione a livello europeo e, per tale ragione, verrà tenuto in particolare considerazione nel corso della trattazione.

3. Considerazioni epistemologiche e metodologia adottata

Operate queste premesse teoriche, liminari all’oggetto della trattazione ma utili per orientarsi, ci possiamo apprestare allo studio della detenzione del migrante quale istituto prettamente giuridico. Il campo di analisi resta tuttavia sfaccettato. Il trattenimento amministrativo riflette la complessità di un settore dell’ordinamento – quello del diritto dell’immigrazione⁴¹ – di recente articolazione e in costante trasformazione, prodotto dell’intreccio di diverse discipline (diritto costituzionale, diritto penale, diritto amministrativo) e costantemente plasmato dalle fonti sovranazionali, in particolare dell’Unione europea. A ciò si aggiunge che la detenzione amministrativa è un istituto sfuggente, si potrebbe dire liquido, che non si presta ad essere collocato entro un ramo specifico dell’ordinamento: diviene essa stessa materia di frontiera, destinata ad occupare uno spazio incerto tra l’ambito processual-penalistico e quello amministrativo (in senso lato). Il tratto comune ad entrambe le discipline è la loro predisposizione a regolare il rapporto tra lo Stato e la persona, e a limitare l’arbitrarietà del primo a favore del riconoscimento dei diritti o degli interessi legittimi della seconda.

In Italia come altrove, la certezza dell’identità sostanziale tra la detenzione penale e amministrativa e i dubbi circa la sua identità funzionale (punitiva e/o preventiva) hanno sollecitato il costante interesse degli studiosi di diritto penale⁴². Nell’ambito di questo settore disciplinare la materia è stata spesso affrontata muovendo dalle ricostruzioni teoriche che si

⁴⁰ F. Soliman, *States of exception, human rights, and social harm: towards a border zemiology*, in *Theoretical Criminology*, 2021, 25(2), pp. 228-248.

⁴¹ Inteso come l’insieme di norme volte a regolare l’ingresso ed il soggiorno della persona straniera nel territorio italiano ed europeo e, parallelamente, lo ‘statuto costituzionale’ dello straniero, vale a dire l’insieme dei diritti e degli obblighi allo stesso facenti capo, che discendono dal diritto costituzionale interno, e dalle convenzioni sovranazionali. B. Nascimbene, *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004.

⁴² Per una ricostruzione dello stato dell’arte, A. Spina, *Il cittadino e i suoi doppi. Figure dello straniero nella penalità contemporanea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2023, 1, pp. 11-39.

richiamano al paradigma del diritto penale del nemico⁴³, o del sottosistema penale d'eccezione⁴⁴. La detenzione amministrativa viene in questo modo concepita come espressione di un diritto penale *mascherato*, che persegue finalità di esclusione e punizione di persone già ai margini dell'ordinamento giuridico. Altri autori e autrici hanno inquadrato l'istituto entro il paradigma descrittivo della già menzionata *crimmigration*. Il concetto è stato riadattato al contesto italiano per porre in evidenza lo scarto tra l'afflittività della misura e l'assenza di un solido apparato di garanzie sostanziali e procedurali quali quelle del processo penale⁴⁵. Similmente, vi è chi si è soffermato maggiormente sulle conseguenze derivanti dall'asimmetrica incorporazione dell'istituto prettamente penalistico entro la sfera del diritto dell'immigrazione, ed in particolare sulla contrazione delle garanzie e dei diritti di cui godono i migranti e i richiedenti asilo sottoposti a detenzione amministrativa, secondo una prospettiva processual-penalistica⁴⁶. Da ultimo, le riflessioni in materia di privazione della libertà della persona straniera sono state ampiamente sviluppate degli studiosi e studiose di diritto europeo, in ragione della significativa influenza esercitata dalla normativa sovranazionale e della necessità di coordinare le garanzie a presidio della libertà personale in un'ottica di tutela multilivello⁴⁷.

Nella consapevolezza della collocazione dell'istituto in una zona di confine tra i diversi settori disciplinari richiamati, in questo studio ci si è prefissi lo scopo di valorizzare i plurimi livelli normativi della disciplina. Ci pare che la prospettiva interna possa tenere conto delle influenze dispiegate dal diritto UE e, al contempo, che le esperienze nazionali e le riflessioni elaborate sul punto possano fornire nuove chiavi di lettura dell'istituto della detenzione amministrativa 'europea'. La ricerca, pur muovendo dal panorama europeo, avrà portata multidisciplinare e inter-disciplinare. Un simile approccio si pone come necessario, a fronte delle sempre più strette connessioni tra ordinamenti nell'Area di Libertà, Sicurezza e Giustizia e, più nello specifico, nel settore dell'immigrazione e dell'asilo. Al contempo, ci pare che lo studio degli innesti tra le varie discipline giuridiche (diritto europeo, penale e amministrativo di diversi ordinamenti statali) possa fornire un punto di vista parzialmente innovativo agli studi in materia, che tiene conto anche delle caratteristiche dell'istituto in distinti contesti nazionali.

La tesi si presenta pertanto come concettualmente divisa in due parti, osmotiche tra loro, entrambe incentrate sullo studio del diritto positivo e sulle sue evoluzioni giurisprudenziali. Mentre la prima parte fissa il campo di indagine – la detenzione amministrativa nel diritto

⁴³ L. Masera, *Il diritto penale dei 'nemici'. La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 2, pp. 805-834; M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, 1, pp. 101-133.

⁴⁴ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 2000, p. 724 ss. In relazione al tema della detenzione amministrativa, A. Caputo, *Irregolari, criminali, nemici: note sul 'diritto speciale' dei migranti*, in *Studi sulla Questione Criminale*, 2007, 2, pp. 45-63.

⁴⁵ G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Ziruli, *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Oxford, 2021, G.L. Gatta, *La pena nell'era della 'Crimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2018, pp. 675-724.

⁴⁶ E. Valentini, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, 2018, Torino.

⁴⁷ *Ex multis*, F. Spitaleri, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, 2017; R. Palladino, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018.

dell'Unione europea – la seconda si propone di comprendere *come e perché* il diritto UE ha contribuito a plasmare le norme e le prassi nazionali, utilizzando l'istituto dell'*hotspot* come spunto di partenza per indagare, in modo particolare, il rapporto tra detenzione amministrativa e frontiera: sia essa intesa nella sua accezione 'micro' (di area nei pressi del confine) sia nella sua accezione 'macro' (di Paese di frontiera).

Dal punto di vista metodologico l'analisi condotta nell'elaborato affonda del metodo giuridico e utilizza quali fonti principalmente quelle legislative, giurisprudenziali e dottrinali. In linea con uno degli obiettivi di ricerca – individuare e porre in evidenza le antinomie tra i principi in materia di libertà personale, il diritto secondario e le prassi amministrative – la ricerca si è focalizzata *sul* diritto e *nel* diritto ha cercato le risposte. Fonti ulteriori, quali rapporti di organismi istituzionali deputati alla tutela dei diritti fondamentali, organizzazioni internazionali e organizzazioni non governative, sono state consultate al fine dar conto delle compressioni dei diritti dei migranti sottoposti a misure detentive sul piano prasseologico.

La ricostruzione della disciplina dell'istituto della detenzione amministrativa nel panorama europeo ha seguito una prospettiva storica e dinamica, nella consapevolezza che non si tratta di un *corpus* di norme statico: per un verso, l'incessante, e centralissima, azione interpretativa condotta dalle Corti europee ne plasma continuamente il significato; per altro verso, sebbene il diritto positivo sia al momento cristallizzato, l'affacciarsi di numerose riforme legislative – che potrebbero essere approvate entro la fine della legislatura europea nel 2024 – è idoneo a trasfigurare parzialmente l'assetto del regime della detenzione amministrativa in Europa.

Dal punto di vista delle fonti, pertanto, oltre a fare riferimento al diritto primario e a quello secondario nella misura in cui contenevano regole sulla detenzione amministrativa, si è attinto alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, e a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. La seconda è stata ritenuta di pari interesse nella ricostruzione del contenuto del diritto alla libertà personale (anche) nel contesto del diritto UE, in ragione della clausola di cui all'art. 52(3) Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Inoltre, sono stati presi in considerazione gli atti di *soft-law* adottati dalle istituzioni europee al fine di orientare le politiche UE in materia e le proposte di riforma delle Direttive e dei Regolamenti ove si colloca la disciplina della detenzione delle persone migranti.

Quanto allo studio dei casi nazionali, la scelta è ricaduta su Italia, Grecia e Spagna per due ordini di ragioni: in primo luogo perché tutti e i tre Paesi, seppure con modalità e gradi di (in)formalità differenti, hanno fornito risposte amministrative o legislative alle 'crisi' legate al fenomeno migratorio e dall'aumento considerevole degli arrivi di persone via mare a partire dal 2015⁴⁸. Il termine 'crisi' è stato certamente abusato in vari ambiti, compreso quello di cui ci occupiamo. Eppure, nel suo significato enciclopedico, inteso cioè come «uno squilibrio traumatico e poi, più in generale, uno stato più o meno permanente di disorganicità»⁴⁹ ben si presta per descrivere le risposte – per l'appunto disorganiche – fornite dalle istituzioni europee

⁴⁸ Gli aumenti sono stati più consistenti in Italia e in Grecia tra il 2015 e il 2016, mentre si è registrata una crescita degli arrivi via mare in Spagna tra il 2018 e il 2022. I tre Paesi corrispondono in larga parte alle 'rotte migratorie' (orientale, centrale e occidentale) identificate dall'Agenzia Frontex, cui si è fatto riferimento nell'identificazione dei dati. Frontex, *Infografica. Flussi migratori: rotte orientale, centrale e occidentale* (2015-2023), 4.7.2023.

⁴⁹ Vocabolario della lingua italiana, Istituto Treccani, voce 'crisi'.

e nazionali all'arrivo dei richiedenti asilo. Le soluzioni sono state in un primo momento emergenziali, improntate all'eccezionalità, e poi si sono via via consolidate quali strumenti ordinari per la gestione dei flussi migratori. Un simile fenomeno è stato riscontrato in tutti e tre i Paesi considerati, con il modello *hotspot* che ha assunto un ruolo di protagonismo nella risposta alle 'crisi', e ha condotto alla normalizzazione di uno stato di «permanente disorganicità» tra le pratiche amministrative attuate e le norme giuridiche invocabili nei contesti di 'crisi'.

L'esame dei casi studio ha seguito la medesima impostazione cronologica seguita nei primi capitoli, e ha messo in luce l'evoluzione dell'apparato detentivo nei contesti nazionali, indagando al contempo il contributo fornito dal diritto europeo in senso lato (comprendente la normativa secondaria dell'Unione e gli interventi giurisprudenziali delle Corti). Ampio spazio è stato dedicato all'attuazione dell'approccio *hotspot* nei tre Paesi considerati, e all'interazione tra quest'ultimo e i dispositivi già consolidati di detenzione, al fine di comprendere se il primo fosse un sistema isolato ed eccezionale – in ragione della sua genealogia e della collocazione geografica – o se vi fossero interazioni con i centri di trattenimento già presenti sul territorio.

Due precisazioni sono necessarie rispetto a questa seconda parte della ricerca. Sul piano metodologico, si è scelto di individuare tre Stati nazionali per approfondire la comprensione delle funzioni performative del diritto e delle politiche europee in chiave 'multifocale', rifuggendo la tentazione di condurre una analisi comparata tra i tre Paesi considerati, e, al contempo, quella di includere una ricerca empirica centrata sulle interazioni tra il diritto e le pratiche di controllo, confinamento e detenzione. Sotto quest'ultimo punto di vista, nel corso della ricerca si è preso atto del carattere parziale di uno studio condotto unicamente entro il perimetro della ricerca giuridica teorica, e del positivo contributo che potrebbe derivare da approcci empirici e multidisciplinari, in linea con le proposte già avanzate dalla dottrina⁵⁰.

Sul piano delle fonti, sono consultati principalmente testi dottrinali, legislativi, e giurisprudenziali in lingua italiana, spagnola e inglese. Se ciò ha consentito un pieno accesso alle fonti per quanto riguarda due dei Paesi considerati (Italia e Spagna), il materiale su cui si è fondato lo studio del caso greco è certamente più parziale: soltanto in casi eccezionali (motivati dalla necessità di indagare il contenuto di pronunce giurisdizionali) si è fatto ricorso a strumenti di traduzione dei testi originali. Di conseguenza la maggior parte della ricerca si è fondata su fonti già tradotte in inglese e sui contributi della dottrina pubblicati in riviste di respiro internazionale ed europeo. Non pare superfluo precisare che, in ragione del numero significativo di organizzazioni non governative attive nel campo dell'assistenza legale di migranti e rifugiati nel Paese (ed in particolar modo sulle isole dell'Egeo) tutti i testi normativi rilevanti ai fini della nostra analisi sono consultati nella versione già tradotta in inglese, disponibile sul sito delle organizzazioni. Infine, tanto nel caso della Grecia quanto in quello della Spagna, il periodo di ricerca svolto nei Paesi durante la redazione della tesi ha costituito una occasione di approfondimento con ricercatrici, avvocate e operatrici e operatori legali,

⁵⁰ G. Cornelisse, *Criminalisation, containment and courts: a call for cross-fertilisation between the social sciences and legal-doctrinal research into immigration detention in Europe*, in E. Tsourdi, P. De Bruycker (a cura di), *Research Handbook on EU Migration Law*, Cheltenham, 2022, pp. 465-471.

fondamentale per comprendere e padroneggiare adeguatamente gli istituti, i concetti e le norme degli ordinamenti esteri oggetto dello studio.

4. Struttura della tesi

L'elaborato è strutturato in quattro capitoli. Il primo fornisce una ricostruzione approfondita dell'istituto oggetto della ricerca nel contesto europeo e si apre con una introduzione storica, funzionale a comprendere la genealogia della detenzione amministrativa entro l'apparato di gestione dei confini e delle migrazioni riconducibile al sistema Schengen. Segue una sistematizzazione del diritto primario e secondario in tema di privazione della libertà personale per motivi amministrativi, condotta seguendo la classica tripartizione dell'istituto proposta dalla dottrina⁵¹, in base alla quale si distinguono le fasi di ingresso (cd. *pre-admittance detention*); di esame della domanda di protezione internazionale; di espulsione. Pur aderendo a tale classificazione, l'ordine seguito nella trattazione è stato invertito, in ragione del diverso contributo apportato dal diritto dell'Unione alle tre declinazioni in cui si articola la detenzione: si è perciò affrontato in primo luogo l'esame della Direttiva Rimpatri (2008/115/CE), che si occupa del trattenimento finalizzato al rimpatrio ed è, tra gli atti ad oggi in vigore, quello adottato in epoca più risalente; l'esposizione prosegue con l'esame delle fonti volte a disciplinare il trattenimento del richiedente protezione internazionale (Direttiva Accoglienza e Regolamento Dublino, rispettivamente dir. 2013/33/UE e reg. 2013/604/UE) e chiude con una indagine circa la (carente) regolamentazione a livello europeo della cd. *'pre-admittance detention'*, aspetto su cui ci si è diffusamente soffermati nel prosieguo della trattazione.

Il secondo capitolo affronta il tema della detenzione amministrativa tema nella sua componente dinamica, poiché in continua evoluzione, data dall'interazione tra il diritto positivo e l'interpretazione giurisprudenziale fornita dalle Corti europee. Si è inteso far emergere i limiti che il rispetto dei diritti fondamentali pongono all'esercizio di poteri coercitivi in materia di trattenimento amministrativo: ampio spazio è stato dedicato alla ricostruzione del contenuto del diritto fondamentale alla libertà personale nel contesto europeo, come derivante dall'interazione tra la giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia, mantenendo una prospettiva che pone al centro il diritto dell'UE e la Carta dei diritti fondamentali.

Il terzo capitolo risponde alla volontà di indagare come si è evoluto l'approccio dell'Unione europea al tema della detenzione amministrativa a seguito delle 'crisi' che hanno interessato il settore della migrazione e dell'asilo dal 2015 in avanti. Si è scelto, a questo scopo, di soffermare l'attenzione sul fenomeno dell'approccio *hotspot*, ritenuto un campo di osservazione di particolare interesse perché in tale contesto si sono create le condizioni per un ampio ricorso allo strumento della detenzione (*de iure* o *de facto*). L'adozione di un simile modello non può però considerarsi esaustiva delle proposte intervenute a livello sovranazionale: in ragione del considerevole impatto che le riforme avanzate nel 2016, nel 2018 e nel 2020 dalla Commissione europea potranno avere sul regime detentivo, si è scelto di analizzare anche il

⁵¹ E. Guild, *A Typology of Different Types of Centres for Third country Nationals in Europe*, European Parliament Briefing Paper, Bruxelles, 2005.

diritto ‘in divenire’, al fine di comprendere in che modo l’approccio inaugurato a partire dal 2015 abbia influenzato le proposte di riforma legislativa nel settore della detenzione amministrativa.

Il quarto capitolo rappresenta il necessario completamento dell’indagine condotta nella prima parte della ricerca: in questa sede si è studiato come un modello di detenzione concentrato alla frontiera (intesa in senso tanto geografico quanto giuridico) ha interagito con l’ordinamento interno di Italia, Grecia e Spagna e, soprattutto, con gli assetti giuridici già in essere per regolare la privazione della libertà migrante. L’adeguata comprensione delle implicazioni dell’approccio *hotspot* – soprattutto a fronte di un *vacuum* normativo a livello unionale – non poteva che basarsi sull’esame dell’attuazione di tale modello nei Paesi formalmente interessati (Italia e Grecia) e in un Paese (la Spagna) che – assimilabile per molti aspetti ai due menzionati – ne ha replicato, di fatto, le dinamiche. Infine, le conclusioni si basano sulle risultanze emerse dallo studio dell’attuazione dell’approccio *hotspot* e sulla sua relazione con le matrici giuridiche della detenzione amministrativa, tanto a livello nazionale quanto rispetto all’evoluzione del regime della detenzione amministrativa nell’Unione europea.

CAPITOLO I

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA TRA INTERESSI SECURITARI E ARMONIZZAZIONE DELLE TUTELE

SOMMARIO: 1. Introduzione. La detenzione come strumento funzionale alle politiche migratorie; 2. Libertà di movimento e costruzione dello spazio Schengen; 3. L'europeizzazione delle politiche su asilo e rimpatrio; 4. La detenzione amministrativa nell'UE: l'inquadramento nelle fonti primarie; 5. La detenzione dello straniero irregolare funzionale all'allontanamento: la centralità del principio dell'*effect utile* della Direttiva Rimpatri; 5.1. I requisiti sostanziali della detenzione: principi generali vs. discrezionalità; 5.2. L'(annosa) questione della durata del trattenimento; 5.3 *Effect utile* della direttiva e sovrapposizione dei regimi detentivi; 5.4 Habeas corpus (embrionale) e condizioni detentive (incerte); 6. La detenzione del richiedente protezione internazionale: circoscrivere o ampliare l'esercizio del potere coercitivo?; 6.1 Il trattenimento funzionale all'esame della domanda di asilo; 6.2 Il trattenimento del richiedente asilo in chiave *preventiva*; 6.3 I tentativi di compromesso in materia di garanzie procedurali e modalità del trattenimento; 7. No man's land: la detenzione "in ingresso" e in frontiera, fuori dal perimetro di applicazione delle direttive?; 8. Conclusioni. L'approccio ambiguo alla detenzione nel diritto UE.

1. Introduzione. La detenzione come strumento funzionale alle politiche migratorie

Il principio della libertà di movimento nello spazio europeo è una delle fondamenta su cui poggia il progetto di costruzione dell'Unione europea. Eppure, la promozione del *free movement* non è mai stata vista in contraddizione con la possibilità di limitare *le* libertà, finanche la libertà personale, dei cittadini di Paesi terzi. Gli interessi e le finalità distinte che sorreggevano le due sfere politico-normative, elaborate all'interno di processi decisionali a lungo caratterizzati da un approccio intergovernativo, hanno consentito l'affermarsi delle tradizioni statali in materia di detenzione amministrativa.

La detenzione «senza reato»⁵² – disposta per fini amministrativo-burocratici di governo delle migrazioni – è stata regolamentata dapprima con una certa timidezza e via via in maniera sempre più dettagliata nell'ambito della costruzione di una strategia di controllo dei flussi migratori. I settori normativi potenzialmente interessati dall'utilizzo di misure restrittive sono plurimi: dal sistema europeo di asilo (di seguito anche CEAS – *Common European Asylum System*), alla gestione delle frontiere esterne e interne dell'Unione, ai meccanismi di contrasto dell'immigrazione irregolare. Gli interventi delle istituzioni europee in questi ambiti sono stati via via più frequenti, sia nel senso di indirizzare gli orientamenti politici dei singoli Stati, sia con potenzialità trasformativa degli assetti normativi interni. La Corte di giustizia dell'UE è stata chiamata a pronunciarsi sempre più spesso, principalmente attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, sulla compatibilità di prassi o legislazioni nazionali con il diritto derivato

⁵² G. Campesi-G. Fabini, *La detenzione della "pericolosità migrante"*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2017, 2, p. 516.

dell'Unione e con i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CDF); ciò è avvenuto anche nell'ambito di cause attinenti allo strumento della detenzione amministrativa.

La sistematica delle fonti in materia di trattenimento si caratterizza, dunque, per un grado di complessità derivante dai distinti *corpus* normativi che, nel corso degli anni, sono intervenuti a disciplinare il tema della detenzione e che, come si vedrà, fanno capo a distinti obiettivi delle politiche unionali in materia di immigrazione e asilo. Particolarmente rilevante appare l'indagine circa l'estensione delle competenze europee nelle distinte fasi dell'ingresso, della permanenza e dell'allontanamento dal territorio dell'Unione della persona straniera. Lo stesso soggetto potrà vedere il proprio *status* giuridico mutare e trasformarsi, da migrante irregolare a richiedente protezione internazionale, o viceversa, a volte senza soluzione di continuità. Detto *status* determina anche la diversa disciplina legislativa cui lo straniero è sottoposto al momento del suo arrivo e nel corso della sua permanenza sul territorio dell'Unione, anche con riguardo alla detenzione. Benché, dunque, la *natura* della compressione del diritto alla libertà fondamentale cui può essere sottoposta la persona migrante sia identica, la detenzione amministrativa sarà giustificata da presupposti distinti, e accompagnata da garanzie non uniformi, a seconda della normativa applicabile. Siamo di fronte ad un unico istituto – il trattenimento – caratterizzato da diverse sfaccettature e, soprattutto, un diverso livello di intensità delle tutele predisposte dall'ordinamento.

Una piena comprensione delle direttrici storico-politiche lungo cui si è sviluppata l'elaborazione dell'assetto normativo in materia prende le mosse, necessariamente, dalla costruzione dello spazio Schengen e dal progressivo trasferimento di competenze in materia di immigrazione all'Unione europea. È con l'accordo di Schengen⁵³ che l'esigenza di controllo delle frontiere esterne diviene, da prerogativa unicamente statale, interesse comune degli Stati firmatari: di conseguenza, vengono trasferite a livello sovranazionale le stesse modalità di gestione dei confini già ampiamente affermatesi in alcuni Stati, tra cui rientrava a pieno titolo la detenzione amministrativa.

Il presente capitolo intende dunque fornire una ricostruzione, in chiave storica, di come si sono sviluppate le politiche europee in materia di detenzione amministrativa. In secondo luogo, si procederà ad illustrare la collocazione normativa dello strumento all'interno del sistema delle fonti del diritto UE. L'obiettivo dell'indagine è quello di indagare le funzioni delle misure detentive, individuare i presupposti che autorizzano il ricorso alla privazione della libertà, e accertarsi di quali siano le garanzie sostanziali e procedurali in materia di detenzione a disposizione della persona migrante. L'analisi verrà svolta sulla base della normativa di settore, ad in particolare della legislazione secondaria adottata in materia di immigrazione e asilo sulla base delle disposizioni dei Trattati.

2. Libertà di movimento e costruzione dello spazio Schengen

⁵³ Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli stati dell'Unione Economica Benelux, della Repubblica Federale di Germania e della Repubblica Francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, OJ L 239, 22.9.2000.

Le materie dell'immigrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere entrano a far parte del dibattito politico a livello europeo in modo preponderante soltanto a partire dagli anni Novanta. Il processo di europeizzazione delle norme in materia di immigrazione ha avuto un avvio lento e graduale, trattandosi di un ambito in cui molte scelte legislative sono espressione diretta dell'esercizio dei poteri sovrani degli Stati, i quali ambiscono a mantenere un ampio margine di autonomia decisionale rispetto al controllo dei propri confini⁵⁴. Nonostante ciò, il «diritto inalienabile»⁵⁵ dello Stato a decidere sull'ingresso, la permanenza e l'espulsione dei non-cittadini ha, progressivamente ma inesorabilmente, subito significative limitazioni. Le due cause principali sono state legate l'obbligo di osservare i diritti fondamentali della persona umana indipendentemente dalla cittadinanza⁵⁶ e, per altro verso, la progressiva costituzione di un'area di libero movimento di beni, capitali, servizi e persone: la Comunità europea, prima, e l'Unione europea, oggi. Ad esempio, la questione della limitazione della libertà personale e di movimento dei cittadini di Paesi terzi tra (alcuni) Stati europei si era posta fin dagli anni Sessanta, sebbene l'attribuzione di competenze normative nei settori dell'immigrazione e dell'asilo avverrà per la prima volta con il Trattato di Maastricht del 1992, e la «comunitarizzazione» della materia interverrà poi con il Trattato di Amsterdam del 1997.

I primi interventi in materia di libertà (di movimento) dei cittadini stranieri non sono riconducibili alle politiche migratorie in senso stretto, ma si inseriscono nell'ambito di un processo di rafforzamento dell'integrazione economica tra i primi Stati firmatari del Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Trattato in cui viene sancito per la prima volta il principio della libera circolazione dei lavoratori, e non è precisato se questi debbano essere cittadini o meno dello Stato membro. In questa fase, dominata da politiche improntate al principio del *laissez-faire*, vengono gettate le basi per l'affermazione dell'abolizione dei controlli alle frontiere interne, senza che questo sviluppo sia accompagnato dalla promozione di poteri coercitivi (quali l'imposizione di misure detentive) finalizzati alla regolamentazione del movimento delle persone⁵⁷. Gli anni Settanta del Novecento sono invece un decennio

⁵⁴ Sul rapporto tra prerogative statali e disciplina dell'immigrazione e, in particolare, della detenzione amministrativa, G. Cornelisse, *Immigration detention and human rights. Rethinking territorial sovereignty*, Leiden, 2010; B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2013; F. Spitaleri, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, 2017.

⁵⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU), sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur v. France*, ric. n. 19776/92, par. 41.

⁵⁶ Si pensi, in particolare, ai diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. V. Chetail, *Migration, droits de l'homme et souveraineté: le droit international dans tout ses états*, in V. Chetail (a cura di), *Mondialisation, Migration et Droit de l'Homme: le Droit International en Question*, Bruxelles, 2007, pp. 13-20; G. Palmisano, *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, 3, pp. 1-31.

⁵⁷ Più in dettaglio, negli strumenti normativi che disciplinano il movimento dei migranti tra i Paesi CEE e il loro attraversamento delle frontiere non vi è alcun riferimento alla possibilità di ricorrere alla privazione della libertà personale per ragioni legate al controllo dei flussi migratori. Si vedano, in particolare, le Direttiva 68/360/CEE relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati Membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità; la Direttiva 64/221/CEE per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica; il Regolamento 1612/68/CEE relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità. Per una analisi dettagliata: D. Wilsher, *Immigration detention: Law, History, Politics*, Cambridge, 2012, pp. 171-179.

cruciale per il diritto degli stranieri⁵⁸. Si assiste ad una svolta in senso restrittivo delle politiche migratorie nei principali Paesi europei e, a partire da questo momento, lo statuto legislativo dei *non-nationals* si avventura lungo due direttrici separate⁵⁹.

Da un lato, soprattutto grazie agli interventi della Corte di giustizia, la libertà di migrare all'interno dello spazio europeo assume portata costituzionale. Tuttavia, l'evoluzione investe solo i cittadini degli Stati membri⁶⁰. Dall'altro, comincia ad affermarsi il binomio immigrazione-sicurezza che riconfigura i diritti civili, politici e sociali dei cittadini di Paesi terzi, fino al caso estremo in cui il loro *status* è trasfigurato in quello di «non-persone»⁶¹.

La disciplina della detenzione amministrativa segue la stessa bipartizione: per i cittadini europei si riducono le ipotesi in cui gli Stati possono farne applicazione, per i cittadini di Stati terzi si infittiscono. Nel primo caso, la giurisprudenza della Corte di giustizia erode progressivamente i poteri espulsivi degli Stati membri, e di conseguenza quelli di trattenimento⁶². Con la sentenza *Oulane*⁶³, in particolare, la Corte esclude che una misura detentiva possa essere applicata unicamente per finalità legate allo svolgimento di formalità amministrative funzionali ai controlli di frontiera, così discostandosi dall'interpretazione costante della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito, anche, Corte EDU) in materia. Si sancisce anche che la circolazione del cittadino europeo tra gli Stati europei non può essere considerata, *a priori*, come un pericolo per la sicurezza e per l'ordine pubblico. L'intervento giurisprudenziale estromette perciò l'istituto della detenzione amministrativa dalla sfera di routinaria attività amministrativa di controllo dei flussi migratori.

L'approccio seguito nei confronti dei cittadini di Stati terzi è stato, come si vedrà, ben distinto. L'intervento dell'Unione europea non coincide con una messa in discussione della legittimità e dell'utilità della misura detentiva, già ampiamente utilizzata negli Stati europei ben prima della progressiva comunitarizzazione della materia⁶⁴. La continuità degli indirizzi politici non può sorprendere se si pensa che le materie dell'immigrazione e dell'asilo sono state inizialmente regolate nell'ambito della cooperazione intergovernativa, con uno spazio di

⁵⁸ Sull'evoluzione storica dei poteri di esclusione dei cittadini europei e di Paesi terzi, M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

⁵⁹ Una tutela rafforzata è prevista solo per i cittadini di Stati terzi che siano familiari stretti di cittadini europei: in tal caso, possono rientrare entro l'ambito di applicazione della Direttiva 2004/38/CE.

⁶⁰ La libertà di circolazione e soggiorno si afferma compiutamente come diritto collegato alla cittadinanza europea con il Trattato di Maastricht, e viene dettagliatamente disciplinato dalla Direttiva 2004/38/CE. Per una ricostruzione, M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the European Union and free movement of persons*, Leiden, 2008.

⁶¹ L'espressione è di A. Dal Lago, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, 2004, in particolare, p. 37 e ss. Wilsher ha in proposito parlato di un processo di costruzione di due distinte categorie di soggetti: «Through undermining internal border controls, the EU has both created new 'friends' and constructed new 'enemies' against whom controls have been enhanced». D. Wilsher, *ivi*, p. 172. Sulla differenziazione dei regimi della cittadinanza, anche A. Sciarba, *Campi di forza. Percorsi di migranti in Europa*, 2009, pp. 49 e ss.

⁶² CGUE, *Van Duyn*, C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133; CGUE, *Bonsignore*, C-67/74, ECLI:EU:C:1975:22; CGUE, *Bouchereau*, C-33/77, ECLI:EU:C:1977:172.

⁶³ CGUE, *Salah Oulane*, C-215/03, ECLI:EU:C:2005:95.

⁶⁴ Pur in assenza di statistiche ufficiali, si stima che durante gli anni 2000 i cittadini stranieri detenuti all'interno della Comunità europea fossero tra i 100 e i 200 mila. D. Wilsher, *ivi*, p. 183.

manovra ridotto per la Commissione e per il Parlamento europeo⁶⁵. I primi atti normativi che riflettono l'atteggiamento degli Stati europei verso l'immigrazione proveniente dai Paesi terzi vengono adottati, invero, al di fuori dell'ambito comunitario, pur essendo strettamente legati ad una delle idee costitutive dell'Unione (la libertà di movimento all'interno dei confini europei). Si afferma l'assunto – successiva pietra miliare delle politiche europee – che l'abolizione dei controlli alle frontiere interne tra gli Stati, se non accompagnato da un rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne, possa mettere a rischio l'ordine e la sicurezza pubblica⁶⁶.

Nel 1985 viene così stipulato l'accordo di Schengen (anche se i termini della sua attuazione verranno definiti solo cinque anni dopo, con la Convenzione di applicazione dell'accordo Schengen del 1990) con cui si mette a sistema un potente apparato di polizia che vede quali destinatari i cittadini di Paesi terzi⁶⁷. A partire da questo momento «*Schengen* has become an almost mythic word that opens borders or closes them»⁶⁸. La ridefinizione dei confini europei plasmerà le politiche europee in materia di immigrazione per tutti gli anni successivi sino ad oggi, poiché l'idea di libera circolazione all'interno dei Paesi aderenti a Schengen si combinava con quella di adottare strumenti di prevenzione dei rischi (che potevano presentarsi alle frontiere esterne). Si contrapponevano, in quel momento, due narrazioni distinte sulle funzioni dell'*acquis* Schengen, di cui si auspicava l'incorporazione entro la sfera istituzionale della Comunità europea⁶⁹: mentre la Commissione europea promuoveva la libertà di movimento e l'abolizione dei confini (interni) quali stimoli della crescita economica, il Consiglio sembrava più interessato a sviluppare nuovi strumenti di controllo e governo della mobilità. In questo scenario, i movimenti delle persone migranti sono progressivamente inquadrati come *pericolosi*, secondo un processo di securitizzazione che ha legittimato la proliferazione di poteri e di strumenti di controllo, tra i quali si iscrive anche la detenzione amministrativa.

⁶⁵ Sull'interesse degli Stati membri della Comunità europea all'adozione di regole in uno spazio di cooperazione transnazionale: A. Geddes, *International migration and State sovereignty in an integrating Europe*, in *International Migration*, 2001, 39(6), pp. 21-42.

⁶⁶ G. Campesi, 2013, p. 99.

⁶⁷ Così Wilsher, 2012, p. 180. Lo spazio Schengen, creato nel 1985 tra Francia, Germania e i Paesi del Benelux, si è esteso progressivamente a quasi tutti gli Stati membri. Gli accordi sono stati firmati dall'Italia il 27 novembre 1990, dalla Spagna e dal Portogallo il 25 giugno 1991, dalla Grecia il 6 novembre 1992, dall'Austria il 28 aprile 1995 e da Danimarca, Finlandia e Svezia il 19 dicembre 1996. Repubblica ceca, Estonia, Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Polonia, Slovenia e Slovacchia si sono unite il 21 dicembre 2007. I Paesi dell'Unione che attualmente non fanno parte dell'area Schengen sono: Irlanda, Cipro, Bulgaria e Romania. La Croazia, in seguito alla valutazione sull'accesso che si è svolta tra il 2016 e il 2019, entrerà ufficialmente a far parte dello spazio Schengen a partire dal 1° gennaio 2023.

⁶⁸ E. Guild, S. Carrera, T. Balzacq, *The Changing dynamics of security in an enlarged European Union*, 2008, CEPS Research Paper, p. 12. Similmente, Rigo afferma che «the very concept of borders itself underwent deep transformation». E. Rigo, *Citizens and foreigners in the enlarged Europe*, in W. Sadurski, A. Czarnota, M. Krygier (ed.) *Spreading Democracy and the Rule of Law?*, Leiden, 2006, pp. 97 e ss. Sulla «geopolitica di Schengen» diffusamente G. Campesi, *Polizia della frontiera. Schengen e la produzione dello spazio europeo*, Roma, 2015, pp. 43 e ss.

⁶⁹ Avvenuta nel 1997, tramite un protocollo allegato al Trattato di Amsterdam: Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi - Protocolli allegati al trattato sull'Unione europea e al trattato che istituisce la Comunità europea - Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea) C 340 del 10.11.1997.

Pressoché contestuale all'istituzione dell'area Schengen è poi la Convenzione di Dublino del 1990 (entrata in vigore nel 1997)⁷⁰, con la quale gli Stati contraenti si sono accordati sui criteri con cui individuare lo Stato competente ad esaminare la domanda di asilo presentata da un cittadino straniero. L'eziologia della Convenzione va individuata nell'esigenza di controllare – allo scopo di limitare – i movimenti (secondari) dei richiedenti asilo in Europa, secondo una traiettoria del tutto opposta a quella affermatasi per i cittadini europei⁷¹. Benché la Convenzione non faccia menzione della possibilità di trattenere un richiedente asilo con l'obiettivo di trasferirlo verso lo Stato competente per l'esame della domanda, i dati empirici relativi ai tassi di trattenimento nei singoli Stati mostrano un aumento del numero di richiedenti asilo privati della libertà: si può ragionevolmente supporre che tra gli scopi del trattenimento vi fosse anche quello di agevolare il trasferimento della persona verso lo Stato identificato come competente⁷².

Mentre nel corso degli anni Novanta la detenzione dei cittadini europei si cristallizza come misura soltanto eccezionale, dall'altro lato viene pienamente legittimata la possibilità di ricorrere a misure repressive nei confronti di migranti irregolari e richiedenti asilo, giustificate dall'esigenza di mantenere un'area di libera circolazione in cui le minacce vengono il più possibile neutralizzate tramite il rafforzamento dei confini esterni o la limitazione dei movimenti dei richiedenti asilo che hanno potuto accedere al territorio. Si noti che già in questa fase storica il migrante irregolare era considerato l'emblema della persona minacciosa: non per sue caratteristiche individuali, ma per l'atto dell'attraversamento della frontiera (esterna) senza autorizzazione statale. In questo modo l'irregolarità è sufficiente a qualificare la persona straniera come portatrice di rischio, posto che «l'individuo è contraddistinto come 'illegale', e la legalità è in se stessa una questione che ha a che fare con la sicurezza»⁷³.

3. L'europeizzazione delle politiche di asilo e di rimpatrio

Il progressivo trasferimento di competenze all'Unione europea in materia di immigrazione e asilo avviene dunque in un contesto in cui «il movimento dei richiedenti asilo e degli immigrati regolari e irregolari, da un lato, e quello dei terroristi e dei criminali, dall'altro, sono stati concettualmente confusi come conseguenza dell'abolizione delle frontiere»⁷⁴. La svolta securitaria che caratterizza le politiche migratorie dei Paesi occidentali dopo l'11 settembre 2001 rende ancora più difficile il raggiungimento di un equilibrio tra le esigenze di controllo e confinamento della mobilità degli stranieri, e quella di rispettare i diritti fondamentali dei cittadini stranieri.

⁷⁰ Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità europee - Convenzione di Dublino, 97/C 254/01, del 15.6.1990, pubblicata in GUCE n. C 254 del 19 agosto 1997

⁷¹ Sull'influenza delle Convenzioni di Schengen e di Dublino sulla 'mobilità europea', A. Sciarba, p. 75.

⁷² M. Walter-Franke, *Asylum detention in Europe: state of play and ways forward*, Jacques Delors Institute Berlin, 2017; J. Hughes and O. Field, *Recent trends in the detention of asylum seekers in Western Europe*, in J. Hughes e F. Liebaut, *Detention of asylum seekers in Europe: analysis and perspective*, L'Aia, 1998, pp. 5 e ss.

⁷³ E. Guild, *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge, 2009, p. 52.

⁷⁴ A. Hurwitz, *The collective responsibility of States to protect refugees*, Oxford, 2009, p. 33.

Inoltre, risulta chiaro fin dall'introduzione di competenze comunitarie in materia – avvenuta già con il Trattato di Maastricht del 1992 – che il contrasto dei flussi di migranti irregolari avrebbe rappresentato un tassello cardine della politica di immigrazione e di asilo, in base all'assunto secondo cui l'immigrazione irregolare, in una area senza confini interni, diveniva una *pan-EU security threat*⁷⁵.

Sono emblematici, sotto questo punto di vista, i documenti programmatici adottati a distanza di cinque anni l'uno dall'altro da parte del Consiglio europeo che hanno via via posto sempre maggior accento sull'urgenza di garantire la sicurezza dell'Unione, anche a fronte di fenomeni quali «la migrazione clandestina»⁷⁶. La stessa impostazione programmatica si riflette negli orientamenti e nelle proposte della Commissione europea che, in quegli anni, assume un ruolo sempre più centrale rispetto al prolifico processo legislativo che caratterizzerà la materia⁷⁷: con il Trattato di Amsterdam del 1997, entrato in vigore nel 1999, le competenze su di immigrazione e asilo – unitamente all'*acquis* Schengen – vengono sottratte al processo decisionale intergovernativo, trasferite entro il primo 'pilastro' e disciplinate nell'ambito del Trattato della Comunità Europea (TCE). A partire dal 2003 si estenderà a questi ambiti la procedura legislativa ordinaria e il controllo giurisdizionale da parte della Corte di giustizia⁷⁸.

In quegli stessi anni il ricorso alla privazione della libertà trova ampia affermazione nelle politiche migratorie degli Stati Membri e, pur in assenza di statistiche comuni a livello europeo, in diversi Paesi (Regno Unito, Francia, Germania, Paesi Bassi, Italia) si registra un aumento del numero di migranti irregolari e di richiedenti asilo trattenuti, unitamente all'estensione dei periodi di trattenimento⁷⁹. La Commissione europea, chiamata a formulare gli indirizzi politici

⁷⁵ D. Wilsher, 2012, p. 174. E. Guild, 2009, p. 55 e ss.

⁷⁶ Programma di Tampere del 1999; Programma dell'Aja del 2004; Programma di Stoccolma del 2009. Uno scarto indicativo è già quello tra il Programma di Tampere del 1999 e il programma dell'Aia del 2004: l'impostazione politica del secondo risente fortemente dell'ossessione per la sicurezza che si sviluppa nei Paesi occidentali in seguito all'11 settembre 2001: «La sicurezza dell'Unione europea e dei suoi Stati membri ha assunto nuova urgenza, soprattutto alla luce degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 negli Stati Uniti e dell'11 marzo 2004 a Madrid. I cittadini dell'Europa si aspettano legittimamente che l'Unione europea, pur garantendo il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, assuma un approccio comune più efficace di fronte a problemi transfrontalieri come la migrazione clandestina, la tratta di esseri umani, il terrorismo [...] In particolare nel campo della sicurezza, il coordinamento e la coerenza tra la dimensione interna e quella esterna hanno assunto un'importanza crescente e devono continuare ad essere perseguiti con determinazione» (Comunicazione del Consiglio, Programma dell'Aia: Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione Europea (2005/C 53/01).

⁷⁷ Groenendijk ha parlato di *legislative boom* per descrivere i 50 atti normativi (tra regolamenti, direttive e decisioni) adottati sulla base degli articoli 62 e 63 del TCE in materia di visti, protezione dei confini, ingresso, immigrazione regolare, asilo, espulsione. K. Groenendijk, *Introduction: Migration and Asylum Law in Europe*, in E. Guild, P. Minderhoud (a cura di), *The first decade of EU migration and asylum law*, 2012, Leida, p. 3 e ss.

⁷⁸ Sul processo di europeizzazione in materia di immigrazione ed asilo si vedano: S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2011, III ed; B. Nascimbene, *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in U. Leanza (a cura di) *Le migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Napoli, 2005, p. 74 e ss.; Fischer, *The Europeanisation of migration policy: the Schengen Acquis between the priorities of legal harmonisation and fragmentation*, Peter Lang, 2012; R. Cholewinski, *The EU Acquis on irregular migration: reinforcing security at the expense of rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 2000, 3, pp. 361 e ss.; E. Guild, *Discretion, Competence and Migration in the European Union*, in *European Journal of Migration and Law*, 1999, 1, pp. 61 e ss.

⁷⁹ B. Nascimbene, *Expulsion and detention of aliens in the European Union countries*, Milano, 2001; E. Guild, *A Typology of Different Types of Centres in Europe*, European Parliament Briefing Note, Brussels, 2005; M. Welch e L. Schuster, *Detention of asylum seekers in the US, UK, France, Germany and Italy: A critical view of the globalizing culture of control*, in *Criminal Justice*, 2005, 5 (4), pp. 331 e ss.

e ad avanzare proposte legislative in questo settore, si trova di fronte alla scelta se incorporarvi anche regole volte a disciplinare la detenzione dei cittadini di Stati terzi. Si tratta, tuttavia, di un possibile terreno di scontro con gli Stati membri che sono portatori di interessi collegati alle proprie prerogative sovrane, quali il monopolio dell'uso della forza e il conseguente ricorso a mezzi coercitivi per garantire il controllo delle frontiere⁸⁰.

Il primo intervento in materia non si colloca all'interno della sfera collegata alla gestione dell'immigrazione irregolare, ma fa parte del più ampio pacchetto di misure volte a disciplinare lo *status* giuridico dei rifugiati e l'accoglienza e le procedure in materia di asilo⁸¹. Queste prime norme scontano la riluttanza dei Paesi in cui vigevano prassi particolarmente restrittive ad accettare una limitazione dei loro poteri, e si rivelano perciò particolarmente lacunose e inidonee a fornire una protezione effettiva al diritto alla libertà personale dei richiedenti asilo. Nel disegno iniziale della Commissione, la Direttiva Accoglienza⁸² avrebbe dovuto includere solo un riferimento generico al carattere eccezionale della limitazione della libertà, mentre regole più precise e dettagliate sui presupposti applicativi della misura detentiva avrebbero dovuto essere incluse nella Direttiva Procedure⁸³, la cui redazione era stata ispirata (nella parte relativa al trattenimento) dalle Linee Guida UNHCR del 1999⁸⁴. Di fatto, i complessi negoziati tra Commissione, Parlamento e Consiglio e la difficoltà di trovare un accordo su un aspetto così delicato hanno comportato che nel testo definitivo della Direttiva Procedure vi fosse solo un mero cenno al divieto, per gli Stati, di «trattenere in arresto una persona per il solo motivo che si tratta di un richiedente asilo»⁸⁵.

⁸⁰ G. Cornelisse, 2010, pp. 180 e ss.

⁸¹ Nell'ambito del più ampio obiettivo di realizzare una 'procedura comune e uno status uniforme in tutta l'Unione' per i titolari di protezione internazionale (punto 15 del Programma di Tampere). Si veda anche la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo *relativa alla politica comune in materia di asilo del 22.11.2000* (COM/2000/755 def). Il corpus legislativo in materia di asilo che prendeva forma in quegli anni si compone di diversi strumenti, volti: a) alla definizione di norme minime in materia di definizione dei contenuti della protezione internazionale; b) alla definizione di norme minime comuni in materia di procedure; c) alla definizione di norme minime comuni in materia di condizioni di accoglienza e status giuridico dei richiedenti asilo; d) all'individuazione di criteri e meccanismi per la determinazione dello Stato competente ad esaminare le domande di asilo; e) all'instaurazione di un sistema di rilevamento delle impronte digitali dei richiedenti asilo funzionale all'applicazione della Convenzione (e successivo Regolamento) di Dublino. Per una analisi dell'evoluzione normativa: E. Guild, P. Minderhoud, *The first decade of EU migration and asylum law*, 2012, Leida, pp. 229 e ss.

⁸² Proposta di direttiva del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati Membri (COM/2001/0181 def). Nella Proposta di direttiva, tra le regole in materia di accesso all'accoglienza e libertà di circolazione sul territorio, si sarebbe dovuta includere quella secondo cui «Gli Stati membri non possono disporre il trattenimento del richiedente asilo per il mero fatto che debba essere svolto l'esame della domanda d'asilo. Essi possono tuttavia disporre il trattenimento del richiedente asilo al fine di adottare una decisione nei casi descritti nell'articolo [...] della direttiva .../... [recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato]».

⁸³ Proposta di direttiva del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato (COM/2000/0578 def). Per una ricostruzione completa dei negoziati: S. Peers, N. Rogers, *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, 2006, Leida, p. 234 e ss.

⁸⁴ UNHCR, *Revised guidelines on applicable criteria and standards relating to the detention of asylum seekers*, 1999.

⁸⁵ Art. 18, Direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 1° dicembre 2005 *recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, L 326/13, 13.12.2005. A questo principio si affiancava, al par. 2, la garanzia – estremamente minimalista – di un «rapido sindacato giurisdizionale» del trattenimento.

Di contro, le disposizioni che delineano i presupposti della misura detentiva resteranno per lungo tempo solo quelle individuate nella Direttiva Accoglienza⁸⁶. L'articolo 7, dedicato alla disciplina della libertà di movimento e delle sue possibili restrizioni, non contiene un esplicito riferimento al trattenimento o alla detenzione, in linea con la tendenza a snaturare il linguaggio per celare il carattere fortemente afflittivo della misura. La norma si limita a prevedere 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»⁸⁷. La portata dell'articolo è duplice: per un verso si sancisce un principio importante in materia di libertà personale – la libertà di movimento dei richiedenti asilo come regola e le sue limitazioni, ivi compreso il «confinamento» come mera eccezione. Per altro verso, il riferimento a generici «motivi legali» e all'«ordine pubblico» inidil favore degli Stati membri poiché consente loro di individuare per il tramite della normativa interna qualsivoglia giustificazione per il trattenimento, con l'unico limite dell'impossibilità di confinare il richiedente asilo per il solo fatto di aver presentato una domanda di protezione. Inoltre, l'opacità delle previsioni collegate alla tutela dell'ordine pubblico – concetto non meglio delineato all'interno della direttiva – rafforza il sempre presente *fil rouge* del binomio sicurezza/immigrazione e configura la detenzione amministrativa alla stregua di una misura di polizia⁸⁸, lasciando ampio spazio alle scelte degli Stati membri rispetto all'uso di questo dispositivo di controllo dei confini.

L'inconciliabilità tra le posizioni delle istituzioni europee, riflesso della sensibilità politica del tema, ha impedito che le prime direttive in materia di asilo regolassero il trattenimento nei dettagli: per giungere a tale risultato si dovrà attendere una successiva fase di rafforzamento del sistema europeo di asilo, con la revisione delle direttive di inizio decennio. Resta fermo il fatto che la detenzione amministrativa è sin dagli anni Duemila accettata e legittimata quale strumento necessario nel contesto delle procedure di asilo.

Spostando l'attenzione sul binario parallelo, si evince che le istituzioni europee non hanno mostrato alcuna remora – ed anzi si sono dimostrate sorprendentemente pronte – ad includere la misura della detenzione nel *corpus* legislativo in materia di rimpatrio, sviluppatosi negli stessi anni⁸⁹. La detenzione degli immigrati irregolari è considerata indispensabile: sia in chiave pragmatica, poiché ritenuta funzionale all'allontanamento dei migranti, sia in chiave simbolica, dal momento che consente di confinare persone straniere irregolari – di per sé, come visto, minacciose per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Già nel 1995 una Raccomandazione del Consiglio Giustizia e Affari Interni promuoveva la restrizione della libertà come strumento funzionale ad ottenere i documenti di viaggio per

⁸⁶ Direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, *recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, L 31/18, 6.2.2003.

⁸⁷ Art. 7(3), dir. 2003/9/CE.

⁸⁸ G. Campesi, 2013, p. 102.

⁸⁹ Sulla posizione estremamente accondiscendente del Parlamento europeo, il cui approccio in materia di immigrazione si caratterizza storicamente per essere quello più liberale e attento ai diritti delle persone interessate, si veda: A. Acosta Arcarazo, *The Good, The Bad And The Ugly In EU migration law: is the European Parliament becoming bad and ugly? (the adoption of directive 2008/115: the Returns Directive)*, in E. Guild, P. Minderhoud, 2012, pp. 179 e ss.

eseguire l'espulsione⁹⁰. Successivamente, quando la Commissione avvia una riflessione sull'armonizzazione delle leggi nazionali in materia di rimpatrio i «values and methods of interior ministers» si affermano nel dibattito legislativo⁹¹. L'avvio dell'iter legislativo che sfocerà nell'adozione dell'atto che disciplina (anche) l'istituto del trattenimento dei migranti irregolari è da collocarsi all'inizio degli anni 2000. Nel 2002 la Commissione europea elaborava una strategia per la lotta all'immigrazione «clandestina» evidenziando la necessità di adottare procedure comuni in materia di espulsione. In quelle sedi⁹², l'istituzione si dichiarava «consapevole della necessità, per gli Stati membri, di prevedere la possibilità di un trattenimento in attesa dell'accompagnamento alla frontiera»⁹³. Contestualmente, riconosceva di dover individuare il «giusto equilibrio fra l'esigenza di procedure efficaci da parte degli Stati membri e la salvaguardia dei diritti umani fondamentali della persona soggiornante illegalmente»⁹⁴. È qui racchiusa la tensione che caratterizzerà l'intera azione delle istituzioni europee quando poste di fronte al tema della detenzione amministrativa, e che, come si vedrà, è ancora tra gli aspetti più controversi delle politiche europee in materia di rimpatrio e asilo.

La *security-based agenda* sulla cui base vengono condotti i negoziati tra gli Stati europei prima del 1997, e che permea le nuove proposte della Commissione, è per la prima volta affiancata dalla consapevolezza dell'esistenza di un limite all'esercizio dei poteri di espulsione, rimpatrio e controllo dei confini, siano essi esercitati singolarmente a livello statale o nell'ambito di un contesto europeo. Il limite è quello del rispetto dei diritti umani, da cui discende una riflessione sui presupposti e sulle modalità di privazione della libertà, e sulle categorie di soggetti che possono essere trattenuti: ad esempio, in un primo momento la Commissione si interroga sulla possibilità di trattenere i minori, le persone anziane, le donne in stato di gravidanza, le persone in gravi condizioni di salute⁹⁵.

Come si vedrà, la direttiva in cui viene disciplinato il trattenimento dei migranti irregolari – la Direttiva Rimpatri (*infra*, par. 5) – ha ricevuto numerose critiche da parte della società civile precisamente a causa dell'approccio fortemente securitario e dell'assenza di previsioni tutelanti in materia di diritti umani degli stranieri espellendi, compresi quelli sottoposti a trattenimento. Al tempo stesso, l'adozione di regole minime ma sufficientemente precise e incondizionate a

⁹⁰ Raccomandazione del Consiglio del 22 dicembre 1995 *sull'armonizzazione dei mezzi di lotta contro l'immigrazione clandestina e il lavoro illegale e il miglioramento dei mezzi di controllo previsti a tale scopo*, C 5/1, 10.1.1996.

⁹¹ R. Cholewinski, *The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy*, in A. Baldaccini, E. Guild and H. Toner (a cura di), 2007, p. 310.

⁹² Commissione europea, *Libro verde su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli stati membri* (COM/2002/0175 def); Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo *su una politica comunitaria in materia di rimpatrio delle persone soggiornanti illegalmente* (COM/2002/0564 def), che segue e integra quella presentata un anno prima (COM/2001/672 def).

⁹³ COM/2002/0564 def, p. 21.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*. L'attenzione per queste specifiche categorie, pur riconosciuta come necessaria, non induceva la Commissione ad avanzare una proposta di esclusione di questi gruppi dalla possibilità di applicare ad essi lo strumento della privazione della libertà – posizione da cui l'istituzione europea non si dissocerà nemmeno in futuro: ad esempio, con riguardo specificatamente alla categoria dei minori, l'orientamento della Commissione sarà sempre quello di considerare il trattenimento come misura eccezionale e residuale: «deve costituire l'ultima risorsa a cui ricorrere soltanto per il più breve tempo possibile e considerando preminente l'interesse superiore del minore». Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Piano d'azione sui minori non accompagnati (2010-2014)*, (COM/2010/0213 def).

livello europeo ha comportato, soprattutto con il passare degli anni e a seguito delle interpretazioni rese dalla Corte di giustizia, l'individuazione di precise garanzie a tutela dei migranti irregolari conformemente a principi generali quali quelli di legalità, necessità e proporzionalità.

Il regime europeo della detenzione amministrativa⁹⁶ può dunque dirsi caratterizzato, sin dal suo sviluppo embrionale, da una perenne tensione tra esigenze di controllo dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo e il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana, richiesto non solo (e non tanto) dalla normativa europea in senso stretto, ma frutto del richiamo operato ai principi costituzionali degli Stati membri e alle Convenzioni internazionali in materia di diritti umani, prima tra tutte la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le riflessioni sviluppate dagli organismi internazionali⁹⁷, e condotte parallelamente al processo di comunitarizzazione cui si è fatto cenno, hanno certamente influenzato le norme europee attualmente in vigore: ci pare perciò necessario operare un breve richiamo ad alcuni degli atti – Convenzioni o atti di *soft-law* – particolarmente rilevanti in materia. Tra essi, il Patto internazionale sui diritti civili e politici (in particolare l'art. 9 sul diritto alla libertà personale), come interpretato dalla giurisprudenza del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite (HRC)⁹⁸. Le linee guida prodotte dal *Working Group on Arbitrary Detention* (WGAD) e dai principi elaborati in seno alle Nazioni Unite in materia di diritti dei detenuti⁹⁹. Infine, la Convenzione di New York del 1989 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e ai successivi *General Comments* del Comitato ONU sul punto¹⁰⁰.

Si possono poi individuare previsioni in materia di detenzione nella Convenzione di Ginevra del 1951¹⁰¹ e nella Convenzione ONU sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990, entrata in vigore nel 2003¹⁰², ma tra le due un ruolo effettivamente centrale nell'elaborazione della normativa UE è stato occupato solo dalla Convenzione di Ginevra e dai posizionamenti dell'Alto Commissariato per le Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR o,

⁹⁶ Si richiama, *mutatis mutandis*, la definizione di Krasner di regime come «insieme di principi, norme, regole e procedure di decision making intorno alle quali le aspettative degli attori coinvolti convergono in una data area» (S.D. Krasner, *International regimes*, New York, 1983) per fornire una lettura all'insieme di processi e attori che si muovono intorno alla detenzione amministrativa e che vanno oltre la nozione di «istituto giuridico».

⁹⁷ Sul tema della detenzione amministrativa nel diritto internazionale, D. Wilsher, *Immigration detention: Law, History, Politics*, Cambridge, 2012, pp. 120 e ss.; G. Cornelisse, 2010, *cit.*, pp. 245 e ss.; G. Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri: storia, diritto, politica*, 2013, Roma, pp. 180 e ss.

⁹⁸ In particolare, HRC, *A. v. Australia*, com. n. 560/1993, e HRC, *C. v. Australia*, com. n. 900/1999.

⁹⁹ Dalle «Regole minime per il trattamento dei detenuti» (Risoluzione ONU del 30.08.1955), al «Corpo di principi per la tutela di tutte le persone sottoposte ad una forma di detenzione o prigionia» (Risoluzione ONU del 9.12.1988), agli «Standard minimi in materia di trattamento penitenziario dei detenuti» (Risoluzione ONU del 25.5.2015).

¹⁰⁰ Si faccia, in particolare, riferimento al *General Comment n. 22 on the rights of children in the context of International Migration: General principles*, 16 novembre 2017.

¹⁰¹ L'art. 31(1) della Convenzione contiene un generale divieto di imposizione di sanzioni penali (tra cui anche la detenzione) ai rifugiati, con limitate eccezioni; inoltre, indica che le limitazioni alla libertà di movimento non possono eccedere la 'misura necessaria'. Sul punto, G. Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the status of refugees: non penalization, detention, and protection*, in E. Feller, V. Turk, F. Nicholson, *Refugee protection in international law: UNHCR's global consultation on international protection*, 2003, Cambridge, pp. 185-252.

¹⁰² La seconda Convenzione è stata ratificata soltanto da pochi Stati europei, non interessati ad adottare un ulteriore strumento di tutela dei diritti dei migranti in un periodo in cui le narrazioni intorno alla migrazione la configuravano come un fenomeno complesso e potenzialmente pericoloso per la sicurezza e l'ordine pubblico.

anche, UNHCR nella versione inglese)¹⁰³: storicamente, quindi, la riflessione sul trattenimento ha riguardato in primo luogo la categoria dei richiedenti asilo¹⁰⁴.

La detenzione dei richiedenti asilo è stata oggetto di attenzione anche da parte del Consiglio d'Europa (CoE), la principale organizzazione di tutela dei diritti della persona umana nel continente europeo. Nelle Raccomandazioni adottate dal Comitato dei Ministri nel 2003¹⁰⁵, anch'esse centrali nell'elaborazione del diritto secondario dell'UE, si indica che la detenzione amministrativa debba essere sottoposta ad una rigida valutazione di necessità e proporzionalità e debba estendersi solo per il tempo strettamente necessario. Le Raccomandazioni si estendono anche alle garanzie di *habeas corpus* – prevedendo che la misura sia periodicamente sottoposta all'esame di una autorità giudiziale – e alle condizioni di detenzione¹⁰⁶.

Merita, da ultimo, richiamare le Venti Linee Guida sul Rimpatrio Forzato adottate dal Comitato dei Ministri nel 2005¹⁰⁷, riguardanti la detenzione amministrativa dei migranti irregolari (Linee Guida da 6 a 10). Il Comitato prescrive che la detenzione finalizzata all'esecuzione del rimpatrio sia fondata su una base legale, sia adottata in seguito ad una valutazione sulla necessità della misura, e non sia arbitraria. Lo straniero dovrebbe essere informato delle ragioni della restrizione della sua libertà, e dovrebbe poter immediatamente contattare un difensore, un medico e una persona di sua scelta per informarla della condizione in cui si trova. Tali ultime raccomandazioni si basano sull'esperienza maturata in materia di detenzione da un altro organo del Consiglio d'Europa, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT)¹⁰⁸. Le Linee Guida

¹⁰³ Si vedano, ad esempio, UNHCR, *Detention of Refugees and Asylum-Seekers*, 1986 (non ufficialmente tradotto in italiano); UNHCR, *Linee Guida sui criteri e gli standard applicabili alla detenzione dei richiedenti asilo*, 1999; UNHCR, *Linee Guida sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo e sulle misure alternative alla detenzione*, 2012. Gli standards posti dall'Alto Commissariato, in un primo momento, erano particolarmente elevati e garantisti (ad es. si sanciva che il trattenimento automatico era da intendersi come misura punitiva, e quindi inammissibile in base all'art. 31 Convenzione di Ginevra), ma si sono parzialmente ridimensionati nell'ultima versione delle Linee Guida, anche in ragione delle pressioni esercitate dagli Stati nazionali. Nelle Linee Guida del 2012 «la detenzione sembra essere giustificata alla luce di un generico riferimento alle sfide poste agli Stati dalle migrazioni irregolari». A. Del Guercio, *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'UE e in quello italiano*. In G. Cataldi, A. Del Guercio, & A. Liguori (Eds.), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, 2014, pp. 59-90, p. 60.

¹⁰⁴ Sull'incremento dei richiedenti asilo detenuti in Europa: J. Hughes, F. Liebaut, *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, Amsterdam, 1998.

¹⁰⁵ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Recommendation Rec (2003) 5 of the Committee to member states on measures of detention of asylum seekers*, 16 Aprile 2003.

¹⁰⁶ Si promuove, in particolare, l'accesso del richiedente asilo all'assistenza legale, e al colloquio con rappresentanti dell'UNHCR, nonché con familiari, amici, autorità religiose di riferimento e membri di organizzazioni non governative attive nella promozione e tutela dei diritti dei richiedenti asilo. Un elemento degno di rilevanza è la previsione di un diritto di accesso ad un «complaints mechanism concerning the conditions of detention». Alcuni paragrafi delle Raccomandazioni sono, infine, dedicati alla detenzione dei minori che, come regola generale, non dovrebbe essere ammessa; si impone che per i minori stranieri non accompagnati siano previste misure alternative quali l'accoglienza in centri *ad hoc* o l'affidamento familiare accompagnate dalla nomina del tutore.

¹⁰⁷ Le Linee Guida sono state adottate su impulso dell'Assemblea Parlamentare del CoE, che nel 2002 approvava una raccomandazione in tal senso. Assemblea Parlamentare, *Expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity*, Recommendation 1547 (2002).

¹⁰⁸ CPT, *2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1991*, (CPT/Inf (92)3), para. 40-43.

formalizzano alcuni principi sviluppati dal *case law* della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁰⁹, ma contemplano anche garanzie ulteriori, quali il rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, e la previsione che il rimedio effettivo debba essere esperito davanti ad una autorità giudiziaria. Infine, vengono formulate prescrizioni dettagliate in merito alle condizioni di detenzione, anche in questo caso fondate sulle osservazioni formulate dal CPT¹¹⁰. Merita sottolineare che gli standard di tutela fissati dal Consiglio d'Europa paiono piuttosto elevati, tanto che non trovano piena corrispondenza con le garanzie sviluppate dalla giurisprudenza CEDU; analogamente, sono stati solo in parte recepiti dalla legislazione europea, come si vedrà nei paragrafi seguenti.

Una peculiarità propria dell'approccio del Consiglio d'Europa riguarda il richiamo all'importanza di predisporre adeguati sistemi di monitoraggio indipendente delle condizioni di detenzione, uniti a meccanismi di reclamo effettivi, tanto con riguardo ai richiedenti asilo, quanto ai migranti irregolari¹¹¹. Sotto questo punto di vista assumono rilevanza i *National Preventive Mechanisms* (meccanismi nazionali di prevenzione), istituiti nel 2006 nell'ambito del Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (OPCAT): questi ultimi possono essere istituiti attraverso la nomina di un organismo autonomo o tramite l'attribuzione del mandato a istituzioni già esistenti, quali difensori civici o commissioni per i diritti umani, e svolgono attività di monitoraggio attraverso l'accesso periodico e le visite ai centri di detenzione (siano questi gli istituti penitenziari o altri luoghi di privazione della libertà personale) ai fini di prevenire che le persone detenute siano sottoposte a torture o trattamenti inumani e degradanti.

4. La detenzione amministrativa nell'UE: l'inquadramento nelle fonti primarie

La detenzione amministrativa occupa una posizione del tutto peculiare nell'ordinamento europeo, ed in particolare nell'architettura dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹¹², di cui costituisce un tassello ormai irrinunciabile. Sono due i profili di maggiore interesse: oltre a quanto già espresso in merito alla tensione tra approccio securitario e rispetto dei diritti

¹⁰⁹ Si pensi, ad esempio, al principio della *due diligence*, in base al quale la detenzione diviene illegittima se il rimpatrio non è condotto con diligenza da parte delle autorità; più in generale, la Corte ha ritenuto – e le Linee Guida reiterano – che la privazione della libertà possa essere mantenuta soltanto se è strettamente collegata all'esecuzione del rimpatrio, e quindi finché vi sono sufficienti prospettive di realizzare l'allontanamento entro un periodo di tempo ragionevole.

¹¹⁰ Vengono richiamate soprattutto le conclusioni del 7th General Report (CPT/Inf (97)10). Le indicazioni principali delle Linee Guida riguardano: la separazione tra detenuti del circuito penitenziario e migranti amministrativamente detenuti; l'accesso ai difensori, a medici, familiari e a rappresentanti di UNHCR e organizzazioni non governative; la garanzia di comunicazione con il mondo esterno; la centralità del principio del superiore interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano e l'applicazione della regola generale in base alla quale i minori non dovrebbero essere detenuti.

¹¹¹ European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment of punishment, *Factsheet. Immigration detention*, 2017, CPT/Inf(2017)3.

¹¹² Su cui, *inter alia*, B. Nascimbene, *Riflessioni sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in G. Caggiano (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, pp. 121 e ss.; G. Caggiano, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in Id. (a cura di), *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2016, pp. 5 e ss.

fondamentali (quest'ultimo imposto, a livello di fonte primaria, anche dall'art. 67 TFUE); anche la compresenza diverse fonti, riconducibili a distinte basi legali all'interno del Trattato sul funzionamento del diritto dell'Unione europea e, conseguentemente, a divergenti obiettivi di politica legislativa.

Complessivamente, il consolidamento dell'assetto delle competenze sulle materie di cui al Titolo V TFUE (Spazio di libertà, sicurezza e giustizia) ha ampliato e rafforzato l'incisività dell'intervento europeo sul piano politico, legislativo e giurisprudenziale¹¹³. Alle regole minime di armonizzazione dettate negli anni precedenti si sono sostituiti atti legislativi volti alla piena realizzazione di un sistema comune di asilo e ad una sempre più uniforme gestione dell'immigrazione irregolare, da attuarsi entrambe nel rispetto del principio di solidarietà (art. 80 TFUE).

È questo il quadro politico-normativo entro cui vengono applicate le regole in materia di detenzione amministrativa¹¹⁴, misura che occupa un posto chiave un ruolo sia nella costruzione della «politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento» (art. 78, par. 1 TFUE), sia nello sviluppo di una «politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani» (art. 79, par. 1). Maggiormente incerta, come si vedrà, resta la possibilità di disporre il trattenimento alla frontiera nell'ambito del controllo e della gestione delle frontiere esterne, ed in particolare al fine di prevenire l'ingresso non autorizzato nell'UE (art. 77 par. 1).

Nei settori cui si riferisce il Titolo V l'Unione esercita una competenza concorrente a quella degli Stati: ne deriva che questi ultimi possono legiferare entro gli spazi e nella misura in cui l'Unione non lo abbia fatto o non abbia esercitato una piena competenza, disciplinando solo alcuni aspetti. Le regole in materia di detenzione amministrativa sono dettate dalle disposizioni di quattro atti legislativi¹¹⁵ che, se sufficientemente precise e incondizionate, saranno

¹¹³ K. Groenendijk, 2012, p. 10. Sul rapporto tra obiettivi politici e intervento legislativo, e giurisprudenziale, nell'area di libertà, sicurezza e giustizia, C.C.Murphy, D. A. Arcarazo, *Rethinking Europe's Freedom, Security and Justice*, in: C.C. Murphy & D. Acosta Arcarazo (a cura di) *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, Oxford, 2014, p. 1–14.

¹¹⁴ Le norme sul trattenimento applicabile agli stranieri irregolari nell'ambito del procedimento di rimpatrio vengono adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma vengono arricchite di significato soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia degli anni successivi, al punto che è stato evidenziato come «the Return Directive has set into motion a process of incremental constitutionalisation of irregular migration in Europe». G. Cornelisse, M. Moraru, *Judicial interaction on the European return directive: Shifting borders and the constitutionalisation of irregular migration governance*, in *European Papers*, 2022, 7, pp. 127 e ss.

¹¹⁵ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, L 348/98, 24.12.2008; Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), L 180/60, 29.6.2013; Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), L 180/96, 29.6.2013; Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda

direttamente applicabili.¹¹⁶ Al di fuori degli ambiti disciplinati dal diritto secondario gli Stati resteranno liberi di regolare la detenzione dello straniero attraverso il proprio diritto interno, fermo restando l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali che discende dalla ratifica dei trattati e convenzioni internazionali.

Infine, alle norme di rango primario qui richiamate si aggiunge, in seguito all'adozione del Trattato di Lisbona¹¹⁷, la Carta europea dei diritti fondamentali. La sua adozione ha riverberato effetti sul piano della legislazione in materia di immigrazione e asilo, soprattutto in ragione dell'interpretazione giurisprudenziale di dette norme operata dalla Corte di giustizia dell'UE¹¹⁸. L'intervento dell'organo giudiziario è stato di particolare importanza poiché finalizzato ad assicurare il rispetto non soltanto dei diritti fondamentali, ma anche del principio di effettività del diritto UE: due obiettivi non sempre pienamente in armonia tra loro. Per la dottrina, infatti, sia in tema di detenzione del migrante irregolare (art. 79 TFUE) sia con riguardo a quella del richiedente asilo (art. 78 TFUE) la relazione tra «effectiveness of EU law and adequate protection of the right to liberty» è sempre stata controversa¹¹⁹.

Nella perenne tensione tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali di cui sopra, dunque, si inseriscono anche le istanze che scaturiscono dal rispetto del principio di effettività, vero e proprio *leitmotiv* delle azioni dell'Unione¹²⁰, che si atteggia ad ago della

di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), L. 180/31, 29.6.2013.

¹¹⁶ Secondo la dottrina elaborata a partire da CGUE, *van Gend & Loos*, C-26/62, ECLI: ECLI:EU:C:1963:1. Sull'effetto diretto del diritto UE, *inter alia*, B. De Witte, *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, in P. Craig, G. De Burca (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, pp. 323-36; L. Squintani, J. Lindeboom, *The Normative Impact of Invoking Directives: Casting Light on Direct Effect and the Elusive Distinction between Obligations and Mere Adverse Repercussions*, in *Yearbook of European Law*, 2018; D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.

¹¹⁷ Sull'impatto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sui diritti fondamentali nell'Unione europea, S. Iglesias Sánchez, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 2012, 49, 5, pp. 1565-1597, e F. Ippolito, *Migration and Asylum Cases before the Court of Justice of the European Union: Putting the EU Charter of Fundamental Rights to Test*, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, 17, pp. 1-38. Più nello specifico, per quanto riguarda la materia dell'asilo, S. Velluti, *Reforming the Common European Asylum System — Legislative developments and judicial activism of the European Courts*, Londra, 2014, pp. 26 e ss.; S. Amadeo, *La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, in S. Amadeo, F. Spitaleri, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 244 e ss.

¹¹⁸ Con il Trattato di Lisbona vengono eliminate le restrizioni alla competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, che può pronunciarsi sui rinvii proposti da tutti i giudici nazionali, e senza limitazioni legate alle eccezioni fondate sull'ordine pubblico. Il numero di rinvii pregiudiziali proposti in materia di controlli alle frontiere, immigrazione e asilo subisce un rapido e costante incremento a partire dal 2009.

¹¹⁹ L. Mancano, 2019, p. 151.

¹²⁰ La letteratura sul ruolo del principio di effettività nell'ordinamento dell'Unione europea è sconfinata. *Inter alia*, S. Carbone, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009; A.M. Romito, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015; M. Ross, *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality*, in *European Law Review*, 2006, p. 476 e ss. Più nello specifico, sul rapporto tra effettività e tutela giurisdizionale effettiva, S. Prechal e R. Widdershoven, *Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection*, in *REALwaw*, n. 31, 2011, p. 39 ss., e J. Krommendijk, *Is there a light on the horizon? The distinction between "Rewe effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in *Common Market Law Review*, n. 53, 2016, p.1395 ss. Da ultimo, sulla tensione tra principio di effettività e rispetto diritti fondamentali, L. Azoulai, *L'effectivité du droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux*, Strasburgo, 2018.

bilancia facendo propendere alle volte per una interpretazione delle norme maggiormente garantista e, altre volte, per l'affermazione delle prerogative di controllo e repressione.

La trattazione che segue cercherà di dar conto della disciplina del trattenimento dettata dalla legislazione secondaria dell'UE ed eventualmente risultante dall'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in entrambe le sfere di *policy* richiamate (rimpatrio dei migranti irregolari e sistema comune europeo di asilo). Verranno tratteggiati gli elementi comuni e le possibili sovrapposizioni tra un regime giuridico e l'altro. Si affronteranno in primo luogo le regole volte a garantire legalità, non arbitrarietà, necessità e proporzionalità della detenzione, per poi indagare quali siano le garanzie procedurali previste e, infine, le disposizioni attinenti alle condizioni di detenzione.

5. La detenzione dello straniero irregolare funzionale all'allontanamento: la centralità del principio dell'*effet utile* della Direttiva Rimpatri

La disciplina della detenzione dello straniero irregolare è dettata all'articolo 15 dir. 2008/115/CE¹²¹, una delle norme oggetto di maggiore ampia discussione tra le istituzioni europee durante l'*iter* legislativo di approvazione dell'atto¹²². Lo stesso *nomen iuris* della misura coercitiva è stata oggetto di dibattito, a testimonianza della ritrosia istituzionale nell'equiparare una misura amministrativa alla privazione della libertà che viene realizzata nel contesto penale e a scopi punitivi: nella versione italiana della Direttiva, la detenzione viene qualificata inizialmente come «custodia temporanea ai fini dell'allontanamento»¹²³ e poi, nel testo finale, come *trattenimento*¹²⁴. La Direttiva detta norme minime comuni in merito alle procedure di rimpatrio del cittadino di Stato terzo irregolarmente soggiornante sul territorio degli Stati membri e concepisce il trattenimento come uno degli strumenti a disposizione dei Paesi per l'attuazione coattiva dell'allontanamento, soluzione cui ricorrere in via residuale. Nella Direttiva si sancisce infatti la preferenza per l'allontanamento o partenza volontaria, sebbene nei fatti molti Stati continuano a ricorrervi solo in casi eccezionali. Per quanto riguarda la misura detentiva, gli artt. 15-18 individuano i presupposti legittimanti la detenzione, le

¹²¹ L'atto è il 'centro di gravità' della politica unionale in tema di rimpatri (L. Mancano, 2019, p. 172). Per un approfondito esame della direttiva: A. Baldaccini, *The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, 1, pp. 1-17; M. Borraccetti, *Il rimpatrio dei cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, 1, pp. 1-25; C. Favilli, *La direttiva rimpatri, ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2009, p. 1-15; F. Martucci, *La directive «retour»: la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, 1, p. 47-67.

¹²² R. Palladino, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018, p. 47. Per un esame dettagliato dell'*iter* legislativo, si vedano F. Lutz, *The negotiations on the Return Directive: comments and materials*, Nijmegen, 2008; Acosta Arcarazo, *The Good, The Bad And The Ugly In EU Migration Law: Is The European Parliament Becoming Bad And Ugly? (The Adoption Of Directive 2008/115: The Returns Directive)*, in E. Guild, P. Minderhoud, *The first decade of EU migration and asylum law*, 2012, Leiden, pp. 179 e ss.

¹²³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure applicabili negli Stati Membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi soggiornanti illegalmente, COM/2005/391 def.

¹²⁴ Sulla complessa ed edulcorata semantica della detenzione amministrativa, G. Campesi, 2013, pp. 34 e ss. e E. Valentini, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, 2018, Torino, p. 32 e ss.

garanzie procedurali applicabili ad una decisione di trattenimento, e alcune indicazioni sulle condizioni detentive: il risultato finale è una armonizzazione delle regole che non arriva, tuttavia, ad individuare una «exhaustive legal framework concerning pre-removal detention, but leaves considerable margin of discretion to Member States»¹²⁵.

5.1 I requisiti sostanziali della detenzione: principi generali vs. discrezionalità

Preliminare all'esame dei principi che informano la disciplina in esame è l'individuazione delle categorie di soggetti che possono essere trattenuti. La formula utilizzata dall'art. 15 («gli Stati possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio») può invero aprire la strada a una lettura più o meno estensiva della norma. Non vi è dubbio che entro l'ambito di applicazione *rationae personae* della Direttiva rientrano tutti gli stranieri il cui soggiorno è irregolare (art. 2). L'art. 3(1) n. 2 definisce il soggiorno irregolare come «la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro». Dalla categoria dei migranti irregolari devono ritenersi esclusi i richiedenti asilo, fintanto che la procedura di riconoscimento della protezione internazionale sia in corso¹²⁶.

In base all'art. 2(2), poi, gli Stati possono decidere di non applicare la Direttiva ai cittadini sottoposti a respingimento alla frontiera (su cui, *infra*, par. 5.1, 7), e a coloro nei cui confronti il rimpatrio è configurato quale sanzione penale o conseguenza di una sanzione penale.

Escluse dunque queste categorie di destinatari, occorre spostare l'attenzione sul perimetro di applicazione individuato dall'art. 15, poiché dalla formulazione della norma non risulta chiaro se debba farsi riferimento unicamente ai destinatari di una decisione di allontanamento coattivo, o se possa disporsi il trattenimento *prima* dell'adozione della decisione formale di allontanamento e/o in pendenza del termine per la partenza volontaria. Una interpretazione conforme al principio di proporzionalità della misura imporrebbe di considerare la coartazione applicabile soltanto nel primo caso, e solo quando la decisione sia già stata assunta¹²⁷. La

¹²⁵ L. Mancano, 2019, p. 176.

¹²⁶ Nel Manuale sul rimpatrio adottato nel 2017, la Commissione include nella categoria di cui all'art. 2 anche i «Richiedenti asilo che hanno ricevuto una decisione che pone fine al loro diritto di soggiorno come richiedenti asilo». Inoltre, gli «Immigrati irregolari che sono stati fermati alla frontiera esterna e che successivamente hanno ottenuto un diritto di soggiorno come richiedenti asilo. Anche se - dopo il rigetto definitivo della domanda di asilo - diventano nuovamente “soggiornanti irregolari”, non devono essere esclusi dal campo di applicazione della direttiva, come “caso di frontiera”». Commissione Europea, *Allegato della Raccomandazione della Commissione che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio*, adottato con Raccomandazione UE 2017/2338 della Commissione del 16 novembre 2017, COM/2017/6505 def. (di seguito: Manuale sul rimpatrio), p. 16. Sul rapporto tra il trattenimento del migrante irregolare e quello del richiedente asilo, *infra*, par. 5.3.

¹²⁷ Al contrario, la Commissione Europea, nel suo Manuale sul rimpatrio, sembra avallare il ricorso al trattenimento anche prima dell'adozione di una decisione formale, cioè quando questa sia in fase di preparazione e non sia ancora stata emessa. Sul punto, Palladino ha rammentato come «ad un diverso tenore appare orientata l'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione Europea che, nel considerare il trattenimento come la [misura] «più restrittiva della libertà che la direttiva consente» lo riconnette, proprio in virtù del suo alto grado di coercizione, alla procedura di allontanamento coattivo». R. Palladino, 2018, p. 50.

privazione della libertà non è l'unica misura coattiva applicabile allo straniero destinatario del provvedimento di espulsione, ma è certamente quella dal maggior contenuto afflittivo. Perciò ne deve essere limitato l'ambito di applicazione allo stretto indispensabile, in conformità a quanto disposto dal considerando n. 16 della Direttiva («il ricorso al trattenimento ai fini dell'allontanamento dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità [...] ed è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento e *se l'uso di misure meno coercitive è insufficiente*»).

Il principio di proporzionalità si affaccia sin dalle premesse dell'atto quale parametro esegetico delle disposizioni della Direttiva, invero non sempre chiare e suscettibili di varie interpretazioni. La funzione del considerando n. 16 è precisamente quella di delineare i principi generali che dovrebbero guidare l'interprete nell'applicazione del trattenimento: accanto al principio di proporzionalità, anche quello di necessità, che si concretizza nell'esigenza di individuare il nesso funzionale tra trattenimento e allontanamento rispetto al caso concreto. Il richiamo ai principi generali è rafforzato da quanto indicato al considerando n. 6, che si applica a tutte le procedure disciplinate dalla Direttiva, e in base al quale «le decisioni ai sensi della presente direttiva dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare».

Le indicazioni dei *consideranda* sono state solo parzialmente riprese dall'art. 15. Da un lato, la norma si apre prevedendo che il trattenimento può essere imposto «salvo nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive», sancendo che la detenzione può essere solo misura di *extrema ratio*. Non vi è però un chiaro richiamo all'obbligo di adottare la decisione secondo «criteri obiettivi» che non dipendano unicamente dallo *status* di irregolarità del soggetto. Come si vedrà, i casi in cui il trattenimento può essere applicato sono connessi alla sussistenza di un rischio di fuga. Tuttavia, poiché l'art. 15 non fornisce una definizione precisa del rischio, né individua un elenco di criteri oggettivi che possano fondarlo, gli Stati membri hanno avuto facile gioco nel qualificare la mera irregolarità del soggetto come presupposto sufficiente per individuare un rischio di fuga, e quindi legittimare la detenzione. Inoltre, la norma in esame non contiene ulteriori dettagli sulla definizione delle misure «meno coercitive» concretamente applicabili, né una loro elencazione¹²⁸, lasciando aperte numerose incertezze in merito alla procedura da seguire in concreto per valutare la sufficienza/insufficienza delle soluzioni alternative. Al netto di questi rilievi critici, il dato positivo è la creazione di un obbligo gravante sugli Stati Membri affinché questi predispongano adeguate misure meno coercitive, traducendo così in termini concreti il principio di proporzionalità¹²⁹.

¹²⁸ Nel Manuale sul rimpatrio del 2017 si riportano, quali esempio di misure alternative: le limitazioni nella scelta del domicilio, l'obbligo di soggiornare in strutture aperte per famiglie, il supporto da parte di assistenti sociali, la presentazione periodica alle autorità, la consegna dei documenti d'identità/di viaggio, il deposito di una cauzione e il monitoraggio elettronico. Manuale sul rimpatrio, p. 78. Sulla nozione di misure alternative alla detenzione nel diritto UE, P. De Bruycker, A. Bloomfield, E. Tourdi, J. Pétin, *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation*, Bruxelles, 2015.

¹²⁹ Così secondo quanto disposto dal Manuale sul rimpatrio del 2017, p. 77. Sul punto, Spitaleri, secondo cui «il giudice nazionale chiamato ad adottare o a confermare il trattenimento deve preliminarmente verificare l'esistenza di soluzioni di questo tipo, che consentano di evitare una compressione così significativa e grave della libertà personale». F. Spitaleri, 2017, p. 162. Come ricorda Palladino, poi, se la questione circa l'insufficienza delle

Può dunque ritenersi che una interpretazione della norma alla luce dei principi dettati nei *consideranda* consenta di inquadrare la detenzione dello straniero come misura di *extrema ratio*, applicabile secondo il principio della gradualità crescente nell'applicazione delle misure coattive che permea l'intera Direttiva¹³⁰. La Corte di giustizia ha confermato che le modalità previste per l'esecuzione del rimpatrio – esito necessario e obbligatorio per gli stranieri che si trovino in condizione irregolare sul territorio dell'Unione¹³¹ – si dipanano secondo una «gradazione delle misure da prendere per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, gradazione che va dalla misura meno restrittiva per la libertà dell'interessato – la concessione di un termine per la sua partenza volontaria – alla misura che maggiormente limita la sua libertà – il trattenimento in apposito centro – restando ferme in tutte le fasi di detta procedura l'obbligo di osservare il principio di sussidiarietà»¹³².

Quanto al principio di necessità, l'art. 15 ribadisce che il trattenimento è disposto «per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento», ma aggiunge anche che la misura è autorizzabile «in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga o; b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento»¹³³. L'elencazione riportata dalla norma solleva – nuovamente – alcuni dubbi interpretativi, che si traducono in profili di potenziale incompatibilità con i principi di stretta legalità e certezza del diritto¹³⁴. In primo luogo, non è chiaro se le ipotesi ivi dettate debbano considerarsi tassative o meramente esemplificative: se la seconda soluzione fosse vera, si configurerebbe una maggiore discrezionalità per Stati Membri nell'identificazione dei casi in cui è possibile limitare la libertà degli stranieri espellendi¹³⁵, compromettendo parzialmente il principio di necessità che dovrebbe informare la disciplina¹³⁶.

misure meno coercitive della detenzione «non è affrontata nemmeno negli ordinamenti interni, paventa l'ipotesi di non conformità dello strumento del trattenimento con quel principio cardine di 'sussidiarietà' al quale dovrebbe essere improntata la previsione del trattenimento nell'ambito della direttiva rimpatri». R. Palladino, 2018, p. 66.

¹³⁰ *Consideranda* n. 10 e 13 direttiva 2008/115/CE. La partenza volontaria è regolata dall'art. 7 della direttiva, mentre l'articolo successivo disciplina le ipotesi in cui disporsi l'allontanamento forzato «qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria a norma dell'art.7(4) o per mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il periodo per la partenza volontaria concesso a norma dell'articolo 7».

¹³¹ Art. 6(1) dir. 2008/115/CE. La stessa norma prevede delle eccezioni per casi particolari, legati a motivi «caritatevoli, umani o di altra natura» in cui lo Stato può astenersi dall'adozione di una decisione di rimpatrio.

¹³² CGUE [GC], sentenza del 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11, par. 42.

¹³³ Il rischio di fuga era l'unico presupposto inizialmente individuato dalla Commissione come presupposto legittimo per la detenzione (COM/2005/391), e parte della dottrina ritiene che sia l'unica ipotesi in cui il trattenimento a fini espulsivi sia realmente giustificato. I. Majcher, *The European Union Return Directive and its compatibility with international human rights law*, Leiden, 2019, pp. 373 e ss. e G. Cornelisse, 2010, p. 270 e ss.

¹³⁴ Su cui diffusamente, cap. II, par. 3,4 e, dalla prospettiva interna, A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.

¹³⁵ A sostegno della prima interpretazione, Spitaleri, secondo il quale «se il pericolo che il migrante si renda irreperibile non sussiste e se la preparazione dell'allontanamento non viene da questi ostacolata, non c'è nessuna ragione (ulteriore) che possa giustificare il trattenimento. In tal caso, sono più che sufficienti misure meno restrittive. Trattenere il migrante quando questi non intende fuggire e non intralcia l'espulsione porterebbe la detenzione amministrativa ad assumere una valenza prettamente punitiva, facendo venir meno il nesso funzionale con il rimpatrio». F. Spitaleri, p. 163. In senso contrario, Mancano, che evidenzia come proprio l'elencazione aperta lasci un ingiustificato margine di discrezionalità agli Stati che – pur rispettando formalmente la direttiva – possono nel concreto violare il diritto alla libertà personale dell'individuo prevedendo ipotesi di «one-size-fits-all grounds for detention introduced at state level». L. Mancano, 2019, p. 184. Allo stesso modo, I. Majcher, 2019, p. 382.

¹³⁶ R. Palladino, 2018, p. 68.

In secondo luogo, come anticipato, il testo della Direttiva non inquadra chiaramente la nozione di rischio di fuga: l'art. 3(7) lo qualifica come «la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga»¹³⁷. La mancata indicazione dei criteri cui far riferimento, o di esempi di possibili comportamenti che integrerebbero una condotta non collaborativa, lascia ancora una volta spazio a diverse prassi applicative all'interno degli Stati membri¹³⁸. La Corte di giustizia ha però chiarito che questi ultimi non possono sottrarsi all'onere di individuare i «criteri obiettivi» attraverso un atto legislativo di diritto interno¹³⁹, ribadendo che ogni decisione si deve basare su una valutazione individuale delle circostanze di fatto e non può discendere da una mera applicazione oggettiva dei criteri indicati dalla normativa¹⁴⁰.

Infine non è chiaro se l'ipotesi di cui all'art. 15(1) lett. b) (la mancata cooperazione nell'esecuzione del rimpatrio da parte dello straniero) venga in rilievo solo se letta in combinato disposto con l'esistenza di un rischio di fuga o abbia valenza autonoma. Nel caso in cui la condotta non collaborativa dello straniero non ponga in pericolo l'esecuzione dell'allontanamento (perché egli non fugge o non si sottrae allo stesso), il trattenimento si configurerebbe piuttosto come una «misura punitiva senza reato»¹⁴¹: l'assenza di collegamento tra mancata cooperazione e rischio di fuga giustificerebbe un approccio intrinsecamente sanzionatorio messo in campo dagli Stati e giustificato dal diritto UE.

La formulazione spesso ambigua della legge genera 'ragionevoli sospetti' circa le funzioni latenti della detenzione del migrante irregolare: mentre la norma si richiama espressamente al nesso di funzionalità con il rimpatrio (configurando la misura come sostanzialmente 'cautelare'), la dottrina ha suggerito che l'indefinitezza di alcune definizioni della Direttiva

¹³⁷ Sulla nozione di rischio di fuga nella Direttiva: M. Moraru, *Judicial dialogue in action: making sense of the risk of absconding in the return procedure*, in P. De Bruyker, G. Cornelisse, M. Moraru, *Law and judicial dialogue on the return of irregular migrants from the European Union*, Oxford, 2020, pp. 125 e ss.

¹³⁸ L'ampia discrezionalità di cui dispongono gli Stati è stata riconosciuta anche dalla Commissione Europea che, nel Manuale sul rimpatrio del 2017, suggerisce una elencazione di indici particolarmente ampia: «mancanza di documentazione; mancanza di domicilio, di fissa dimora o di un indirizzo affidabile; inadempimento dell'obbligo di presentarsi alle autorità competenti; dichiarazione esplicita dell'intenzione di non ottemperare alle misure connesse al rimpatrio (ad esempio, decisione di rimpatrio, misure di prevenzione della fuga); esistenza di una condanna penale, ivi compresa una condanna per un reato grave in un altro Stato membro; indagini e procedimenti penali in corso; mancato rispetto di una decisione di rimpatrio, ivi compreso il mancato rispetto di un obbligo di rimpatrio entro il periodo concesso ai fini della partenza volontaria; precedente condotta (vale a dire, fuga); mancanza di risorse finanziarie; decisione di rimpatrio emanata da un altro Stato membro nei confronti di tale cittadino; mancato rispetto dell'obbligo di recarsi nel territorio di un altro Stato membro che abbia rilasciato un permesso di soggiorno valido o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare; ingresso irregolare nel territorio degli Stati membri dell'UE e dei paesi associati Schengen». Manuale sul rimpatrio, p. 13.

¹³⁹ CGUE, sentenza del 5 giugno 2014, *Madhi*, C-146/14, par. 70. La Corte ha esplicitato lo stesso principio nella sentenza *Al Chodor*, con riferimento alla nozione di rischio di fuga contenuta nell'art. 2, lett.n) reg. 603/2013/UE (cd. Regolamento Dublino). CGUE, sentenza del 15 marzo 2017, *Al Chodor*, C-528/15, par. 42, su cui *infra*, par. 6.1.

¹⁴⁰ La Corte non esita quindi ad affermare che «l'articolo 15, paragrafi 1 e 6, della direttiva 2008/115 deve essere interpretato nel senso che osta a una disciplina nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che consenta la proroga del periodo iniziale di trattenimento di sei mesi già per il solo fatto che il cittadino del paese terzo sia privo di documenti d'identità». CGUE, *Madhi*, par. 74.

¹⁴¹ D. Wilsher, 2012, p. 153. Wilsher ricorda anche come, nel XX secolo, la mancata cooperazione del migrante di fronte ai tentativi di rimpatri era punita attraverso il ricorso al diritto penale, poi gradualmente sostituito dalla estensione dei periodi di detenzione amministrativa.

consenta agli Stati di fare uso della detenzione per il raggiungimento di obiettivi tipici del sistema penale, quali quelle di deterrenza e punizione¹⁴².

È invece fuor di dubbio che l'incerta delimitazione dei casi che legittimano il trattenimento nella Direttiva non possa giustificare il richiamo all'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, quando non sussista (o non sussista più) un nesso funzionale con il rimpatrio. La Corte di giustizia lo ha sancito con chiarezza nel caso *Kadzoev*¹⁴³, riguardante un cittadino straniero la cui nazionalità non era stata determinata con certezza, circostanza che rendeva impossibile il rimpatrio. La Corte ha chiarito che le circostanze rappresentate dal giudice del rinvio (mancato possesso di validi documenti, comportamento aggressivo, assenza di alloggio e di mezzi di sussistenza) da cui veniva fatto discendere un pericolo per l'ordine pubblico non potevano di per sé costituire un motivo di trattenimento ai sensi delle disposizioni della Direttiva. Tale approdo giurisprudenziale sembra avallare l'interpretazione secondo cui motivi diversi da quelli indicati nell'art. 15(1) non possono giustificare il trattenimento,¹⁴⁴ fermo restando che la misura resta applicabile quando la persona straniera, considerata un pericolo per l'ordine pubblico, è destinataria di un provvedimento di allontanamento.

La Corte di giustizia ha però precisato che, in questi casi, la nozione di «pericolo per l'ordine pubblico» deve essere interpretata in senso restrittivo, poiché essa autorizza «una deroga a un obbligo concepito allo scopo di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini di paesi terzi al momento del loro allontanamento dall'Unione»¹⁴⁵.

5.2 L'(annosa) questione della durata del trattenimento

I principi di proporzionalità e necessità trovano applicazione anche in sede di individuazione della possibile dilatazione della misura nel tempo. La Direttiva prescrive che «il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio» (art.15 (1)) e cessa quando «risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico

¹⁴² I. Majcher, *The effectiveness of the EU return policy at all costs: the punitive use of administrative pre-removal detention*, in N.K. Šalamon (a cura di) *Causes and Consequences of Migrant Criminalization*, Cham, 2020, pp. 109-129.

¹⁴³ CGUE, sentenza del 30 novembre 2009, *Kadzoev*, C-357/09.

¹⁴⁴ Così F. Spitaleri, 2017, p. 164.

¹⁴⁵ CGUE, sentenza dell'11 giugno 2015, *Z. Zh. c. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie*, C.554/13, par. 48. Più nello specifico, la nozione di ordine pubblico va interpretata alla luce del principio di proporzionalità e non può essere fondata su un automatismo. Dall'applicazione dei principi generali, la Corte fa discendere che «l'articolo 7, paragrafo 4, della direttiva 2008/115 deve essere interpretato nel senso che osta ad una prassi nazionale secondo cui si ritiene che il cittadino di un paese terzo che soggiorni in modo irregolare nel territorio di uno Stato membro costituisca un pericolo per l'ordine pubblico ai sensi della menzionata disposizione soltanto perché sospettato di avere commesso un fattopunibile come delitto in diritto nazionale o per aver subito una condanna penale per un fatto del genere». Al tempo stesso, tuttavia, il mero sospetto di commissione di un reato, così come l'esistenza di una sentenza di condanna anche non definitiva possono concorrere, unitamente ad altri elementi quali «la gravità e la natura del fatto [di reato], il tempo trascorso dalla sua commissione», alla valutazione se il cittadino di Paese terzo costituisca un pericolo per l'ordine pubblico. CGUE, *Z. Zh.*, par. 62-63. Per un commento, G. Roma, A. Romano, *Ordine pubblico, automatismo espulsivo e diritti fondamentali degli stranieri: un commento alla sentenza Zh. e O. della Corte di giustizia relativa alla partenza volontaria*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2015, 3-4, pp. 163-177. Sulla nozione di «ordine pubblico» e «sicurezza pubblica» si tornerà diffusamente nel prosieguo della trattazione, *infra*, par. 6.2.

o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1» (art. 15 (4)). Il nesso funzionale tra trattenimento e rimpatrio deve, pertanto, sussistere per tutta la durata della misura.

La Corte ha interpretato il concetto di «assenza di una *prospettiva ragionevole* di rimpatrio»¹⁴⁶ fin dal caso *Kadzoev*, chiarendo che l'impossibilità – o scarsa probabilità – di poter eseguire l'allontanamento può riferirsi sia a «motivi di ordine giuridico» (si pensi, ad esempio, al rischio di violare in principio di *non-refoulement*, o all'assenza di accordi di riammissione) che ad «altri motivi». Così facendo la Corte adotta una formula aperta, idonea a valorizzare anche elementi di fatto che possono rendere inattuabile il rimpatrio¹⁴⁷. I giudici hanno inoltre precisato che la formula va interpretata come «concreta prospettiva di esecuzione dell'allontanamento, tenuto conto dei termini fissati dall'art. 15 nn. 5 e 6»¹⁴⁸, suggerendo inoltre che tale prospettiva non sussisterebbe quando «sembra poco probabile che l'interessato sia accolto in un Paese terzo tenuto conto dei detti termini»¹⁴⁹. Anche in questo caso, dunque, la Corte richiama l'importanza di effettuare una valutazione caso per caso, che tenga conto delle circostanze concrete.

La questione dei termini di durata della misura detentiva, cui la Corte di giustizia sembra attribuire funzione di garanzia della proporzionalità del trattenimento, ha in realtà rappresentato uno dei principali terreni di scontro durante l'adozione della Direttiva¹⁵⁰. L'art. 15(5,6) dispone, infatti, che: «ciascuno Stato membro stabilisce un periodo limitato di trattenimento, che non può superare i sei mesi [...] Gli Stati membri non possono prolungare il periodo di cui al paragrafo 5, salvo per un periodo limitato non superiore ad altri dodici mesi». Ne discende una possibile durata complessiva della detenzione pari a 18 mesi: termine notevolmente più

¹⁴⁶ Secondo concorde dottrina tale previsione avrebbe recepito la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, in base alla quale l'allontanamento sarebbe arbitrario in assenza di una prospettiva realistica di allontanamento (cfr., *infra*, cap. II, par. 3.2). Sul punto, più diffusamente, I. Majcher, 2019, p. 351 e ss.

¹⁴⁷ R. Palladino, 2018, p. 85.

¹⁴⁸ CGUE, *Kadzoev*, par. 65.

¹⁴⁹ *Ibidem*, par. 66. Da tale interpretazione, tuttavia, sembrerebbe doversi far discendere che se anche l'allontanamento non è immediatamente possibile – ad esempio per impedimenti temporanei – ma potrebbe essere attuato entro i 18 mesi, il trattenimento sarà comunque legittimo. L'Avvocato Generale Mazak aveva invece proposto una diversa interpretazione, più in linea con gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo. Mazak, ha sostenuto, cioè che «il trattenimento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare è giustificato solo in vista del suo allontanamento e in relazione a procedure di allontanamento in corso condotte con la dovuta diligenza, il che implica l'esistenza di una possibilità di allontanamento. Orbene, come emerge dalla formulazione dell'art. 15, n. 4, della direttiva «rimpatrio», l'esistenza di una possibilità di allontanamento astratta o teorica, senza elementi precisi di tempo o probabilità, non basterebbe a tale scopo. Deve esistere una prospettiva «ragionevole», ovvero realistica, di poter procedere all'allontanamento della persona trattenuta entro un periodo ragionevole». Detta prospettiva ragionevole deve concretizzarsi in un «futuro ragionevolmente vicino», e non necessariamente entro il limite temporale massimo stabilito dalla direttiva. Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mázak del 10 novembre 2009, C-357/09, par. 95 e 97.

¹⁵⁰ A. Baldaccini, *The EU Directive on return: principles and protests*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2009, 4, pp. 114-138. Secondo Wilsher una durata della detenzione amministrativa superiore ai sei mesi assumerebbe *per sé* connotati punitivi perché eccessivamente dilatata nel tempo (D. Wilsher, 2012, p. 339-340). Il termine massimo di trattenimento indicato nella Direttiva è stato però fortemente criticato, oltre che da numerose ONG, dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa: «The European Union Return Directive, which provides for a maximum length of detention for irregular migrants of up to eighteen months, can be criticised for adopting the lowest common standard with regard to length of detention thereby allowing European Union member states to practice long-term detention, and increasing the possibility for states to increase their minimum duration of detention». PACE, *Detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe*, Resolution 1707 (2010), p. 5.

elevato rispetto a quello fissato da diversi ordinamenti nazionali che già contemplavano una durata massima della misura¹⁵¹. Ciononostante, parte della dottrina ha accolto con favore la fissazione di un termine ultimo oltre il quale la detenzione risulterebbe illegittima¹⁵², evidenziando che la Direttiva è stata il «primo strumento sovranazionale che limita le prerogative degli Stati sovrani»¹⁵³. D'altro canto, è stato evidenziato che la sua adozione ha spinto la maggioranza degli Stati membri che prevedevano un tempo di trattenimento inferiore ai sei mesi ad aumentarlo, promuovendo una uniformazione degli standard verso il basso¹⁵⁴.

La possibilità di prorogare la durata del trattenimento oltre i sei mesi iniziali è ammessa solo «nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa: a) della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo; b) dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi» (art. 15(6)). Il riferimento ad un onere per le autorità di compiere ogni sforzo ragionevole in vista dell'esecuzione dell'allontanamento – letto in combinato disposto con il par. 1 del medesimo articolo, in cui si parla di «espletamento diligente delle modalità di rimpatrio» – può essere interpretato nel senso di precludere la proroga del trattenimento quando, come visto, non vi siano più prospettive ragionevoli di allontanamento anche in ragione del fatto che le autorità non si sono attivate con la necessaria diligenza per portare a termine le procedure ablativo. Anche il richiamo al concetto di *due diligence* deve ritenersi espressione del principio di proporzionalità¹⁵⁵, che torna ad assumere un ruolo centrale per consentire di commisurare l'adeguatezza della privazione della libertà a specifici fattori rilevanti nel caso concreto, quali ad esempio il comportamento delle autorità.

Al contempo, non può tacersi che l'art. 15 (6) subordina l'estensione del trattenimento per altri 12 mesi a circostanze *scollegate* dalla condotta dello Stato: così facendo, la disposizione sembra allontanarsi dalla codificazione del requisito di proporzionalità e si orienta verso una (mal) «celata finalità deterrente e in un certo senso punitiva della detenzione»¹⁵⁶, soprattutto con riferimento all'ipotesi della mancata collaborazione del migrante¹⁵⁷. Ancora una volta la Corte di giustizia ha inteso fornire un bilanciamento tra tutela dell'individuo e deferenza agli interessi statali e ha precisato che la formulazione in esame deve essere interpretata nel senso che spetta alle autorità di dimostrare che le procedure di allontanamento si sono protratte più a lungo del previsto nonostante gli sforzi compiuti, in via *preliminare* rispetto all'esame della

¹⁵¹ In particolare, l'implementazione della Direttiva rimpatri ha comportato l'aumento dei tempi massimi di trattenimento in otto Stati Membri. Al contempo, la Commissione Europea da conto del fatto che in dodici Stati il termine massimo è stato o introdotto, poiché non esisteva, o diminuito, sottolineando che «La direttiva rimpatri ha contribuito alla convergenza – e, nel complesso, alla riduzione – della durata massima del trattenimento dell'UE». Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento sulla politica di rimpatrio nell'Unione Europea (COM/2014/0199 *final*).

¹⁵² CGUE, *Kadzoev*, para 60 e ss.

¹⁵³ F. Spitaleri, 2017, p. 120.

¹⁵⁴ I. Majcher, 2019, p. 417 e ss.

¹⁵⁵ Il rapporto tra durata della detenzione e onere di cooperazione statale è stato più volte considerato un profilo di interesse nella valutazione della proporzionalità della detenzione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, su cui *infra*, cap. II, par 3.2.

¹⁵⁶ R. Palladino, 2018, p. 75.

¹⁵⁷ Sull'approccio in parte punitivo avallato dalla Direttiva, si veda anche M. Di Filippo, *L'allontanamento dello straniero nella normativa dell'Unione Europea*, in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 465; e I. Majcher, p. 420.

«mancata cooperazione dell'interessato». Soltanto quando tale onere sia stato soddisfatto sarà possibile estendere l'indagine al comportamento dell'interessato al fine di giustificare l'eventuale proroga del trattenimento¹⁵⁸; inoltre, le autorità dovranno dimostrare l'esistenza di un collegamento causalmente rilevante tra la mancata cooperazione e l'impossibilità di eseguire il rimpatrio, pena l'illegittimità della proroga.

5.3 Effet utile della direttiva e sovrapposizione dei regimi detentivi

L'esame della disciplina dei presupposti applicativi, della durata e della possibilità di estensione del trattenimento testimonia la presenza di una costante tensione tra l'esigenza di garantire l'effettività delle procedure di rimpatrio e il rispetto del diritto alla libertà personale¹⁵⁹. La stessa tensione affiora anche quando si guardi a tre ulteriori questioni attinenti alla detenzione del migrante irregolare, non regolamentate espressamente nella Direttiva Rimpatri, ma che merita qui brevemente richiamare per completezza espositiva.

La prima criticità attiene al silenzio della norma rispetto alla possibilità di disporre *ex novo* il trattenimento quando questo – per assenza di ragionevoli prospettive di allontanamento, o per esaurimento dei termini massimi del trattenimento – non abbia condotto al rimpatrio. Si tratta dell'ipotesi del cd. trattenimento a catena, eventualità non del tutto marginale dal momento che la procedura di espulsione non si estingue automaticamente a seguito del trattenimento, anche quando questo sia stato infruttuoso e dunque non abbia condotto al rimpatrio. In sostanza, finché la persona è irregolare sul territorio e non riceve una autorizzazione al soggiorno lo Stato potrà nuovamente tentare di allontanarla. Ci si chiede se in questi casi sia possibile ricorrere nuovamente alla misura di *extrema ratio* della privazione della libertà e, in caso di risposta affermativa, dopo quanto tempo? La Direttiva tace sul punto¹⁶⁰, e la Corte di giustizia ha affrontato solo marginalmente la questione: nel caso *Mahdi* ha specificato che le previsioni della dir. 2008/115 non configurano un dovere per lo Stato membro di adottare un «permesso di soggiorno autonomo o altra autorizzazione che conferisca un diritto di soggiorno ad un cittadino di un paese terzo privo di documenti d'identità e che non abbia ottenuto tali documenti dal proprio paese d'origine, successivamente alla rimessione in libertà»¹⁶¹, pur imponendo l'onere di rilasciare una «conferma scritta della sua situazione»

¹⁵⁸ CGUE, *Madhi*, par. 65 e ss. Sul punto, S. Nicolosi, *La Corte di giustizia precisa che un prolungamento dello stato di trattenimento dei migranti in attesa di rimpatrio non può essere giustificato dalla semplice mancanza di documenti di identità*, in *Rivista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2014, n. 4, pp. 913 e ss.

¹⁵⁹ Secondo Mancano è stata proprio la Corte di giustizia dell'Unione Europea a operare uno sforzo costante nell'individuare un bilanciamento tra le (quasi inevitabilmente) opposte istanze. L. Mancano, 2019, p. 181 e ss.

¹⁶⁰ Nel Manuale sul rimpatrio, la Commissione ha ritenuto di dover precisare che «Un nuovo trattenimento della stessa persona in un momento successivo è legittimo solo se si è verificato un importante cambiamento delle circostanze (ad esempio il rilascio da parte di un paese terzo dei documenti necessari o un miglioramento della situazione nel paese di origine, tale da consentire un rimpatrio sicuro), se tale cambiamento crea una "prospettiva ragionevole di allontanamento" ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 4, della direttiva rimpatri e se sono soddisfatte tutte le altre condizioni previste dall'articolo 15 di tale direttiva per l'imposizione del trattenimento». Manuale, pag. 87.

¹⁶¹ CGUE, *Mahdi*, par. 89.

(considerando n. 12)¹⁶². L'ampia discrezionalità concessa agli Stati quanto alla opportunità di regolarizzare il cittadino straniero inespellibile ne comporta, nella maggioranza dei casi¹⁶³, la permanenza in un indefinito limbo giuridico e il concreto rischio di essere nuovamente trattenuto¹⁶⁴.

Ci pare che l'applicazione della nuova misura detentiva possa però avvenire solo nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità prescritti dal considerando 16 della direttiva: di conseguenza, il trattenimento deve ritenersi ammissibile solo quando siano emerse nuove circostanze – giuridiche o fattuali – che facciano ritenere ragionevole il rimpatrio e previo esame dell'applicabilità di misure alternative. Di più: secondo parte della dottrina sulle autorità grava un onere di dimostrare con «assoluta certezza» che il rimpatrio è divenuto possibile, fornendo la data esatta di esecuzione della decisione di rimpatrio¹⁶⁵. Un nuovo trattenimento potrà dirsi legittimo, quindi, soltanto quando sia dimostrato che l'allontanamento torna a profilarsi quale prospettiva realistica.

La seconda criticità riguarda la possibilità di applicare non un nuovo trattenimento amministrativo, ma una sanzione penale alla persona *non-rimpatriabile*: chi sia già stato destinatario di una misura di trattenimento che non ha condotto al rimpatrio potrà essere nuovamente privato della libertà qualora il diritto nazionale criminalizzasse la sua presenza sul territorio? Occorre a questo punto fare una premessa: nessuna norma della Direttiva Rimpatri impone o ammette la criminalizzazione (inteso nel senso proprio del termine, quale previsione di una sanzione penale) del soggiorno irregolare. Al contempo, nessuno dei suoi articoli la vieta esplicitamente: pertanto, gli Stati membri restano in via di principio liberi di adottare misure penali per affrontare il fenomeno dell'ingresso o permanenza irregolare dei cittadini di Stati terzi. Anche in questo ambito è però intervenuta la Corte di giustizia.

In particolare, i giudici europei sono stati chiamati a valutare la conformità con la Direttiva di previsioni di diritto interno volte a sanzionare tramite pena detentiva le condotte di ingresso o soggiorno illegale nel Paese: si trattava di ipotesi di criminalizzazione diretta dello *status* di straniero irregolarmente soggiornante¹⁶⁶. La Corte di giustizia ha precisato in proposito che il perseguimento dell'*effet utile* della Direttiva – il rapido rimpatrio dello straniero – sarebbe

¹⁶² La Corte, tuttavia, non esplicita chiaramente nella sentenza che la funzione del considerando n. 12 sarebbe precisamente quello di evitare un ri-trattenimento della persona, al contrario di quanto sostenuto dall'Avvocato Generale (Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 14 maggio 2014, C-146/16, par. 96-97).

¹⁶³ S. Amadeo, F. Spitaleri, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, Torino, 2019, pp. 271 e ss. Sul tema, anche F. Lutz, *Non-removable returnees under Union Law: status quo and possible developments*, in *European Journal of Migration and Law*, 20 (1), 2018, pp. 28 e ss.

¹⁶⁴ Si fa qui riferimento all'ipotesi di detenzione amministrativa: diverso è il caso di privazione della libertà applicata quale conseguenza di una sanzione penale collegata alla permanenza irregolare sul territorio, che non si porrebbe in contrasto con le previsioni e gli obiettivi della Direttiva rimpatri. CGUE [GC], sentenza del 6 dicembre 2011, *Achughbabian*, C-329/11. Sul rapporto tra trattenimento amministrativo, sanzioni penali e *status* dei migranti non rimpatriabili: C. Gosme, *Trapped between administrative detention, imprisonment, and freedom in limbo*, in M.J. Guia, R. Koulis, V. Mitsilegas (a cura di), *Immigration detention, risks and human rights*, Amsterdam, 2016, pp. 91 e ss.

¹⁶⁵ F. Spitaleri, 2017, p. 267.

¹⁶⁶ Sul tema della criminalizzazione della persona straniera nelle politiche e nel diritto UE, R. Cholewisnki, *The criminalisation of migration in EU law and policy*, in H. Toner, E. Guild, A. Baldaccini (a cura di), *Whose freedom, security and justice?*, Oxford, pp. 301-336, e V. Mitsilegas, *The criminalisation of migration in Europe. Challenges for human rights and the rule of law*, Londra, 2014.

pregiudicato nei casi in cui agli stranieri espellendi sia applicata una sanzione che abbia quale conseguenza di ritardare o ostacolare il rimpatrio: in *El Dridi*, il primo caso deciso dalla Corte in merito, viene sancito che «la direttiva 2008/115, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo»¹⁶⁷.

Nei casi sottoposti pressappoco contestualmente al vaglio della Corte nel 2011, i giudici hanno ritenuto la criminalizzazione dell'ingresso o del soggiorno irregolare operata dal diritto nazionale (italiano, nel caso *El Dridi*, e francese, nel successivo caso *Achughbaban*) in contrasto con l'effettività della Direttiva. Sebbene l'esercizio dello *ius puniendi* non possa – in via di principio – essere precluso allo Stato membro, i giudici hanno concluso che non lo si possa esercitare attraverso l'imposizione di una sanzione detentiva che ostacoli il rimpatrio. In un caso successivo, la Corte ha invece ritenuto che la Direttiva non preclude la facoltà per gli Stati di prevedere sanzioni penali a carico dei cittadini di Paesi terzi già rimpatriati, e che abbiano successivamente fatto nuovamente ingresso nel territorio trasgredendo un divieto di reingresso¹⁶⁸. Di conseguenza, per il diritto UE possono ritenersi ammissibili – in quanto pienamente rientranti entro l'esercizio delle prerogative statali in materia penale – le misure volte a criminalizzare il soggiorno dello straniero che non interferiscono (più) con l'obiettivo della Direttiva.

Nonostante l'esito dell'ultimo caso cui si è fatta menzione, parte della dottrina ha osservato che il *case-law* della Corte di giustizia ha lanciato «un segnale molto forte contro l'uso simbolico della criminalizzazione», dal momento che «ha respinto la legislazione e le pratiche

¹⁶⁷ CGUE [GC], sentenza del 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11; e CGUE [GC], sentenza del 6 dicembre 2011, *Achughbaban*, C-329/11. Per un commento ai casi citati, *ex multis*, C. Amalfitano, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della cd. direttiva rimpatri*, in *Cassazione penale*, 2011, pp. 2786-2797; A. R. Raffaelli, *Criminalizing irregular immigration and the Returns Directive: an analysis of the El Dridi case*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, 13 (1), pp. 467-489; F. Viganò, L. Maserà, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4.5.2011; A. Liguori, *Testo Unico sull'immigrazione e "direttiva rimpatri": il caso El Dridi dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2011 (3), pp. 640-462; L. Leboeuf, *La directive retour et la privation de liberté des étrangers. Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt El Dridi*, in *Revue du droit des étrangers*, 2011, pp. 181-191; P. De Pasquale, *Misure nazionali di rimpatrio e diritto dell'Unione europea: dal El Dridi a Auchgbabian*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012 (1), pp. 509-521; L.R. Raffaelli, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbaban nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011 (4) pp. 73-79. V. Mitsilegas, *Immigration detention, risk and human rights in the law of the European Union. Lessons from the Return Directive*, in M. J. Guia, R. Koulis, & V. Mitsilegas (a cura di), *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime*, Londra, 2016, pp. 25-45. Le conclusioni raggiunte dalla Corte in *Achughbaban* sono state di recente confermate nel caso *Affum*. CGUE, sentenza del 7 giugno 2016, *Affum*, C-47/15.

¹⁶⁸ CGUE, sentenza del 1° ottobre 2015, *Celaj*, C-290/14. Sulla quale, M. Savino, *Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj case*, in *Common Market Law Review*, 2016 (inserisci vol), pp. 1419-1440; A. Romano, *'Circumstances...are clearly distinct': la detenzione dello straniero per il delitto di illecito reingresso nella sentenza Celaj della Corte di Giustizia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, pp. 109-124.

che portano alla criminalizzazione e alla detenzione simbolica dei migranti (...) e ha contestato l'opinione prevalente in alcuni Stati membri secondo cui la detenzione amministrativa è fine a se stessa»¹⁶⁹. Al tempo stesso non può negarsi che l'approccio dell'autorità giurisdizionale non si basa sulla centralità dei diritti umani, ma piuttosto sull'esigenza di garantire l'effettività del diritto dell'Unione, secondo una logica in cui «the effectiveness is heavily prioritised over the protection of personal liberty»¹⁷⁰.

Il perseguimento dell'*effet utile* della Direttiva – la realizzazione del rimpatrio – si colloca al centro dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di giustizia anche nel terzo profilo controverso di attuazione della Direttiva Rimpatri. Detta giurisprudenza attiene al rapporto tra la detenzione dei richiedenti asilo e quella del migrante irregolare. La dir. 2008/115/CE, come noto, esclude dalla sua sfera di applicazione i richiedenti asilo¹⁷¹. Le prassi hanno però dimostrato che non sono infrequenti i casi di contiguità, se non di sovrapposizione, tra le fasi in cui la persona risulta richiedente asilo e quella in cui diventa migrante *sine titulo*. Anche in questo ambito, a fronte del vuoto normativo e della conseguente discrezionalità lasciata agli Stati membri, la Corte di giustizia è intervenuta per chiarire che nel computo del periodo massimo di trattenimento individuato dalla Direttiva non può essere conteggiato il tempo durante il quale la decisione di rimpatrio è rimasta sospesa a seguito della presentazione di una domanda di asilo da parte dello straniero già destinatario di un provvedimento di espulsione¹⁷². Nel caso *Arslan* i giudici hanno ritenuto che il trattenimento dello straniero irregolare e quello del richiedente asilo facciano capo a due «distinti regimi giuridici», i quali tuttavia non pregiudicano la detenzione senza soluzione di continuità durante la fase di espulsione e la fase di esame della domanda di asilo. Una simile conclusione è giustificata alla luce del fatto che «la finalità della direttiva di cui trattasi – ossia l'efficace rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare – risulterebbe compromessa se fosse impossibile per gli Stati membri evitare che l'interessato, mediante la presentazione di una domanda d'asilo, possa ottenere automaticamente di essere rimesso in libertà»¹⁷³. In base alla stessa *ratio* la Corte ha più di recente ritenuto che l'efficacia della decisione di rimpatrio non viene automaticamente meno a seguito della presentazione di una domanda di asilo: le disposizioni della Direttiva 2013/33/UE in materia di trattenimento del richiedente protezione non ostano a che la decisione di rimpatrio «possa essere ripresa alla fase in cui è stata interrotta in conseguenza del deposito di una domanda di protezione internazionale e ciò [nel caso oggetto del rinvio pregiudiziale] dal momento del rigetto in primo grado della domanda stessa»¹⁷⁴.

Infine, in *Gnandi*, la Corte di giustizia ha ritenuto compatibili con il diritto UE le previsioni di diritto nazionale che consentono di adottare contestualmente una decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale e una di rimpatrio, a condizione che gli effetti del

¹⁶⁹ V. Mitsilegas, 2016, p. 44.

¹⁷⁰ L. Mancano, 2019, p. 178.

¹⁷¹ Con le precisazioni già operate alla nota n. 57, cui si rimanda.

¹⁷² CGUE, *Kadzoev*, par. 45 e ss. La cumulabilità dei due periodi di trattenimento, ora come migrante irregolare, ora come richiedente asilo comporta che il complessivo periodo di privazione della libertà possa innalzarsi significativamente, posto che, come si vedrà, le disposizioni unionali in materia del trattenimento del richiedente asilo non contemplano un periodo massimo di detenzione.

¹⁷³ CGUE, sentenza del 30 maggio 2013, *Arslan*, C-534/11.

¹⁷⁴ CGUE, sentenza del 15 febbraio 2016, *J.N.*, C-601/15, par. 75.

provvedimento di allontanamento siano sospesi durante il periodo in cui può essere presentato ricorso e, in caso di sua proposizione, fino alla decisione definitiva sull'impugnazione. Attraverso tale decisione la netta distinzione tra le regole che si applicano al richiedente asilo e allo straniero irregolare è in parte offuscata: mentre le conclusioni del caso *Arslan* consentivano di inferire che «purché soggiorni legalmente, ossia in maniera non irregolare, nel territorio dello Stato membro interessato, e fintantoché dura tale soggiorno legale, un richiedente asilo che sia stato autorizzato a rimanere su tale territorio in attesa dell'esito della sua domanda (...) è escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 2008/115»¹⁷⁵, in *Gnandi* si ammette che una decisione ai sensi dell'art. 6 dir. 2008/115 possa essere adottata mentre lo *status* dello straniero è ancora pacificamente riconducibile a quello di richiedente protezione internazionale. La Corte abbandona la precedente 'logica binaria' in base alla l'autorizzazione alla permanenza sul territorio (anche sulla base di una decisione dell'autorità giudiziaria) implica(va) che il soggiorno dello straniero fosse da considerarsi legale, e dunque esclude(va) l'applicazione della Direttiva Rimpatri¹⁷⁶.

5.4 *Habeas corpus (embrionale) e condizioni detentive (incerte)*

Il tentativo di armonizzazione perseguito dalla Direttiva Rimpatri si è esteso anche ad alcuni requisiti minimi necessari per garantire il rispetto dell'*habeas corpus* dei cittadini stranieri. In questo campo (giuridico) si riscontravano infatti molte divergenze tra i diversi ordinamenti nazionali¹⁷⁷. L'art. 15(2) dispone che il provvedimento limitativo della libertà «è adottato per iscritto ed è motivato in fatto e in diritto». La norma non menziona, invece, un obbligo di traduzione del provvedimento in una lingua conosciuta o conoscibile dall'interessato, né l'indicazione che il provvedimento debba sempre essere corredato dalle informazioni circa le modalità e i mezzi di ricorso esperibili¹⁷⁸.

In base alle indicazioni offerte dalla Direttiva il trattenimento può essere disposto alternativamente dall'autorità amministrativa o da quella giudiziaria¹⁷⁹. Nel primo caso, si impone agli Stati di prevedere «un pronto riesame giudiziario della legittimità del trattenimento

¹⁷⁵ Conclusioni integrative dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi presentate il 22 gennaio 2018, *Sadikou Gnandi*, C-181/16, par. 30. Secondo l'AG, «solo quando il riconoscimento dello status di rifugiato (o di persona che necessita di una protezione sussidiaria) è definitivamente escluso da una *decisione che conclude la procedura* la persona interessata perde la *qualifica di richiedente asilo* (o, più in generale, di richiedente protezione internazionale). A mio modo di vedere, solo in tale momento tale persona diventa idonea a rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2008/115, a condizione che il suo soggiorno nello Stato membro interessato sia irregolare» (par. 39); di conseguenza, il diritto UE osterebbe all'adozione di una decisione di rimpatrio prima dell'esito definitivo della domanda di asilo (par. 52).

¹⁷⁶ *Ivi*, par. 36. Sulle implicazioni del nuovo orientamento seguito dalla Corte di Lussemburgo si ritornerà più avanti (cap. III, par. 4).

¹⁷⁷ Manuale per il rimpatrio, pag. 80 e ss.

¹⁷⁸ Vi è però una eccezione nel caso in cui non sia prevista una revisione *ex lege* del trattenimento, ma solo una possibilità per l'interessato di proporre ricorso. In questa ipotesi «gli Stati membri informano immediatamente il cittadino del paese terzo in merito alla possibilità di presentare tale ricorso» (art. 15(3)).

¹⁷⁹ Il Manuale sul rimpatrio precisa che «le autorità giudiziarie sono i giudici, ma non devono necessariamente essere composte da giudici. In linea con la giurisprudenza pertinente della Corte EDU, esse devono avere caratteristiche di indipendenza e imparzialità e offrire le garanzie di un contraddittorio» (pag. 81). La Corte di giustizia ha affrontato il tema dell'indipendenza e imparzialità dell'autorità giudiziaria nel caso *FMS*, su cui *infra*, cap. II, par. 4.4.

su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'inizio del trattenimento stesso»¹⁸⁰, che può essere attivato d'ufficio o su istanza di parte. Benché l'art. 15 non indichi un termine per il riesame giudiziario, l'insistenza sulla tempestività del sindacato ad opera dell'autorità giurisdizionale depone nel senso di tempistiche fortemente ravvicinate. Trattandosi di misura che incide sul diritto fondamentale alla libertà personale, si ritiene che i termini debbano essere equivalenti o non superiori a quelli stabiliti per l'intervento dell'autorità giudiziaria in altre ipotesi di privazione della libertà¹⁸¹.

La Direttiva prosegue nel prevedere che ad ogni riesame o proroga del trattenimento andrà adottato un nuovo provvedimento scritto e motivato, posto che «da una parte, il trattenimento e la sua proroga presentano una natura analoga, avendo entrambi per effetto di privare della libertà il cittadino del paese terzo interessato al fine di preparare il rimpatrio e/o procedere all'allontanamento, e dall'altra, in entrambi i casi tale cittadino deve poter conoscere i motivi della decisione assunta nei suoi confronti»¹⁸².

In aggiunta alla prima verifica giudiziaria sulla legittimità del trattenimento, l'art. 15(3) dispone che «il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d'ufficio. Nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo di un'autorità giudiziaria»¹⁸³. La disposizione è generica quanto alla individuazione dell'autorità competente per decidere sull'istanza di riesame, salvo nei casi di detenzione prolungata¹⁸⁴, e alle forme con cui dovrebbe essere adottata tale decisione. La Corte di giustizia non ha, in questo caso, ritenuto che dalla formulazione dell'articolo discenda necessariamente un dovere per gli Stati di adottare «un atto esplicito in forma scritta recante gli elementi di fatto e di diritto che lo motivano»,¹⁸⁵ salvo che la decisione

¹⁸⁰ La *speedy judicial review* cui fa riferimento la norma riflette il requisito previsto dall'art. 5(4) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Una deroga al principio posto della tempestività del riesame giudiziale è contemplata all'art. 18 della Direttiva, in base al quale « Nei casi in cui un numero eccezionalmente elevato di cittadini di paesi terzi da rimpatriare comporta un notevole onere impreveduto per la capacità dei centri di permanenza temporanea di uno Stato membro o per il suo personale amministrativo o giudiziario, sino a quando persiste la situazione anomala detto Stato membro può decidere di accordare per il riesame giudiziario periodi superiori a quelli previsti dall'articolo 15, paragrafo 2, terzo comma [...]».

¹⁸¹ Così anche F. Spitaleri, 2017, che si richiama al principio di equivalenza. Su rapporto tra il principio di equivalenza e quello di autonomia procedurale degli Stati, si vedano, diffusamente, G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*, Catania, 2010; e D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009. Da ultimo, A. Iermano, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, 3, pp. 525-560; C. Peraro, *Il mancato rinvio pregiudiziale d'interpretazione nello spazio giuridico europeo: quale tutela multilivello per i singoli?*, in *Freedom, Security and Justice*, 2022, 1, pp. 279-307.

¹⁸² CGUE, *Mahdi*, par. 44.

¹⁸³ Le indicazioni della Commissione confluite nel Manuale sul rimpatrio si rifanno nuovamente alla giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui la «durata massima di un pronto riesame giudiziario» deve essere stabilita alla luce delle circostanze di ogni caso, tenendo conto della complessità del procedimento e del comportamento delle autorità e del richiedente. In ogni caso, l'adozione di una decisione in meno di una settimana può essere considerata una «buona prassi». Manuale sul rimpatrio, p. 81. Si tenga però conto del fatto che, nella sua prima proposta di direttiva risalente al 2005, la stessa Commissione aveva proposto il più breve termine di 72 ore. COM/2005/391 def., art. 14.

¹⁸⁴ Non vi sono però ulteriori indicazioni sull'interpretazione da darsi alla nozione di «periodo di trattenimento prolungati», circostanza che lascia, ancora una volta, ampio margine di discrezionalità agli Stati Membri e apre al rischio che gli Stati adottino scelte sensibilmente diverse. Spitaleri, 2017, p. 180.

¹⁸⁵ CGUE, *Mahdi*, par. 47-48.

sul riesame sia presa congiuntamente a quella di proroga del trattenimento, rispetto alla quale sopravvengono le garanzie già illustrate¹⁸⁶.

Complessivamente, le previsioni in materia procedurale si presentano come lacunose, anche quando queste siano lette congiuntamente alle tutele generali previste dall'art. 12 della Direttiva¹⁸⁷: ad esempio, nulla viene previsto in materia di contraddittorio e ascolto della persona interessata, o con riguardo all'estensione dei poteri istruttori dell'autorità incaricata dell'esame o riesame del trattenimento, o ancora con riferimento all'accesso alla difesa e all'assistenza legale¹⁸⁸, ovvero al diritto al risarcimento del danno per ingiusta detenzione. L'assenza di norme che procedimentalizzino i diritti all'informazione e alla difesa può minare l'accessibilità e l'effettività dei mezzi di ricorso, pure indicati nella Direttiva.

Il tema della debolezza delle garanzie di *habeas corpus* nella sfera della detenzione amministrativa e della divergenza tra quanto previsto invece nel diritto penale è spesso posto in evidenza dai teorici della *crimmigration* quale una delle aporie più evidenti del problematico utilizzo di uno strumento penalistico (la detenzione) per scopi e in un campo extra-penal¹⁸⁹. Altre studiose hanno evidenziato che la negazione (ad opera delle autorità statali in senso lato) della funzione punitiva della detenzione amministrativa (benché in realtà lo strumento sia intrinsecamente punitivo) ha permesso di estendere il raggio d'azione del potere penale, eludendo al contempo la maggior parte delle garanzie procedurali fondamentali del sistema di giustizia penale¹⁹⁰. Ci pare, in proposito, che in un contesto in cui la detenzione amministrativa è sempre più privilegiata quale misura di controllo dell'immigrazione irregolare, in misura ben maggiore rispetto al ricorso ad altri strumenti penalistici, la profonda asimmetria nelle garanzie di fronte alla identica natura della misura coercitiva resti uno dei tratti più allarmanti dell'apparato della *crimmigration*.

¹⁸⁶ *Ibidem*. Nella decisione, la Corte si è espressa anche sull'estensione del sindacato giudiziario, che può estendersi a «tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti per stabilire se la proroga del trattenimento sia giustificata (...) il che impone un esame approfondito delle specifiche circostanze del singolo caso. Laddove il trattenimento inizialmente disposto non risulti più giustificato alla luce di tali requisiti, l'autorità giudiziaria competente deve essere in grado di sostituire la propria decisione a quella dell'autorità amministrativa o, se del caso, a quella dell'autorità giudiziaria che ha disposto il trattenimento iniziale e di pronunciarsi sulla possibilità di disporre una misura sostitutiva o il rilascio del cittadino di un paese terzo interessato (...) Ne consegue che i poteri di cui dispone l'autorità giudiziaria nell'ambito di un controllo non possono in nessun caso essere limitati ai soli elementi dedotti dall'autorità amministrativa interessata. *Ivi*, par. 62.

¹⁸⁷ L'art. 12 richiede, ad esempio, che «Gli Stati membri provvedono, *su richiesta*, alla traduzione scritta od orale dei principali elementi delle decisioni connesse al rimpatrio di cui al paragrafo 1, incluse le modalità di impugnazione disponibili, in una lingua comprensibile per il cittadino di un paese terzo o che si può ragionevolmente supporre tale»: la disposizione non prevede cioè una traduzione automatica e pare difficile comprendere come il cittadino straniero che non comprende la lingua possa decidere autonomamente di attivarsi per chiedere detta traduzione, se non comprende il contenuto del provvedimento.

¹⁸⁸ Tale diritto è contemplato dall'art. 13 Direttiva con riferimento all'impugnazione delle decisioni di rimpatrio. Benché si possa ritenere doverosa una sua estensione, in via interpretativa, anche ai provvedimenti in materia di detenzione, tale conclusione non è ammessa dal testo di legge.

¹⁸⁹ S.H. Legomsky, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in *Washington and Lee Law Review*, 2007, 64, pp. 469–528. I. Majcher, “*Crimmigration*” in *the European Union through the lens of immigration detention*, Global Detention Project Working Paper n. 6, 2013;

¹⁹⁰ M. Bosworth, *Immigration detention, punishment and the transformation of justice*, in *Social & Legal Studies*, 2017, 28, pp. 1–19; M. Bosworth, K. Franko Aas, S. Pickering, *Punishment, globalization and migration control: Get them the hell out of here*, in *Punishment & Society*, 2018, 20(1), pp. 34–53.

Anche in questo ambito è a più riprese intervenuta la Corte di giustizia, nella costante ricerca di un bilanciamento tra la protezione dei diritti, i principi generali europei in materia di rimedi effettivi, l'autonomia procedurale degli Stati e il raggiungimento dell'effetto utile della Direttiva. Le conclusioni cui è giunta la Corte non sono però sempre state pienamente garantiste: un caso particolarmente criticato è stato *M.G. e N.R.*¹⁹¹, che verteva sul diritto ad essere sentiti nel contesto di un provvedimento di proroga della misura detentiva. Il giudice del rinvio chiedeva, in particolare, se il riconoscimento di una illegittimità procedurale tradottasi nella compressione del diritto alla difesa (violazione pacificamente riconosciuta dal giudice nazionale) potesse comportare l'automatica cessazione del trattenimento. La Corte di Lussemburgo ha ricordato che i diritti fondamentali, compreso il diritto di difesa, non si configurano come «prerogative assolute ma possono soggiacere a restrizioni a condizione che queste rispondano effettivamente agli obiettivi di interesse generale» e non costituiscano un intervento sproporzionato e inaccettabile¹⁹². Inoltre, ha chiarito che dal momento che la dir. 2008/115/CE non fissa le condizioni di esercizio del diritto di difesa, spetta al diritto nazionale disporre in merito al contraddittorio e all'intervento della parte, con il solo limite del rispetto dei principi di equivalenza e di proporzionalità,¹⁹³ e di non compromissione dell'effetto utile della normativa UE. Nel caso specifico, la Corte di giustizia ha sostenuto che il diritto fondamentale ad essere ascoltato nel procedimento di proroga doveva essere bilanciato con l'esigenza di garantire l'effettività del diritto UE. Pertanto «il giudice nazionale chiamato a valutare la legittimità di tale decisione può ordinare la cessazione del trattenimento soltanto se ritiene, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto e di diritto di ciascun caso di specie, che tale violazione abbia effettivamente privato colui che la invoca della possibilità di difendersi più efficacemente, di modo che il procedimento amministrativo in questione avrebbe potuto comportare un risultato diverso»¹⁹⁴.

Un altro tema rimasto tutto sommato in ombra in sede di adozione della Direttiva Rimpatri e destinato ad incidere in misura minore sulle legislazioni degli Stati in materia è quello delle condizioni di trattenimento. Nel preambolo si legge che i cittadini di Paesi terzi sottoposti a trattenimento «dovrebbero essere trattati in modo umano e dignitoso, nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e in conformità del diritto nazionale e internazionale» (considerando n.

¹⁹¹ CGUE, sentenza del 10 settembre 2013, *M.G., N.R. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-383/13.

¹⁹² CGUE, *M.G., N.R. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, par. 33. Per un commento, P. de Bruycker, S. Mananashvili, *Audi alteram partem in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States: G & R*, in *Common Market Law Review*, 2015, 52, pp. 569-590.

¹⁹³ Nelle parole della Corte: «purché i provvedimenti adottati in tal senso siano dello stesso genere di quelli di cui beneficiano i singoli in situazioni di diritto nazionale comparabili e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione». *Ivi*, par. 35, ma anche CGUE, sentenza del 18 dicembre 2008, *Sopropé*, C-349/07, par. 38, e CGUE, sentenza del 19 maggio 2011, *Iaia e a.*, C-452/09, par. 16.

¹⁹⁴ CGUE, *M.G., N.R.*, par. 45. La Corte di giustizia ha invocato la sua precedente giurisprudenza secondo cui non sempre la violazione del diritto di essere ascoltati nel procedimento determina l'illegittimità del provvedimento finale (CGUE, sentenza del 14 febbraio 1990, *Francia/Commissione*, C-301/87, par. 31; CGUE, sentenza del 5 ottobre 2000, *Germania/Commissione*, C-288/96, par. 101; CGUE, sentenza del 1° ottobre 2009, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consiglio*, C-141/08 P, par. 94, e CGUE, sentenza del 6 settembre 2012, *Storck/UAMI*, C-96/11, par. 80, per sostenere che i diritti di difesa siano comprimibili anche quando la misura interferisca con la libertà personale dell'individuo, se ciò è richiesto dall'esigenza di garantire l'effettività delle politiche di rimpatrio.

17)¹⁹⁵. Cionondimeno, le disposizioni in materia di condizioni detentive risultano piuttosto scarse. L'art. 16 prevede che «di norma» il trattenimento debba avvenire all'interno di appositi centri di permanenza temporanea, ma ammette anche deroghe alla regola generale, richiedendo unicamente che «qualora uno Stato membro non possa ospitare il cittadino di un paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di paesi terzi espellendi sono tenuti separati dai detenuti ordinari». Il dovere di separare reclusi ordinari e i migranti irregolari coinvolti in una procedura di allontanamento è da intendersi come assoluto: non può essere derogato nemmeno quando la persona interessata presti il consenso ad essere collocata insieme ai detenuti ordinari¹⁹⁶.

La Corte di giustizia ha altresì sottolineato che la formulazione dell'art. 16(1), ponendo un rapporto tra regola (il trattenimento in appositi centri) ed eccezione (il collocamento in istituto penitenziario) è da interpretarsi restrittivamente, e spetta allo Stato membro attivarsi al fine di garantire l'utilizzo di centri di permanenza temporanea in luogo delle carceri¹⁹⁷. La severità dell'eccezione può essere in parte mitigata dall'esigenza di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato: ne deriva che la normativa nazionale che ammette il trattenimento della persona a fini di allontanamento in un istituto penitenziario, sulla base del fatto che egli «costituisce una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società o per la sicurezza interna o esterna dello Stato membro interessato» non è di per sé in contrasto con la Direttiva, a condizione che la persona sia separata dai detenuti ordinari¹⁹⁸.

La scelta di promuovere il trattenimento al di fuori degli istituti penitenziari, che si pone in linea con gli standard internazionali¹⁹⁹ e pare fondarsi sulla consapevolezza che l'accostamento tra reclusi in carcere e trattenuti possa amplificare la criminalizzazione di questi ultimi²⁰⁰, non si accompagna all'indicazione di requisiti specifici che devono essere rispettati dai centri appositamente designati²⁰¹. L'art. 16(3) prevede unicamente che «particolare attenzione [sia]

¹⁹⁵ Al principio generale è data attuazione normativa nell'ambito dell'art. 8(4) che, pur non riferendosi direttamente al trattenimento, contiene una previsione di carattere generale, secondo cui «Le misure coercitive sono attuate conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica del cittadino di un paese terzo interessato».

¹⁹⁶ CGUE [GC], sentenza del 17 luglio 2014, *Pham*, C-474/13.

¹⁹⁷ CGUE [GC], sentenza del 17 luglio 2014, *Bero e Bouzalmate*, C-473/13 e C-514/13. Il caso si innestava nella particolare articolazione federale della Germania, e traeva origine dal fatto che in alcuni *Länder* tedeschi non vi fossero strutture di trattenimento destinate ai migranti.

¹⁹⁸ CGUE, sentenza del 2 luglio 2020, *WM*, C-18/19.

¹⁹⁹ Ad esempio, Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Jorge Bustamante, *Impact of the Criminalisation of Migration on the Protection and Enjoyment of Human Rights*, A/65/222, 2010; Human Rights Committee (HRC), *General Comment n. 35: Liberty and Security of Persons*, CCPR/C/CG/35, 2014; Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), *Resolution 1707: Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants in Europe*, 2010, ma anche Corte EDU [GC], sentenza del 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, ric. n. 13229/03.

²⁰⁰ La stessa Commissione, nel suo Manuale sul rimpatrio, ha ritenuto di specificare che «i rimpatriandi non sono delinquenti e meritano un trattamento diverso dai detenuti ordinari. L'uso di appositi centri di permanenza temporanea è quindi la regola generale prevista dalla direttiva rimpatri». Manuale sul rimpatrio, p. 88.

²⁰¹ Né sulla natura e conformazione di questi centri. Pur prevedendo che quale regola generale non si possa ricorrere al trattenimento in strutture penitenziarie, la direttiva non precisa chiaramente se gli stranieri possano essere trattenuti all'interno di stazioni di polizia, come spesso avviene in diversi Stati membri. Si veda, a titolo di esempio, il caso della Grecia: Committee Against Torture (CAT), *Concluding Observations on the seventh periodic report of Greece*, CAT/C/GRC/CO/7, 2019. Da ultimo, anche l'Italia ha previsto una nuova ipotesi di

prestata alla situazione delle persone vulnerabili» e di assicurare «le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie»²⁰². Di conseguenza, è pressoché interamente demandato alla disciplina nazionale di individuare le dimensioni e l'organizzazione delle strutture, nonché i servizi da garantirsi all'interno dei centri di trattenimento.

La stessa Commissione europea ha riconosciuto che «la direttiva rimpatri non disciplina talune condizioni materiali, quali le dimensioni delle stanze, l'accesso ai servizi igienici, l'accesso all'aria aperta o l'alimentazione, durante il trattenimento»; tuttavia, l'obbligo generale di rispettare la dignità umana dei detenuti, e di garantire condizioni di detenzione compatibili con l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali (divieto di trattamenti inumani e degradanti), vincola gli Stati ad osservare determinati standard minimi, le cui fonti – secondo le indicazioni della Commissione europea – vanno rinvenute negli orientamenti sul rimpatrio forzato del Consiglio d'Europa²⁰³; nel documento redatto dal Comitato per la prevenzione della tortura in materia di trattenimento delle persone migranti²⁰⁴; nelle Regole penitenziarie europee del 2006²⁰⁵; e nelle Regole minime delle Nazioni Unite per il trattamento dei detenuti²⁰⁶. Sebbene le indicazioni operate dalla Commissione siano significative, ci si può interrogare in merito agli obblighi positivi che incombono sugli Stati sulla base di una lettura della Direttiva integrata dalle raccomandazioni citate. In particolare, è lecito chiedersi se gli Stati siano tenuti, in attuazione della Direttiva, a adottare una normativa di dettaglio che recepisca gli standard e obblighi internazionali. Né l'art. 16 né la Commissione chiariscono quali siano le conseguenze in caso di mancato rispetto degli obblighi disposti dai documenti internazionali in materia di standard di trattenimento. Del resto, la dir. 2008/115/CE non contiene alcuna previsione volta a garantire l'esperibilità di rimedi giurisdizionali per le violazioni delle regole in materia di condizioni detentive, né un diritto di formulare istanze o reclami – ad autorità giudiziarie e non – per ottenere il miglioramento delle condizioni di trattenimento.

Le uniche garanzie mutuate dagli strumenti internazionali, seppure in termini generici, riguardano il diritto all'informazione sulle norme vigenti nel centro e sui propri diritti e doveri (art. 16(5)); il diritto a mettersi in contatto «a tempo debito» con familiari, rappresentanti legali e autorità consolari (art. 16(2)); e il diritto per i «competenti organismi ed organizzazioni nazionali, internazionali e non governativi» di accedere ai centri di permanenza temporanea,

trattenimento finalizzata all'espulsione che può essere realizzata all'interno di «locali diversi e idonei» presso le stazioni di polizia (art. 3, D.L. 113/2018, convertito in L. 132/2018).

²⁰² L'obbligo di garantire cure mediche essenziali va necessariamente coordinato con la previsione dell'art. 9(2) Direttiva, in base al quale gli Stati possono rinviare il rimpatrio alla luce delle condizioni fisiche o mentali del cittadino di Paese terzo. La Corte di Giustizia ha sancito che il rimpatrio deve essere sospeso quando «l'esecuzione di tale decisione può esporre tale cittadino di paese terzo a un serio rischio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute». CGUE, sentenza del 18 dicembre 2014, *Abdida*, C-562/13, par. 58 e ss.

²⁰³ L'orientamento n. 10 detta precise indicazioni in materia di «condizioni di trattenimento in attesa di allontanamento». Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Venti Linee Guida sul Rimpatrio Forzato*, 4 maggio 2005.

²⁰⁴ Consiglio d'Europa, Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), Scheda tematica, 2017, CPT/Inf(2017)3.

²⁰⁵ Raccomandazione Rec (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri)

²⁰⁶ Approvate dal Consiglio economico e sociale con le risoluzioni 663 C (XXIV) del 31 luglio 1957 e 2076 (LXII) del 13 maggio 1977).

eventualmente previa autorizzazione, al fine di monitorare le condizioni di detenzione e prevenire episodi di tortura o trattamenti inumani o degradanti²⁰⁷. Resta che dette garanzie sono estremamente generiche e la tutela che ne deriva è inferiore rispetto a quanto disposto dagli standard internazionali: di conseguenza la loro attuazione da parte degli Stati membri dovrà essere accompagnata dall'osservanza degli standard previsti nelle Regole minime per il trattamento dei detenuti (cd. *Nelson Mandela Rules*) e in altri strumenti di diritti internazionale²⁰⁸.

L'art. 17(1) menziona la possibilità di trattenere anche minori e famiglie, seppur «solo in mancanza di altra soluzione e per un periodo adeguato il più breve possibile». La norma fa altresì riferimento al dovere di rispettare il principio del superiore interesse del minore²⁰⁹ nell'applicazione delle misure coercitive, ma così facendo mostra di ritenere astrattamente compatibile il trattenimento con il principio del superiore interesse del fanciullo²¹⁰. La Direttiva aggiunge che ai minori va offerta la possibilità di dedicarsi ad attività di svago, tra cui attività di gioco e ricreative consone alla loro età; inoltre, in funzione della durata della permanenza nel centro di trattenimento, è garantito accesso all'istruzione (art. 17(3)). Una garanzia ulteriore è prevista per i minori stranieri non accompagnati²¹¹: «una sistemazione in istituti dotati di personale e strutture consoni a soddisfare le esigenze di persone della loro età».

Sebbene scarse, le disposizioni di cui agli artt. 16 e 17 rivestono tuttavia una importanza significativa ove si consideri che se ne prevede l'estensione anche agli stranieri irregolari esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva in base all'esercizio della discrezionalità

²⁰⁷ Sotto questo punto di vista, è pacifico il diritto di accesso di cui è titolare il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), previsto anche dall'art. 2 della relativa Convenzione. Parimenti, appare implicito il diritto di accesso delle autorità nazionali responsabili del «sistema di monitoraggio efficace dei rimpatri forzati» (organismo istituito dall'art. 8(2) Direttiva). Maggiormente rilevante è il riferimento della norma alle organizzazioni non governative, non sempre ammesse a fare visita ai centri sulla base delle normative nazionali.

²⁰⁸ Si pensi, in particolare, alle Regole 82 e ss. che disciplinano il diritto di visita e l'estensione dei poteri dei meccanismi indipendenti di garanzia. I. Majcher, 2019, pp. 420 e ss.

²⁰⁹ La fonte primaria del principio del superiore interesse del fanciullo è l'art. 3(1) Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 in base al quale «[in] all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration». Sulle implicazioni dell'art. 3 sulla detenzione amministrativa dei minori (richiedenti asilo, ma le stesse considerazioni possono essere estese ai minori irregolari): C. Smith, *Is the right of the child to liberty safeguarded in the Common European Asylum System?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2013, pp. 111-136.

²¹⁰ Non è però secondario ricordare che il Parlamento europeo aveva proposto di vietare la detenzione dei minori stranieri non accompagnati nell'ambito dei negoziati della direttiva rimpatri; sul punto, anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2013 sulla situazione dei minori non accompagnati nell'UE (2012/2263(INI)) e, da ultimo, la proposta di escludere l'applicazione del trattenimento a minori (accompagnati e con famiglie) nell'ambito dei negoziati relativi alla riforma della direttiva rimpatri (Parlamento europeo, Draft report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast), Emendamenti n. 113-118.

²¹¹ La normativa europea in materia di detenzione amministrativa non contempla in nessun caso un divieto di trattenimento dei minori stranieri non accompagnati (MSNA), pur a fronte del diverso orientamento di numerosi attori internazionali, da ultimo, tramite la Joint General Comment No 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 23 of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, 16.11.2017.

concessa gli Stati dall'art. 2(2) lett.a)²¹²: le garanzie minime in materia di condizioni di trattenimento dovranno essere rispettate per tutti i migranti irregolari potenzialmente destinatari di una misura di trattenimento, anche nell'ambito di procedure attuate alla frontiera (su cui, *infra*, par. 7).

Le norme in materia di trattenimento si chiudono con l'art. 18, che consente alcune deroghe alle previsioni generali di cui agli articoli precedenti in «situazioni di emergenza». Siffatta situazione sarebbe da individuarsi quando «un numero eccezionalmente elevato di cittadini di paesi terzi da rimpatriare comporta un notevole onere impreveduto per la capacità dei centri di permanenza temporanea di uno Stato membro o per il suo personale amministrativo o giudiziario», secondo una definizione generica e approssimativa che, anche qualora meglio dettagliata all'interno del diritto nazionale, lascerebbe ampio margine di manovra agli Stati rispetto alla possibilità di limitare garanzie fondamentali quali quelle previste dall'art. 16(1) (separazione dei trattenuti dai detenuti generici), dall'art. 17(2) (separazione delle famiglie dagli altri trattenuti) e dall'art. 15(2) (pronto rimedio giurisdizionale).

6. La detenzione del richiedente protezione internazionale: circoscrivere o ampliare l'esercizio del potere coercitivo?

Il processo di elaborazione delle norme comuni in materia di trattenimento del richiedente protezione internazionale è stato, come già accennato, più farraginoso e lento di quanto avvenuto per la Direttiva Rimpatri. I primi atti in materia di procedure di asilo e accoglienza dei richiedenti protezione contenevano riferimenti molto vaghi all'istituto in esame e demandavano agli Stati di individuare le circostanze in cui era legittimo trattenere il richiedente protezione.

La disciplina del trattenimento si è però arricchita di ulteriori dettagli e garanzie in sede di riforma del sistema europeo comune di asilo²¹³, fondato su una articolata struttura di regolamenti e direttive volte a dettare i presupposti per il riconoscimento delle forme di protezione internazionale e il contenuto degli *status*²¹⁴, le regole relative alla determinazione

²¹² Art. 4(4) Direttiva, in base al quale «Per quanto riguarda i cittadini di paesi terzi esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva conformemente all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), gli Stati membri: a) provvedono affinché siano loro riservati un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli di quanto disposto all'articolo 8, paragrafi 4 e 5 (limitazione dell'uso di misure coercitive), all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) (rinvio dell'allontanamento), all'articolo 14, paragrafo 1, lettere b) e d) (prestazioni sanitarie d'urgenza e considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili) e agli articoli 16 e 17 (condizioni di trattenimento) e; b) rispettano il principio di *non-refoulement*».

²¹³ Su cui, tra i tanti, V. Chetail, P. De Bruycker, F. Maiani, *Reforming the Common European Asylum System*, Brill, Leiden, 2016; S. Velluti, *Reforming the Common European Asylum System – Legislative Developments and Judicial Activism of the European Courts*, Springer, London, 2014; V. Moreno-Lax, E. Guild, *Reception Conditions*, in S. Peers, V. Moreno-Lax, M. Garlick, E. Guild (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised edition*, Leiden, 2014, pp. 497-544. G. Morgese, *La riforma del Sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2013, pp. 15-35; G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori, *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, 2014.

²¹⁴ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, *recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)*.

dello Stato competente per l'esame delle domande di asilo,²¹⁵ le modalità di svolgimento delle procedure di riconoscimento, cessazione o revoca degli *status*²¹⁶, e le norme in materia di accoglienza²¹⁷. Per quanto qui interessa, l'armonizzazione del CEAS ha rappresentato l'occasione per intervenire anche in materia di trattenimento dei richiedenti asilo, in ragione della «presa d'atto della tendenza, oramai imperante tra i Paesi dell'Unione, di ricorrere alla detenzione amministrativa dei migranti nelle more del procedimento di riconoscimento di protezione internazionale»²¹⁸.

La rifusione della Direttiva Accoglienza ha introdotto numerose indicazioni di dettaglio quanto alle garanzie procedurali e, in parte, alle condizioni detentive; al tempo stesso, è stato enucleato un catalogo piuttosto ampio di ipotesi in cui si ammette il ricorso allo strumento coattivo. Le norme in materia di trattenimento si collocano all'interno delle previsioni volte a garantire al richiedente asilo condizioni di vita e di accoglienza dignitose durante tutta la durata dell'esame della sua domanda²¹⁹, rappresentando, in effetti, una delle principali innovazioni del processo di riforma della dir. 2013/33/UE²²⁰. I principi cardine su cui si basa l'applicazione della misura coercitiva sono essenzialmente due: a) gli Stati membri non possono trattenere una persona per il solo motivo che si tratta di un richiedente asilo (art. 26 dir. 2013/32/UE; considerando n. 15 dir. 2013/33/UE)²²¹; e b) i richiedenti possono essere detenuti soltanto nelle circostanze eccezionali indicate dalla Direttiva Accoglienza²²², dal momento che vige un principio generale di libertà di circolazione sul territorio²²³. Anche con riferimento a questo

²¹⁵ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione)*.

²¹⁶ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*.

²¹⁷ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*.

²¹⁸ F. Zorzi Giustiniani, *La detenzione dei richiedenti asilo nell'Unione europea. Rilievi critici a margine della rifusione della direttiva accoglienza*, in *Percorsi giuridici per l'integrazione*, G. Caggiano (a cura di), Torino, 2014, p. 408-421, p. 408.

²¹⁹ La misura coercitiva può essere disposta unicamente nei confronti del richiedente protezione internazionale (come definito dall'art. 2(1), lett.c) dir. 2013/32/UE) e non anche nei confronti del titolare di protezione.

²²⁰ L. Tsourdi, *The Impact of the Negotiations on the Recast Reception Conditions Directive*, in P. Minderhoud & K. Zwaan, *The recast Reception Conditions Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2016, pp. 27-40.

²²¹ Il richiedente protezione internazionale è definito dall'art. 2 dir. 2013/33 come colui che abbia presentato domanda di protezione internazionale e su cui non sia ancora stata adottata una decisione definitiva. Non è secondario ricordare che, in base all'art. 3 della stessa direttiva, le norme in materia di trattenimento si applicano «a tutti i cittadini di paesi terzi e agli apolidi che manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro, comprese la frontiera, le acque territoriali o le zone di transito».

²²² Una parziale deroga alla tassatività dei motivi di trattenimento del richiedente asilo va rinvenuta nella previsione secondo cui «I motivi di trattenimento stabiliti nella presente direttiva lasciano impregiudicati altri motivi di trattenimento, compresi quelli che rientrano nell'ambito dei procedimenti penali, applicabili conformemente alla legislazione nazionale, non correlati alla domanda di protezione internazionale presentata dal cittadino di un paese terzo o dall'apolide» (considerando n. 17). Ne deriva che il richiedente asilo potrà essere trattenuto sulla base di presupposti scollegati all'esame della domanda di asilo e in base alla legislazione nazionale, in particolare quando il trattenimento sia collegato all'instaurazione di un procedimento penale.

²²³ Ai sensi dell'art. 7(1) dir. 2013/33/UE, «I richiedenti possono circolare liberamente nel territorio dello Stato membro ospitante o nell'area loro assegnata da tale Stato membro». Tale assunto è, per Tsourdi, un «conceptual starting point of EU asylum law», idoneo a plasmare l'intero assetto normativo delle condizioni di accoglienza e

regime detentivo viene evocato il doveroso rispetto dei principi di necessità e proporzionalità «per quanto riguarda sia le modalità che le finalità di tale trattenimento» (considerando n. 15). L'opportunità di detenere gli asilanti in via di ultima istanza, e «solo dopo che tutte le misure non detentive sono state adeguatamente prese in considerazione» si ricollega all'esigenza di «garantire l'integrità fisica e psicologica dei richiedenti» (considerando n. 20). Dette considerazioni preliminari sembrano implicitamente riconoscere l'incidenza negativa che il trattenimento può avere sulla salute e sul benessere delle persone coinvolte, dato che rafforzano l'esigenza di limitare l'applicazione della misura a circostanze eccezionali.

L'elencazione dei motivi sulla base dei quali il richiedente protezione può essere detenuto si trova all'art. 8 Direttiva Accoglienza. In via preliminare, merita ricordare che lo stesso atto fornisce una definizione della nozione di trattenimento: per la prima volta, la normativa unionale tenta di individuare il perimetro entro cui circoscrivere una ipotesi di privazione della libertà dello straniero, qualificandola come «il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione» (art. 2, lett. h, dir. 2013/33/UE). Seppur scarna (ma successivamente arricchita per il tramite dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, su cui *infra*, cap. II, par. 4.4), la definizione può costituire l'ancoraggio normativo sulla base del quale distinguere i casi di restrizione da quelli di mera limitazione della libertà di circolazione.

L'art. 8 della Direttiva pare dettare una disciplina dell'istituto astrattamente in linea con i principi di tassatività, necessità, proporzionalità e di *extrema ratio*. Il comma 2 della norma prescrive che «ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, gli Stati membri possono trattenere il richiedente, salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive». In questa sede, a differenza di quanto (non) statuito nella Direttiva Rimpatri, è possibile rinvenirsi una elencazione esemplificativa delle misure alternative applicabili (obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità; costituzione di una garanzia finanziaria; obbligo di dimorare in un luogo assegnato), corredata dal dovere per gli Stati membri di disciplinare dette alternative nella normativa interna, al fine di assicurarne la piena applicazione²²⁴. Anche il giudice chiamato a valutare la legittimità del trattenimento potrà, sostituendo la propria decisione a quella dell'autorità amministrativa, disporre una misura alternativa al trattenimento. Tuttavia, tale decisione è «ipotizzabile soltanto se il motivo che ha giustificato il trattenimento della persona interessata era e rimane valido, ma tale trattenimento non risulta necessario o proporzionato (o non lo risulta più) alla luce di tale motivo»²²⁵.

L'art.8(4), nel tentativo di circoscrivere le ipotesi di applicazione dell'istituto in esame, prevede poi che «i motivi di trattenimento solo specificati nel diritto nazionale», imponendo così ai singoli Stati il rispetto del principio di tassatività in sede di attuazione della Direttiva.

di detenzione dei richiedenti protezione. E. Tsourdi, *Asylum detention in EU law: Falling between two stools?*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 35, p. 11.

²²⁴ Per Tsourdi uno degli elementi positivi della direttiva è da individuarsi precisamente nel consolidamento di una nozione e di regolamentazione articolata dell'istituto delle misure alternative all'interno del diritto dell'Unione, posto che l'istituto era stato solamente abbozzato in sede di adozione della direttiva rimpatri. E. Tsourdi, 2016, p. 16 e ss.

²²⁵ CGUE, *FMS*, par. 293.

Inoltre, le ipotesi di trattenimento indicate nella norma vanno lette alla luce dell'ulteriore garanzia prevista dall'art. 9(1), in base alla quale «i ritardi nelle procedure amministrative non imputabili al richiedente non giustificano un prolungamento del trattenimento». Anche in questa sede riemerge, dunque, un richiamo al dovere di *due diligence* da parte dello Stato, nozione che «richiede per lo meno che gli Stati membri adottino misure concrete e significative per assicurare che il tempo necessario per verificare i motivi di 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» (considerando n. 16).

Ciò premesso in termini generali, si rende necessario analizzare le singole ipotesi in cui il trattenimento sia da considerarsi ammissibile per indagare se i principi enucleati dalla norma siano effettivamente riflessi nella concreta estensione del perimetro del trattenimento.

6.1 Il trattenimento funzionale all'esame della domanda di asilo

Le ipotesi dettate dall'art. 8(3) sono sei e sono tassative. Verranno esaminate con l'obiettivo di evidenziare i limiti della normativa e le implicazioni sul grado di dilatazione del trattenimento, secondo una classificazione che distingue i presupposti *strettamente* collegati alla necessità di garantire l'esame della domanda di asilo della categoria indistinta dei richiedenti protezione (art. 8(3), lett.a) e b)) o di specifiche sotto-categorie di asilanti (art. 8(3), lett.d) e f)). Successivamente si tratteranno due ulteriori ipotesi in cui il trattenimento non è ancorato a motivi intrinsecamente legati all'esame della domanda, ma piuttosto a finalità ad esso ultronee (art. 8(3) lett. c ed e)).

In primo luogo, è ammesso il trattenimento del richiedente «per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza»; e per «determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga» (art. 8(3) lett. a) e b)). Le due previsioni riecheggiano il contenuto delle Linee Guida UNHCR del 2012. A differenza dell'art. 8, tuttavia, le Linee Guida contengono importanti precisazioni volte a limitare una applicazione generalizzata²²⁶. La Linea Guida 4.1.1, che giustifica in via generale la detenzione per «motivi di ordine pubblico», impone al contempo che quest'ultima avvenga per «periodi molto limitati» e soltanto allo scopo di «mettere in atto i controlli iniziali per la verifica dell'identità», tenuto conto del fatto che i richiedenti asilo hanno spesso giustificati motivi per l'ingresso illegale o i movimenti irregolari ed è «importante assicurarsi che le disposizioni in materia d'immigrazione non impongano richieste irrealistiche riguardo alla quantità ed alla tipologia di documenti d'identità che ci si può ragionevolmente aspettare che i richiedenti asilo possano esibire». In sostanza ci pare che le indicazioni di UNHCR siano nel senso di consentire la detenzione per la verifica della nazionalità/identità solo quando ciò possa porre dei problemi in termini di ordine pubblico. Inoltre, le stesse Linee Guida precisano che «i richiedenti asilo che arrivano senza documenti

²²⁶ Merita, al contempo, sottolineare che le Linee Guida ammettono che la detenzione possa essere una risposta giustificata per il conseguimento di obiettivi definiti come 'legittimi', quali la tutela dell'ordine pubblico, della salute pubblica e della sicurezza nazionale. Così, A. Del Guercio, 2014, p. 60.

perché non sono in grado di ottenerli nel paese d'origine non dovrebbero essere detenuti esclusivamente per tale ragione».

L'ipotesi di trattenimento collegata alla individuazione degli elementi della domanda è poi ammessa solo «nell'ambito di un colloquio preliminare» e dunque la misura non può estendersi all'intera durata della procedura di esame della domanda (Linea Guida 4.1.2)²²⁷. In assenza di simili chiarificazioni all'interno della Direttiva, può nondimeno ritenersi che le Linee Guida debbano costituire un solido parametro interpretativo da seguire, anche al fine di assicurare che la detenzione rivesta realmente carattere eccezionale, come indicato dallo stesso art. 8. La Corte di giustizia ha, da ultimo, confermato che i motivi di trattenimento di cui alle lett.a) e b) dell'articolo in commento «si basano sulla Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulle misure di detenzione dei richiedenti asilo, del 16 aprile 2003, nonché sulle linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (HCR) sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo»²²⁸. Secondo la Corte, perciò, gli obiettivi perseguiti dall'art. 8 devono ritenersi legittimi e le limitazioni conseguentemente imposte al diritto alla libertà personale non possono dirsi sproporzionate²²⁹.

Il testo dell'art.8(3) lett.b) fa poi riferimento alla possibile sussistenza del «rischio di fuga» del richiedente asilo sebbene il contenuto di tale nozione non sia definito nella Direttiva. Se, per un verso, il concetto potrà essere interpretato anche alla luce delle indicazioni approssimative della dir. 2008/115 (art. 3(7))²³⁰, per altro verso la norma in esame prescrive che venga adeguatamente delimitato dal diritto nazionale (quando richiede che quest'ultimo specifichi i motivi di trattenimento). Una simile conclusione è stata ribadita anche dalla Corte di giustizia, nell'ambito di un caso avente ad oggetto la nozione di «notevole rischio di fuga» contenuta nel reg. 604/2013 (che detta indicazioni sul trattenimento dell'asilante sottoposto a procedura Dublino, su cui si tornerà a breve)²³¹. Le considerazioni della Corte, in base alle quali la mancata definizione del pericolo di fuga da parte del diritto interno lo rende in contrasto con il diritto UE ed in particolare con il principio di tassatività e chiarezza della legge discendente direttamente dall'art. 6 Carta, possono indubbiamente estendersi anche all'art. 8(3), lett.b).

Tornando all'ipotesi del trattenimento nell'ambito di una procedura disciplinata dal Regolamento Dublino, occorre riferirsi all'art. 28 di quest'ultimo atto per avere alcune indicazioni ulteriori sulle ipotesi applicative. L'art. 8(3), lett.f) infatti si limita ad ammettere che la misura coattiva possa essere disposta nell'ambito «di una procedura di trasferimento

²²⁷ Il riferimento, per inciso, alla possibilità di disporre il trattenimento solo nel contesto dell'intervista preliminare era contenuto nel testo inizialmente proposto della Commissione europea nel 2011, ma fu eliminato nel corso dei negoziati per accomodare le richieste del Consiglio. Per un esame dettagliato del processo negoziale, L. Tsourdi, *The Impact of the Negotiations on the Recast Reception Conditions Directive*, in P. Minderhoud & K. Zwaan, *The recast Reception Conditions Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2016, pp. 30 e ss.

²²⁸ CGUE, sentenza del 14 settembre 2017, *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-18/16, par. 46.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ Con la precisazione che alcuni degli elementi individuati dagli Stati membri per poter fondare l'esistenza del rischio – quali l'assenza di passaporto o di altra documentazione attestante l'identità della persona – non possono applicarsi anche ai richiedenti asilo.

²³¹ CGUE, sentenza del 15 marzo 2017, *Al Chodor*, C-528/15.

come disciplinata dal reg. 604/2013/UE, che stabilisce criteri e meccanismi per la determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo». Il Regolamento Dublino costituisce l'evoluzione della Convenzione di Dublino stipulata nel 1990 al fine di individuare un unico Stato membro competente per l'esame delle domande di protezione internazionale e così prevenire il fenomeno dell'*asylum shopping* e dei «richiedenti asilo in orbita»²³². Nonostante plurimi tentativi di riforma, la regola perno dell'interno sistema Dublino è (ancora) quella che attribuisce la competenza al Paese di primo ingresso: benché tale criterio di individuazione della competenza sia previsto in via residuale, quando tutti gli altri (ancorati a connessioni tra l'asilante e la giurisdizione dello Stato) non siano concretamente applicabili (art. 7, reg. 2013/604), è di fatto quello cui si ricorre maggiormente²³³. Nella Convenzione del 1990 e nella versione precedente del regolamento (cd. Regolamento Dublino II, reg. 2003/343/CE) non si trovano norme dettagliate sulla detenzione dei richiedenti protezione: soltanto in sede di rifiuto dell'atto, e contestualmente all'adozione di norme dettagliate nell'ambito della dir. 2013/33/UE, si è giunti ad una disciplina compiuta di tale specifica ipotesi di trattenimento. La *ratio* sottesa alla norma è quella della strumentalità del trattenimento rispetto all'esigenza di evitare movimenti secondari dei richiedenti asilo sottoposti alla procedura di trasferimento da un Paese (che non si ritiene competente) all'altro (competente), in violazione dei principi posti dal Regolamento Dublino²³⁴.

In base all'art. 28 del reg. 2013/604/CE, gli Stati possono ricorrere alla misura detentiva soltanto «al fine di assicurare le procedure di trasferimento a norma del presente regolamento, sulla base di una valutazione caso per caso» e se ricorre un «rischio notevole di fuga» dell'interessato. Inoltre, lo stesso articolo richiama l'obbligo di osservare il principio di proporzionalità e la possibilità di disporre la misura detentiva sono se non ne possono essere, efficacemente, applicate altre meno coercitive. A differenza della formulazione contenuta nell'art. 8(3) lett.b), il rischio di fuga in questo caso deve raggiungere una maggiore soglia di intensità (deve, cioè, essere *notevole*)²³⁵. Vengono inoltre ribaditi i principi cardine del sistema, quali la natura eccezionale del trattenimento e il divieto di applicazione dello stesso per il solo motivo che il richiedente asilo è coinvolto in una procedura di trasferimento: per un verso, ciò

²³² L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, 1. Sulla narrazione che fa del *forum* o *asylum shopping* la principale e ultima criticità del sistema Dublino, da ultimo, F. Maiani, *Responsibility allocation in the Common European Asylum System*, in E. Tsourdi, P. De Bruyker (a cura di), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Bruxelles, 2022, pp. 263-281.

²³³ Sui meccanismi di (mal)funzionamento e sui tentativi di riforma del sistema Dublino: F. Maiani, *The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, 24(5), pp. 622-645; G. Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018.

²³⁴ Così L. Mancano, che sottolinea la «dynamic dimension» dell'assetto normativo sulla detenzione dei richiedenti asilo dettata dall'art. 28 reg. 2013/604/UE, dal momento che questa specifica disciplina si basa sul principio del *mutual trust* – in maniera non dissimile da quanto avviene nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale. L'autore evidenzia come in entrambi i contesti le condizioni di detenzione che espongano i soggetti ad un rischio di subire trattamenti inumani e degradanti rappresentano un limite al mutuo riconoscimento. L. Mancano, 2019, p. 160-165.

²³⁵ Al contempo, come notato da Palladino, è «evidente che sussistono ampi margini di discrezionalità lasciati agli Stati membri e legati all'accertamento, ad essi rimesso e non vincolato ad una definizione aprioristica nell'ordinamento dell'Unione europea, del requisito della "notevolezza" quale presupposto per poter procedere al trattenimento». R. Palladino, 2018, p. 181.

implica che lo Stato debba in via preliminare verificare se il trasferimento sia effettivamente possibile ai sensi dell'art.3(2) del Regolamento (che vieta i trasferimenti nel caso in cui carenze sistemiche nel sistema di asilo del Paese competente possano comportare una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti)²³⁶. Per altro verso, sarà doveroso, per lo Stato, dimostrare l'esistenza di un rischio di fuga, nozione che dovrà trovare specifica definizione all'interno del diritto nazionale in ossequio a quanto prescritto dall'art. 2, lett.n) del Regolamento²³⁷. Come anticipato, in *Al Chodor* la Corte di giustizia ha chiarito che i criteri sulla base dei quali individuare un rischio di fuga devono essere contenuti in una «norma cogente di portata generale», pena il difetto dei requisiti di «prevedibilità, accessibilità e protezione contro l'arbitrarietà» connaturati al principio di legalità in materia di libertà personale: «in assenza di detti criteri sanciti in una norma di tal genere, come nella specie del procedimento principale, il trattenimento dev'essere dichiarato illegittimo, il che implica l'inapplicabilità dell'articolo 28, paragrafo 2, del regolamento Dublino III»²³⁸.

Il trattenimento dovrà poi avere «durata quanto più breve possibile»²³⁹. La stessa norma fissa termini ridotti per lo svolgimento delle procedure di richiesta di presa in carico (entro un mese dalla presentazione della domanda di protezione), risposta alla stessa (due settimane dalla richiesta) ed esecuzione del trasferimento (entro sei settimane dall'accettazione)²⁴⁰. L'individuazione della scansione temporale è fondamentale poiché l'art. 8(3) ricollega al mancato rispetto dei termini l'obbligo di far cessare la detenzione dello straniero, a garanzia del suo diritto alla libertà personale e quale limite alle diffuse prassi di trattenimento prolungato²⁴¹. La Corte di giustizia ha precisato che nella valutazione della legittimità della durata del trattenimento occorrerà avere riguardo alla *due diligence* delle autorità nell'esecuzione della procedura²⁴² e ha concluso che proprio alla luce ai principi generali in materia di trattenimento, l'art. 28 osti a una normativa nazionale che permetta di mantenere

²³⁶ Su cui, ad esempio, CGUE, sentenza del 16 febbraio 2017, *C.K., H.F., A.S. c. Republika Slovenija*, C-578/16; e CGUE, sentenza del 19 marzo 2019, *Abubacarr Jawo*, C-163/17. Sul tema, E. Xanthopoulou, *Fundamental rights and mutual trust in the area of Freedom, Security and Justice: a role for proportionality*, Oxford, 2020, pp. 149-184.

²³⁷ Il quale definisce il rischio di fuga come «la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un richiedente o un cittadino di un paese terzo o un apolide oggetto di una procedura di trasferimento possa fuggire».

²³⁸ CGUE, sentenza del 15 marzo 2017, *Al Chodor*, C-528/15, par. 46.

²³⁹ Ancora una volta la normativa richiama l'onere di espletamento delle procedure con la «dovuta diligenza», senza superare il tempo «ragionevolmente necessario» allo svolgimento degli adempimenti burocratici. Art. 28, par. 2 reg. 604/2013.

²⁴⁰ Si tratta di periodi temporali più circoscritti di quelli previsti in termini generali dagli artt. 21 e ss.

²⁴¹ M. Walter-Franke, 2017, p. 25. C. Costello, M. Mouzourakis, *EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 35, 1, pp. 47-73, p. 57 e ss. Nel caso *Amayry* la Corte di giustizia è stata chiamata a fornire alcune indicazioni sulle modalità di calcolo dei periodi massimi di trattenimento, ed in particolare sulla compatibilità di una normativa nazionale che ammetteva la possibilità di estendere il trattenimento ex art. 28 per tre o addirittura dodici mesi. La Corte ha ritenuto che il termine massimo di sei settimane previsto dall'art.28(3) per l'esecuzione del trasferimento decorra dal momento in cui lo Stato ha accettato la presa in carico soltanto se il richiedente risultava già trattenuto. CGUE, sentenza del 13 settembre 2017, *Khira Amayry*, C-60/16, par. 33-38. La Corte aggiunge che il termine di sei settimane comincia altresì a decorrere solo dopo lo spirare dell'effetto sospensivo del ricorso o della revisione contro la decisione di trasferimento (par. 49).

²⁴² *Ivi*, par. 41-42.

detto trattenimento in vigore in un periodo compreso tra i tre e i dodici mesi nel corso dei quali il trasferimento poteva validamente essere effettuato.

Un'ulteriore categoria particolare di richiedenti asilo contemplata dalla Direttiva, accanto a quella del richiedente soggetto alla procedura Dublino, è quella dei soggetti che già si trovavano sottoposti ad una misura coercitiva applicata nell'ambito di un procedimento di rimpatrio ai sensi della dir. 2008/115, e che presenta domanda di protezione internazionale durante l'esecuzione dell'allontanamento. L'art. 8(3) lett. d) ammette che in queste ipotesi la detenzione sia legittima solo se «lo Stato membro può comprovare, in base a criteri obiettivi, tra cui il fatto che la persona in questione abbia già avuto l'opportunità di accedere alla procedura di asilo, che vi sono fondati motivi per ritenere che la persona abbia manifestato la volontà di presentare la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione della decisione di rimpatrio».

Si tratta, come già accennato, dell'ipotesi di parziale sovrapposizione e intersezione tra il regime detentivo dello straniero irregolare e quello del richiedente protezione, regimi che fanno capo a obiettivi differenti e che, tuttavia, sempre più gli Stati tendono a utilizzare in via congiunta nell'ambito di un processo di progressivo appiattimento della figura del richiedente protezione su quella del migrante irregolare²⁴³. In base al combinato disposto dell'art. 2, lett.c) e art. 9 dir. 2013/32, lo straniero che abbia presentato domanda di protezione ha diritto a rimanere sul territorio per tutta la durata dell'esame della stessa, e fino all'adozione di una decisione definitiva sulla stessa. Ne consegue che, a partire dal momento di presentazione dell'istanza di protezione e fintanto che l'autorità amministrativa o giurisdizionale non si pronunciano in via definitiva, le disposizioni della Direttiva Rimpatri non saranno applicabili²⁴⁴. La Corte di giustizia ha tuttavia ammesso la possibilità per gli Stati di mantenere lo straniero in stato di trattenimento anche durante la fase di esame della domanda di asilo, nella circostanza in cui sia stata presentata «al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una decisione anteriore o imminente che comporterebbe il suo allontanamento»²⁴⁵. Al contempo, la Corte ha avuto modo di circoscrivere detto potere ai soli casi in lo Stato possa oggettivamente dimostrarne la strumentalità ritenendo doveroso precisare che «il solo fatto che un richiedente asilo, al momento della proposizione della sua domanda, sia oggetto di un provvedimento di allontanamento [...] non permette di presumere, senza una valutazione caso per caso di tutte le circostanze pertinenti, che egli abbia presentato tale 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»²⁴⁶.

²⁴³ Sul punto, C. Costello, *Immigration detention: the grounds beneath our feet*, in *Current Legal Problems*, 2015, 68, pp. 143-177, e M. Bosworth, M. Vannier, *Blurred lines: detaining asylum seekers in Britain and France*, in *Journal of Sociology*, 2020, 65, pp. 53-68.

²⁴⁴ La Corte di giustizia aveva avuto modo di chiarire questo profilo già nel caso *Kadzoev*, par. 45. Allo stesso modo, in *Arslan*, i giudici hanno precisato che «alla sistematica e dalla finalità delle direttive 2005/85 e 2008/115 risulta chiaramente che un richiedente asilo, indipendentemente dal rilascio di un titolo del genere, ha il diritto a rimanere nel territorio dello Stato membro di cui trattasi fino a che la sua domanda sia stata respinta in primo grado e non può quindi essere considerato in «soggiorno irregolare» ai sensi della direttiva 2008/115». CGUE, *Arslan*, par. 48.

²⁴⁵ CGUE, *Arslan*, par. 61.

²⁴⁶ CGUE, *Arslan*, par. 62.

Le conclusioni formulate dalla Corte di giustizia hanno evidentemente ispirato la redazione dell'articolo 8(3) lett.d), dal momento che quest'ultima norma ancora la possibilità di disporre il trattenimento alla prova di strumentalità della domanda, fornita sulla base di criteri obiettivi, tra cui il fatto che la persona in questione abbia già avuto l'opportunità di accedere alla procedura di asilo²⁴⁷. Il tentativo operato dai giudici di Lussemburgo, e poi formalizzato dal legislatore europeo, di circoscrivere la prassi statale di mantenere gli stranieri espellendo in centri di trattenimento per tutta la durata dell'eventuale procedura di asilo assoggetta il trattenimento del richiedente alle specifiche regole e garanzie – ivi compresa quella della (ri) convalida giurisdizionale – previste dalla dir. 2013/33, più incisive e tutelanti di quelle della dir. 2008/115 (ad esempio rispetto all'esigenza di previa valutazione di misure alternative al trattenimento; del rispetto del principio di tassatività in sede nazionale; del rispetto dei diritti alla informazione e alla difesa, su cui *infra*, par. 6.3).

6.2 Il trattenimento del richiedente asilo in chiave preventiva

Le due ulteriori ipotesi di trattenimento che ci si propone ora di esaminare sono, come anticipato, legate a finalità ulteriori e ultronee rispetto a quella di consentire l'esame della domanda. Sebbene i due presupposti non siano in alcun modo collegati l'uno all'altro, paiono però orientati alla stessa funzione: quella di intervenire in modalità preventiva al fine di evitare che il richiedente protezione compia un determinato gesto o tenga un certo comportamento. In un caso si vuole evitare che la persona possa fare ingresso (non autorizzato) e circolare liberamente sul territorio dello Stato (artt. 8(3), lett.c); nell'altro, che il soggetto possa porre in essere gesti *lato sensu* pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica (art. 8(3), lett.e)).

Questa seconda ipotesi evoca direttamente il concetto di giustizia preventiva²⁴⁸, o, secondo l'inquadramento operato da alcuni autori, di Stato preventivo²⁴⁹. Se, poi, si fa riferimento alle elaborazioni dottrinali secondo cui la persona straniera (sia essa irregolare o richiedente asilo) viene inquadrata come per sé *pericolosa*, e portatrice di «rischio»,²⁵⁰ può facilmente individuarsi anche nella prima ipotesi una finalità simbolicamente preventiva oltre che, in

²⁴⁷ Al contempo, la Direttiva non fornisce ulteriori indicazioni o esemplificazioni di quali siano i criteri obiettivi cui si può ricorrere per fondare il sospetto di strumentalità della domanda, né impone che la legge nazionale li definisca, lasciando quindi un certo margine di discrezionalità agli Stati, che saranno vincolati rispetto ad un onere motivazionale dei criteri, ma non quanto alla loro individuazione.

²⁴⁸ Per tutti, A. Ashworth, L. Zedner, *Preventive Justice*, Oxford, 2014; e, sul tema di maggiore interesse nel dibattito italiano, F. Bricola, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione, Atti del Convegno di studi "Enrico De Nicola"*, Milano, 1975; e L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 2000. Sul ricorso al diritto penale in chiave preventiva nel settore del diritto dell'immigrazione, V. Mitsilegas, *The Criminalisation of migration in Europe. Challenges for human rights and the rule of law*, Londra, 2014, in particolare pp. 5 e ss.

²⁴⁹ Con questo concetto si allude della pretesa dello Stato di intervenire tramite misure coercitive «prima che si verifichi un danno o si commetta un reato, imponendo restrizioni a determinati individui ritenuti particolarmente pericolosi o criminalizzando comportamenti innocui considerati predittivi di un successivo comportamento criminale». G. Campesi, *Genealogies of immigration detention*, 2020, p. 539. Si tratta di un processo in costante espansione, secondo quello che è stato qualificativo come «preventive turn» nelle politiche di controllo della criminalità (A. Crawford, *Crime prevention policies in comparative perspective*, Londra, 2009, pp. 1-37).

²⁵⁰ L. Scomparin, G. Torrente, Not citizens; not real people. The Italian way of governing immigration through criminal justice system, in *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2020, 18(2).

pratica, necessaria per consentire il mantenimento del richiedente in un territorio di infra-diritto, cioè alla frontiera (fenomeno su cui si tornerà nel prosieguo del lavoro, *infra*, par. 7; cap. III, par. 5-6). In altre parole, mentre nel campo del diritto penale il paradigma della giustizia preventiva si concentra principalmente sulla prevenzione della commissione di futuri reati penali, nel campo del diritto dell'immigrazione il «preventive turn» mira (anche) ad impedire l'accesso dei migranti alle frontiere territoriali degli Stati e alla frontiera esterna dell'Unione europea²⁵¹.

Fatte queste premesse, occorre analizzare nei dettagli il contenuto delle previsioni legislative per comprendere l'effettiva portata della legge rispetto al raggiungimento degli obiettivi che si pone.

L'art. 8(3) lett.c) è formulato in termini generici: si riferisce indistintamente ai «motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale» e non fornisce una definizione precisa delle nozioni menzionate. Come anticipato in precedenza, la pericolosità, di per sé, non giustifica il trattenimento del migrante irregolare se non vi è *anche* una connessione con l'obiettivo del rimpatrio. Nel caso del richiedente asilo, invece, la norma non traccia alcun collegamento tra la supposta pericolosità e l'ipotesi che – per ragioni ad essa collegate – il richiedente possa sottrarsi all'esame della domanda di protezione. Non vi è, qui, una connessione funzionale alla tenuta del sistema di asilo e dunque la detenzione appare *ex se* giustificata dalla necessità di tutelare l'ordine o la sicurezza.

L'individuazione del contenuto dei concetti di «ordine pubblico» e «sicurezza nazionale» cui fa riferimento la norma, e che non trovano compiuta illustrazione nemmeno in altri atti di diritto derivato dell'Unione²⁵², è avvenuta gradualmente ad opera della giurisprudenza della Corte di giustizia. In un primo momento la Corte si è espressa sulle eccezioni legate all'ordine pubblico e alla sicurezza previste per la limitazione dei diritti di libera circolazione dei cittadini europei²⁵³. Quanto al concetto, parzialmente sovrapponibile a quello di cui sopra, di «pubblica sicurezza» la Corte ha indicato che comprenderebbe «tanto la sicurezza interna di uno Stato membro quanto la sua sicurezza esterna»²⁵⁴, e che il «pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché di sopravvivenza della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari possono ledere la pubblica sicurezza»²⁵⁵. Inoltre,

²⁵¹ V. Mitsilegas, *The EU external border as a site of preventive (in)justice*, in *European Law Journal*, 2022, pp. 1-18, p. 2.

²⁵² Pur essendo menzionati in diversi contesti. Tra gli altri, si pensi alle eccezioni di ordine pubblico presenti nella Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; alla Direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo; alla Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

²⁵³ Per Savino la nozione di ordine pubblico rappresenta l'unico, vero limite alla circolazione intracomunitaria, conclusione a più riprese confermato dalla giurisprudenza della Corte (*ex multis*, CGUE, sentenza del 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, C-41/74, par. 18; ma anche CGUE, sentenza del 27 ottobre 1977, *Bouchereau*, C-30/77 par. 33). M. Savino, *Le libertà degli altri*, 2012, p. 140 e ss.

²⁵⁴ CGUE, sentenza del 26 ottobre 1999, *Sirdar*, C-273/97, par. 17; CGUE, sentenza dell'11 gennaio 2000, *Kreil*, C-285/98, par.17; CGUE, sentenza del 13 luglio 2000, *Albore*, C-423/98, par. 18; CGUE, sentenza dell'11 marzo 2003, *Dory*, C-186/01, par. 32.

²⁵⁵ CGUE, sentenze 10 luglio 1984, *Campus Oil e a.*, C-72/83, par. 34 e 35; CGUE, sentenza del 17 ottobre 1995, *Werner*, C-70/94, par. 27; CGUE, sentenza del 25 ottobre 2001, *Commissione/Grecia*, C-398/98, par. 29.

in base all'art. 27 della dir. 2004/38/CE, la condotta individuale può rilevare ai fini dell'applicazione di una clausola di «ordine pubblico» solo quando rappresenti «una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società o dello Stato membro in questione» e, per la Corte di giustizia, la sola esistenza di condanne penali non può giustificare automaticamente l'adozione di provvedimenti di ordine pubblico o di pubblica sicurezza²⁵⁶. Ogni valutazione in merito all'attivazione della clausola in esame dovrà rispettare il principio di stretta necessità e proporzionalità. La Corte di giustizia ha esteso il campo di applicazione delle nozioni di ordine pubblico e sicurezza nazionale contenute nella dir. 2004/38, come interpretate dalla sua giurisprudenza, anche alla più parte delle direttive in materia di immigrazione e asilo, seppur con alcuni tentennamenti²⁵⁷. Per quanto riguarda, nello specifico, l'ambito della protezione internazionale, la Corte ha ritenuto di applicare la stessa nozione di «imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico» al caso di revoca della protezione²⁵⁸, sulla scorta della considerazione per cui «la portata della protezione che una comunità intende accordare ai suoi interessi fondamentali non può variare a seconda dello status giuridico della persona che lede tali interessi»²⁵⁹.

Seguendo lo stesso ragionamento, con la sentenza *J.N.*, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che anche la formulazione di cui all'art. 8(3) lett.e) debba essere interpretata restrittivamente, sulla base della giurisprudenza affermatasi in materia di libertà di movimento dei cittadini UE²⁶⁰. Di conseguenza, la minaccia all'ordine pubblico «presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse

²⁵⁶ CGUE, sentenza del 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, C-145/09, par.48 e ss. In questa pronuncia la Corte conferma le conclusioni già in precedenza raggiunte, ad es., in CGUE, sentenza del 26 febbraio 1975, *Bonsignore*, C-67/74; CGUE, sentenza del 28 ottobre 1975, *Rutili*, C-36/75; CGUE, sentenza del 27 ottobre 1977, *Bouchereau*, C-30/77.

²⁵⁷ La Corte opera, ad esempio, una distinzione tra lo status dei lavoratori turchi e quello dei cittadini comunitari, ma l'interpretazione della clausola di ordine pubblico è di fatto sovrapponibile. CGUE, sentenza dell'8 dicembre 2011, *Ziebell*, C-371/08. Tra le pronunce più recenti, che confermano come il punto di riferimento interpretativo sia, anche per i soggiornanti di lungo periodo, la nozione di cui alla Direttiva sui cittadini dell'Unione, CGUE, sentenza del 7 dicembre 2017, *Lopez Pastuzano*, C-636/16; CGUE, sentenza del 3 settembre 2020, *UQ-SI*, C-503/19 e 529/19. Diverso è l'approccio della Corte nei confronti degli stessi concetti, come richiamati dalla Direttiva 2003/86 in materia di ricongiungimento familiare. Nel caso *G.S. e V.G.*, infatti, la Corte ha ritenuto che la formulazione dell'art. 6 Direttiva, a differenza di quanto previsto dall'art. 27 dir. 2004/38/CE, che «non richiede espressamente che il comportamento della persona interessata rappresenti una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società affinché tale persona possa essere considerata una minaccia per l'ordine pubblico». Di conseguenza, lo standard di valutazione del comportamento dello straniero – per valutare se questo possa o meno integrare una minaccia per l'ordine pubblico – è «nettamente meno rigoroso» da quello risultante dalla giurisprudenza in materia di cittadini dell'Unione. Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 2019, *G.S. e V.G.*, C-381/18 e 382/18, par. 55-57. Infine, con riferimento al concetto di ordine pubblico rilevante per l'applicazione degli istituti della Direttiva rimpatri, la Corte ritorna alle nozioni formulate nell'ambito dell'interpretazione della Direttiva 2004/38: si veda, sul punto, CGUE, *Z. Zh.*, nota 97.

²⁵⁸ CGUE, sentenza del 24 giugno 2015, *H.T.*, C-373/13. La decisione riguarda l'ipotesi di partecipazione del titolare di status di rifugiato ad una organizzazione figurante nell'elenco di organizzazioni terroristiche dell'UE. La Corte di giustizia è poi intervenuta in diverse occasioni sul tema del rapporto tra protezione internazionale e partecipazione o supporto ad organizzazioni terroristiche, ad es., CGUE, sentenza del 31 gennaio 2017, *Lounani*, C-573/14; CGUE, sentenza del 13 settembre 2018, *Ahmed*, C-369/17. Sul tema, V. Zambrano, *Lotta al terrorismo e riconoscimento dello status di rifugiato nel quadro normativo e giurisprudenziale europeo: un rapporto problematico*, in *Freedom, security and justice: european legal studies*, 2017, 3, pp. 71-90.

²⁵⁹ CGUE, *H.T.*, par. 77.

²⁶⁰ CGUE, sentenza del 15 febbraio 2016, *J.N.*, C-601/15.

fondamentale della società»²⁶¹; per la nozione di sicurezza pubblica ci si richiama poi al contenuto della pronuncia *Tsakouridis* («pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché la sopravvivenza della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari, possono ledere la pubblica sicurezza»²⁶²).

A partire da *J.N.* la formula di cui all'art. 8(3) lett.e) deve essere intesa come qui indicato: sebbene la possibilità di fare ricorso alla detenzione in questi casi non sia stato *tout court* escluso, le indicazioni della Corte potranno limitare interpretazioni eccessivamente estensive da parte degli Stati membri. Ad esempio, nella sentenza *M.A.*, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto necessario chiarire che «non si può ritenere che l'irregolarità del soggiorno di un richiedente protezione internazionale dimostri, di per sé, l'esistenza di una minaccia sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società (...) In tal senso, non si può ammettere che un siffatto richiedente, per il solo motivo di trovarsi in una situazione di soggiorno irregolare in uno Stato membro, possa costituire una minaccia per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico di tale Stato membro, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, lettera e), della direttiva 2013/33»²⁶³.

Venendo, ora, all'ultima ipotesi che giustifica il trattenimento del richiedente asilo vi è anche quella in cui sia necessario «decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio» (art. 8(3), lett.c). Sebbene questa fattispecie sia trattata in coda, è quella suscettibile di venire in rilievo nella primissima fase della domanda di asilo, se presentata alle frontiere esterne dell'Unione. Tale previsione pare riecheggiare l'art. 5(1) lett.f) CEDU ove si giustifica la possibilità di detenere la persona straniera «per impedirle di entrare illegalmente nel territorio». Pur non essendo dunque una ipotesi nuova nel panorama sovranazionale, risulta nondimeno problematica nella misura in cui non è direttamente collegata al comportamento tenuto del richiedente protezione. Potrebbe perciò prestarsi ad una applicazione generalizzata ed indiscriminata, come del resto ci pare sia ammesso dalla giurisprudenza CEDU (su cui *infra*, cap. II, par. 3.2). La normativa unionale, tuttavia, non ha accolto l'impostazione secondo cui il richiedente protezione è da considerarsi un «unauthorised entrant» in posizione di irregolarità sul territorio²⁶⁴. Al contrario, come visto, l'art. 9 dir. 2013/32 ne autorizza il soggiorno nel Paese durante l'esame della procedura²⁶⁵ e, in base all'art. 7 dir. 2013/33, la persona è titolare di un generale diritto di movimento all'interno del Paese.

²⁶¹ CGUE, *J.N.*, par. 65. Merita evidenziare che la Corte di giustizia, operando una interpretazione di ordine pubblico come nozione autonoma del diritto dell'Unione si allontana dall'interpretazione fornita a tale nozione nel contesto del diritto internazionale e degli strumenti di soft-law che si sono occupati del rapporto tra detenzione dei richiedenti asilo e ordine pubblico: le Linee Guide UNHCR, ad esempio, fanno confluire nella nozione di ordine pubblico ipotesi legate alla non cooperazione del richiedente e al suo rischio di fuga; all'esigenza di individuare l'identità e/o la nazionalità; al carattere abusivo delle domande di asilo.

²⁶² CGUE, *J.N.*, par. 66.

²⁶³ CGUE, sentenza del 30 giugno 2022, *M.A.*, C-72/22, par. 89.

²⁶⁴ Corte EDU [GC], sentenza del 11 luglio 2006, *Saadi v. UK*, n. 13229/03.

²⁶⁵ La formula «rimanere nello Stato membro» utilizzata dall'articolo 9 è oggetto di chiarimento da parte dell'articolo 2, lett.p) della stessa Direttiva, che la definisce come «il fatto di rimanere nel territorio, compreso alla frontiera o in zone di transito, dello Stato membro in cui la domanda di protezione internazionale è stata presentata o è oggetto d'esame».

Avuto riguardo alle previsioni di carattere generale circa la regolarità del richiedente asilo e la sua libertà di circolazione, deve inferirsi che l'ipotesi di «ingresso non autorizzato del richiedente sul territorio» sia da circoscriversi a casi eccezionali. Dette ipotesi, ci pare (seguendo l'impostazione della Corte di giustizia in *FMS e al.*²⁶⁶) sono solo quelle disciplinate dalle direttive, ed anzi solo quella dell'esame della domanda di protezione internazionale alla frontiera (art. 43 dir. 2013/32/UE). In base all'ultima norma citata gli Stati membri possono adottare determinate decisioni sul merito o sull'ammissibilità delle domande di asilo « alla frontiera o nelle zone di transito»²⁶⁷. Tuttavia, «se la decisione [sulla domanda di asilo] non è stata presa entro un termine di quattro settimane, il richiedente è ammesso nel territorio dello Stato membro, affinché la sua domanda sia esaminata conformemente alle altre disposizioni della presente direttiva» (art. 43(2)).

La norma pare, da un lato, confermare che al di fuori delle decisioni assunte nell'ambito della procedura di frontiera, lo straniero è *sempre* ammesso sul territorio; dall'altro lato, apre alla possibilità che gli Stati mantengano il richiedente asilo formalmente al di fuori dello spazio statale (di fatto, in zone di transito o di frontiera) al fine di decidere sulla sua domanda di asilo, e che in questa fase la persona possa essere trattenuta.

La Corte di giustizia ha affrontato il rapporto tra art. 8(3) lett.c) dir. 2013/33/UE e art. 43 dir. 2013/32/UE per la prima volta nel caso *FMS e al.*, che riguardava il mantenimento di richiedenti protezione internazionale presso la zona di transito di Rösztke, tra Ungheria e

²⁶⁶ CGUE, sentenza del 14 maggio 2020, *FMS*, C-924/19 e C-925/19, par. 238.

²⁶⁷ In particolare, gli Stati possono decidere sull'ammissibilità della domanda di asilo presentata ai sensi dell'articolo 33 (la domanda può essere giudicata inammissibile quando: a) un altro Stato membro ha già concesso la protezione; b) vengono applicate le regole in materia di paese di primo asilo o di paese terzo sicuro; c) la domanda è reiterata e non vengono presentati elementi o risultanze nuovi) o sul merito della domanda quando ricorrano le circostanze di cui all'articolo 31, par. 8 (a) nel presentare domanda ed esporre i fatti il richiedente ha sollevato soltanto questioni che non hanno alcuna pertinenza per esaminare se attribuirgli la qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE; b) il richiedente proviene da un paese di origine sicuro a norma della presente direttiva; c) il richiedente ha indotto in errore le autorità presentando informazioni o documenti falsi od omettendo informazioni pertinenti o documenti relativi alla sua identità e/o alla sua cittadinanza che avrebbero potuto influenzare la decisione negativamente; d) è probabile che, in mala fede, il richiedente abbia distrutto o comunque fatto sparire un documento d'identità o di viaggio che avrebbe permesso di accertarne l'identità o la cittadinanza; e) il richiedente ha rilasciato dichiarazioni palesemente incoerenti e contraddittorie, palesemente false o evidentemente improbabili che contraddicono informazioni sufficientemente verificate sul paese di origine, rendendo così chiaramente non convincente la sua asserzione di avere diritto alla qualifica di beneficiario di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE; f) il richiedente ha presentato una domanda reiterata di protezione internazionale inammissibile ai sensi dell'articolo 40, paragrafo 5; g) il richiedente presenta la domanda al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una decisione anteriore o imminente che ne comporterebbe l'allontanamento; h) il richiedente è entrato illegalmente nel territorio dello Stato membro o vi ha prolungato illegalmente il soggiorno e, senza un valido motivo, non si è presentato alle autorità o non ha presentato la domanda di protezione internazionale quanto prima possibile rispetto alle circostanze del suo ingresso; i) il richiedente rifiuta di adempiere all'obbligo del rilievo dattiloscopico a norma del regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce «Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e sulle richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto; j) il richiedente può, per gravi ragioni, essere considerato un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico dello Stato membro o il richiedente è stato espulso con efficacia esecutiva per gravi motivi di sicurezza o di ordine pubblico a norma del diritto nazionale).

Serbia²⁶⁸. In quella sede ha riconosciuto che la situazione dei ricorrenti era «presa in considerazione dall'articolo 8, paragrafo 3, lettera c), della direttiva 2013/33, ai sensi del quale gli Stati membri possono trattenere un richiedente protezione internazionale per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel loro territorio. Del resto, l'articolo 10, paragrafo 5, e l'articolo 11, paragrafo 6, della direttiva 2013/33 fanno espressamente riferimento alle modalità di trattenimento di un richiedente protezione internazionale ad un posto di frontiera o in una zona di transito nell'ambito dell'applicazione delle procedure specifiche di cui all'articolo 43 della direttiva 2013/32»²⁶⁹. La Corte ha concluso che un trattenimento basato sul combinato disposto degli art. 8 dir. 2013/33/UE e art. 43 dir. 2013/32/UE debba avere durata il più breve possibile e non possa, in ogni caso, protrarsi oltre le quattro settimane. Inoltre, i giudici hanno ritenuto necessario precisare che quando l'afflusso massiccio di richiedenti asilo che presentano domande di protezione alla frontiera o in zone di transito renda impossibile applicare la procedura di cui all'art. 43(1), l'esame delle domande potrà essere condotto «anche nei luoghi e per il periodo in cui i cittadini di paesi terzi o gli apolidi in questione sono normalmente accolti nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito»²⁷⁰.

In sostanza, dice la Corte, se anche la procedura (di esame della domanda) di frontiera dovesse estendersi oltre le quattro settimane, il trattenimento (di frontiera) di cui all'art. 8(3) lett.c) dovrà cessare. L'interpretazione delle norme appare orientata alla tutela dei richiedenti asilo e volta a limitare l'ambito di applicazione della misura, posto che in nessun caso si potranno prevedere deroghe alla durata massima della detenzione disposta per decidere sul diritto della persona di fare ingresso nel territorio. Infine, la procedura di frontiera può applicarsi solo in un numero limitato di casi quando i destinatari siano minori stranieri non accompagnati²⁷¹, ed è in ogni caso da escludersi «qualora gli Stati membri ritengano che il richiedente che necessita di garanzie procedurali particolari abbia subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale» e non possa ricevere adeguato sostegno in frontiera (art. 24 dir. 2013/32/UE).

L'analisi dettagliata dei motivi che possono giustificare il trattenimento restituisce una immagine sfaccettata e complessa del regime di detenzione del richiedente asilo. Per un verso, le ipotesi previste dall'art. 8 dir. 2013/33/UE devono intendersi come tassative ma non obbligatorie: la formulazione letterale della norma («gli Stati possono») fa sì che questi ultimi possano decidere di disciplinare nell'ordinamento nazionale anche soltanto alcune delle ipotesi

²⁶⁸ Per un esame della sentenza sia consentito di rimandare a E. Celoria, *Stranieri trattenuti alle frontiere esterne dell'Unione: il quadro di garanzie individuato dalla Corte di giustizia e le sfide del nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo*, in *European Papers*, 2020, 5(3), pp. 1385-1398.

²⁶⁹ CGUE, sentenza del 14 maggio 2020, *FMS*, C-924/19 e C-925/19, par. 238.

²⁷⁰ CGUE, *FMS*, par. 240.

²⁷¹ Indicati all'art. 25(6) lett.b). Riguardano i casi di domanda fraudolenta, reiterata o presentata da un minore che provenga da un Paese di origine sicuro o, ancora, che possa essere considerato un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale. L'applicabilità ai minori di una procedura di frontiera non comporta automaticamente che questi possano anche essere detenuti in quella sede, poiché devono essere in ogni caso rispettate le garanzie di cui all'art. 11 dir. 2013/33/UE, su cui *infra*, par. 6.3.

della Direttiva²⁷². Per altro verso, l'ampia formulazione dei motivi di cui all'art. 8(3) concede agli Stati ampi margini di discrezionalità quanto all'estensione del campo di applicazione dei presupposti normativi e ciò può tradursi in una applicazione generalizzata della misura²⁷³. In sostanza, l'ampio catalogo di previsioni che giustificano il trattenimento potrebbe «frustrare il principio di necessità, che rischia di rimanere una clausola di stile»²⁷⁴. Tuttavia, in base all'art. 8(2) dir. 2013/33/UE, è sempre necessario che il ricorso al trattenimento si qualifichi come misura di *extrema ratio*, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità: così, gli Stati saranno tenuti a compiere una valutazione caso per caso della situazione del richiedente protezione al fine di indagare se, nel caso di specie, non sia possibile applicare «efficacemente misure alternative meno coercitive». Al pari di quanto osservato con riferimento al trattenimento di cui all'art. 15, dir. 2008/115/CE, le misure alternative possono essere applicate unicamente quando ricorrano i presupposti per la detenzione ma, al contempo, gli stessi obiettivi possano essere efficacemente raggiunti attraverso una soluzione meno coercitiva. Se, invece, non è possibile identificare nessuna delle circostanze contemplate dall'art.8(3), l'imposizione di alternative sarà illegittima.

6.3 I tentativi di compromesso in materia di garanzie procedurali e modalità del trattenimento

La Direttiva persegue l'obiettivo di armonizzare anche le garanzie necessarie a rendere effettivo il diritto alla libertà personale dei richiedenti asilo: in questo ambito, le previsioni procedurali sono più dettagliate e precise rispetto a quelle contenute nella Direttiva Rimpatri²⁷⁵. L'art. 9 stabilisce che la detenzione ha durata il più breve possibile e che è mantenuta soltanto finché sussistono i presupposti di cui all'articolo precedente (necessità e proporzionalità della detenzione; impossibilità di applicare, avuto riguardo al caso concreto, misure alternative; perduranza di uno dei motivi indicati dall'art. 8(3)).

Tuttavia, a differenza di quanto disposto dall'art. 15 dir. 2008/115, non si prevedono termini massimi di durata della misura: l'ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri ammette che alcuni Stati possano mantenere una detenzione di durata indiscriminata, ed è suscettibile di

²⁷² Ad esempio, la Corte di giustizia ha escluso la legittimità di un trattenimento disposta nel caso in cui un richiedente asilo non possa sovvenire alle proprie necessità: «In primo luogo, occorre rilevare che l'articolo 8, paragrafo 3, primo comma, della direttiva 2013/33 enumera esaustivamente i vari motivi tali da giustificare il trattenimento di un richiedente protezione internazionale e che ognuno dei suddetti motivi risponde a una necessità specifica che ha carattere autonomo [...] Ne consegue che a un richiedente protezione internazionale che non dispone di mezzi di sostentamento deve essere concesso un sussidio economico che gli consenta di disporre di un alloggio o un alloggio in natura in uno dei luoghi di cui all'articolo 18 di detta direttiva, i quali non possono essere confusi con i centri di trattenimento previsti all'articolo 10 della stessa direttiva. Pertanto, la concessione al richiedente protezione internazionale che non dispone di mezzi di sostentamento di un alloggio in natura, ai sensi di tale articolo 18, non può avere come effetto di privarlo della sua libertà di circolazione». CGUE, *FMS*, par. 251; 254.

²⁷³ Di questo avviso anche R. Palladino, 2018, p. 172; e Del Guercio, per la quale «Il par. 3 dell'art. 8 appare particolarmente discutibile dal momento che riconosce ampia discrezionalità agli Stati membri e consente, di fatto, la detenzione di qualsiasi persona che giunga sul territorio degli Stati priva di autorizzazione». Del Guercio, 2014, p. 67.

²⁷⁴ E. Valentini, 2018, p. 196.

²⁷⁵ E. Tsourdi, 2016, p. 25 e ss.

lasciar spazio a prassi nazionali che si scontrino con il principio di proporzionalità della detenzione, pure espresso in termini generali nei *consideranda* della Direttiva.

Tra le ipotesi dettate dall'articolo precedente soltanto due prevedono una durata temporale circoscritta: sono quelle del trattenimento disposto nei confronti del richiedente asilo non ancora ammesso sul territorio (quattro settimane); e di quello del richiedente coinvolto in una procedura di trasferimento ai sensi dell'arti. 28 reg. 2013/604/UE (sebbene non sia fissato un periodo massimo di portata generale, in base alle conclusioni della CGUE in *Amayry*, la sua durata non può «eccedere ampiamente sei settimane»²⁷⁶). In tutti gli altri casi la misura coercitiva potrà avere durata anche superiore, fermo restando l'onere di espletare gli adempimenti amministrativi relativi alla procedura con la dovuta diligenza e, soprattutto, tenendo in considerazione che «i ritardi nelle procedure amministrative non imputabili al richiedente non giustificano un prolungamento del trattenimento» (art. 9(1)).

La decisione che dispone la limitazione della libertà deve essere adottata per iscritto ed essere debitamente motivata quanto agli elementi in fatto e in diritto su cui si basa (art. 9(2)). Inoltre, i richiedenti devono essere immediatamente informati per iscritto, in una lingua che comprendono o che ragionevolmente si suppone a loro comprensibile, delle ragioni del trattenimento e delle procedure previste dal diritto nazionale per contestare il provvedimento, nonché della possibilità di accesso gratuito all'assistenza e/o alla rappresentanza legali (art. 9(4)). Il diritto all'informazione sui mezzi di ricorso, requisito essenziale per garantirne l'accessibilità, è previsto per tutti gli stranieri trattenuti, indipendentemente dal fatto che la «rapida verifica» dei presupposti della misura sia prevista su istanza di parte o *ex officio*. Sotto questo punto di vista, la previsione appare maggiormente garantista dell'art.15 (3) Direttiva Rimpatri. Deve però sottolinearsi il limite insito nella previsione di fornire l'informativa anche soltanto in una «lingua che si suppone [...] comprensibile» ai trattenuti, di per sé non idonea a garantire la piena e consapevole comprensione dei propri diritti²⁷⁷.

Un parallelo diritto a ricevere informazioni da parte delle autorità è contemplato dall'art. 10(5) dir. 2013/33/UE con riferimento alle norme vigenti all'interno dei centri di detenzione e ai diritti e doveri dei trattenuti. La previsione è da accogliere positivamente, se non fosse per l'apertura alla possibilità di derogare al diritto in esame «in casi debitamente giustificati e per un periodo ragionevole di durata più breve possibile, qualora i richiedenti siano trattenuti in un posto di frontiera o in una zona di transito». Detta disposizione è particolarmente problematica poiché i luoghi indicati sono quelli in cui è più difficile garantire il contatto tra richiedenti protezione e attori istituzionali o non governativi, che possano assicurare l'opportuna trasmissione di informazioni, per ragioni geografiche, strutturali e di ridotta presenza della società civile. Quando, però, nei posti di frontiera o nelle zone di transito si faccia applicazione

²⁷⁶ CGUE, *Khir Amayry*, par. 45.

²⁷⁷ Tale formulazione, inoltre, non è pienamente in linea con quanto disposto dall'art. 5(2) CEDU, secondo cui «Ogni persona arrestata deve essere informata, a più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico». La Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito che l'informazione deve essere resa «in simple, non-technical language that he can understand» (inter alia, Corte EDU [GC], *Saadi c. UK*, n. 13229/03, par. 51). Diffusamente, su questo tema, S. Velluti, *Reforming the Common European Asylum System – Legislative Developments and Judicial Activism of the European Courts*, London, 2014, p. 67 e ss.

della procedura disciplinata dall'art. 43 dir. 2013/32/UE, non sarà possibile ricorrere alla deroga menzionata.

La Direttiva Accoglienza ammette che la misura detentiva possa essere decisa sia dall'autorità amministrativa che dal giudice. Nel primo caso, però, «gli Stati membri assicurano una rapida verifica in sede giudiziaria, d'ufficio e/o su domanda del richiedente, della legittimità del trattenimento», dovendo altresì fissare, nel diritto interno, un limite entro il quale provvedere all'esame giurisdizionale. Tuttavia, l'assenza di una indicazione temporale precisa e conforme ai criteri di immediatezza (ad esempio, 24 o 48 h.) è idonea a determinare una iniziale arbitrarietà della detenzione²⁷⁸. Con riferimento, invece, alle successive proroghe del trattenimento, si prevede un diritto al riesame giurisdizionale che può essere disposto *ex officio* o su istanza di parte. La norma non indica un preciso intervallo di tempo che deve decorrere tra una valutazione e l'altra, limitandosi a pretendere che siano «ragionevoli». Tuttavia, sembra auspicarsi l'intervento dell'autorità giudiziaria «in particolare nel caso di periodo di trattenimento prolungati, qualora si verificano circostanze o emergano nuove informazioni che possano mettere in discussione la legittimità del trattenimento» (art. 9(5)). Ogni volta che all'esito della valutazione del giudice la misura risulti illegittima, dovrà essere disposta l'immediata liberazione della persona interessata. Qualora la normativa interna non abbia individuato una autorità giurisdizionale incaricata dell'esame del trattenimento, qualsiasi giudice – incluso quello che ritiene di dover proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – potrà ritenersi competente a decidere sulla legittimità della misura e a disporre l'immediata liberazione degli stranieri, pena una violazione del diritto ad un rimedio effettivo di cui all'articolo 47 della Carta²⁷⁹. L'art. 9 si sofferma, poi, sul diritto all'assistenza e alla rappresentanza legale gratuite²⁸⁰: quest'ultimo elemento si configura, al pari del diritto a ricevere informazioni, quale componente indispensabile nel quadro di garanzie volte ad assicurare l'accessibilità e l'effettività dei rimedi giurisdizionali, in ossequio a quanto disposto dal considerando n. 15 («Il richiedente in stato di trattenimento dovrebbe godere *effettivamente* delle necessarie garanzie procedurali»).

Infine, gli art. 10 e 11 della Direttiva si occupano delle condizioni di detenzione e del trattenimento di categorie vulnerabili. In parallelo con le previsioni della Direttiva Rimpatri, il trattenimento deve, di regola, realizzarsi in appositi centri e non in istituti penitenziari²⁸¹;

²⁷⁸ E. Tsourdi, *EU reception conditions: a dignified standard of living for asylum seekers?*, in V. Chetail, P. De Bruycker, & F. Maiani (a cura di), *Reforming the common European asylum system: the New European refugee law*, Leiden, 2016, pp. 269–316, p. 295. Sul tema della debolezza delle garanzie giurisdizionali, anche S. Velluti, 2014, p. 69 e ss.

²⁷⁹ CGUE, *FMS*, par. 291-292.

²⁸⁰ L'art. 9(6) fissa un principio generale di accesso all'assistenza legale gratuita, salvo poi introdurre la possibilità di deroghe o di limitare siffatta assistenza: a) soltanto a chi non disponga delle risorse necessarie; o b) soltanto mediante i servizi forniti da avvocati o altri consulenti legali che sono specificamente designati dal diritto nazionale ad assistere e rappresentare i richiedenti. Si ammette, inoltre, che gli Stati possano imporre limiti monetari o temporali all'operato dei legali, a patto, però, di non restringere arbitrariamente l'assistenza del richiedente.

²⁸¹ Si ammette al contempo che questa soluzione non sia praticabile per lo Stato membro e, in questo caso, si dovrà assicurare un collocamento del richiedente asilo separato dai detenuti ordinari. Come già osservato, l'avvallamento della prassi di trattenere migranti che non hanno commesso nessun reato in istituti penitenziari è stata fortemente criticata dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT, Standards, CPT/Inf/E/(2002), par. 28).

inoltre, per quanto possibile, i richiedenti asilo sono tenuti separati dagli altri migranti trattenuti, e destinatari di una decisione di rimpatrio. Non è secondario sottolineare come l'art. 10(1) stabilisca chiaramente che «quando i richiedenti non possono essere tenuti separati da altri cittadini di paesi terzi, lo Stato membro interessato provvede affinché siano applicate le condizioni di trattenimento previste dalla presente direttiva», innalzando così lo standard di garanzie e tutele anche per i migranti irregolari.

Sebbene la norma non contenga un catalogo dettagliato di regole in materia di organizzazione dei luoghi, degli spazi, e dei servizi che devono essere garantiti all'interno dei centri, si impone che i trattenuti debbano avere accesso a spazi all'aria aperta (art. 10(2)). Inoltre, è garantito il diritto alle comunicazioni con l'esterno, ed in particolare con familiari, avvocati o consulenti legali e rappresentanti di organizzazioni non governative competenti riconosciute dallo Stato membro interessato, nonché con il personale UNHCR (art. 10(4)). Eventuali limitazioni all'accesso ai centri possono essere imposte «soltanto se obiettivamente necessarie, in virtù del diritto nazionale, per la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa del centro di trattenimento» (art. 10(5)). Quest'ultima previsione è criticabile perché ammette la possibilità di restringere l'accesso ai luoghi di trattenimento anche solo sulla base di esigenze amministrative, eppure, al tempo stesso, può rappresentare un importante presidio di garanzia nella misura in cui richiede che le limitazioni si ancorino a criteri obiettivi e, in ogni caso siano ammesse solo se «non restringano drasticamente o rendano impossibile l'accesso». Merita evidenziarsi che nemmeno in questa sede (al pari della Direttiva Rimpatri) vi è un richiamo alla possibilità di presentare reclamo avverso possibili violazioni di diritti fondamentali collegati alle critiche condizioni detentive, né ad un organismo di monitoraggio indipendente, né avanti l'autorità giurisdizionale²⁸².

Una particolare attenzione è, infine, riservata ai richiedenti asilo vulnerabili o portatori di «esigenze di accoglienza particolari»: il testo dell'art. 11, tuttavia, appare più simile ad una dichiarazione programmatica che ad una norma capace di esplicare effetti vincolanti nei confronti degli Stati. Si indica, ad esempio, che «lo stato di salute, anche mentale, dei richiedenti trattenuti che sono persone vulnerabili costituisce la preoccupazione principale delle autorità nazionali», ma non si prevede un divieto di trattenimento per ragioni sanitarie, pur a fronte di numerose ricerche che hanno dimostrato come la detenzione abbia, di per sé, un effetto negativo sulla salute fisica o mentale delle persone coinvolte²⁸³. Similmente, si evoca l'osservanza del principio del superiore interesse del minore, prescrivendo agli Stati di

²⁸² Pur a fronte di numerose denunce rispetto alle gravose condizioni di vita all'interno dei centri e alle numerose criticità collegate al rispetto del diritto alla salute. Sul punto, I. Majcher, M. Flynn, *Harm reduction in immigration detention: a comparative study of detention centres in France, Germany, Norway, Sweden and Switzerland*. Geneva: Global Detention Project, 2018. Per una analisi dei singoli Paesi: Global Detention Project, *Country Reports*, consultabili al sito: <https://www.globaldetentionproject.org/>. Si vedano, poi, i casi in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che le condizioni di detenzione violavano l'art. 3 CEDU: *ex multis*, Corte EDU, sentenza del 6 giugno 2001, *Dougoz v. Greece*, ric. n. 40907/98; Corte EDU, sentenza del 19 gennaio 2010, *Muskhadziyeva and others v. Belgium*, ric. n. 41442/07; Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece [GC]*, ric. n. 30696/09.

²⁸³ Ad esempio, JRS Europe, *Becoming Vulnerable in Detention, Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union (The DEVAS Project)*, 2011; World Health Organisation (WHO), *Addressing the health challenges in immigration detention, and alternatives to detention*, Copenhagen, 2022.

«assicurare l'applicazione dell'articolo 37 della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989 (n. 18)», sebbene la loro detenzione (sia quando sono accompagnati dalle proprie famiglie, sia se non accompagnati) sia pacificamente consentita²⁸⁴. Il trattenimento è previsto come eccezionale soltanto per i bambini soli, cioè non assistiti o rappresentati da un parente o esercente la responsabilità genitoriale.

Le garanzie previste a tutela del minore sono, di fatto, limitate ad un generico divieto di collocamento in istituti penitenziari, al dovere di garantire lo svolgimento di attività nel tempo libero, «compreso il gioco e attività ricreative consone alla loro età», e alla separazione tra minori non accompagnati e detenuti adulti. Infine, si precisa che la detenzione minorile ha durata quanto più breve possibile, senza tuttavia individuare un periodo massimo di trattenimento accettabile. La Corte di giustizia ha infine precisato che nel disporre un trattenimento ex art. 8(3) lett.c) dir. 2013/33/UE le autorità devono tenere conto delle vulnerabilità particolari dei soggetti sottoposti a detenzione, alla luce di fattori quali «l'età dell'interessato, il suo genere, il suo orientamento sessuale, la sua identità di genere, l'esistenza di una disabilità, di una grave malattia psichica o le conseguenze di torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale» (considerando n. 29, dir. 2013/32/UE)²⁸⁵. In nessun caso il trattenimento può essere disposto in via automatica: se lo Stato non ha verificato che il trattenimento possa privare la persona «sostegno adeguato» cui ha diritto²⁸⁶, la misura sarà di ritenersi illegittima.

Nel complesso, non ci pare che le tutele contemplate nella Direttiva – sebbene superiori a quelle della Direttiva Rimpatri – siano sufficienti e idonee a proteggere le categorie vulnerabili o a proceduralizzare il principio di superiore interesse del fanciullo. Non si intende disconoscere la volontà di raggiungere un compromesso e promuovere l'avanzamento di un'attenzione maggiore per il trattamento di questi soggetti, ma la capacità del testo in esame di prevenire, nei fatti, il ricorso degli Stati alla detenzione dei richiedenti asilo vulnerabili pare ridotta. È, in particolare, criticabile la posizione di compromesso cui è giunto il legislatore europeo in materia di detenzione dei minori, ammettendone di fatto la legittimità, pur a fronte di posizioni contraddittorie in seno alle istituzioni stesse²⁸⁷. Nello stesso anno di adozione della

²⁸⁴ Il testo finale della Direttiva è il risultato del compromesso raggiunto durante i negoziati poiché, nel primo testo di riforma promosso dalla Commissione europea nel 2008, si vietava la detenzione dei minori non accompagnati, e si statuiva che la detenzione dei minori accompagnati fosse possibile solo dopo una valutazione da cui risultasse che l'applicazione della misura era nel loro superiore interesse. Nella presentazione della proposta di riforma della Direttiva 2011, invece, la Commissione cambia approccio e tenta di giustificare il ricorso alla detenzione in funzione protettiva, secondo principi di intervento umanitario. Per un commento critico, C. Smith, *Is the right of the child to liberty safeguarded in the Common European Asylum System?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2013, pp. 111-136. Per un approfondimento sui negoziati, K. Franssen, *Problem Issue: Detention of Vulnerable Persons and Persons with Special Needs*, in P. Minderhoud & K. Zwaan, *The recast Reception Conditions Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2016, pp. 41-47.

²⁸⁵ CGUE, sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione europea c. Ungheria*, C-808/18.

²⁸⁶ CGUE, *ivi*, par. 199.

²⁸⁷ Il testo iniziale della proposta della Commissione era, sul punto, decisamente più ambizioso. Si prevedeva, infatti, che il trattenimento dei migranti vulnerabili fosse in linea di principio precluso, «unless an individual examination of their situation by a qualified professional certifies that their health, including their mental health, and well-being, will not significantly deteriorate as a result of the detention». Proposta modificata di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti asilo (rifusione), COM/2011/032 def.

Direttiva Accoglienza il Parlamento europeo, forse anche a causa delle concessioni fatte al Consiglio nel corso dei negoziati per la sua adozione, ha esortato «gli Stati membri a rispettare rigorosamente l'obbligo fondamentale di non condannare mai un minore a pene detentive, senza alcuna eccezione; deplora che la proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti asilo non abbia vietato la detenzione dei minori non accompagnati richiedenti asilo ed esorta gli Stati membri a rispettare il parametro delle circostanze eccezionali stabilito dalla direttiva»²⁸⁸.

7. No man's land: la detenzione “in ingresso” e in frontiera, fuori dal perimetro di applicazione delle direttive?

Il quadro tratteggiato nei paragrafi precedenti consente di approdare ad una conclusione certa. Il diritto secondario dell'Unione circoscrive la possibilità di trattenere due categorie di soggetti: lo straniero irregolare destinatario di una decisione di rimpatrio ai sensi dell'art. 2, dir. 2008/115/CE, e il richiedente asilo come qualificato dall'art. 2, direttiva 2013/32. Gli atti legislativi esaminati individuano con un grado di precisione sufficientemente dettagliato l'identità dei soggetti che sono coperti *rationae personae* dal diritto secondario dell'Unione. Ciononostante, entrambi i regimi giuridici sono connotati da maggiore fumosità quando si confrontano con la presenza delle persone straniere, irregolari o richiedenti asilo, alla frontiera esterna dell'Unione, ed in particolare quando questi soggetti sono fermati nell'atto di attraversarla o hanno da poco fatto ingresso nel territorio degli Stati membri. La detenzione dei migranti in frontiera è questione particolarmente sensibile poiché espressione del potere sovrano di individuare chi includere e chi escludere nella comunità dei soggetti titolari di diritti.

Al tempo stesso, come noto, la gestione efficiente dei confini esterni dell'Unione è uno degli obiettivi della politica di immigrazione e asilo, funzionale a garantire l'assenza «di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne» (art. 77 TFUE). L'atto di diritto secondario che codifica le regole da seguire nello spazio geografico identificato con il confine è il reg. 2016/399/UE (o Regolamento Schengen)²⁸⁹. Detto strumento legislativo è fondamentale per l'intero impianto costitutivo dell'Unione poiché, oltre a sancire l'importante principio dell'assenza di controlli alle frontiere interne, ha inteso armonizzare le procedure di *esclusione* dei migranti alle frontiere esterne – a differenza di quelle di *espulsione*, che sono regolate invece dalla Direttiva Rimpatri²⁹⁰. In particolare, l'art. 6 del Regolamento Schengen definisce le ipotesi in cui l'attraversamento della frontiera esterna è ammesso, individua le ipotesi in cui l'ingresso è autorizzato e prevede contestualmente che «sono respinti dal territorio degli Stati membri i cittadini di paesi terzi che

²⁸⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2013 *sulla situazione dei minori non accompagnati nell'UE* (2012/2263(INI)).

²⁸⁹ Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)*, L 77/1 del 23.3.2016.

²⁹⁰ G. Cornelisse, *Territory, procedures, and rights: border procedures in European asylum law*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, pp. 74-90, p. 77.

non soddisfino tutte le condizioni d'ingresso previste dall'articolo 6». Lo stesso Regolamento prevede che il rifiuto di ingresso (poiché non autorizzato) non può pregiudicare le «disposizioni particolari in materia di diritto di asilo e protezione internazionale» (art. 14)²⁹¹. Ne deriva che le garanzie previste per i richiedenti asilo hanno precedenza rispetto al potere degli Stati di rifiutare l'ingresso sul territorio. Al tempo stesso, se a seguito dell'attività di sorveglianza delle frontiere esterne esercitata in base all'art. 13 Regolamento, viene individuata una persona proveniente da paese terzo «che ha attraversato illegalmente una frontiera e che non ha il diritto di soggiornare sul territorio dello Stato membro interessato», questa è fermata ed «è sottoposta a procedure che rispettano la direttiva 2008/115/CE».

Il raccordo tra l'istituto del respingimento immediato alla frontiera di cui all'articolo 14 reg. 2016/399/UE e l'attivazione di un procedimento di rimpatrio in applicazione della dir. 2008/115/CE è assicurato, oltre che dal menzionato art. 13 del Regolamento, anche da alcune disposizioni della Direttiva che lasciano ampio margine di discrezionalità agli Stati membri. Come visto *supra* (par. 3.1) la Direttiva Rimpatri si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare: detta condizione è definita avendo riguardo alle disposizioni del Regolamento Schengen, posto che con «soggiorno irregolare» si fa riferimento alla «presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 [oggi, articolo 6] del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro». Ogni volta in cui la persona straniera, presumibilmente eludendo i controlli di frontiera, farà ingresso irregolare sul territorio e vi permanga irregolarmente, ella potrà essere destinataria di un provvedimento di rimpatrio e, di conseguenza, dell'applicazione della misura del trattenimento ex art. 15 dir. 2008/115/CE.

Tuttavia, la Direttiva Rimpatri prevede anche una clausola di esclusione con specifico riferimento ai «casi frontalieri», che sembra configurare lo spazio di frontiera come uno spazio di eccezione assoggettato all'assoluta prerogativa sovrana²⁹². L'art. 2(2) lett.a) Direttiva consente agli Stati di non applicare le disposizioni della Direttiva stessa quando i cittadini stranieri siano «sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità *in occasione dell'attraversamento irregolare* via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro»²⁹³. In linea di massima, dunque, l'eccezione pare limitata soltanto ai casi

²⁹¹ L'art. 14 prevede che il respingimento possa «essere disposto solo con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise. Il provvedimento è adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale ed è d'applicazione immediata. [...] Le persone respinte hanno il diritto di presentare ricorso. I ricorsi sono disciplinati conformemente alla legislazione nazionale. Al cittadino di paese terzo sono altresì consegnate indicazioni scritte riguardanti punti di contatto in grado di fornire informazioni su rappresentanti competenti ad agire per conto del cittadino di paese terzo a norma della legislazione nazionale. L'avvio del procedimento di impugnazione non ha effetto sospensivo sul provvedimento di respingimento. Fatto salvo qualsiasi indennizzo concesso a norma della legislazione nazionale, il cittadino di paese terzo interessato ha diritto a che lo Stato membro che ha proceduto al respingimento rettifichi il timbro di ingresso annullato e tutti gli altri annullamenti o aggiunte effettuati, se in esito al ricorso il provvedimento di respingimento risulta infondato».

²⁹² G. Campesi, 2013, p. 104.

²⁹³ La Commissione europea ha cercato di circoscrivere le persone che rientrano nel secondo periodo delle disposizioni, distinguendo tra i casi in cui è possibile individuare un legame diretto con l'atto di attraversamento

di respingimento immediato (si pensi al caso del cittadino sbarcato presso una zona di transito aeroportuale e, a seguito di controlli che accertano l'insussistenza dei requisiti per il soggiorno, immediatamente respinto tramite lo stesso vettore) e alla situazione dei soggetti fermati dalle autorità nell'atto di attraversare la frontiera, ma non a coloro che si trovino già sul territorio. Inoltre, per poter assumere efficacia vincolante, la decisione di uno Stato membro di avvalersi della deroga deve essere espressa in modo chiaro nella legislazione nazionale²⁹⁴. La Corte di giustizia ha imposto una interpretazione rigorosa dell'eccezione di cui all'art.2(2) dir. 2008/115/CE, precisando in primo luogo che la stessa può applicarsi soltanto alle condotte di superamento dei confini esterni dell'Unione, e non anche di quelli interni²⁹⁵; e che la formula «fermati o scoperti in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera implica uno stretto legame temporale e spaziale con tale attraversamento»²⁹⁶.

Infine, merita precisare che, quand'anche gli Stati membri facciano ricorso all'eccezione in esame, sarebbero in ogni caso tenuti ad assicurare agli stranieri trattenuti nell'ambito di una procedura di respingimento o espulsione disciplinata esclusivamente dal diritto interno «un trattamento e un livello di protezione» non meno favorevoli di quanto indicato dagli articoli 16 e 17 della Direttiva in materia di condizioni detentive²⁹⁷. L'obbligo di rispettare gli standard in materia di trattenimento non si estende anche alle regole sulla durata, e alle garanzie procedurali previste dall'art. 15: per parte della dottrina tale omissione è problematica, poiché consente agli Stati di affiancare due distinti regimi detentivi che si possono susseguire senza soluzione di continuità ma nel cui ambito gli stranieri possono essere trattati in modo diverso²⁹⁸. Ciò implica, il più delle volte, un livello inferiore di garanzie e tutele più affievolite per le persone detenute in zone di transito e/o alla frontiera²⁹⁹. Tali preoccupazioni sembrano confermate dalla Relazione adottata dal Parlamento europeo sull'attuazione della Direttiva

della frontiera, e quelli in cui il collegamento non è più individuabile. «Le persone appartenenti alle seguenti categorie rientrano, ad esempio, nella fattispecie di coloro che vengono "fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare [...] della frontiera esterna", in quanto esiste ancora un legame DIRETTO con l'atto di aver attraversato irregolarmente la frontiera: - persone che arrivano in modo irregolare via mare e sono fermate all'arrivo o subito dopo l'arrivo; - persone arrestate dalla polizia dopo aver scavalcato una barriera di confine; - migranti irregolari che scendono dal treno o dall'autobus con il quale sono giunti direttamente nel territorio di uno Stato membro (senza alcuna fermata precedente nel territorio di uno Stato membro). [...] Le persone appartenenti alle seguenti categorie non rientrano nella fattispecie di coloro che vengono "fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare [...] della frontiera esterna", in quanto non esiste più alcun legame DIRETTO con l'atto di aver attraversato irregolarmente la frontiera: - migranti irregolari fermati nel territorio di uno Stato membro entro un determinato lasso di tempo successivo all'ingresso irregolare; - migranti irregolari fermati in una regione di frontiera, salvo che vi sia ancora un legame diretto con l'atto di aver attraversato irregolarmente la frontiera; - migranti irregolari che scendono da un autobus proveniente da un paese terzo, se l'autobus ha già fatto varie fermate nel territorio dell'Unione europea; - migranti irregolari che, essendo stati espulsi in una precedente occasione, violano un divieto d'ingresso ancora valido (salvo che siano fermati in relazione diretta con l'attraversamento irregolare della frontiera); - migranti irregolari che attraversano una frontiera interna; - cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare che stanno lasciando il territorio degli Stati membri e dei paesi associati Schengen». Manuale sul rimpatrio, p. 16.

²⁹⁴ Manuale sul rimpatrio, p. 15.

²⁹⁵ CGUE, sentenza del 7 giugno 2016, *Affum*, C-47/15, par. 68 e ss.

²⁹⁶ *Ivi*, par. 70.

²⁹⁷ Art. 4(4) Direttiva.

²⁹⁸ I. Majcher, 2019, p. 443.

²⁹⁹ Lutz ha notato che l'eccezione è funzionale ad «accomodate the practice of some States of detaining migrants refused entry to the territory and awaiting the removal in airport 'transit zones'». F. Lutz, *The negotiations on the Return Directive: comments and materials*, 2010, Nijmegen, p. 30.

Rimpatri, ove si legge che: «Lo studio dimostra che gli Stati membri si avvalgono della possibilità offerta dall'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), di non applicare la direttiva nei "casi di frontiera", creando regimi paralleli, in cui le procedure che esulano dal campo di applicazione della direttiva offrono meno garanzie rispetto alla procedura di rimpatrio regolare, ad esempio nessun termine di rimpatrio volontario, nessun effetto sospensivo di un ricorso e meno restrizioni sulla durata del trattenimento. Questo livello inferiore di protezione suscita seri motivi di preoccupazione, in quanto il fatto che le situazioni di frontiera possano rimanere al di fuori del campo di applicazione della direttiva aumenta anche i rischi di allontanamento e respingimento»³⁰⁰. Il rischio di creazione di «regimi paralleli di detenzione» non è peraltro limitato soltanto alla situazione dei migranti irregolari che non ricadono entro l'ambito di applicazione della dir. 2008/115/CE³⁰¹.

Vi è anche chi ha individuato una ulteriore fase particolarmente critica in termini di tutela del diritto alla libertà dei migranti, definibile di «pre-identificazione», durante la quale le autorità stabiliscono se il soggetto interessato sia un richiedente protezione internazionale oppure se sia in posizione tale da essere immesso nel canale della procedura di rimpatrio³⁰². Nella pratica, infatti, l'identificazione del migrante che si presenta alla frontiera non è sempre immediata. Se, per un verso, non è possibile includere entro la categoria menzionata dal secondo limbo dell'art.2(2) Direttiva Rimpatri i richiedenti protezione internazionale³⁰³, per altro verso nemmeno il Regolamento Schengen disciplina dettagliatamente la fase di identificazione, o 'pre-identificazione' del migrante che si presenta alle frontiere. Pur a fronte della progressiva regolamentazione degli attributi statali in materia di controllo delle frontiere esterne, non si è previsto alcun potere di disporre il trattenimento ai fini della verifica delle condizioni di ingresso. In proposito la Corte di giustizia ha precisato che la Direttiva Rimpatri «non osta a un trattenimento amministrativo finalizzato ad acclarare se il soggiorno di un cittadino di un paese terzo sia regolare o meno. A tal riguardo, le autorità competenti sono tenute ad agire con diligenza e a pronunciarsi senza indugio in merito alla regolarità del soggiorno della persona interessata»³⁰⁴. Dunque, la privazione della libertà che intercorre tra il

³⁰⁰ Parlamento europeo, *Relazione sull'attuazione della direttiva rimpatri*, 2.12.2020, A9-0238/2020.

³⁰¹ I Paesi alle frontiere esterne dell'UE che fanno applicazione della clausola di esclusione ai sensi dell'art. 2(2) lett.a) sono Bulgaria, Francia, Grecia, Italia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovenia e Spagna. European Union Agency for Fundamental Rights, *Migration and Fundamental Rights: Issues at Land Borders*, 2020, pp. 10 e ss. Secondo i rapporti AIDA, dodici Stati membri (Belgio, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Grecia, Ungheria, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Slovenia, Spagna e Regno Unito) ricorrono frequentemente alla detenzione di migranti irregolari e/o richiedenti asilo alle frontiere, incluso all'interno di zone di transito terrestri e zone di transito negli aeroporti. M. Walter-Franke, 2017, p. 12.

³⁰² R. Palladino, 2018, p. 210.

³⁰³ La norma infatti esclude coloro che «hanno successivamente ottenuto una autorizzazione o un diritto al soggiorno» nello stato membro. Come visto, in base all'art. 9 dir. 2013/32/UE, i richiedenti protezione sono autorizzati a rimanere sul territorio dello Stato. La Commissione ha precisato che i «migranti irregolari che sono stati fermati alla frontiera esterna e che successivamente hanno ottenuto un diritto di rimanere nel territorio dello Stato membro in qualità di richiedenti asilo: anche se il loro soggiorno, dopo che la domanda di asilo è stata definitivamente respinta, è diventato nuovamente "irregolare", essi non devono essere esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva come "casi frontalieri». Manuale sul rimpatrio, p. 16.

³⁰⁴ CGUE, *Achughbaban*, par. 29 – 31; CGUE, *Affum*, par. 53. Al contempo, la Corte ha dichiarato che, una volta che le autorità si sono attivate con la dovuta diligenza e hanno, senza indugio, attribuito allo straniero lo status di soggetto irregolarmente soggiornante, devono emanare una decisione di rimpatrio che renderà illegittimo la

momento in cui il cittadino di un paese terzo viene fermato alla frontiera, o nei pressi della stessa, e quello in cui inoltra una domanda di asilo o viene respinto non è formalmente disciplinata dal diritto dell'Unione, determinando un *vacuum* nell'ordinamento europeo³⁰⁵.

La volontà degli Stati di mantenere il controllo delle proprie frontiere, quale espressione dell'esercizio del potere sovrano di esclusione, si è manifestato anche in materia di asilo e procedure di frontiera. Ad esempio, nell'ambito della discussione sulla Direttiva Procedure avviata nel 2005 si evidenziava la necessità di assicurare «il primato del diritto nazionale e la possibilità di preservare le caratteristiche specifiche nazionali di tali procedure e disposizioni amministrative»³⁰⁶. Attualmente, però, il diritto dell'UE pare estendere il proprio ambito di applicazione a «tutti i cittadini di paesi terzi e agli apolidi che manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro, comprese la frontiera, le acque territoriali o le zone di transito, purché siano autorizzati a soggiornare in tale territorio in qualità di richiedenti» (art. 3, dir. 2013/33/UE). Le indicazioni fornite dalla norma sono importanti perché, per un verso, attribuiscono rilevanza alla manifestazione della volontà di chiedere asilo, e non alla formale registrazione della domanda³⁰⁷, anticipando ed estendendo la tutela del richiedente fin dal momento in cui affiori la sua identità di richiedente protezione e indipendentemente dall'attivazione dell'apparato burocratico statale³⁰⁸. Per altro verso, esplicitano che la frontiera, le acque territoriali e le zone di transito sono da considerarsi alla stregua del territorio, e dunque che anche in tali luoghi il diritto unionale è pienamente e perfettamente applicabile. Nella sentenza *M.A.*, la Corte di giustizia ha chiarito che «dall'articolo 6, paragrafi 1, 3 e 4, della direttiva 2013/32 risulta che l'azione di "presentare" una domanda di protezione internazionale non richiede alcuna formalità amministrativa [...]

detenzione dello straniero disposta sulla base delle norme di diritto penale che sanzionano l'ingresso irregolare. Corte di giustizia, *Achughbajian*, par. 37-39.

³⁰⁵ Così R. Palladino, 2018, p. 214.

³⁰⁶ Proposta di direttiva del Consiglio *recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato modificata*, COM/2002/326 def. Al tempo stesso, preme evidenziare che in sede della prima proposta di direttiva, la Commissione riconosceva la necessità di garantire l'immediato accesso alla procedura di asilo anche in contesti frontalieri: «I richiedenti asilo devono accedere alla procedura d'asilo non appena possibile. Le norme in materia di procedure d'asilo sono prive di ogni significato se le persone che desiderano ottenere protezione da uno Stato membro non riescono ad accedere effettivamente alla procedura d'asilo o sono trattenute nel territorio dello Stato membro per un lasso di tempo inutilmente lungo perché le autorità non riconoscono le loro richieste come domande d'asilo», Relazione alla Proposta di direttiva del Consiglio *recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato modificata*, COM/2000/0578 def, pag. 4.

³⁰⁷ L'art. 6 dir. 2013/32/UE non parla di 'manifestazione', ma distingue tra la fase di 'presentazione' della domanda, e quella di 'registrazione': la prima deve ritenersi assimilabile a quella di 'manifestazione' menzionata all'art. 3 dir. 2013/33/UE. Sul tema, L. Slingeberg, *Reception Conditions Directive (recast): Relevance in Time of High Numbers of Asylum Applications*, in P. Minderhoud & K. Zwaan, *The recast Reception Conditions Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2016, pp. 9 e ss.

³⁰⁸ La previsione appare coerente con il principio secondo cui lo *status* di titolare di protezione internazionale preesiste al riconoscimento da parte delle autorità, il quale ha valore meramente ricognitivo e non costitutivo. Le Linee Guida n. 10 dell'UNHCR non potrebbero essere più chiare sul punto: «He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee» (UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and its 1967 Protocol*, UNDoc. HCR/1P/4/ENG.REV3, 2011, par. 28), su cui, diffusamente: J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 154 e ss.; e A. Del Guercio, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016, in particolare da pp. 73 e ss.

l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2013/32 prevede che ciascun adulto con capacità di agire ha il diritto di presentare una domanda di protezione internazionale per proprio conto. Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte emerge che il cittadino di un paese terzo o apolide ha il diritto di presentare una domanda di protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro, comprese le sue frontiere o zone di transito, *anche qualora egli si trovi in una situazione di soggiorno irregolare in detto territorio*. Tale diritto deve essergli riconosciuto, indipendentemente dalle possibilità di successo di una siffatta domanda»³⁰⁹.

La previsione dell'art. 3 Direttiva Accoglienza circa l'estensione della sua sfera di applicabilità va dunque coordinata con le regole che individuano il momento a partire dal quale il soggetto può essere considerato richiedente asilo (artt. 2 e 6 dir. 2013/32/UE³¹⁰) e quello in cui cessa di esserlo (art. 9 dir. 2013/32/UE)³¹¹. Cionondimeno, la formula utilizzata dall'art. 3 menzionato non è scevra di criticità, dal momento che parrebbe escludere quei richiedenti asilo (temporaneamente) *non* autorizzati a soggiornare sul territorio. In realtà una lettura coerente e organica dell'intero apparato di norme in materia di asilo impone che l'unico caso in cui si può concepire l'esistenza di una eccezione alla regola generale (per cui all'ingresso sul territorio si accompagna la regolarità del soggiorno) è quello di cui all'art. 43 dir. 2013/32/UE³¹². Quando i richiedenti siano coinvolti in una procedura di frontiera, sebbene ricadano entro l'ambito di applicazione del diritto UE e il loro soggiorno sia da considerarsi regolare, nondimeno non hanno accesso al territorio sulla base di una *fiction iuris*³¹³. Al di fuori di questa ipotesi non possono, invece, ammettersi altre situazioni in cui una persona che abbia manifestato la volontà di chiedere protezione non goda delle piene tutele (in materia di soggiorno e libertà di movimento) previste dal CEAS. Come visto, in *FMS e al.*, la Corte di giustizia ha interpretato le Direttive in esame nel senso che il trattenimento giustificato dall'esigenza di decidere «sul diritto del ricorrente di entrare nel territorio» è possibile solo se è stata avviata una procedura di frontiera ex art. 43 dir. 2013/32/UE. La pronuncia della Corte, avendo qualificato la prassi ungherese di confinamento dei richiedenti all'interno delle zone di transito come incompatibile con le garanzie dettate dal diritto UE in materia di trattenimento, sembra suggerire che le uniche

³⁰⁹ CGUE, sentenza del 30 giugno 2022, *M.A.*, C-72/22, par. 58. Sul dovere per le autorità di garantire il diritto di presentazione della domanda di asilo, anche CGUE, sentenza del 16 novembre 2021, *Commissione/Ungheria (Configurazione come reato del sostegno ai richiedenti asilo)*, C-821/19; e CGUE, sentenza del 25 giugno 2020, *VL c. Ministero Fiscale*, C-36/20. Si tornerà diffusamente sul punto nel cap. III, par. 4.4.

³¹⁰ La Corte di giustizia ha a più riprese affermato che «il cittadino di un paese terzo o l'apolide acquisisce la qualità di richiedente protezione internazionale, ai sensi dell'articolo 2, lettera c), della direttiva 2013/32, a partire dal momento in cui presenta una simile domanda». CGUE, sentenza del 25 giugno 2020, *VL c. Ministero Fiscale*, C-36/20, par. 92; CGUE, *Commissione europea c. Ungheria*, par. 100.

³¹¹ Si richiama anche in questa sede la sentenza della Corte di giustizia in cui si afferma che il diritto al soggiorno regolare sul territorio dello Stato è garantito «sino all'adozione della decisione di primo grado di rigetto della domanda di protezione internazionale». CGUE, sentenza del 19 giugno 2018, *Gnandi*, C-181/16, par. 40.

³¹² Questa l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nel caso *FMS*, par. 236. Lo scopo della direttiva di frontiera è precisamente quello di consentire l'esame di una domanda di protezione prima che venga assunta una decisione sull'ingresso legale nel territorio.

³¹³ È pacifico, però, che la finzione giuridica del non-ingresso non è idonea a sottrarre il richiedente dalla giurisdizione statale, con tutte le inderogabili conseguenze in tema di onere per lo Stato di rispettare i diritti fondamentali della persona, indistintamente dalla sua posizione giuridica sul territorio. G. Cornelisse, *Territory, procedures, and rights: border procedures in European asylum law*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, pp. 74, CEDU, sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur v France*, ric. 19776/92; ma anche, più di recente, CEDU, sentenza del 23 luglio 2020, *M.K. and others v Poland*, ric. 40503/17, 42902/17, 43643/17.

procedure di frontiera da considerarsi legittime siano quelle applicate sulla base dei presupposti – esaustivi – indicati dall’art. 43³¹⁴.

La realtà sembra però divergere dai *desiderata* della Corte. Uno studio commissionato nel 2020 dal servizio di ricerca del Parlamento europeo al fine di operare una valutazione d’impatto *ex post* sull’applicazione dell’art. 43 Direttiva Procedure dà conto del carattere estremamente vario e diversificato delle procedure di frontiera condotte *de iure* o *de facto* dagli Stati membri³¹⁵. Soltanto alcuni tra essi fanno ricorso a una procedura di asilo di frontiera, e un numero ancor più limitato l’ha inquadrata entro una dettagliata cornice legale. Rimangono significative divergenze circa l’estensione temporale, l’ambito di applicazione *rationae personae*, le garanzie procedurali ad essa connesse, e il grado di intensità delle misure coercitive eseguite nei confronti delle persone interessate³¹⁶. Alcuni Stati membri (ad es. la Francia, la Germania o il Belgio) impediscono al richiedente asilo l’accesso al territorio soltanto quando egli si trovi nelle zone di transito aeroportuali, altri (come l’Ungheria o la Polonia) ricorrono a procedure eccezionali anche presso le zone di frontiera terrestri. Alcuni Paesi impongono la permanenza dei richiedenti in locali chiusi secondo modalità che configurano una privazione di libertà, senza però qualificare tale prassi come una procedura di frontiera³¹⁷. Altri ancora sembrerebbero aver disciplinato a livello interno ulteriori presupposti applicativi della procedura di frontiera al di fuori delle ipotesi poste dalla Direttiva³¹⁸. Vi sono Paesi in cui le autorità nazionali fanno ricorso ad una procedura denominata «di frontiera», nell’ambito della quale il richiedente asilo sarebbe tuttavia ammesso a soggiornare sul territorio dello Stato. In sostanza, l’analisi delle prassi applicative mostra come non sia del tutto chiaro, cinque anni dopo il termine ultimo previsto per il recepimento delle Direttive, se esista una unica procedura di frontiera, riconducibile all’art. 43 dir. 2013/32/UE (come auspicato dalla

³¹⁴ Così anche Cornelisse, secondo la quale «it is significant that the CJEU perceives the link between a border procedure and detention such that detention in a border procedure is based on Article 43(1) and (2) RAPD.182 This means that detention in order to decide on the applicant’s right to enter the territory can only be applied in cases and under the conditions in which the border procedure may be used». G. Cornelisse, M. Reneman, *Part 2 – Border procedures in the Member States: Legal Assessment*, European Parliament Research Service, 2020, p. 86.

³¹⁵ European Parliamentary Research Service (EPRS), *Asylum procedures at the border. European Implementation Assessment*, Bruxelles, 2020. Lo scopo della valutazione era quello di «assesses the implementation of Article 43 of the Asylum Procedures Directive on the basis of its effectiveness, fundamental rights – including procedural rights – compliance, efficiency, and coherence with the aims of the APD and the CEAS as a whole».

³¹⁶ L’Ufficio Europeo per l’Asilo (EASO) ha rivelato che la procedura di frontiera è attualmente applicabile nei seguenti Paesi: Austria, Belgio, Croazia, Repubblica ceca, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Paesi Bassi, Portogallo, Romania, Slovenia and Spagna. Austria e Germania limitano l’applicazione della procedura ai richiedenti asilo che fanno ingresso tramite la frontiera aerea, mentre l’Ungheria fa ricorso ad una procedura di frontiera *de facto*, non normata. European Asylum Support Office (EASO), *Border Procedures for Asylum Applications in EU+ Countries*, 2020.

³¹⁷ EPRS, *Asylum procedures at the border*, p. 23.

³¹⁸ EPRS, *ibidem*. Nello studio, Cornelisse e Reneman spiegano la eterogeneità delle prassi sulla base di due distinti ordini di ragioni: in primo luogo, la formulazione della normativa e l’assenza di chiarezza legislativa pregiudicano l’applicazione uniforme delle garanzie per i richiedenti asilo, in particolare in termini di accesso alla tutela effettiva e di condizioni di accoglienza; in secondo luogo, le prassi di molti Stati mostrano l’esistenza di un considerevole gap tra quanto previsto dalla direttiva e quanto accade in pratica, consentendo di inquadrare molte delle violazioni dei diritti fondamentali patite dai richiedenti asilo in termini di inadeguata implementazione della cornice normativa. G. Cornelisse, M. Reneman, 2020, p. 60 e ss.

Corte di giustizia) o se ve ne siano piuttosto una moltitudine variegata e dai contorni sfuggenti, molte delle quali principalmente modellate dalle condotte concrete degli agenti di pubblica sicurezza³¹⁹.

La sfaccettatura di prassi statali si estende anche al ricorso a strumenti coercitivi: questi ultimi possono tradursi in limitazioni alla libertà di movimento, o alternativamente nella privazione della libertà personale. Individuare il confine tra le diverse fattispecie non è sempre agevole, soprattutto nei casi di assenza di una cornice legale che qualifichi compiutamente il confinamento in frontiera come detenzione. Su questo tema le Corti europee si sono a più riprese interrogate, giungendo a conclusioni non sempre coerenti e lineari, come verrà ampiamente discusso nel cap. 3, par. 5. Preme qui evidenziarsi che l'analisi empirica delle prassi statali ha dimostrato che, nella maggioranza dei casi, l'esercizio del potere coercitivo si traduce in una detenzione *de facto* alla frontiera, sprovvista di base legale o di adeguate garanzie procedurali.

Alla luce dell'esame delle norme positive e della loro interpretazione giurisprudenziale, e avuto riguardo per gli obiettivi del legislatore europeo nell'ambito del sistema comune di asilo³²⁰, ci pare che lo statuto del richiedente asilo debba sempre essere regolato in base alle norme delle Direttive, e che l'unica ipotesi in cui possa ammettersi che la persona non sia (ancora) ammessa sul territorio sia da ricondursi all'attivazione dell'art. 43 Direttiva Procedure. Consentire agli Stati di disciplinare la condizione, i diritti, e la sottoposizione a misure coercitive dei richiedenti asilo non ammessi sul territorio al di fuori del perimetro tracciato dall'ultima norma richiamata comprometterebbe gli obiettivi di armonizzazione delle procedure e delle garanzie perseguiti dal CEAS. Ne consegue che il diritto interno che prevede procedure di frontiera non in linea con le disposizioni del diritto unionale dovrà essere disapplicato poiché illegittimo, anche qualora preveda il trattenimento del richiedente protezione³²¹.

In conclusione, può affermarsi che, con riferimento alla categoria dei richiedenti protezione internazionale, non vi sono con i d'ombra da un punto di vista strettamente normativo: la detenzione dei richiedenti asilo alla frontiera ricade *sempre* formalmente entro l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, ma la maggior parte dei Paesi membri non si è adeguata alle procedure e garanzie delineate dal diritto sovranazionale. Al contrario, l'esame combinato del Regolamento Schengen e della Direttiva Rimpatri fa emergere una ri-espansione del potere sovrano di trattenere il migrante irregolare risultante dalla non perfetta coincidenza

³¹⁹ Uno dei pochi elementi di certezza pare quello legato all'accertamento delle violazioni dei diritti dei richiedenti protezione che si producono alle frontiere, su cui G. Cornelisse, M. Reneman, 2020, p. 120 e ss.

³²⁰ «È essenziale che agli interessati, indipendentemente dallo Stato membro in cui è presentata la domanda d'asilo, sia riservato un trattamento di livello equivalente quanto alle condizioni di accoglienza e di pari livello quanto alle disposizioni procedurali e alla determinazione dello status. L'obiettivo dovrebbe consistere nell'assicurare che casi analoghi siano trattati allo stesso modo, giungendo allo stesso risultato». Consiglio europeo, Programma di Stoccolma, (2010/C 115/01), p. 32. Sugli obiettivi delle direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE, anche CGUE, *Commissione europea c. Ungheria*, par. 104 e ss.

³²¹ Secondo la Corte, tutte le volte in cui un sistema di trattenimento dei richiedenti asilo disciplinato dal diritto nazionale non rispetti le condizioni di cui all'art. 43, dir. 2013/32/UE non può essere giustificato sulla base dell'art. 8 dir. 2013/33/UE. CGUE, *Commissione europea c. Ungheria*, par. 178 e ss.

tra l'ingresso sul territorio e l'accertamento del suo *status* di regolarità/irregolarità, e dalla possibilità per gli Stati membri di attivare l'eccezione relativa ai casi frontalieri.

8. Conclusioni. L'approccio ambiguo alla detenzione nel diritto UE

La ricostruzione del quadro normativo europeo in materia di detenzione secondo una prospettiva storica ha avuto quale obiettivo quello di far emergere le fondamenta della legittimazione politico-giuridica della detenzione amministrativa nello spazio sovranazionale, per poi indagare nei dettagli il ruolo occupato dal diritto dell'Unione nella conformazione dei presupposti e dei limiti alla detenzione di migranti irregolari e richiedenti asilo.

Ad oggi, il trattenimento amministrativo è disciplinato attraverso quattro atti legislativi di diritto secondario, tre dei quali sono stati elaborati congiuntamente nel 2013 e si occupano della disciplina della limitazione della libertà dei richiedenti asilo; uno soltanto, adottato nel 2008, di quella dei migranti irregolari. Anche tenendo conto del fatto che i primi interventi legislativi risalgono all'inizio degli anni 2000, non può negarsi che il trasferimento di competenze in materia di detenzione amministrativa sia relativamente recente. Eppure, negli ultimi venticinque anni il diritto UE ha plasmato in maniera rilevante le prassi interne degli Stati³²², nel tentativo di negoziare un equilibrio tra gli spazi di discrezionalità attribuiti agli Stati e l'armonizzazione delle regole e delle procedure in materia di asilo e di rimpatrio, al fine di consentire la realizzazione degli obiettivi posti dai Trattati. L'assetto politico e normativo attuale consente di svolgere alcune considerazioni.

In primo luogo, la detenzione «senza reato» dello straniero si è affermata quale irrinunciabile strumento di convenienza burocratico-amministrativa anche nel panorama sovranazionale: pur restando una delle manifestazioni più controverse dell'esercizio dei poteri statali in ambito migratorio, è diventata una delle colonne portanti nella costruzione dello spazio di europeo libera circolazione.

Se si guarda alla *funzione* rivestita dalla detenzione amministrativa nel diritto UE³²³, infatti, emerge che questa si pone come strumento contenitivo della mobilità dei migranti e dei richiedenti asilo, funzionale a garantire l'effettività delle politiche europee: quella di rimpatrio, da un lato; e quella di asilo, nell'ambito di un sistema fondato sull'esistenza di norme

³²² Verrà dato particolare risalto a questo aspetto nel corso del cap. IV.

³²³ Ci si limita ad una analisi delle funzioni istituzionali/normative, ben consapevoli che vi sono altre funzioni, ultronee, di natura simbolica, ideologica, politica, economica. Sul punto, A. Leekers, D. Broeders, *A case of mixed motives? Formal and informal functions of administrative immigration detention*, in *British Journal of Criminology*, 2010, pp. 830-850. Per Sampson e Mitchell, le motivazioni alla base dell'ampio utilizzo della detenzione sono al tempo stesso pratiche, politiche e simboliche. Tra queste, «it remains that the dominant motivation for the continuing decision to detain migrants is probably for its symbolic nature of demonstrating control over the territory of the state, i.e. demonstrating the State's devotion to protecting the security of its nationals». R. Sampson, G. Mitchell, *Global trends in immigration detention and alternatives to detention: practical, political and symbolic rationales*, in *Journal of Migration and Human Security* 2013, 3, pp. 97. Martucci ha evidenziato che «da un punto di vista sociale, la finalità della detenzione non è quella di punire i migranti ma piuttosto di dimostrare alla popolazione dello Stato ospita che i clandestini sono isolati e controllati in maniera efficiente». P. Martucci, *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari. Una questione europea tra sicurezza, emergenza e continuità*, in S. Amadeo, F. Spitaleri, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 326.

procedurali comuni e di armonizzazione delle condizioni di accoglienza dei richiedenti e di contrasto dei loro movimenti secondari.

Mentre nel contesto della politica di rimpatrio si afferma la stretta correlazione esistente tra detenzione amministrativa ed allontanamento, la detenzione dei richiedenti asilo si giustifica sulla base del bisogno di prevenire il rischio di fuga nell'ambito dell'esame di una domanda o dell'esecuzione di un trasferimento ai sensi del regolamento cd. di Dublino (e dunque, in ultima istanza, sull'esigenza di limitarne i movimenti non autorizzati), ma anche in ragione di considerazioni ulteriori e ultronee, quali la tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza pubblica, e la gestione delle frontiere.

Più in generale, ci pare di poter concludere che la detenzione risponda ad una immanente logica securitaria, fondata sull'assunto per cui è possibile garantire la sicurezza dello spazio Schengen soltanto attraverso il contenimento della mobilità dei migranti. Sotto questo punto di vista, il diritto europeo di fatto recepisce la gran parte dei motivi di trattenimento su cui si basavano le prassi degli Stati membri, elevando a interesse europeo il controllo della mobilità di migranti irregolari e richiedenti asilo che caratterizza l'esercizio delle prerogative sovrane degli Stati³²⁴. In dottrina si è osservato similmente che «la Direttiva presenta lo stesso attaccamento alla detenzione come strumento di controllo delle frontiere dell'UE che gli Stati tradizionali hanno mantenuto per anni»³²⁵: la considerazione, operata con riferimento alla Direttiva Procedure, può essere agevolmente estesa alla Direttiva Rimpatri.

La deferenza dell'Unione verso gli interessi statali centrati sul controllo securitario delle migrazioni emerge dall'ampio grado di discrezionalità che i Paesi hanno mantenuto anche in materia di immigrazione, e ben si coniuga con il rafforzamento degli obiettivi europei: *in primis*, una solida politica di rimpatrio e il contrasto ai movimenti secondari sul territorio dell'UE e, in ultima analisi, una gestione efficace dei flussi migratori. È in questa ottica che la detenzione amministrativa viene disciplinata. In altre parole, l'istituto non viene mai messo in discussione, ma, al contrario, legittimato, e sostanzialmente normalizzato.

Al tempo stesso, il quadro sin qui tratteggiato sarebbe incompleto se si omettesse di prendere in considerazione che tra gli obiettivi del diritto primario dell'Unione rientra anche quello di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali delle persone straniere. Sebbene la Carta dei diritti fondamentali abbia acquisito valore vincolante solo dopo l'adozione dei primi atti legislativi in materia, le istituzioni europee sono state pienamente consapevoli del grado di incisività del trattenimento su diritti fondamentali della persona straniera sin dall'elaborazione delle prime proposte di Direttive. Le garanzie elaborate attraverso il diritto secondario in materia di detenzione rispondono, in questo senso, all'esigenza di circoscrivere l'arbitrarietà degli Stati e di «riconduurre la posizione degli stranieri soggetti a espulsione all'alveo delle situazioni alle quali si applicano le garanzie fondamentali – di carattere sostanziale, procedurale e istituzionale – previste dal diritto dell'Unione»³²⁶. Diversi autori hanno evidenziato che il diritto dell'UE ha, in realtà, contribuito ad una loro armonizzazione delle tutele secondo standard

³²⁴ G. Cornelisse, 2010, p. 204.

³²⁵ S. Velluti, 2014, p. 68.

³²⁶ F. Spitaleri, 2017, p. 71.

complessivamente più elevati di quelli previamente esistenti nella maggior parte degli Stati membri³²⁷.

Ci pare che l'aspetto di maggior interesse sia stata l'affermazione dei principi generali di diritto UE alla materia di cui si tratta. Vengono in rilievo, in particolare, i principi di legalità, proporzionalità e necessità. La loro (parziale) traduzione nelle Direttive ha fatto sì che il trattenimento sia configurato – almeno in linea teorica – come misura coercitiva di ultima istanza, applicabile solo quando misure alternative non siano idonee al perseguimento dello stesso scopo. L'onere di esaminare, in via preliminare alla decisione sul trattenimento, l'esperibilità di altri mezzi meno coercitivi è statuito con chiarezza soltanto dall'art. 8 dir. 2013/33/UE relativa ai richiedenti protezione internazionale, ma deve imporsi, in applicazione dei principi di necessità e proporzionalità, anche con riferimento al trattenimento dei migranti irregolari.

In base agli stessi principi, la misura detentiva deve avere durata il più breve possibile, e può essere mantenuta soltanto finché ne è dimostrata la funzionalità rispetto agli scopi dettati dalla normativa: per quanto riguarda lo straniero irregolare destinatario di un provvedimento di espulsione, l'unica finalità è quella dell'esecuzione dell'allontanamento, «in particolare» quando sussista un pericolo di fuga o lo straniero non sia collaborativo (art. 15(1) dir. 2008/115/CE); per quanto riguarda il richiedente protezione, la finalità della detenzione è *in re ipsa*, individuata preventivamente dal legislatore attraverso l'elencazione di una serie di motivi *a numerus clausus*, e dunque in via esaustiva e tassativa. Il tema della durata del trattenimento è particolarmente sensibile perché, pur prevedendo che questa debba essere circoscritta, la Direttiva Rimpatri ne fissa il limite in 18 mesi; mentre la Direttiva accoglienza non individua un termine massimo.

Più in generale, l'esame del diritto positivo ha fatto emergere come, con riferimento ad entrambi i regimi detentivi, i principi di tassatività, proporzionalità, necessità siano annacquati dalla formulazione generica delle norme, che lascia gli Stati membri liberi di fare ampio ricorso alla misura detentiva. Le maggiori criticità in tema di trattenimento del migrante irregolare possono essere individuate nell'incertezza interpretativa lasciata dall'elencazione aperta di cui all'art. 15(1) e nell'indefinitezza della nozione di rischio di fuga di cui all'art. 3(7), la cui precisa individuazione è lasciata al diritto nazionale. Tali elementi compromettono l'esigenza di certezza del diritto e possono determinare un sostanziale automatismo a favore della detenzione³²⁸, a seconda dei criteri individuati dal diritto interno. Criticabili sono anche la mancata indicazione delle misure alternative applicabili e l'individuazione di un termine

³²⁷ Con specifico riferimento al trattenimento dei richiedenti asilo, Walter-Franke spiega come «the Common European Asylum System has contributed to the convergence of national asylum systems towards higher human rights standards and has marginalised the detention of asylum applicants. It has however also compounded restrictions on liberty in relation to the Dublin Regulation and codified questionable detention practices during border and return procedures». M. Walter-Franke, 2017, p. 22. Anche per Tsourdi, l'armonizzazione delle regole in materia di detenzione dei richiedenti asilo può considerarsi, di per sé, un elemento positivo dell'intervento del legislatore europeo. E. Tsourdi, 2016, p. 8. Spostando l'attenzione sulla direttiva rimpatri, giungono a tali conclusioni ad esempio, R. Palladino, 2018; F. Spitaleri, 2017; G. Cornelisse, 2016; M. Veglio, *L'Europa a due libertà. L'impatto della Direttiva Rimpatri sulla politica italiana di trattenimento ed espulsione degli stranieri*, in *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, 2020, pp. 567-585.

³²⁸ R. Palladino, 2018, p. 69.

massimo di trattenimento eccessivamente elevato, difficile da conciliare con il principio di necessità.

Per quanto riguarda il trattenimento del richiedente asilo, sia nella sua dimensione statica (all'interno dello Stato membro, dir. 2013/33/UE), sia in quella dinamica (funzionale al trasferimento da uno Stato all'altro ai sensi del reg. 2013/604/UE), non può tacersi che l'individuazione di un numero chiuso di motivi non è sufficiente a qualificarlo come misura eccezionale, dal momento che il diritto UE prende in esame situazioni varie e non circoscritte, ma che possono potenzialmente applicarsi ad una platea indistinta di destinatari. Il paradosso è che proprio il diritto dell'Unione in materia di asilo ha creato nuovi presupposti e nuove categorie di richiedenti asilo 'detenibili' (si pensi all'ipotesi specifica di trattenimento nel contesto del sistema Dublino): «European Union (EU) law simultaneously constructs the asylum-seeker as a detainable subject, while also limiting States' powers of detention»³²⁹.

Ulteriori profili critici del regime detentivo UE riguardano le garanzie procedurali e le condizioni di detenzione. Le regole in materia sono eccessivamente scarse: per quanto riguarda i rimedi giurisdizionali, non sono indicati termini precisi entro cui deve intervenire la decisione dell'autorità giudiziaria sia nel momento iniziale del trattenimento, sia in caso di proroghe; non vi sono riferimenti precisi ai diritti di difesa e a quello al contraddittorio, e gli obiettivi di effettività ed accessibilità dei rimedi sono minati dalla mancata previsione del diritto all'assistenza linguistica e alla traduzione degli atti in una lingua comprensibile. L'art. 9 dir. 2013/33/UE è più avanzato, sotto questo profilo, rispetto alla Direttiva Rimpatri: fa riferimento all'aspetto della conoscibilità dei provvedimenti e all'assistenza legale; è questo un aspetto particolarmente importante perché «l'accesso effettivo a un'assistenza legale competente è una garanzia fondamentale per consentire alle persone coinvolte in procedimenti di rimpatrio di esercitare il diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE»³³⁰. Si ritiene che il trattamento dei migranti irregolari non possa essere peggiore, sotto questo punto di vista, rispetto a quelli dei richiedenti asilo: la natura della detenzione è la stessa e non pare dunque giustificabile una differente modulazione delle tutele approntate; come si vedrà, anche l'orientamento della Corte di giustizia pare seguire questo approccio³³¹.

Il *vacuum* legislativo emerge con tutta evidenza anche quando si cercano indicazioni chiare sulle condizioni di detenzione: al di là del generico divieto di collocare i migranti in istituti penitenziari, le direttive nulla dispongono sui luoghi e sulla regolamentazione delle condizioni detentive con riferimento a vitto, alloggio, svolgimento delle attività quotidiane, servizi di cura. La carenza è aggravata dalle limitazioni previste per l'accesso di organi di monitoraggio e/o della società civile, e dalla mancata predisposizione di un meccanismo di reclamo avverso le gravose condizioni di detenzione, in special modo quando queste possano tradursi in trattamenti inumani e degradanti.

Infine, non può tacersi che il diritto secondario dell'Unione ammette la detenzione di persone vulnerabili e, soprattutto, dei minori. Pur tentando di circoscriverla ad ipotesi

³²⁹ C. Costello, M. Moutsourakis, 2016, p. 47.

³³⁰ Fundamental Rights Agency (FRA), *Legal aid for returnees deprived of liberty*, Luxembourg, 2021.

³³¹ CGUE, *FMS*. Così anche I. Majcher, 2019, p. 467 e ss.

eccezionali, la *detainability* dei minori migranti che non hanno commesso alcun reato si presenta come un elemento di forte preoccupazione e potenziale contrasto con il principio del superiore interesse del minore tutelato dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali. Secondo il *Joint General Comment* n. 7 e n. 23 dei Comitati ONU sul diritto del fanciullo e sui diritti dei lavoratori migranti del 2017³³², «any kind of child immigration detention should be forbidden by law and such prohibition should be fully implemented in practice»: la detenzione dei minori per scopi amministrativa è contraria al principio del loro superiore interesse e dovrebbe essere definitivamente superata. Il fatto che il ricorso al trattenimento sia ammesso nella cornice di diritto UE crea una forte tensione con il rispetto dei diritti fondamentali dei minori.

L'esame delle criticità della normativa secondaria non intende offuscare completamente la portata positiva della regolamentazione della detenzione amministrativa operata a livello sovranazionale: come detto, l'introduzione dei principi generali di necessità e proporzionalità e il tentativo di armonizzare le procedure tra gli Stati hanno avuto esiti anche garantisti per le persone straniere detenute. Il fatto che il diritto dell'Unione copra quasi tutti i contesti detentivi – con la relevantissima eccezione della detenzione «in ingresso», sempre più al centro delle prassi statali e delle politiche europee (su cui, *infra*, cap. IV) – può inoltre contribuire ad una maggiore uniformità non solo delle prassi tra gli Stati, ma anche all'interno dei contesti nazionali, limitando l'eccessiva discrezionalità delle autorità di pubblica sicurezza.

Il quadro che l'esame del diritto positivo restituisce è, però, quello della complessità dell'approccio dell'Unione in materia, derivante non solo dalla presenza di distinti regimi detentivi, ma soprattutto dalla «controversial relationship between effectiveness of EU law and adequate protection of the right to liberty»³³³. L'esigenza di assicurare l'effettività del diritto dell'UE si radica nell'ineluttabilità del ricorso alla detenzione amministrativa, e ciò contribuisce ad un meccanismo di normalizzazione della privazione della libertà degli stranieri che non hanno commesso alcun reato, indirettamente consolidando dinamiche di *crimmigration*. La componente «criminalizzante» insita nella disciplina del trattenimento anche a livello unionale potrà dunque essere attenuata soltanto se la misura detentiva viene costantemente mantenuta entro una sfera normativa ove trovino piena applicazione i principi generali di diritto UE (tra cui anche il doveroso rispetto dei diritti fondamentali)³³⁴. In sostanza, le previsioni delle direttive – incluse quelle più critiche e generiche – andranno lette ed interpretate alla luce del contenuto dei diritti fondamentali.

³³² UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW), *Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, 16 November 2017, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23.

³³³ L. Mancano, 2019, p. 151.

³³⁴ V. Mitsilegas, 2014, p. 106-107.

CAPITOLO II

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE. PRINCIPI SEDIMENTATI E TENSIONI IRRISOLTE IN UN'OTTICA DI TUTELA MULTILIVELLO

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'interazione tra la disciplina UE del trattenimento e il diritto alla libertà personale..; 2. La tutela multilivello dei diritti: il ruolo della Carta dei diritti fondamentali e il suo rapporto con la CEDU; 3. Il diritto alla libertà personale della persona migrante nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; 3.1. *Borderline cases*. La labile distinzione tra privazione e mera limitazione della libertà; 3.2. L'articolo 5(1) lett.f) CEDU come *lex specialis*: tra principi generali, interessi statali e necessità della detenzione; 3.3. *Is it a crime to seek asylum?* L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo sul trattenimento dei richiedenti asilo tra automatismi e involuzioni; 3.4. Il rapporto tra articolo 5 e articolo 3 CEDU. I trattamenti inumani e degradanti durante la detenzione e la tutela delle categorie vulnerabili; 3.5. .. Rimedi effettivi e garanzie procedurali in tema di detenzione; 4. Verso la costituzionalizzazione del diritto alla libertà personale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea; 4.1. Il punto di partenza: silenzio sui diritti fondamentali e incertezze in ordine ai presupposti sostanziali della detenzione; 4.2. I principi attinenti all'*habeas corpus* dei migranti detenuti alla luce dell'articolo 47 Carta; 4.3. L'articolo 6 Carta quale parametro interposto nella valutazione della legittimità della detenzione dei richiedenti asilo; 4.4. Il riferimento alle norme della Carta nei casi «di frontiera»; 5. ... Conclusioni. Gli standard europei in materia di libertà personale tra reciproche influenze e autonomia del diritto UE.

1. Introduzione. L'interazione tra la disciplina UE del trattenimento e il diritto alla libertà personale

Nel precedente capitolo si è ricostruito il quadro di diritto positivo che disciplina i presupposti del trattenimento, e le garanzie sostanziali e procedurali che le direttive europee attribuiscono ai migranti destinatari della misura. La conclusione cui si è giunti al termine della disamina era che il diritto secondario, pur avendo normalizzato l'istituto della detenzione amministrativa, può dispiegare un rafforzamento dei diritti delle persone straniere a condizione che le previsioni di dettaglio siano arricchite e interpretate alla luce dei principi generali di diritto UE, e conformemente ai diritti previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Si ritiene, pertanto, cruciale arricchire l'analisi dell'istituto oggetto della trattazione tenendo conto dell'influenza esercitata dalle Corti europee chiamate ad interpretare il contenuto dei diritti fondamentali che possono venire in rilievo nel momento dell'attuazione del diritto secondario in materia di trattenimento¹. Come visto nel capitolo I, e sebbene storicamente gli

¹ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata proclamata per la prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza, anche se ha poi acquisito portata vincolante a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona, a partire dal 2009. Le direttive sin qui esaminate contengono, tuttavia, pochi riferimenti ai diritti contemplati nella Carta, e all'articolo 6 (diritto alla libertà personale). Il considerando n. 17 della direttiva 2008/115/CE prevede che «I cittadini di paesi terzi che sono trattenuti dovrebbero essere trattati in modo umano e dignitoso, nel pieno rispetto

Stati abbiano spesso tentato di mascherare la reale natura della detenzione amministrativa², non vi è ormai alcun dubbio che il richiamo al trattenimento implica sempre e in ogni caso la privazione della libertà personale³. Pertanto, se ci si appropria al tema dalla prospettiva dei diritti fondamentali, lo statuto giuridico della detenzione amministrativa può essere concepito come il risultato dell'intersezione tra il diritto positivo statale ed europeo, ed il regime giuridico dei diritti umani, che agisce in senso conformativo. Il primo è improntato alla burocratizzazione della misura e ad una sua regolamentazione entro lo spazio della discrezionalità amministrativa, il secondo è fortemente influenzato dall'azione interpretativa di comitati e corti, che hanno ricondotto anche questa «inedita» forma di restrizione al sistema delle garanzie a tutela della libertà personale. Così posta, la questione della detenzione dello straniero è probabilmente quella che fa emergere in maniera più netta il contrasto tra il paradigma della sovranità statale e il paradigma dei diritti umani⁴.

Se, dunque, «l'unico regime giuridico in grado di frenare la tendenza espansiva della prerogativa di escludere sembra oggi essere il regime giuridico dei diritti umani»⁵, occorre parallelamente considerare che gli organismi, in particolare quelli giurisdizionali, posti a presidio dei diritti fondamentali hanno giocato un ruolo ambivalente e non privo di contraddizioni⁶. Le critiche mosse dalla dottrina si riferiscono, da un lato, alla sostanziale inadeguatezza dell'attuale sistema internazionale di protezione dei diritti umani a funzionare quale meccanismo idoneo ad instaurare un cambio di paradigma in tema di detenzione amministrativa. Un esempio è la scarsa incisività delle decisioni del Comitato per i diritti umani (HRC) sulle prassi degli Stati sovrani⁷. Dall'altro lato, al fatto che gli orientamenti degli

dei loro diritti fondamentali e in conformità del diritto nazionale e internazionale», mentre il considerando n. 24 asserisce genericamente che «La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». La direttiva 2013/32/UE, al considerando n. 60, riprende la stessa formula utilizzata nel considerando n. 24, e aggiunge che «In particolare, la presente direttiva intende assicurare il pieno rispetto della dignità umana nonché promuovere l'applicazione degli articoli 1, 4, 18, 19, 21, 23, 24 e 47 della Carta e deve essere attuata di conseguenza»; invece, non opera riferimenti espliciti al diritto di cui all'articolo 6 della Carta. La direttiva 2013/33/UE è l'unica che, unitamente al generico richiamo al rispetto dei diritti umani precisa ulteriormente che «In particolare, la presente direttiva intende assicurare il pieno rispetto della dignità umana nonché promuovere l'applicazione degli articoli 1, 4, 6, 7, 18, 21, 24 e 47 della Carta e deve essere attuata di conseguenza» (considerando n. 35); che «Ogni eventuale misura alternativa al trattenimento deve rispettare i diritti umani fondamentali dei richiedenti» (considerando n. 20) e, sempre in materia di trattenimento che «gli Stati membri dovrebbero assicurare l'applicazione dell'articolo 37 della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989» (considerando n. 18).

² L'«edulcorazione semantica» cara agli Stati si riflette ancora nella parola utilizzata dal legislatore italiano (e da quello europeo nella sua traduzione italiana): trattenimento – in luogo di detenzione. Quasi che rifuggire dal chiamare le cose con il proprio nome possa consentire al potere statale di annacquare anche le tutele a presidio della detenzione. G. Campesi, 2014, p. 7.

³ G. Loprieno, 2018, p. 158.

⁴ F. Spitaleri, 2017, p. 150.

⁵ G. Campesi, 2013, p. 70.

⁶ Tra le varie contraddizioni, quella più evidente risiede nel rischio di «accomodare l'eccezionalità della detenzione amministrativa alla luce degli standard internazionali in materia di diritti umani» e così di trasformare «tale grave misura in un mezzo di controllo di assoluta banalità amministrativa a disposizione delle polizie». Campesi, 2013, p. 106.

⁷ Per il Comitato il ricorso alla detenzione sarebbe ammissibile solo quando sia dimostrato che la misura è necessaria a realizzare uno scopo *ulteriore* rispetto al controllo dei confini, e proporzionale al caso individuale. Tra i casi maggiormente rilevanti in materia: Comitato Diritti Umani (HRC), *A v. Australia*, CCPR/C/59/D/560/1993, 3 aprile 1997, par. 9.2.-9.4. Comitato Diritti Umani (HRC), *C. v. Australia*, CCPR/C/76/D/900/1999, 13 novembre 2002, par. 8.2. *et seq.*; Comitato Diritti Umani (HRC), *Omar Sharif Baban*

organismi internazionali – ed in particolare dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite – hanno affrontato soltanto blandamente la questione dei limiti al potere sovrano di trattenere lo straniero, senza mai sancire l’incompatibilità assoluta tra privazione della libertà e tutela dei richiedenti asilo e dei rifugiati (nemmeno quando questi siano minori o vulnerabili). Come si avrà modo di osservare, nemmeno la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (di seguito anche CEDU o Corte EDU), chiamata ad arricchire il contenuto dell’articolo 5 dell’omonima Convenzione con riferimento alla detenzione amministrativa, si è posta come solido argine alla proliferazione dei centri di detenzione per migranti in Europa.

Nel corso del presente capitolo si intende affrontare precisamente il tema dell’influenza esercitata dal regime europeo dei diritti umani sull’assetto normativo in materia di detenzione amministrativa. Si tenterà di comprendere se e come l’intervento delle Corti europee abbia rafforzato le garanzie sostanziali e procedurali a tutela degli stranieri che nel diritto secondario dell’Unione non hanno sempre trovato piena affermazione; ovvero, se come paventato da parte della dottrina, gli organismi giurisdizionali possano giocare un ruolo chiave (anche) nella normalizzazione della misura detentiva, al punto da svuotare di sostanza dette garanzie.

Posto che il centro di gravità della trattazione è la dimensione del diritto dell’Unione, si prenderanno in considerazione sia la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, sia quella della Corte di giustizia dell’UE. La prima viene ricondotta e posta in relazione con il diritto UE nella misura in cui l’interpretazione del diritto alla libertà personale di cui all’art. 6 Carta dei diritti fondamentali dell’UE si fonda *anche* sulla giurisprudenza CEDU.

Ci pare pertanto necessario esaminare i percorsi evolutivi seguiti da entrambi gli organi giudiziari menzionati. Il primo (la Corte EDU) è stato istituito con la primaria (ed unica) funzione di assicurare l’adempimento da parte degli Stati membri delle obbligazioni scaturenti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dai suoi protocolli addizionali, e si è ben progressivamente affermato quale «Corte costituzionale d’Europa»⁸. Al contrario, la Corte di giustizia non nasce quale «human rights Court»⁹, ma ha progressivamente sviluppato un approccio basato «on a more proactive or positive use of human rights in the EU order»¹⁰. Come noto, alle due Corti può essere riconosciuto un ruolo di artefici del processo di costruzione di un sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali nello spazio europeo¹¹.

v. *Australia*, CCPR/C/78/D/1014/2001, 18 settembre 2003, par. 7.2; Comitato Diritti Umani (HRC), *D and E, and their two children v. Australia*, CCPR/C/87/D/1050/2002, 9 agosto 2006, par. 7.2. *et seq.*

⁸ S. Greer, *The European Convention of Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006, p. 317.

⁹ A. Rosas, *The European Court of Justice and Fundamental Rights: Yet Another Case of Judicial Activism?*, in C. Baudenbacher and H. Bull (a cura di) *European Integration through Interaction of Legal Regimes*, Oslo, 2007. Sul punto, anche M. Dawson, *What does it mean to say that the Court of Justice is not a human rights institution? A critical appraisal*, in *Journal of Human Rights Practices*, 2022, p. 1-8. Sulla progressiva evoluzione della Corte di Giustizia quale Corte dei diritti umani, anche C. Amalfitano, *General principles of EU law and the protection of fundamental rights*, Cheltenham, 2018.

¹⁰ M. Dawson, *The Governance of EU Fundamental Rights*, Cambridge, 2017, p. 30. Sul *judicial activism* della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali, si vedano anche: E. Muir, *The Court of Justice: a fundamental rights institution among others*, in M. Dawson, B. De Witte, E. Muir, *Judicial Activism at the European Court Justice*, Cheltenham, 2013, pp. 76-101.

¹¹ La dottrina si è diffusamente occupata del rapporto tra le Corti europee, e le Corti nazionali, nello spazio di tutela multilivello dei diritti fondamentali. Tra i tanti: K. Lenaerts, E. De Smijter, *The Charter and the Role of the European Courts*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, n. 1, pp. 90-101; M. Cartabia,

Il loro intervento si è caratterizzato per il consolidamento di un perenne dialogo – tra divergenze, contaminazioni, contraddizioni e influenze reciproche – che ha indubitabilmente cementato la «legal architecture of fundamental rights in Europe»¹². Inoltre, la tutela dei diritti fondamentali dei migranti (europei e non) si è affermata tra gli ambiti di *judicial activism* che ha maggiormente coinvolto entrambe le Corti¹³. Da un lato, sin dagli anni Novanta la Corte EDU ha sviluppato un ricco *corpus* giurisprudenziale con specifico riferimento agli articoli 3, 5, 8 e 13, contribuendo complessivamente a rafforzare i diritti fondamentali degli stranieri di fronte all'esercizio delle prerogative sovrane degli Stati, pur con i limiti che verranno di seguito esaminati in riferimento al diritto alla libertà personale. Dall'altro, a seguito del consolidamento delle competenze della Corte di giustizia nell'area di libertà, sicurezza e giustizia, e dell'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di rango di diritto primario, i giudici di Lussemburgo sono stati sempre più interessati da questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto UE proposte dalle corti nazionali in materia di asilo e immigrazione¹⁴, tanto che in dottrina si è auspicato «che la Corte possa riprodurre il dinamismo della giurisprudenza del mercato interno in materia migratoria, promuovendo così i diritti dei migranti e dei rifugiati in modo analogo»¹⁵.

In un quadro in cui è in gioco il diritto fondamentale della persona alla propria libertà personale, e in cui i giudici, ancor prima delle istituzioni politiche, sono stati percepiti «dai migranti come i loro referenti e gli organismi cui affidare la tutela dei loro diritti»¹⁶, pare necessario comprendere se e secondo quali modalità i principi elaborati dalle Corti plasmano l'interpretazione e l'applicazione delle previsioni in materia di detenzione dettate dalle direttive

The Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe: The European Pluralism and the Need for a Judicial Dialogue, in C. Casonato (a cura di), *The Protection of Fundamentals Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, 2004, p. 95 ss.; M. Fragola, (a cura di), *La cooperazione fra corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; G. Martinico, O. Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the creation of supranational laws*, Cheltenham, 2012; R. Cosio, R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Milano, 2013; K. Dzehtsiarou, T. Konstadinides, T. Lock, N. O'Meara (eds.), *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and ECHR*, London, 2014; M. Dawson, *The governance of EU fundamental rights*, Cambridge, 2017; S. Morano-Foadi, S. Andreadakis, *Protection of fundamental rights in Europe. The challenge of integration*, Oxford, 2020. Da ultimo, A. Di Stasi, *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia*, Napoli, 2019; e il numero monografico della rivista *Freedom, Security and Justice*, n. 1/2022.

¹² Š. Imamović, *The architecture of fundamental rights in the European Union*, Oxford, 2022.

¹³ S. Morano-Foadi S., S. Andreadakis, *The Convergence of the European Legal System in the Treatment of Third Country Nationals in Europe: The ECJ and ECtHR Jurisprudence*, in *European Journal of International Law*, 2011, vol. 22, n. 4, pp. 1071-1088; C.C.Murphy; S. Morano-Foadi, *Migration and human rights: the European approach*, in S. Morano-Foadi, L. Vickers, (a cura di), *Fundamental rights in the EU: a matter of two Courts*, Oxford, 2015, pp. 115-135; D. Thym, *A bird's eye view on ECJ judgements on immigration, asylum and border control case*, in *European Journal of Migration and Law*, 2019, 21, pp. 166-193.

¹⁴ V. Passalacqua, *Legal mobilization via preliminary reference: Insights from the case of migrant rights*, in *Common Market Law Review*, 2021, pp. 751-776.

¹⁵ D. Thym, *Between 'administrative mindset' and 'constitutional imagination': the role of the Court of Justice in immigration, asylum and border control policy*, in *European Law Review*, 2019, p. 3. Per Thym, in realtà, la Corte ha sin qui mostrato poca immaginazione e si è fatta portatrice piuttosto degli interessi degli Stati. Per un approccio 'ottimista' rispetto all'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia, A. Wiesbrock, *Granting Citizenship-Related Rights to Third-Country Nationals*, in *European Journal of Migration and Law*, 2012, n. 14, pp. 76-87; D. Acosta Arcarazo, A. Geddes, *The development, application and implication of an EU rule of law in the area of migration policy*, in *Journal of Common Market Studies*, 2013, pp. 179-193.

¹⁶ E. Santoro, *Democrazie, migrazioni e società multiculturali*, in S. Mezzadra, M. Ricciardi (a cura di), *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Verona, 2013, p. 156.

europee. Come già accennato nel corso del capitolo che precede, le istituzioni europee si sono indubbiamente lasciate ispirare dalla giurisprudenza della Corte EDU nell'elaborazione delle direttive. Occorre tuttavia indagare più a fondo: a) se vi sia una convergenza ed uniformità rispetto al contenuto e agli standard di tutela conferiti dai diritti contemplati nella CEDU e nella Carta; e b) se e in quale misura le previsioni delle Direttive siano compatibili con questi ultimi. Si avrà riguardo in senso lato alla libertà personale, tenendo presenti sia profili sostanziali che procedurali, tra cui il diritto ad un rimedio effettivo e alla sottoposizione a condizioni detentive non in contrasto con la propria dignità. Dette posizioni soggettive sono contemplate sia nella Convenzione europea che nella Carta, anche se non hanno necessariamente la stessa estensione¹⁷.

Pur a fronte di un complesso rapporto di coordinamento dei meccanismi di tutela dei diritti, – di cui si darà brevemente conto nel paragrafo che segue (par. 2) – è la Carta stessa a prescrivere di attribuire ad (alcuni) diritti fondamentali un'interpretazione equivalente a quella delle corrispondenti norme CEDU. Di conseguenza, la trattazione si soffermerà sul contenuto dell'art- 5 CEDU e sulla giurisprudenza della Corte europea in materia di detenzione amministrativa, evidenziandone in particolare i nodi critici (par. 3). Di seguito si guarderà alle modalità con cui la Corte di giustizia dell'UE ha affrontato il tema del diritto alla libertà personale della persona straniera in sede di interpretazione delle Direttive 2008/115/CE e 2013/33/UE (par. 4). Si tenterà, in particolare di far emergere le tensioni che affiorano in un ambito specifico dell'applicazione dei diritti fondamentali in esame, quale quello della detenzione in ingresso e in relazione alle procedure di frontiera: come già rilevato, questo rimane un profilo critico del diritto UE in materia di detenzione amministrativa.

2. La tutela multilivello dei diritti: il ruolo della Carta dei diritti fondamentali e il suo rapporto con la CEDU

L'obbligo per gli Stati membri dell'Unione di rispettare i diritti fondamentali non deriva soltanto dall'assetto costituzionale nazionale, ma discende anche dalla loro adesione a organizzazioni sovranazionali, quali il Consiglio d'Europa e l'Unione europea. I diritti umani informano l'applicazione del diritto dell'Unione sin da prima dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, e la Corte di giustizia ha sviluppato una giurisprudenza pionieristica in base alla quale il loro rispetto si qualifica come un obbligo inerente all'appartenenza all'Unione¹⁸.

¹⁷ Per quanto qui interessa, il contenuto dell'articolo 4 e 6 Carta corrispondono a quello dell'articolo 3 e 5 CEDU, mentre il diritto ad un rimedio effettivo e ad un giudice imparziale, contemplato dall'articolo 47 Carta, ha portata più estensiva di quanto previsto dall'articolo 13 e dall'articolo 6 CEDU. Si vedano, in proposito, le Spiegazioni agli artt. 4, 6 e 47 Carta.

¹⁸ Il primo riferimento ai diritti fondamentali è da collocarsi nell'ambito della sentenza *Stauder*, ove la Corte afferma che questi «fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza». CGUE, sentenza del 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Stadt Ulm – Sozialamt*, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57, par. 419. L'anno successivo, nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, la Corte di giustizia precisa che «La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità», CGUE,

Gli standard di protezione in materia di diritti fondamentali cui faceva riferimento la Corte di giustizia nel proprio *case law* si fondavano, oltre che alle tradizioni costituzionali degli Stati, anche sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁹: nella sentenza *Rutili*, la CGUE operava per la prima volta un esplicito rimando agli articoli 8,9,10 e 11 della CEDU al fine di rafforzare la propria interpretazione in materia di ordine pubblico²⁰. A partire da quel momento saranno frequenti i richiami, espliciti o impliciti, alla giurisprudenza della Corte EDU, in assenza di un catalogo dei diritti umani tra le fonti unionali²¹. La rilevanza progressivamente assunta dalla CEDU nell'architettura normativa dell'Unione²² è ben riassunta nelle considerazioni dell'Avvocato Generale Poiàres Maduro nella causa *Elgafaji*, relativa all'interpretazione delle norme sul riconoscimento dello *status* di rifugiato: «la giurisprudenza comunitaria fa riferimento alla Convenzione dei diritti dell'uomo per due ragioni principali. In primo luogo, perché l'impegno che ogni Stato membro ha assunto nei confronti della Convenzione pone in evidenza il fatto che tali diritti corrispondono a valori comuni agli Stati membri, i quali desiderano quindi che siano preservati e contemplati a livello di Unione europea. In secondo luogo, la protezione dei diritti fondamentali nell'ordine giuridico comunitario esiste in parallelo ad altri sistemi europei di tutela dei diritti fondamentali. Questi ultimi comprendono sia i sistemi sviluppatisi in seno agli ordinamenti giuridici nazionali che quelli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»²³. L'Avvocato Generale precisa altresì che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non costituisce una fonte imperativa di interpretazione dei diritti fondamentali comunitari, ma quantomeno un punto di partenza per determinare il contenuto e la portata di tali diritti²⁴.

Il rapporto tra i due sistemi di protezione dei diritti ha assunto una nuova e più compiuta configurazione a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona, con il quale «la protezione dei diritti fondamentali è stata innalzata su un nuovo livello»²⁵. Dal 2009, infatti, l'art. 6, par. 2 TUE, individua tre binari lungo i quali assicurare la piena effettività dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione: a) il riconoscimento de «i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», che ha «lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6, par. 1); b) l'adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti

sentenza del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, par. 3 e 4.

¹⁹ A partire dal 1974 i tutti gli Stati membri dell'Unione (allora Comunità) europea avevano ratificato la CEDU, stipulata nel 1950 in seno al Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale a carattere regionale, funzionale a promuovere e garantire il rispetto delle obbligazioni assunte dagli Stati in merito alla tutela dei diritti umani.

²⁰ CGUE, sentenza del 28 ottobre 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'interieur*, C-36/75, ECLI:EU:C:1975:137.

²¹ Sulle *cross references* tra le Corti, *ex multis*, A. Schillaci, *Cooperation in Relations Between the ECJ and the ECtHR*, in G. Repetto (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, 2013, pp. 205-219.

²² A partire dal Trattato di Maastricht, peraltro, si opera un riferimento esplicito al fatto che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Trattato sull'Unione europea, art. F (2).

²³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiàres Maduro presentate il 9 settembre 2008, *Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94, par. 22 e 23.

²⁴ Anche CGUE, sentenza del 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas*, C-260/98, ECLI:EU:C:1991:254, par. 41.

²⁵ K. Mathisen, *The impact of the Lisbon Treaty, in particular Article 6 TEU, on Member States obligations with respect to the protection of fundamental rights*, Luxemburg, Law Working Paper Series, 2010, p. 4.

dell'uomo e delle libertà fondamentali, operazione che però «non modifica le competenze dell'Unione» (art. 6, par. 2); c) il riconoscimento – in linea con l'orientamento ormai consolidato della Corte di Giustizia – dei diritti fondamentali, come risultanti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, quali principi generali del diritto dell'Unione (art. 6, par. 3).

Occorre fin d'ora premettere che il secondo dei percorsi prospettati (l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea) ha subito una battuta d'arresto nel 2014. Con l'adozione del parere 2/2013²⁶ la Corte di giustizia ha mostrato di ritenere incompatibile l'adesione alla CEDU con le peculiarità del sistema giuridico dell'Unione²⁷ e, in particolare, con il principio di autonomia del diritto UE²⁸. La decisione ha segnato un brusco arresto delle iniziative avviate dalle istituzioni europee sin dagli anni Novanta, nonostante l'esplicito mandato conferito dall'art. 6 TFUE al fine di consentire l'accesso dell'UE alla Convenzione²⁹.

Resta fermo, invece, il riconoscimento dei diritti fondamentali come risultanti dalla CEDU quali principi generali di diritto dell'Unione. Oltre all'art. 6(3) TFUE viene in rilievo l'art. 53(2) della Carta nella misura in cui disciplina più nel dettaglio i rapporti tra i due atti. Detto articolo rimane, in effetti, l'unica previsione formale deputata a regolare i rapporti tra il sistema di tutela dei diritti umani convenzionale e quello unionale, al fine di assicurare la coerenza tra i due, che sono ad oggi due sistemi separati³⁰. Infatti, la Corte di giustizia ha sempre ritenuto necessario puntualizzare che il richiamo operato dall'art. 6(3) TUE non 'traspone' il diritto sviluppato in seno alla giurisprudenza della Corte EDU entro l'architettura del diritto UE³¹.

²⁶ CGUE, Parere emesso ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11, TFUE – Progetto di accordo internazionale – Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE, Parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

²⁷ Su cui, *inter alia*, Comitato editoriale, *The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!*, in *Common Market Law Review*, 2015, n. 1, pp. 1-15; E. Spaventa, *A very fearful Court? The protection of fundamental rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, pp. 35-56; B. de Witte and Š. Imamović, *Opinion 2/2013 on accession to the ECHR: defending the EU legal order against a foreign human rights court*, in *European Law Review*, 2015, 5, pp. 683-705; I. Andrò, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in *Diritti Comparati*, n. 1/2015.

²⁸ S. Morano-Foadi, S. Andreadakis, *Protection of fundamental rights in Europe. The challenge of integration*, 2020, p. 157. e ss.

²⁹ Il processo di adesione, sostanzialmente congelatosi nel 2013, ha subito una lenta ripresa a partire dal 2016 e con lettera del 31 ottobre 2019, la Commissione europea ha manifestato al Consiglio d'europa la propria volontà di riavviare formalmente i negoziati. Nel corso del 2023, poi, si sono fatti ulteriori passi avanti nella prospettiva di adesione. Il 17 marzo 2023, il Gruppo che conduce i negoziati sull'adesione dell'UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) ha approvato in via provvisoria una versione consolidata del nuovo progetto di strumenti di adesione. Council of Europe, *Final consolidated version of the draft accession instruments (46+1(2023)36)*.

³⁰ I. Andrò, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi.it*, 2020.

³¹ In *Kamberaj* si indica che «l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale (...) e non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa». CGUE, sentenza del 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10, par. 59.

Non assumendo la CEDU valore di diritto dell'UE, non esplica gli stessi effetti di quest'ultimo all'interno degli ordinamenti nazionali³².

Nondimeno, in forza della clausola di omogeneità di cui all'art. 52(3)³³, i limiti e le garanzie elaborati dalla Corte di Strasburgo assumono rilevanza primaria nell'implementazione delle norme unionali. Detta norma dispone che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione»³⁴. Nelle Spiegazioni all'articolo viene chiarito che il riferimento alla CEDU riguarda sia la Convenzione che i relativi protocolli, e il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di giustizia ha mostrato di voler conservare una certa prudenza sotto quest'ultimo punto di vista: in alcune pronunce, ha chiarito che per interpretare i diritti contemplati anche nella CEDU «va tenuto conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in applicazione dell'articolo 52, paragrafo 3»³⁵; in altre, pur trovandosi a decidere su diritti rilevanti per l'applicazione della clausola di equivalenza, non ha riconosciuto il ruolo centrale della giurisprudenza di Strasburgo nell'individuazione del contenuto delle norme³⁶.

Più in generale, è stato osservato come a seguito dell'acquisizione da parte della Carta di statuto di diritto primario, la Corte di giustizia abbia progressivamente ridotto i richiami espliciti alla Convenzione e al *case law* di Strasburgo, trasformando la Carta nel centro di gravità delle riflessioni intorno al rispetto dei diritti³⁷. Altri autori hanno evidenziato che, nondimeno, la Corte di giustizia ha continuato a considerare i diritti garantiti dalla CEDU come

³² In proposito si è espressa anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 80/2011, escludendo che il richiamo dell'art. 6, par. 3 alla CEDU potesse essere interpretato nel senso di voler trasformare la CEDU in parte del diritto dell'Unione.

³³ C. Amalfitano, 2018, p. 57.

³⁴ Le Spiegazioni individuano i diritti che hanno significato e portata identici a quelli della CEDU: - l'articolo 2 corrisponde all'articolo 2 della CEDU; - l'articolo 4 corrisponde all'articolo 3 della CEDU; - l'articolo 5, paragrafi 1 e 2, corrisponde all'articolo 4 della CEDU; - l'articolo 6 corrisponde all'articolo 5 della CEDU; - l'articolo 7 corrisponde all'articolo 8 della CEDU; - l'articolo 10, paragrafo 1, corrisponde all'articolo 9 della CEDU; - l'articolo 11 corrisponde all'articolo 10 della CEDU, fatte salve le restrizioni che il diritto dell'Unione può apportare alla facoltà degli Stati membri di instaurare i regimi di autorizzazione di cui all'articolo 10, paragrafo 1, terza frase della CEDU; - l'articolo 17 corrisponde all'articolo 1 del protocollo addizionale alla CEDU; - l'articolo 19, paragrafo 1, corrisponde all'articolo 4 del protocollo n. 4; - l'articolo 19, paragrafo 2, corrisponde all'articolo 3 della CEDU nell'interpretazione datagli dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; - l'articolo 48 corrisponde all'articolo 6, paragrafi 2 e 3 della CEDU; - l'articolo 49, paragrafi 1 (eccettuata l'ultima frase) e 2 corrisponde all'articolo 7 della CEDU. Le Spiegazioni contengono poi un riferimento ad una seconda elencazione, di articoli che hanno lo stesso significato, ma una portata più ampia di quella fornita dalla Convenzione, tra i quali figura anche l'articolo 47 CDF.

³⁵ CGUE, sentenza del 18 dicembre 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida*, C-562/13, par. 47; CGUE, sentenza del 18 dicembre 2014, *Mohamed M'Bodj c. État belge*, C-542/13, par. 39. Si noti che le sentenze sono state adottate lo stesso giorno in cui la Corte si è pronunciata per il tramite del parere 2/1013.

³⁶ *Ex multis*, CGUE, sentenza del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, par. 44.

³⁷ Per una valutazione critica di tale tendenza, Š. Imamović, *The architecture of fundamental rights in the European Union*, Oxford, 2022, pp. 45 e ss. Sul periodo successivo all'adozione del Trattato di Lisbona, anche G. de Búrca, *After the EU Charter of fundamental rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, pp. 168-184.

il livello di partenza per l'interpretazione del loro contenuto, fermo restando che «la protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU (così nelle Spiegazioni)»³⁸. In ogni caso, in virtù della seconda parte dell'art. 52(3), il diritto dell'Unione può concedere *anche* una protezione più estesa di quella garantita dalla CEDU: in ragione di questa previsione la Corte di giustizia potrà discostarsi dall'interpretazione giurisprudenziale fornita dall'altra Corte, in linea con il rispetto del principio dell'autonomia del diritto UE, al fine di elevare il livello di protezione accordato dal diritto in questione³⁹. Resta fermo, invece, che al di fuori dell'ambito di applicazione della Carta, i diritti degli individui saranno garantiti dalle costituzioni nazionali e dalla stessa CEDU. Quest'ultima viene così ad esercitare «un ruolo di supplenza, potremmo dire di “paracadute ultimo” nei casi in cui la Carta risulti in concreto inapplicabile»⁴⁰.

Alla luce della nuova centralità assunta dalla Carta a seguito del Trattato di Lisbona – e dei rapporti qui richiamati tra Carta e CEDU – pare necessario fornire alcune coordinate aggiuntive in merito alla geografia legale del sistema di tutela dei diritti nell'UE. Il tema dell'ambito di applicazione della Carta si rileverà centrale ai fini dell'individuazione delle tutele che possono essere invocate da parte dei migranti trattenuti in «zone di frontiera», intese sia dal punto di vista spaziale che giuridico (si tornerà sul tema nel prosieguo della trattazione, cap. III, par. 3).

Il perimetro entro cui è possibile invocare la tutela della Carta è determinato dall'art. 51 Carta, ove si chiarisce che lo strumento vincola sia le istituzioni e gli organi dell'UE, anche quando agiscono al di fuori del «quadro giuridico dell'Unione» propriamente inteso⁴¹; sia gli Stati membri, i quali devono invece intervenire «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». L'interpretazione di quest'ultimo passaggio appare particolarmente delicata ma di estrema pertinenza con gli argomenti che si tratteranno. Occorre pertanto circoscrivere quando gli Stati «attuano il diritto dell'Unione»: *Åkerberg Fransson* è un caso seminale a questo riguardo. La Corte di giustizia ha qui interpretato la formula in senso ampio, richiamandosi ad un precedente filone giurisprudenziale⁴², e concludendo che l'ambito di applicazione della Carta non sia limitato ai casi di stretta «implementation of EU law», ma che

³⁸ S. Peers and S. Prechal, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner e A. Ward (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights. A Commentary. Second edition*, Oxford, 2021, pp. 1650 e ss.

³⁹ Non è del tutto chiaro se il riferimento al «diritto dell'Unione» sia da considerarsi come comprensivo sia del diritto primario, che di quello secondario, che delle stesse disposizioni della Carta, in particolare con riferimento a quelle la cui portata corrisponda a quelle della CEDU. *Ibidem*, p. 1654.

⁴⁰ L.S. Rossi, *I rapporti tra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti*, in *Annali AISDUE*, 2020, pp. 41-51, p. 45.

⁴¹ CGUE, sentenza del 20 settembre 2016, *Ledra Advertising Ltd e altri contro Commissione europea e Banca centrale europea*, C-8/15 e C-10/15, ECLI:EU:C:2016:701, par. 67.

⁴² In particolare: CGUE, sentenza del 13 luglio 1989, *Hubert Wachauf contro Repubblica federale di Germania*, C-5/88, ECLI:EU:C:1989:321; CGUE, sentenza del 18 luglio 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE (ERT) c. Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas*, C-260/89. Il primo caso si basava sul concetto di applicazione del diritto UE in forza della trasposizione di una direttiva; il secondo riguardava invece un intervento nazionale adottato con lo scopo di derogare al diritto unionale, e più precisamente di limitare diritti – quali quello alla libertà di movimento – riconosciuti dai Trattati: anche in questo caso la Corte ha riconosciuto che si rientra nelle «situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione». Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, N. Lazzarini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.

si estenda a tutte «le situazioni *disciplinate* dal diritto dell'Unione»,⁴³ quand'anche l'azione statale sia solo *parzialmente* determinate dal diritto UE. Ne discende che quando un giudice di uno Stato membro è chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, «attuata tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»⁴⁴. Qualora il livello di protezione del diritto garantito dalla Carta sia superiore a quello previsto dal diritto nazionale, la normativa interna che limiti la piena estensione della protezione fornita dalla Carta dovrà essere disapplicata⁴⁵.

Nella giurisprudenza successiva ad *Åkerberg Fransson* la Corte ha fornito alcune ulteriori indicazioni. In *Julián Hernández* viene indicato che il solo fatto che una materia (nel caso di specie, la parità di trattamento in materia di occupazione) ricada entro per cui è prevista una competenza dell'Unione non è sufficiente ad attrarre l'applicazione della Carta⁴⁶. Sarà necessario, di volta in volta, individuare se la normativa nazionale stia perseguendo lo stesso scopo che si prefiggono le istituzioni UE e se stia stata adottata con l'obiettivo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione; nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa⁴⁷. Se anche la normativa nazionale non rientra perfettamente entro il perimetro di una norma specifica del diritto dell'Unione, si dovrà in ogni caso verificare se le disposizioni del diritto unionale impongono obblighi specifici agli Stati membri e l'identità di obiettivi perseguiti⁴⁸.

Nel caso *Berlioz*, la Corte ha riconosciuto che la predisposizione – da parte del diritto nazionale – di sanzioni pecuniarie conseguenti alla mancata trasmissione di informazioni tra autorità tributarie (materia disciplinata dalla dir. 2011/16/UE e che persegue l'obiettivo del buon funzionamento di cooperazione amministrativa nel settore tributario) debba considerarsi una forma di «attuazione del diritto dell'Unione» ai sensi dell'art. 51 Carta⁴⁹: nel caso in esame sono stati ritenuti rilevanti l'identità di scopi perseguiti e l'espressa imposizione di obblighi da

⁴³ CGUE, sentenza del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, par. 19. N. Lazzerini, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, n. 3, pp. 883-912.

⁴⁴ CGUE, *Åkerberg Fransson*, par. 29. Sul punto, K. Lenaerts, *Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 375-403.

⁴⁵ A. Ward, *Article 51*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner e A. Ward (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights. A Commentary. Second edition*, Oxford, 2021, pp. 1563 e ss.

⁴⁶ CGUE, sentenza del 10 luglio 2014, *Julián Hernández e al.*, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055.

⁴⁷ CGUE, *Julián Hernández e al.*, par. 33; 35-37.

⁴⁸ CGUE, sentenza del 6 marzo 2014, *Siragusa*, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:26. Nel caso in esame la Corte ha escluso che si potessero applicare i diritti fondamentali individuati dalla Carta poiché le disposizioni del diritto dell'Unione invocate dal giudice del rinvio non imponevano alcun obbligo agli Stati membri in relazione alla situazione oggetto del procedimento principale. Inoltre, ha rilevato che gli obiettivi delle normative dell'Unione e della normativa nazionale di cui trattasi non erano i medesimi (par. 26-33).

⁴⁹ CGUE [GC], sentenza del 16 maggio 2017, *Berlioz Investment Fund SA*, C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373.

parte del diritto UE⁵⁰. In *Florescu*, poi, assume rilievo anche la legge statale funzionale all'adeguamento ad obiettivi posti dal diritto dell'Unione che non costituisca attuazione di una direttiva o regolamento (si trattava invece dei fini posti da un memorandum di intesa concluso tra Unione europea e Romania), purché vi sia un collegamento ai Trattati. In questo caso la valutazione della Corte è interamente ancorata al tema del perseguimento degli obiettivi delle istituzioni europee, e il mero fatto che la Romania disponesse di un margine di manovra nella scelta delle misure più idonee al raggiungimento di detti obiettivi non è circostanza sufficiente ad escludere l'applicazione della Carta⁵¹.

Con la giurisprudenza successiva a *Åkerberg Fransson* si è andata perciò consolidando la tesi per cui anche quando gli Stati membri si muovano entro margini di discrezionalità lasciati dalle direttive o da altri atti legislativi (o para-legislativi, quali un memorandum di intesa), gli stessi «attuano il diritto UE», nella misura in cui la loro azione ed il relativo margine di apprezzamento siano riconducibili alle previsioni o al perseguimento degli obiettivi unionali.

La Corte è più recentemente tornata sul tema nel caso *TSN e AKT*, riguardante l'interpretazione di una direttiva in materia di prescrizioni *minime* di sicurezza e di salute in relazione all'orario di lavoro. Nel caso in esame, l'introduzione di regole minime faceva salva la possibilità per gli Stati di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli. Per l'Avvocato generale Bot si contrapponevano due tesi⁵². In base alla prima «qualora gli Stati membri adottino misure più favorevoli ai lavoratori, come l'articolo 15 della direttiva 2003/88 li autorizza a fare, essi vanno oltre tale perimetro [di attuazione del diritto UE] ed escono allora dall'ambito di applicazione di tale direttiva. [...] Di conseguenza, conformemente a quanto previsto dall'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, quest'ultima non è applicabile ad una situazione del genere. In altre parole, trattandosi di una situazione non disciplinata dal diritto dell'Unione, la Carta non è destinata ad applicarsi»⁵³. In base alla seconda tesi, invece, «qualora gli Stati membri adottino misure più favorevoli ai lavoratori, come l'articolo 15 della direttiva 2003/88 li autorizza a fare, si deve ritenere che essi si avvalgano della facoltà loro espressamente concessa da tale disposizione, il che dovrebbe essere equiparato ad un'attuazione di tale direttiva. Trattandosi di una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione, la Carta è pertanto destinata ad applicarsi»⁵⁴. La Corte di giustizia ha ritenuto di aderire alla prima delle tesi prospettate, distinguendo tra l'ipotesi in cui una direttiva conferisce agli Stati membri la facoltà di legiferare in forza del diritto dell'Unione, e quella in

⁵⁰ CGUE [GC], *Berlioz*, par. 32-40.

⁵¹ CGUE, sentenza del 13 giugno 2017, *Eugenia Florescu e a.*, C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448, par. 31; 45-47.

⁵² Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot presentate il 4 giugno 2019, *TSN e AKT*, C-609/2017 e C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981.

⁵³ *Ivi*, par. 77-80.

⁵⁴ *Ivi*, par. 84-85. L'Avvocato generale era favorevole alla seconda tesi, e dunque al riconoscimento dell'applicabilità della Carta. In un caso successivo, anche l'Avvocato generale Bobek ha condiviso tale tesi, ritornando sulla decisione della CGUE in *TSN e AKT* e ammettendo di non poter «pienamente sottoscrivere» le conclusioni raggiunte dai giudici dell'Unione. Ha inoltre suggerito una chiave di lettura particolarmente interessante per l'applicazione dell'articolo 51: «A mio parere, la questione decisiva in tale contesto non è la questione dell'applicabilità della Carta (e dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione) bensì, piuttosto, l'individuazione di un *diritto specifico* che sarebbe *previsto dal diritto dell'Unione* e che farebbe quindi scattare la protezione di cui al paragrafo 1 dell'articolo 47 della Carta». (Conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek presentate il 2 luglio 2020, *LB*, C-826/18, ECLI:EU:C:2021:7, par. 110).

cui la stessa si limita a riconoscere che questi ultimi possano prevedere nel diritto nazionale disposizioni più favorevoli, al di fuori dell'ambito del regime stabilito da tale direttiva. Per la Corte il caso in esame sarebbe stato riconducibile alla seconda ipotesi, con conseguente esclusione dell'ambito di applicazione della Carta. Al tempo stesso, i giudici di Lussemburgo confermano, *a contrario*, che si ricade nel perimetro di cui all'art. 51, par. 1, quando «un atto dell'Unione conferisce agli Stati membri una libertà di scegliere tra varie modalità di applicazione o un potere discrezionale o di valutazione che fa parte integrante del regime istituito da tale atto, o ancora dalla situazione in cui un atto del genere autorizza l'adozione, da parte degli Stati membri, di misure specifiche volte a contribuire alla realizzazione del suo oggetto»⁵⁵.

L'art. 51 deve poi essere letto in combinato disposto con gli art. 52(1) e art. 53 della Carta. In base alla prima norma, anche quando si ricada nell'ambito di applicazione del diritto UE, il grado di intensità della protezione offerto dai diritti della Carta non è – in termini generali – assoluto⁵⁶. Sarà quindi possibile prevedere limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali, purché queste siano previste dalla legge⁵⁷, rispettino il «contenuto essenziale» dei diritti in questione⁵⁸ e siano in linea con i principi di necessità e proporzionalità⁵⁹. Quanto agli scopi che legittimano una limitazione dei diritti, l'art. 52 precisa debbano rispondere «effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»⁶⁰. I confini dettati dall'articolo in esame – e soprattutto il richiamo alla necessità

⁵⁵ CGUE, sentenza del 19 novembre 2019, *TSN e AKT*, C-609/2017 e C-610/17, par. 50. La questione relativa all'esercizio della discrezionalità da parte degli Stati membri durante l'attuazione del diritto UE era stata affrontata anche nel caso *NS*, relativo all'applicazione del Regolamento di Dublino (2004/343/CE).

⁵⁶ Le indicazioni della Carta sono in linea con il consolidato orientamento della Corte di giustizia, secondo cui i diritti fondamentali non sono, di norma, assoluti. Le eccezioni rispecchiano quelle individuate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e dalla giurisprudenza della Corte EDU, con riferimento al divieto di tortura, o a pene o trattamenti inumani o degradanti, al divieto di schiavitù (cfr. Titolo I della Carta). In *Wachauf*, la Corte ha statuito per la prima volta che «i] diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano però essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti». CGUE, *Wachauf*, par. 18.

⁵⁷ Il criterio della riserva di legge è evidentemente tratto dalla giurisprudenza della CEDU, tanto che include anche, come richiesto dalla Corte europea, il riferimento alla «quality of the law», inteso come accessibilità, precisione e prevedibilità delle fonti di legge.

⁵⁸ Su cui, M. Dawson, O. Lynskey, E. Muir, *What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?* in *German Law Journal*, 2019, 6, p. 763 e K. Lenaerts, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, in *German Law Journal*, 2019, 6, p. 779.

⁵⁹ I due principi sono spesso affrontati unitariamente nelle pronunce della Corte e tendono a sovrapporsi. L'orientamento della Corte è nel senso di ricondurre il requisito della necessità entro il raggio di applicazione del più ampio concetto di proporzionalità. *Ex multis*, CGUE, sentenza del 9 novembre 2010, *Volker und Schecke GbR*, C-92/09 e C-93/09; CGUE, sentenza del 17 ottobre 2013, *Schwarz*, C-291/12; CGUE, sentenza dell'8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland and Seitlinger*, C-293/12 e C-594/12. nota Il principio è ben riassunto in *Pesce et al.*, ove la Corte afferma che: «il principio di proporzionalità (...) esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno gravosa, e che gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti». CGUE, sentenza del 9 giugno 2016, *Pesce et al.*, C-78/16 e C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428, para. 48.

⁶⁰ Gli obiettivi perseguibili sono formulati in termini molto ampi, e la loro individuazione non può essere fatta una volta per tutte, ma è frutto del progressivo intervento della CGUE. Sinora, la Corte di giustizia ha individuato casi in cui le limitazioni rispondevano, a finalità di interesse generale negli ambiti più disparati del diritto UE,

di rispettare i principi di necessità e proporzionalità – assumono particolare rilevanza nell'interpretazione dell'art. 6 Carta, in materia di libertà personale (cfr. *infra* par. 4).

In base all'art. 53, infine, nessuna disposizione della Carta può limitare i diritti e le libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parte, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri. Sotto questo punto di vista, possibili tensioni in termini di individuazione dell'ambito di applicazione della Carta possono essere individuate con riferimento ai casi in cui la protezione offerta dalle costituzioni degli Stati membri sia maggiore di quella garantita dalla Carta⁶¹.

Per completezza, e proprio con riferimento all'ultimo profilo sollevato, l'esposizione sin qui condotta deve essere infine integrata secondo una ulteriore prospettiva: quella della Corte EDU. Nel rapporto dialogico tra le due Corti, infatti, anche la giurisprudenza di Strasburgo ha dovuto confrontarsi con le tutele apprestate per i diritti umani nello spazio unionale. Il punto di partenza è, ancora una volta, la separazione dei due sistemi normativi: di conseguenza, la CEDU non può sindacare *direttamente* gli atti di diritto UE che si pongano in contrasto con i diritti tutelati dalla Convenzione⁶²; al contempo con il proliferare del diritto comunitario, sempre più spesso si sono presentati casi in cui la responsabilità degli Stati per l'inosservanza dei diritti era ricollegabile all'attuazione o applicazione di norme UE. Per la Corte europea la premessa fondamentale è che l'appartenenza degli Stati vincolati dalla Convenzione ad altre organizzazioni internazionali non può dispensarli dalla responsabilità di garantire la protezione dei diritti previsti dalla CEDU. Al contempo, si è sviluppata, a partire dal caso *Bosphorus*⁶³, la cd. «dottrina della protezione equivalente», in base alla quale la Corte accetterà come valida e

dall'esigenza di preservare il corretto funzionamento del sistema comune di asilo (CGUE, sentenza del 14 settembre 2017, *K.*, C-18/16); alla prevenzione dell'evasione fiscale (CGUE, sentenza del 17 dicembre 2015, *WebMind Licences*, C-419/14); alla stabilità del sistema bancario (CGUE, *Ledra Advertising*). Quanto al limite da rinvenirsi nel rispetto di libertà e diritti altrui, l'intervento della Corte ha riguardato, tra gli altri, il bilanciamento tra diritti tra la tutela del diritto d'autore e il diritto alla tutela dei dati personali (CGUE, sentenza del 16 febbraio 2012, *Scarlet Extended*, C-70/10), o quello tra libertà di iniziativa economica e diritto alla salute (CGUE, sentenza del 6 settembre 2012, *Deutsches Weintor*, C-544/10), soltanto per fare qualche esempio.

⁶¹ Su questo profilo, B. de Witte, *Article 53*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner e A. Ward (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights. A Commentary. Second edition*, Oxford, 2021, pp. 1676 e ss. La Corte ha affrontato questo scenario nel caso *Melloni*⁶¹, riguardante – per quanto qui interessa – il tema della possibilità, per le Corti nazionali, di disapplicare il diritto dell'Unione quando questo detti standard di tutela inferiori rispetto a quelli previsti dalle costituzioni nazionali. La Corte di giustizia ha sancito che la libertà che hanno gli Stati, in base all'art. 53, di applicare standard di protezione dei diritti fondamentali superiori a quelli previsti nella Carta trova un suo limite nel principio del primato: e cioè che ciò può avvenire «a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione». CGUE, sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, par. 60. Per una analisi del caso e delle sue implicazioni, *ex multis*, A. Torres Pérez, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *EuConst*, 2014, n. 2, pp. 308-331.

⁶² Decisione di inammissibilità della Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Confédération Française Démocratique du Travail (CFTD) c. the European Communities*, ric. n. 8030/77, del 10 luglio 197.

⁶³ Per una ricostruzione, C. Costello, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2006, p. 90. Costello sottolinea che tale teoria è stata, per la prima volta, abbozzata nel caso *M. & co v. Germany* (ric. n. 13258/87), e ulteriormente approfondita in *Matthews v United Kingdom* (ric. n. 24833/94), ove la Corte ha per la prima volta riconosciuto la responsabilità di uno Stato membro per la violazione di un diritto convenzionale prodottasi in ragione dell'applicazione del diritto primario UE.

sufficiente la protezione offerta dal diritto dell'Unione in caso di eventuali sovrapposizioni, ad alcune condizioni⁶⁴. La Corte EDU ha chiarito che una simile dottrina si applica solo ai casi in cui lo Stato non abbia alcun margine di discrezionalità nell'attuazione del diritto UE. Nondimeno, quando «nelle circostanze di un caso particolare, si ritiene che la tutela dei diritti della Convenzione sia stata manifestamente carente»⁶⁵ la presunzione di tutela equivalente potrà essere superata: in questo modo la CEDU non rinuncia del tutto al proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali, ma al tempo stesso stabilisce un rapporto di fiducia e dialogo con il sistema unionale.

La dottrina sulla protezione equivalente, affinata e circoscritta attraverso sentenze successive⁶⁶, è stata richiamata dalla Corte EDU anche a fronte dall'adozione della Opinione 2/13⁶⁷. Il caso *Avotiņš* è in proposito di particolare interesse, poiché, sebbene sia successivo all'interruzione del processo di adesione, la Corte di Strasburgo ha richiamato fedelmente la dottrina *Bosphorus* e ha, conseguentemente, escluso che vi fosse stata una violazione dell'art. 6 CEDU (diritto al giusto processo). Il caso riguardava la normativa unionale in tema di riconoscimento delle decisioni straniere e l'applicazione del principio di fiducia reciproca. La Corte ha, in primo luogo, acclarato che lo Stato non aveva alcun margine di discrezionalità nell'applicazione del diritto UE⁶⁸; in secondo luogo, evidenziava che la protezione *sostanziale* del diritto al giusto processo era assicurata dall'art. 52(3) Carta; in terzo luogo, affermava che poteva applicarsi la dottrina della protezione equivalente sebbene l'autorità nazionale non avesse adito la Corte di giustizia per sottoporle una questione relativa alla compatibilità tra diritto secondario dell'Unione e diritto al giusto processo⁶⁹.

⁶⁴ «State action taken in compliance with such legal obligations [derivanti dall'appartenenza all'Unione] is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights [...] in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides». CEDU [G.C.], sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Ireland*, ric. n. 45036/98, par. 155.

⁶⁵ Concetto che è stato criticato in dottrina, per la sua indeterminatezza e perché fisserebbe uno standard eccessivamente elevato di intervento. Ad esempio, C. Costello, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2006, p. 102. E. Cannizzaro, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2005, n. 3, pp. 766.

⁶⁶ CEDU, sentenza del 20 gennaio 2009, *Coöperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. the Netherlands*, ric. n. 13645/05; CEDU, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ric. n. 30696/09; CEDU, sentenza del 6 marzo 2013, *Michaud c. France*, ric. n. 12323/11. In particolare, gli ultimi due casi riguardavano situazione in cui gli Stati membri godevano di un margine di discrezionalità nell'attuazione del diritto UE, e dunque la Corte ha ritenuto non applicabile la teoria della protezione equivalente. Inoltre, la Corte di giustizia non aveva previamente esercitato il suo 'controllo' tramite rinvio pregiudiziale sulla compatibilità tra il diritto UE come applicato dallo Stato e i diritti fondamentali.

⁶⁷ CEDU, sentenza del 23 maggio 2016, *Avotiņš c. Lettonia*, ric. n. 17502/2007. Per un commento, G. Biagioni, *Avotiņš v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights*, in *European Papers*, 2016, 2, pp. 579-596, e N. Nardone, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso Avotiņš v. Latvia: la Grande Camera risponde al parere negativo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sull'adesione dell'Unione alla CEDU*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, pp. 630-639.

⁶⁸ CEDU, *Avotiņš c. Lettonia*, par. 106. Questo punto non era tuttavia pacifico, tanto che alcuni giudici hanno adottato una differente interpretazione: *Dissenting Opinions of Judges Ziemele, Bianku and de Gaetano*, si cui, P. Gragl, *An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosphorus and Reaction to Opinion 2/13 in the Avotiņš Case*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, 13, pp. 551-567.

⁶⁹ Per la CEDU, «this second condition should be applied without excessive formalism and taking into account the specific features of the supervisory mechanism in question. It considers that it would serve no useful purpose to make the implementation of the Bosphorus presumption subject to a requirement for the domestic court to

Infine, i giudici hanno reputato necessario indagare se vi fosse una carenza manifesta nella protezione accordata dal sistema di tutela dei diritti fondamentali: benché la risposta ultima sia stata negativa, la sentenza ha rappresentato l'occasione per puntualizzare che il meccanismo del mutuo riconoscimento delle sentenze, che sostanzialmente limita il sindacato dei giudici nazionali e impone loro di prendere atto in maniera automatica delle decisioni degli altri Stati membri, potrebbe avere l'effetto paradossale di limitare eccessivamente il controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti fondamentali. Sul punto, la Corte ha precisato che qualora le corti nazionali siano interessate da una manifesta carenza in un diritto tutelato dalla Convenzione (e quindi dalla prospettiva di violazione del diritto convenzionalmente tutelato), queste stesse corti non potrebbero omettere di esaminare la questione per il solo fatto che l'eventuale violazione è incorsa a causa dell'applicazione del diritto dell'Unione.

In conclusione, con il caso *Avotiņš* la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha ribadito che la dottrina *Bosphorus* resta il principale strumento di gestione del rapporto dialogico con il sistema di tutela dei diritti umani in Europa. Al contempo, ha lanciato un avvertimento rispetto alla possibilità che si palesino carenze manifeste a fronte dei meccanismi di protezione offerti dal diritto UE.

3. Il diritto alla libertà personale della persona migrante nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Delineate, per brevi cenni, le congiunture essenziali – a fini dell'indagine che ci si è proposto di condurre – dell'architettura dei diritti fondamentali in Europa, è ora necessario occuparsi del diritto alla libertà personale nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con specifico riguardo alla condizione delle persone straniere. La collocazione del diritto alla libertà personale all'interno della Convenzione ne denota la natura di diritto fondamentale e irrinunciabile, dal momento che è posto immediatamente dopo il diritto alla vita (art. 2), al divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3), e al divieto di schiavitù (art. 4): tutte prescrizioni di natura assoluta e che non ammettono alcun bilanciamento. L'articolo 5, al contrario, non è un diritto assoluto. Eppure, la norma contiene indicazioni dettagliate sui limiti che vi possono essere apposti. In particolare, in base all'art. 5(1) «nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi [enucleati dallo stesso articolo] e nei modi previsti dalla legge».

La norma si apre così con l'affermazione dei principi di tassatività e della riserva di legge. Seguono poi indicazioni di natura procedurale (par. 2-4) e l'affermazione di un diritto alla riparazione in caso di illegittima detenzione. L'esame dell'art. 5 CEDU verrà condotto esaminando in primo luogo il suo ambito di applicazione; successivamente si affronteranno le ipotesi in cui la detenzione delle persone straniere è ammessa e sulla base di quali indici una forma di privazione della libertà può essere ritenuta arbitraria. Infine, si esamineranno i profili delle garanzie procedurali e del rapporto tra arbitrarietà della detenzione e condizioni di prigionia inumane e degradanti.

request a ruling from the CJEU in all cases without exception, including those cases where no genuine and serious issue arises with regard to the protection of fundamental rights by EU law». CEDU, *Avotiņš c. Lettonia*, par. 109.

3.1 Borderline cases. La labile distinzione tra privazione e mera limitazione della libertà

Il diritto alla libertà personale si afferma, prima di tutto, come diritto a non essere privato arbitrariamente della propria libertà di movimento, e dunque come limite alla coercizione dello Stato nella sfera della libertà fisica dell'individuo⁷⁰. L'articolo non prende in esame le altre forme, meno incisive, di limitazione della libertà di movimento, che formano invece oggetto dall'art. 2, Protocollo 4 allegato alla Convenzione⁷¹.

La distinzione tra privazione e limitazione della libertà, come da consolidata giurisprudenza CEDU, attiene al grado e all'intensità e non alla natura e alla sostanza⁷². Per distinguere le due fattispecie la Corte europea non si basa sull'inquadramento legislativo fornito dal diritto interno⁷³, ma ritiene necessario partire dall'esame delle circostanze del caso concreto e tener conto di un insieme di criteri quali il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura in questione⁷⁴. Tale approccio, che consente di allargare il campo di indagine del giudice al di là di ogni formalismo, si fonda però su una linea di demarcazione sfuggente, i cui contorni possono variare in base al contesto in cui viene attuata la detenzione. Per usare le parole dei giudici europei: «the process of classification into one or other of these categories sometimes proves to be no easy task in that some borderline cases are a matter of pure opinion»⁷⁵. Per tale ragione la Corte, trovatasi ad affrontare diversi casi di privazione della libertà avvenuta in contesti informali o semplicemente al di fuori di un procedimento penale⁷⁶, ha tentato di codificare una serie di principi generali.

⁷⁰ CEDU [GC], sentenza del 23 febbraio 2017, *De Tommaso v. Italy*, ric. n. 43395/09, par. 80.

⁷¹ Il testo originale dell'art. 2, Prot. 4 è il seguente: «1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. 2. Everyone shall be free to leave any country, including his own. 3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of ordre public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. 4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society».

⁷² CEDU, sentenza del 6 novembre 1980, *Guzzardi v. Italy*, ric. n. 7376/76, par. 92-94; CEDU [GC], sentenza del 17 gennaio 2012, *Stanev v. Bulgaria*, ric. n. 36760/06, par. 115.

⁷³ CEDU [GC], sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, ric. n. 16483/12, par. 71; CEDU [GC], sentenza del 23 febbraio 2012, *Creangă v. Romania*, ric. n. 29226/03, par. 92.

⁷⁴ CEDU, *Guzzardi v. Italy*; CEDU [GC], *Creangă v. Romania*.

⁷⁵ CEDU, sentenza del 12 gennaio 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, ric. n. 4158/05, par. 56.

⁷⁶ L'internamento in istituti psichiatrici o assistenziali (CEDU, sentenza del 5 ottobre 2004, *H.L. v. the United Kingdom*, ric. n. 45508/99; CEDU, sentenza del 16 giugno 2005, *Storck v. Germany*, ric. n. 61603/00; CEDU, *Stanev v. Bulgaria*); l'interrogatorio in un posto di polizia (CEDU, *Creangă v. Romania*); il fermo e la perquisizione di polizia (CEDU, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*); l'accompagnamento di polizia (CEDU, sentenza del 31 gennaio 2017, *Rozhkov v. Russia*, ric. n. 38898/04); le misure di controllo della folla adottate dalla polizia per motivi di ordine pubblico (CEDU, sentenza del 15 marzo 2012, *Austin and Others v. United Kingdom*, ric. n. 39692/09); il trattenimento di migranti in zone di transito, navi o punti di crisi (CEDU, sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur v. France*, ric. n. 19776/92; CEDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*; CEDU, sentenza del 21 novembre 2019, *Z.A. v. Russia*, ric. n. 61411/15; CEDU, sentenza del 25 gennaio 2018, *J.R. and Others v. Greece*, ric. n. 22969/16).

Uno dei primi casi in cui i giudici di Strasburgo si sono occupati del tema non attiene alla privazione della libertà migrante, ma all'incidenza della misura (amministrativa) della sorveglianza speciale prevista dalla legislazione italiana in tema di misure di prevenzione⁷⁷: trattasi di un ambito rispetto al quale possono individuarsi molte analogie (topologiche e finanche funzionali) con il trattenimento amministrativo. Per alcuni autori, infatti, anche la detenzione amministrativa – similmente alle misure *praeter delictum* – costituirebbe espressione dell'espansione dello Stato preventivo⁷⁸.

Ebbene, per la Corte EDU la misura della sorveglianza speciale ha integrato, nel caso *Guzzardi*, una forma di privazione a tutti gli effetti della libertà personale. Nel caso in esame la persona era stata sottoposta a restrizioni particolarmente incisive della libertà di circolazione e alla perenne sorveglianza da parte delle forze dell'ordine (il Guzzardi era stato costretto a rimanere all'interno di un piccolo villaggio sull'isola dell'Asinara per diversi anni, potendo avere contatti soltanto con le autorità di pubblica sicurezza e con alcuni familiari autorizzati, circostanze che ne avevano determinato una sostanziale segregazione), che avevano finito per snaturare la misura contenitiva fino a tramutarla in una vera e propria privazione della libertà.

Benché in pronunce successive riguardanti l'applicazione di misure di sicurezza personali la Corte EDU non giungerà più a riconoscere lo stesso grado di coercizione personale⁷⁹, i «criteri Guzzardi» hanno a lungo rappresentato il punto di riferimento per l'individuazione del crinale oltre il quale i limiti alla libertà di movimento mutano in detenzione: ad esempio, in numerose pronunce riguardanti il collocamento delle persone migranti in zone di transito al fine di svolgere le pratiche di identificazione e di instaurazione della domanda di asilo (*Amuur v. France*; *Nolan v. Russia*, *Riab and Idiab v. Belgium*) la Corte si è richiamata agli stessi indici oggettivi.

In *Guzzardi*, dunque, la Corte ha individuato, quali indici oggettivi che possono guidare l'interprete, la durata, il tipo, la modalità di coercizione e i suoi effetti. In particolare, attribuiva rilievo a «la possibilità di lasciare lo spazio limitato, il livello di vigilanza e di controllo degli spostamenti della persona, la portata dell'isolamento e la possibilità di rapporti sociali»⁸⁰. L'estensione temporale della misura coercitiva è poi stata a più riprese un elemento rilevante per distinguere tra i casi di privazione e di mera restrizione della libertà⁸¹, sebbene anche confinamenti di brevissima durata sono stati giudicati in violazione dell'articolo 5 CEDU quando il fattore temporale è stato valutato congiuntamente agli effetti e alle modalità coercitive utilizzate⁸². La Corte ha altresì precisato che la finalità perseguita dalle autorità non è un elemento determinante al fine di valutare se vi sia effettivamente stata privazione della

⁷⁷ Su cui, *ex multis*, D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Torino, 1996.

⁷⁸ G. Campesi, *Genealogies of immigration detention: migration control and the shifting boundaries between the 'penal' and the 'preventive' State*, in *Social & Legal Studies*, 2020, 29(4), pp. 527-548.

⁷⁹ CEDU, sentenza del 22 febbraio 1994, *Raimondo v. Italy*, ric. n. 12954/87; CEDU, sentenza del 30 marzo 2010, *Cipriani v. Italy*, ric. n. 22142/07; CEDU, sentenza del 20 aprile 2010, *Villa v. Italy*, ric. n. 19675/06; CEDU [GC], sentenza del 23 febbraio 2017, *De Tommaso v. Italy*, ric. n. 43395/09.

⁸⁰ CEDU, *Guzzardi v. Italy*, par. 95. Con riferimento a casi di internamento in istituti psichiatrici, CEDU, *H.L. v. the United Kingdom*; CEDU, *Storck v. Germany*.

⁸¹ CEDU, *Amuur v. France*, par. 43.

⁸² CEDU, sentenza del 12 febbraio 2009, *Nolan and K. v. Russia*, ric. n. 2512/04; CEDU, sentenza del 24 giugno 2008, *Foka v. Turkey*, ric. n. 28940/95, par. 78.

libertà⁸³, assunto da cui deve farsi discendere che anche misure applicate per scopi umanitari o di protezione possono qualificarsi come detentive⁸⁴.

Sulla base di questi parametri, gli Stati sono stati ritenuti responsabili per la violazione dell'art. 5 CEDU, oltre che in applicazione delle misure di prevenzione *ante delictum*⁸⁵; anche in relazione al fermo di breve durata disposto presso i commissariati di polizia⁸⁶; o ancora per il collocamento di soggetti in istituti psichiatrici, indipendentemente dal loro consenso⁸⁷; e, per quanto qui interessa, per il confinamento dei migranti in locali non formalmente deputati al loro trattenimento.

Il primo caso in cui la Corte di Strasburgo ha raggiunto siffatte conclusioni è stato *Amuur v. France*, del 1996. Il caso ha riguardato il fermo di alcuni cittadini somali, richiedenti asilo, presso la zona internazionale dell'aeroporto di Parigi-Orly, per una durata complessiva di venti giorni. La Corte ha ritenuto in via preliminare che anche nelle zone internazionali degli aeroporti sussiste la giurisdizione dello Stato⁸⁸ e, in termini generali, che la permanenza degli stranieri nelle zone di transito può sicuramente integrare una restrizione della libertà. Sebbene un simile trattenimento non sia «in tutto e per tutto paragonabile» a quello realizzato all'interno dei centri ove i migranti vengono collocati in attesa di espulsione⁸⁹, la durata della permanenza nella zona di transito non può estendersi indebitamente, pena il rischio di tramutare una «mere restriction on liberty - inevitable with a view to organising the practical details of the alien's repatriation or, where he has requested asylum, while his application for leave to enter the territory for that purpose is considered - into a deprivation of liberty»⁹⁰. La Corte ha osservato che per tutta la durata della loro permanenza nella zona di transito i cittadini somali non avevano ricevuto alcuna assistenza, ma erano stati costantemente sorvegliati dalle autorità di polizia.

Pertanto, i giudici europei hanno potuto concludere che fosse si trattato di una detenzione atipica a tutti gli effetti, qualificata poi come arbitraria perché realizzata al di fuori di un regime giuridico chiaro e prevedibile⁹¹. Uno degli argomenti cruciali avanzati dallo Stato francese per negare che vi fosse stata una privazione della libertà riguardava la possibilità per i richiedenti asilo di lasciare la zona di transito verso il Paese di provenienza, secondo la cd. teoria delle tre pareti⁹². La Corte ha tuttavia rigettato tale argomentazione, sostenendo che la mera possibilità per i richiedenti asilo di lasciare volontariamente il Paese in cui desiderano rifugiarsi non può escludere una restrizione della libertà, soprattutto quando tale possibilità è, in pratica, preclusa

⁸³ CEDU, *Rozhkov v. Russia*, par. 74.

⁸⁴ CEDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 71; CEDU, sentenza del 13 giugno 2019, *Sh.D. et autres c. Grèce, Autriche, Croatie, Hongrie, Macédonie du Nord, Serbie et Slovénie*, par. 69.

⁸⁵ CEDU, *Guzzardi v. Italy*, ma anche CEDU, sentenza del 1° dicembre 2011, *Schwabe and M.G. v. Germany*, ric. nn. 8080/08 e 8577/08.

⁸⁶ CEDU, sentenza del 21 giugno 2011, *Schimovolos v. Russia*, ric. n. 30194/09.

⁸⁷ Si veda la nota 64.

⁸⁸ «Despite its name, the international zone does not have extraterritorial status». CEDU, *Amuur v. France*, par. 52.

⁸⁹ CEDU, *Amuur v. France*, par. 43.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ CEDU, *Amuur v. France*, par. 52-54.

⁹² In base alla quale lo straniero si sarebbe potuto volontariamente allontanare dalla zona di transito, potendo ritornare dal Paese di provenienza (soluzione che il governo francese non aveva intenzione di ostacolare).

«se nessun altro paese che offra una protezione paragonabile a quella che si aspettano di trovare nel Paese in cui chiedono asilo è propenso o disposto ad accoglierli»⁹³.

L'approdo dei giudici europei, confermato anche in pronunce successive⁹⁴, è importante perché individua criteri oggettivi su cui fondare l'indagine circa la privazione della libertà – quali il grado di coercizione, l'intensità del controllo⁹⁵, o la durata – ed estromette dal ragionamento considerazioni legate alle ragioni che hanno spinto gli stranieri a lasciare il Paese d'origine⁹⁶. Si riconosce, inoltre, che la libertà di abbandonarlo è puramente astratta se la persona non può essere concretamente ammessa sul territorio di un altro Stato⁹⁷.

I principi affermati in *Amuur* sono stati rivisti dalla Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza più recente, tramite sentenze che hanno nuovi dubbi interpretativi e sollevato rilievi critici. Si tratta, in particolare, delle decisioni relative ai casi *Z.A. and Others* e *Ilias and Ahmed*, rese nello stesso giorno, e attraverso le quali è stata proposta una nuova lista di criteri che non si esaurisce nel riferimento a presupposti oggettivi, ma che tiene conto anche delle scelte individuali dei soggetti detenuti e delle «present-day conditions and challenges»⁹⁸, espressione con la quale la Corte si è riferita alle pressioni cui gli Stati sono sottoposti in materia di immigrazione.

In *Z.A. and Others* la Corte individua quattro profili in base ai quali formulare un giudizio circa l'intensità della misura applicata: a) la situazione e le scelte individuali del richiedente; b) il regime giuridico applicabile e le finalità da esso perseguite; c) la durata della misura, tenuto anche conto del suo scopo e delle tutele procedurali di cui godono gli interessati; e d) la

⁹³ CEDU, *Amuur v. France*, par. 48.

⁹⁴ EDU, sentenza del 24 gennaio 2008, *Riad and Idiab v. Belgium*, ric. n. 29787/03 e 29810/03; CEDU, sentenza del 27 novembre 2003, *Shamsa v. Poland*, ric. n. 45355/99; CEDU, sentenza del 27 novembre 2008, *Rashed v. Czech Republic*, ric. n. 298/97. Di distinto indirizzo è invece la pronuncia *Mahid and Haddar*, in cui la Corte ha escluso che si potesse parlare di privazione della libertà vista l'assenza di sorveglianza, la possibilità di contattare i legali e di ricevere assistenza, e il fatto che i ricorrenti avessero distrutto i loro documenti di viaggio, e che dunque la situazione in cui si trovavano era frutto della loro libera scelta. CEDU, sentenza dell'8 dicembre 2005, *Mahid and Haddar v. Austria*, ric. n. 74762/01.

⁹⁵ Nel caso *Amuur* i ricorrenti «had been placed under strict and constant police surveillance and, during a large part of their stay, had no legal or social assistance» (CEDU, *Mahid and Haddar*).

⁹⁶ O, in altri termini, «The Court's judgement is of fundamental importance in that it takes due account of the individual interests that are involved in territorial sovereignty», G. Cornelisse, *Immigration detention and human rights: rethinking territorial sovereignty*, Leiden, 2010, p. 281.

⁹⁷ Nonostante questa apertura, che pare andare nel senso di riconoscere un diritto a lasciare il proprio Paese e – conseguentemente – ad essere ammesso in un altro Stato, la giurisprudenza della Corte sul diritto a lasciare il territorio di qualsiasi Paese, incluso il proprio, è restrittiva: «Article 2 of Protocol No. 4 does not imply an unlimited right to travel to any other country of the person's choice. It guarantees the right to leave any country only for any such country of the person's choice to which he or she may be admitted». CEDU, sentenza del 22 maggio 2001, *Baumann v. France*, ric. n. 33592/96; ma anche CEDU, sentenza del 27 novembre 2012, *Stamose v. Bulgaria*, ric. n. 29713/05; e CEDU sentenza del 20 dicembre 2016, *Shioshvili and others v. Russia*, ric. n. 19356/07. Il dibattito sul diritto di uscire dal proprio Paese e sul corrispondente diritto a fare ingresso in un altro è particolarmente attuale in dottrina. Per tutti, E. Guild, *The human right to leave any country: a right to be delivered*, in W. Benedek, P. Czech, L. Heschl, K. Lukas, & M. Nowak (a cura di), *European Yearbook on Human Rights 2018*, pp. 373-394, e V. Moreno-Lax, *Intersectionality, Forced Migration and the Jus-generation of the Right to Flee: Theorizing the Composite Entitlement to Leave to Escape Irreversible Harm*, in B. Çalı, L. Bianku and I. Motoc (a cura di), *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2021, pp. 43-83.

⁹⁸ CEDU [GC], sentenza del 21 novembre 2019, *Z.A. and Others v. Russia*, ric. n. 61411/15, 61420/14, 61427/15, 3028/16, par. 138.

natura e il grado delle restrizioni effettive subite⁹⁹. Benché nella decisione in commento sia stata riscontrata una violazione dell'art. 5 CEDU, i primi due parametri cui fa riferimento la Corte appaiono particolarmente problematici perché rischiano di disancorare la valutazione da considerazioni obiettive, a favore di altre legate a giudizi di merito rispetto alla legittimità delle scelte statali di applicare misure coercitive per esercitare il controllo dei confini e, soprattutto, alle intenzioni dei migranti coinvolti.

Quest'ultimo profilo ha assunto estrema rilevanza nella decisione *Ilias and Ahmed*, riguardante due richiedenti asilo confinati per 23 giorni all'interno della zona di transito ungherese di Röszke, al confine con la Serbia. I migranti vi erano stati trattenuti in attesa dell'esame della loro domanda di asilo e prima di essere espulsi verso il Paese da cui avevano fatto ingresso. La Grande Camera – seppur non all'unanimità¹⁰⁰ – ha valorizzato il fatto che i migranti fossero entrati volontariamente nella zona di transito e che fossero 'liberi' di lasciarla per rientrare in Serbia. Viene così inaugurato «un approccio speciale all'interpretazione della nozione di restrizione della libertà personale dei migranti nelle procedure di frontiera»¹⁰¹ che è stato fortemente criticato in dottrina¹⁰². La controversa questione circa il fatto che il confinamento dei migranti in zone di transito possa o meno qualificarsi come privazione della libertà ha anche rappresentato il terreno di confronto tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo (*infra*, par. 5). Si auspica che l'interazione dialogica tra le Corti possa condurre la CEDU a tornare sui propri passi e a recuperare i criteri di natura squisitamente obiettiva lungamente utilizzati per discernere tra restrizioni della libertà personale e della libertà di movimento.

3.2 L'articolo 5(1) lett.f) CEDU come *lex specialis*: tra principi generali, interessi statali e necessità della detenzione

In virtù del primo paragrafo dell'articolo 5, l'individuo può essere privato della propria libertà soltanto in sei circostanze¹⁰³; l'ultima è quella che riguarda esclusivamente le persone

⁹⁹ «a) the applicant's individual situation and choices; b) the applicable legal regime of the respective country and its purpose; c) the relevant duration, especially in the light of the purpose and the procedural protection enjoyed by applicants pending the events; and d) the nature and degree of the actual restrictions imposed on or experienced by the applicants». *Ibidem*. Allo stesso modo, CEDU [GC], sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, ric. n. 47287/15, par. 217.

¹⁰⁰ CEDU, *Ilias e Ahmed*, Partly Dissenting Opinion of Judge Bianku, joined by Judge Vučinić.

¹⁰¹ 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 *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, 3, pp. 193-208, p. 203.

¹⁰² C. Pitea, 2020, *cit*; 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*, 23.12.2019; F.L. Gatta, *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo "scontro" tra le corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito*, in *Osservatorio AIC*, settembre 2020; S. Zirulia, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema Penale*, 25.5.2020.

¹⁰³ «a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge; c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di

straniere: «(f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione».

Come anticipato, i casi sono tassativi, pur coprendo un ampio catalogo di situazioni in cui gli Stati fanno ricorso a misure coercitive, anche con riguardo a forme 'non tradizionali' di detenzione. La nozione di *lawfulness*, però, non si esaurisce nel rispetto del principio di tassatività, né in quello di riserva di legge (in base al quale la misura detentiva deve essere disciplinata, sia dal punto di vista sostanziale che procedurale, dal diritto interno). Si qualifica, infatti, come nozione più ampia posto che «in una società democratica, fondata sul principio del *rule of law*» il diritto alla libertà è della massima importanza e la privazione della libertà non può mai essere «arbitraria o ingiustificata»¹⁰⁴. Inoltre, i giudici hanno puntualizzato che qualsiasi eccezione al diritto in esame deve essere interpretata restrittivamente, e non può sconfinare dal perimetro tracciato dai sei casi contenuti nell'art. 5(1)¹⁰⁵. Al concetto di *lawfulness* possono dunque essere ricondotti: a) il rispetto della riserva di legge e del principio di certezza del diritto (*legal certainty*), che include anche una valutazione circa la qualità della legge; e, b) il rispetto del principio di tutela dall'arbitrarietà dell'azione statale, in conformità ai principi della *rule of law* propri degli Stati democratici. Inoltre, nella valutazione del rischio di arbitrarietà, la Corte fa generalmente riferimento anche al concetto di proporzionalità¹⁰⁶.

Con riferimento al requisito della riserva di legge, la Corte si riferisce in primo luogo all'esistenza e al rispetto della normativa interna. La detenzione sarà dunque illegittima in assenza di una base legale nell'ordinamento nazionale: nella celebre sentenza *Khlaifia*, riguardante il trattenimento di migranti tunisini all'interno del centro di prima accoglienza di Lampedusa e su alcune navi, la Corte ha sanzionato l'illegittimità della detenzione *sine titulo* disposta dalle autorità italiane: «That legislative ambiguity has given rise to numerous situations of *de facto* deprivation of liberty (...) Those considerations are sufficient for the Court to find that the applicants' deprivation of liberty did not satisfy the general principle of

sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso; d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione».

¹⁰⁴ CEDU, sentenza del 24 ottobre 1979, *Winterwerp v. the Netherlands*, ric. n. 6301/73, par. 39. Anche CEDU [GC], *S., V. e A. v. Denmark*, sentenza del 22 ottobre 2018, ric. n. 35553/12, n. 36678/12, n. 36711/2.

¹⁰⁵ CEDU, sentenza del 4 aprile 2000, *Witold Litwa v. Poland*, ric. n. 26629/95, par. 49; CEDU [GC], sentenza del 23 ottobre 2010, *Medvedyev v. France*, ric. n. 3394/03, par. 117.

¹⁰⁶ In termini generali, «for a measure to be regarded as proportionate and as necessary in a democratic society, the possibility of recourse to an alternative measure that would cause less damage to the fundamental right in issue whilst fulfilling the same aim must be ruled out». Così, ad es., in CEDU, sentenza del 12 settembre 2012, *Nada v. Switzerland*, ric. n. 10593/08, par. 183.

Cornelisse ha evidenziato come la Corte EDU ricorra al principio di proporzionalità «to find a fair balance between the protection of individual rights and the general interests of the community». G. Cornelisse, *A new articulation of human rights, or why the European Courts of human rights should think beyond Westphalian sovereignty*, in M. B. Dembour, T. Kelly, *Are human rights for migrants?: Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States*, London, 2011, pp. 99-109, p. 107.

legal certainty and was not compatible with the aim of protecting the individual against arbitrariness»¹⁰⁷.

Tuttavia, anche qualora vi sia una cornice giuridica, il rispetto del principio di certezza del diritto richiede che le prescrizioni siano sufficientemente accessibili, precise e prevedibili¹⁰⁸. Tali caratteristiche costituiscono un presidio a garanzia della conoscibilità della legge e della prevedibilità dell'applicazione della misura coercitiva¹⁰⁹. Già in *Amuur* la Corte aveva qualificato la privazione della libertà dei richiedenti asilo somali come arbitraria, poiché la normativa francese in cui poteva rinvenirsi una disciplina del confinamento degli stranieri in zone internazionali – una circolare adottata dal Ministero dell'interno – era eccessivamente generica e, soprattutto, inaccessibile¹¹⁰. Nell'ambito di *Khlaifia* si chiarisce che anche l'accordo informale di riammissione tra due Stati (Italia e Tunisia, nel caso di specie) non può rappresentare un'adeguata base legale per la detenzione, soprattutto quando non sia stato pubblicato¹¹¹. Nel caso *Sadakov*, la misura del trattenimento è stata considerata in contrasto con il principio di certezza del diritto poiché, sebbene giustificata dalla finalità di realizzare l'allontanamento dello straniero, la sua base legale era stata identificata unicamente in un provvedimento di espulsione che non precisava le modalità pratiche di esecuzione della decisione¹¹². Inoltre, la Corte ha sancito che i requisiti di certezza e accessibilità/prevedibilità della legge devono estendersi fino a comprendere anche l'indicazione di limiti temporali della misura, dei casi in cui questa può essere estesa o prorogata, e di rimedi effettivi attraverso i quali la persona possa contestare la legittimità della detenzione e la sua estensione¹¹³.

Da ultimo, quando i presupposti della misura sono disciplinati, oltre che dall'ordinamento interno, anche dal diritto internazionale o dell'Unione, dette norme assumeranno pari rilevanza. Ad esempio, il regime detentivo potrebbe risultare da una applicazione combinata delle direttive europee e delle leggi nazionali di trasposizione delle stesse. In queste ipotesi la detenzione sarà conforme al principio di legalità soltanto quando conforme ad ambedue le disposizioni normative, essendo lo Stato vincolato al rispetto di entrambe¹¹⁴. In *Suso Musa* e in *O.M.*, due casi attinenti alla detenzione di richiedenti asilo da parte di Paesi vincolati dalla

¹⁰⁷ CEDU [GC], *Khlaifia and others v. Italy*, par. 106.

¹⁰⁸ In originale: «sufficiently accessible, precise and foreseeable». *Ex multis*, CEDU, *Shamsa v. Poland*, par. 49; CEDU [GC], *Medvedyev v. France*, par. 80.

¹⁰⁹ CEDU, sentenza del 22 settembre 2009, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, ric. n. 30471/8, par. 130.

¹¹⁰ CEDU, *Amuur*, par. 53. Lo stesso ragionamento viene operato nel caso *Nolan and K.*, con riferimento alle 'Federal Guidelines' che disciplinavano le procedure da porre in essere all'interno degli aeroporti.

¹¹¹ «It was therefore not accessible to the applicants, who accordingly could not have foreseen the consequences of its application (see the case-law cited in paragraph 92 above). Moreover, the press release published on the website of the Italian Ministry of the Interior on 6 April 2011 merely referred to a strengthening of the border controls and the possibility of the immediate return of Tunisian nationals through simplified procedures (...) It did not, however, contain any reference to the possibility of administrative detention or to the related procedures». CEDU, *Khlaifia and others*, par. 102.

¹¹² CEDU, sentenza del 22 maggio 2008, *Sadakov v. Bulgaria*, ric. n. 75157/01. Allo stesso modo, anche CEDU, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, par. 133, e, di recente, CEDU, sentenza del 28 marzo 2017, *Z.A. and others*, ric. n. 61411/15 et al., par. 165.

¹¹³ CEDU, sentenza del 20 settembre 2011, *Lokpo and Touré v. Hungary*, ric. n. 10816/10; CEDU, sentenza del 19 maggio 2016, *J.N. v. the United Kingdom*, ric. n. 37289/12.

¹¹⁴ CEDU, sentenza del 17 aprile 2018, *Paci c. Belgique*, ric. n. 45579/09 e CEDU, sentenza del 17 aprile 2018, *Pirozzi c. Belgique*, ric. n. 21055/11. Entrambi i casi riguardavano l'applicazione di una misura detentiva nell'ambito dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo.

normativa europea in materia di asilo, la Corte ha chiarito che quando gli Stati abbiano creato ulteriori diritti o definito uno statuto più favorevole per il migrante (in applicazione del diritto dell'Unione europea), che autorizza esplicitamente l'ingresso o il soggiorno in attesa di una domanda di asilo, il conseguente trattenimento per prevenire un ingresso non autorizzato può sollevare un problema di legittimità del trattenimento ai sensi dell'art. 5(1) lett.f)¹¹⁵. Come si vedrà, però, la Corte non ha mai portato a compimento il ragionamento qui solo abbozzato, riconoscendo apertamente una violazione dell'art. 5 CEDU nei casi in cui era stato violato il diritto dell'Unione e, nei casi specifici, le Direttive in materia di asilo che qualificano la presenza del richiedente asilo come regolare sul territorio.

Passando all'esame del principio di 'non arbitrarietà' della detenzione, la Corte sottolinea che «a deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the Convention»¹¹⁶. La casistica in tema di arbitrarietà della detenzione è molto varia, e riflette l'approccio *case-by-case* da sempre seguito dai giudici di Strasburgo per individuare una violazione della Convenzione. Non è mai stato sviluppato un *numerus clausus* di ipotesi, ma dalla giurisprudenza della Corte emerge che l'arbitrarietà è stata ricondotta, ad esempio: alla malafede o l'inganno da parte delle autorità¹¹⁷; al caso in cui la persona abbia già scontato la pena e venga nuovamente privata della libertà unicamente per scopi preventivi¹¹⁸; all'insussistenza di un nesso tra il motivo di privazione della libertà autorizzata invocato e il luogo e le condizioni di detenzione¹¹⁹; all'assenza di proporzionalità tra il motivo di detenzione invocato e la detenzione in questione¹²⁰. In casi riguardanti la detenzione di soggetti affetti da alcolismo, o motivata da ragioni di tutela della salute pubblica (ai sensi dell'art. 5(1) lett. e)), la Corte ha ritenuto che la misura potesse considerarsi legittimamente disposta solo dopo che altre misure meno severe erano state prese in considerazione, e ritenute insufficienti a salvaguardare l'interesse individuale o pubblico rilevante nel caso di specie¹²¹. In numerose pronunce la Corte EDU ha richiesto che «the deprivation of liberty must show to have been necessary in the circumstances»¹²².

I requisiti di necessità e proporzionalità della misura – componenti chiave di una valutazione circa l'arbitrarietà della detenzione – sono, invece, scarsamente tenuti in considerazione nell'ambito delle decisioni attinenti alla privazione della libertà degli stranieri. Per esplicito riconoscimento dei giudici europei, «these principles should be applied in a flexible manner having regard to the degree of overlap among them and given that the notion of arbitrariness varies to a certain extent depending on the type of detention involved»¹²³. Pertanto, mentre i

¹¹⁵ CEDU, sentenza del 23 luglio 2013, *Suso Musa v. Malta*, ric. n. 9912/15; CEDU, sentenza del 5 luglio 2016, *O.M. v. Hungary*, ric. n. 9912/5.

¹¹⁶ CEDU [GC], sentenza del 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, ric. n. 13229/03.

¹¹⁷ CEDU, sentenza del 5 febbraio 2002, *Conka v. Belgium*, ric. n. 51564/99.

¹¹⁸ CEDU, sentenza del 17 dicembre 2009, *M. v. Germany*, ric. n. 19359/04.

¹¹⁹ CEDU, sentenza del 28 febbraio 1988, *Bouamar v. Belgium*, ric. n. 9106/80.

¹²⁰ CEDU, sentenza del 18 settembre 2012, *James, Wells and Lee v. the United Kingdom*, ric. n. 25119/09, 57715/09, 57877/09.

¹²¹ CEDU, sentenza del 4 aprile 2000, *Witold Litwa v. Poland*; CEDU, sentenza del 25 gennaio 2005, *Enhorn v. Sweden*, ric. n. 56529/00; CEDU, sentenza del 5 ottobre 2000, *Varbanov v. Bulgaria*, ric. n. 31365/96.

¹²² CEDU, sentenza del 20 aprile 2010, *C.B. c. Roumanie*, ric. n. 21207/03; CEDU, sentenza del 19 febbraio 2015, *M.S. v. Croatia*, ric. n. 75450/12.

¹²³ CEDU [GC], *Saadi v. the United Kingdom*, par. 68.

principi di legalità, certezza del diritto e riserva di legge non subiscono torsioni significative quando applicati all'ambito della detenzione amministrativa, lo stesso non può dirsi dei requisiti di necessità e proporzionalità: pare perciò che le regole sul trattenimento si qualificano come *lex specialis*, e derogatoria, rispetto ai principi generali sviluppati dalla giurisprudenza di Strasburgo. Un simile atteggiamento può essere spiegato soltanto se si ha riguardo per le finalità attribuite dalla Corte europea alla misura: la gestione dei flussi migratori, prerogativa quest'ultima che rientra tra i poteri sovrani degli Stati. Per la Corte, dunque, le misure incidenti sulla libertà personale, anche quando ne comportino una privazione, rappresentano un corollario inevitabile della necessità di realizzare le procedure amministrative relative all'ingresso nel territorio e sono espressione dell'ineludibile diritto degli Stati sovrani di controllare le proprie frontiere¹²⁴. Diversi autori e autrici hanno ritenuto che in tale 'deferenza' alle ragioni statali debba rinvenirsi l'inferiore livello di protezione offerto dalla Corte EDU alla libertà dei cittadini stranieri, se confrontato con i principi generali elaborati con riferimento agli altri casi tassativi di privazione della libertà di cui all'articolo 5 CEDU.

L'indulgenza della Corte ha fatto sì che la detenzione amministrativa sia assoggettata ad un «looser set of normative constraints»¹²⁵. L'esame di alcuni casi fondamentali nell'evoluzione del *case law* della Corte consentirà di comprendere appieno l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 5(1) lett. f) e le modalità con cui il principio di non arbitrarietà si atteggia in questo ambito.¹²⁶ In dottrina si è parlato, in proposito, di una 'curvatura' che le norme a portata generale assumono quando si applicano ai cittadini stranieri¹²⁷, in linea con i mai sopiti sospetti circa la piena universalità dei diritti umani dei migranti¹²⁸.

Come detto, la privazione della libertà dello straniero è ammessa per due ordini di ragioni¹²⁹: a) quando occorra prevenire il suo ingresso non autorizzato sul territorio; b) quando sia in corso un procedimento di espulsione o estradizione. I punti di riferimento per orientarsi in merito alla *lawfulness* della detenzione in questi due contesti sono i casi *Chahal* e *Saadi*.

Nel primo caso, *Chahal*, la Corte europea ha preso in esame la seconda ipotesi e si è pronunciata sulla *lawfulness* della misura applicata dal governo inglese per eseguire l'espulsione del migrante irregolare. Lo straniero, considerato un pericolo per l'ordine

¹²⁴ Così R. Palladino, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, 2018, p. 221.

¹²⁵ C. Costello, *Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet*, in *Current Legal Problems*, 2015, 68, pp. 143-177, p. 147.

¹²⁶ Sulla differenza di approccio della Corte EDU, in aggiunta alla dottrina già citata (note 87 e 88), anche I. Bryan, P. Langford, *The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 2011, 80, pp. 193-218; D. Loprieno, *Trattenere e punire*, p. 69 e ss.; R. Palladino, *La detenzione dei migranti*, p. 60 e ss.

¹²⁷ E. Cannizzaro, *I diritti degli stranieri nella CEDU*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, 2016, p. 40.

¹²⁸ M.B. Dembour, T. Kelly, *Are human rights for migrants? Critical reflection on the status of irregular migrants in Europe and in the United States*, London, 2011. Della stessa autrice, anche M.B. Dembour, *The migrant case law of the European Court of Human Rights: critique and ways forward*, in B. Çalı, L. Bianku, and I. Motoc, *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018, pp. 19-40.

¹²⁹ Ragioni particolarmente generiche tanto che, secondo Costello, non possono essere qualificate come veri e propri «grounds, in the true sense of justification for detention in the individual case», con la conseguenza che la detenzione amministrativa contemplata dalla CEDU sarebbe «groundless», e pertanto «that should be highly suspect from a liberty-protective point of view». C. Costello, 2015, p. 146.

pubblico, è stato detenuto per tre anni in vista dell'allontanamento prima che ne venisse riconosciuta l'inespellibilità. Per la Corte l'art. 5(1) lett.f) non richiede che la detenzione giustificata dalla necessità di eseguire l'espulsione sia *anche* necessaria, ad esempio per prevenire un rischio di fuga. Viene espressamente ammesso che la protezione offerta in questa sede è differente da quella, ad esempio, di cui all'art. 5(1) lett.c), che riguarda la detenzione nell'ambito di un procedimento penale. Ne discende altresì l'irrilevanza delle ragioni che giustificano l'espulsione¹³⁰. Un parziale correttivo all'esclusione del requisito della necessità in concreto è stato individuato soltanto nelle ipotesi in cui sia lo stesso diritto nazionale ad indicare presupposti ulteriori a giustificazione del trattenimento: ad esempio, nel caso *Rusu*, la Corte ha osservato che «while the necessity of detention with a view to expulsion is not required by the wording of Article 5 § 1 (f) of the Convention, it may be required under the domestic law to which that provision refers»; se, come nel caso della legislazione austriaca, la detenzione è configurata come necessaria per raggiungere uno scopo individuato dalla norma, una sua applicazione senza che siano state previamente considerate misure meno severe funzionali allo stesso scopo si configurerà come arbitraria¹³¹.

In questa prospettiva, l'obbligo per gli Stati membri di recepire nel diritto interno le previsioni del diritto dell'Unione assume particolare rilevanza. Se, infatti, l'art. 15 dir. 2008/115/CE impone che in sede di esecuzione del rimpatrio il trattenimento sia giustificato soltanto per prevenire un rischio di fuga o per evitare che lo straniero ostacoli il rimpatrio, tali obiettivi vincoleranno gli Stati. Può dunque inferirsi che, in tutte le situazioni in cui il trattenimento applicato nell'ambito di un procedimento di espulsione non sia funzionale ad uno dei due scopi indicati dall'art. 15, si porrà in contrasto con il principio di arbitrarietà ex art. 5(1) CEDU. In realtà, come già osservato in precedenza, l'ampio margine di discrezionalità concesso agli Stati nel definire il contenuto della nozione di rischio di fuga indebolisce il requisito della necessità in concreto previsto nel diritto UE¹³².

La scarsa rilevanza dei principi di necessità e proporzionalità è emersa anche con riferimento alla privazione della libertà funzionale al controllo delle migrazioni in ingresso (*pre-admittance detention*), a partire dalla sentenza *Saadi*, tanto fondamentale quanto controversa¹³³. Il caso riguardava il trattenimento di un richiedente asilo che aveva appena fatto ingresso nel Paese, giustificato unicamente dalla volontà di condurre una procedura di asilo accelerata per l'esame

¹³⁰ CEDU, sentenza del 15 novembre 1996, *Chahal v. the United Kingdom*, ric. n. 22414/93, par. 112. Dette conclusioni sono state riaffermate anche in sentenze successive: CEDU, sentenza del 5 febbraio 2002, *Čonka v. Belgium*, ric. n. 51564/99. CEDU, sentenza del 23 ottobre 2008, *Soldatenko v. Ukraine*, ric. n. 2440/07.

¹³¹ CEDU, sentenza del 2 ottobre 2008, *Rusu v. Austria*, ric. n. 34082/02, par. 58. Di recente, anche CEDU, sentenza del 25 gennaio 2018, *J.R. et Autres c. Grèce*, ric. n. 22696/16.

¹³² Sul punto, I. Majcher, *The European Union Return Directive and its compatibility with international human rights law*, Leiden, 2019, pp. 351 e ss.

¹³³ I giudici della Corte si sono divisi nell'adottare la decisione, come ben rappresentato dalla *Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann and Hirvelä*. I giudici dissenzienti hanno evidenziato come la conclusione della Corte autorizzasse il trattenimento indiscriminato dei richiedenti asilo, quantomeno per un tempo pari ad una settimana, senza alcuna valutazione del caso individuale e, pertanto potesse avere quale conseguenza quello di criminalizzare i richiedenti asilo. La conclusione cui giungono è tanto provocatoria quanto incisiva: «Are we now also to accept that Article 5 ECHR, which has played a major role in ensuring controls of arbitrary detention, should afford a lower level of protection as regards asylum and immigration which, in social and human terms, are the most crucial issues facing us in the years to come? Is it a crime to be a foreigner? We do not think so» (*Dissenting opinion*, par. 35).

della sua domanda. Le autorità avevano riconosciuto che non vi era alcuna necessità ulteriore, escludendo la sussistenza di un rischio di fuga, ma avevano nondimeno trattenuto il migrante, per sette giorni in totale, per esaminare la domanda di asilo: il trattenimento si fondava su una mera *administrative convenience*¹³⁴.

Il punto di partenza del ragionamento della Corte europea è che la detenzione «in ingresso» è «espressione del diritto innegabile degli Stati contraenti di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri sul loro territorio»¹³⁵. Pertanto, fintantoché la persona straniera non abbia ottenuto una autorizzazione a fare ingresso e risiedere nel Paese, la detenzione può ragionevolmente essere considerata finalizzata a prevenire l'ingresso illegale e tanto basta a renderla legittima¹³⁶. La condizione di «persona non autorizzata» (non essendo essa «*lawfully at large in a country*») la esclude dalla comunità dei soggetti titolari di un diritto *pieno* alla libertà personale: non è necessario, in questi casi, andare alla ricerca di *reasonable balance* tra le esigenze della società e la libertà dell'individuo (come avviene nell'ambito del diritto penale)¹³⁷. La differenza nelle posizioni dei titolari del diritto alla libertà personale – cittadini o stranieri regolari già presenti sul territorio, gli uni; irregolari, gli altri – giustifica una tutela affievolita anche con riguardo a coloro che non hanno ancora fatto ingresso nel Paese. Così come già statuito in *Chahal* per la misura detentiva eseguita per consentire l'espulsione, anche nell'ipotesi della *pre-admittance detention* la Corte non richiede che questa sia «*reasonably considered necessary, for example to prevent his committing an offence or fleeing*»¹³⁸.

Può concludersi che nei due *leading case* in materia di detenzione amministrativa la Corte europea ha ritenuto di non dover informare la sua valutazione al rispetto dei principi di stretta necessità o di proporzionalità, dal momento che questa forma di privazione della libertà può – in una certa misura – essere giustificata dalla prerogativa sovrana dello Stato di controllo dei flussi migratori. Nondimeno, anche nella sfera dell'art. 5(1) lett.f) si sono col tempo affermate interpretazioni tese a limitare la discrezionalità degli Stati: ciò è avvenuto soprattutto nell'ambito della *pre-removal detention*. La Corte ha in diverse occasioni riconosciuto che l'assenza di *due diligence* da parte delle autorità nell'esecuzione dell'allontanamento possa essere un sintomo del carattere arbitrario della detenzione: già in *Chahal* i giudici anticipavano questa linea argomentativa, evidenziando che la detenzione è giustificata soltanto finché le procedure di rimpatrio sono condotte diligentemente: «*if such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible*»¹³⁹. In *Raza*, la Corte ribadisce che in caso di negligenza o di inerzia delle autorità, la detenzione dovrà immediatamente cessare. Il caso in esame riguardava il trattenimento a fini di espulsione di un cittadino pakistano, protrattosi per due anni e cinque mesi; dopo il suo rilascio, le autorità applicavano

¹³⁴ D. Wilsher, 2012, p. 153.

¹³⁵ Nell'originale: «it was a normal part of States' "undeniable right to control aliens' entry into and residence in their country" that States were permitted to detain would-be immigrants who had applied for permission to enter, whether by way of asylum or not». CEDU [GC], *Saadi v. the United Kingdom*, par. 44.

¹³⁶ *Ibidem*. Per un commento al caso, V. Moreno-Lax, *Beyond Saadi v. UK: Why The 'Unnecessary' Detention of Asylum Seekers Is Inadmissible Under EU law*, in *Human Rights and International Legal Discourse*, 2011, 5, n. 2, pp. 166-206, p. 182; C. Costello, 2015.

¹³⁷ CEDU [GC], *Saadi v. the United Kingdom*, par. 45.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ CEDU, *Chahal v. the United Kingdom*, par. 13.

la misura alternativa di presentazione periodica avanti alle autorità di polizia. La Corte ha evidenziato che non era emersa alcuna «indication that they [le autorità bulgare] pursued the matter vigorously or endeavoured entering into negotiations with the Pakistani authorities with a view to expediting its delivery»¹⁴⁰, e che, al contempo, l'amministrazione aveva dimostrato di avere a sua disposizione misure meno coercitive per assicurare l'esecuzione dell'espulsione. Per tali ragioni, i giudici hanno concluso che, oltre all'inerzia, non vi fosse stata nemmeno una buona fede (da parte delle autorità) e hanno considerato la detenzione arbitraria. In *Tabesh*, la Corte si è confrontata con una misura detentiva che, sulla base della legge greca, poteva essere prorogata al massimo fino a tre mesi: tale estensione è stata ritenuta irragionevole poiché in tutto il periodo considerato le autorità sono rimaste inerti e non hanno attivato alcuna procedura volta all'ottenimento della documentazione necessaria per effettuare il rimpatrio; ne deriva che la detenzione non era effettivamente funzionale all'obiettivo di allontanare lo straniero e, dunque, non poteva considerarsi legittima¹⁴¹.

L'imprecindibilità del nesso tra la detenzione e lo svolgimento della procedura di rimpatrio rappresenta, in effetti, uno dei terreni su cui la Corte EDU si è mostrata più garantista: in *Mikolenko* i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a pronunciarsi su una detenzione protrattasi per tre anni e undici mesi, che sarebbe stata giustificata – secondo il governo estone – dalla mancata cooperazione del ricorrente, ma durante la quale le autorità erano rimaste inattive per periodi relativamente lunghi. La Corte ha rilevato che ben presto si era profilata l'assenza di prospettive di rimpatrio, e ciò non solo per l'atteggiamento non collaborativo dello straniero, ma anche per la mancata cooperazione del Paese di destinazione. Secondo l'iter argomentativo seguito nella sentenza, in assenza di una prospettiva realistica di rimpatrio («realistic prospect of removal») la detenzione disposta a fini di espulsione si configura come arbitraria¹⁴². Si delinea così una stretta correlazione tra l'indagine circa la durata eccessiva del trattenimento e quella in merito alla ragionevolezza delle prospettive di rimpatrio: anche brevi periodi di detenzione sono illegittimi, se dalle circostanze del caso concreto emerge che l'allontanamento è, di fatto, impossibile¹⁴³.

A differenza di quanto previsto dal diritto dell'Unione, infatti, nel sistema convenzionale non è contemplato un limite massimo per la durata della detenzione amministrativa. La valutazione circa l'irragionevole durata temporale della misura è operata in relazione alle

¹⁴⁰ Inoltre, la Corte nota incidentalmente che il periodo di detenzione è stato anche più lungo di quanto consentito in base all'art. 15 dir. 2008/115/CE, recepita dalla Bulgaria nelle more del procedimento di espulsione del sig. Raza. CEDU, sentenza dell'11 febbraio 2010, *Raza v. Bulgaria*, ric. n. 31465/08, par. 73-75. In materia di *due diligence* e durata eccessiva della detenzione, anche: CEDU, sentenza del 22 marzo 1995, *Quinn c. France*, ric. n. 18580/91; CEDU, sentenza del 12 febbraio 2013, *Amie and Others v. Bulgaria*, ric. n. 58149/08; CEDU, *Louled Massoud v. Malta*, cit; da ultimo, CEDU, sentenza del 29 giugno 2021, *Monir Lotfy v. Cyprus*, ric. n. 37139/13, in cui la Corte riscontra una *bad faith* da parte delle autorità che, a seguito dell'ordine di immediata liberazione adottato dalla Corte Suprema, ri-arrestavano immediatamente il ricorrente, il quale: «despite the issuance of the writ of habeas corpus, was not in reality able to regain his liberty on that date as he was rearrested by the authorities while still at the court on the basis of new deportation and detention orders issued against him on the same grounds as those cited in respect of the first orders» (par. 207).

¹⁴¹ CEDU, sentenza del 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grèce*, ric. n. 8256/07.

¹⁴² CEDU, sentenza dell'8 ottobre 2009, *Mikolenko v. Estonia*, ric. n. 10664/05, par. 68.

¹⁴³ Così, ad esempio, il protrarsi della misura per 21 giorni è stata giudicata arbitraria, in assenza di prospettive di rimpatrio: CEDU, sentenza del 21 luglio 2015, *H.S. v. Cyprus*, ric. n. 41753/10.

caratteristiche del caso concreto, secondo un giudizio improntato, sostanzialmente, al principio di proporzionalità¹⁴⁴. In *N.* la Corte europea ha ribadito che «the principle of proportionality applied to detention under Article 5 § 1 (f) only to the extent that the detention should not continue for an unreasonable length of time». Inoltre, i giudici si sono confrontati con la normativa europea in materia di detenzione dello straniero irregolare (che, occorre precisare, non aveva carattere vincolante per lo Stato convenuto), e hanno sostenuto che la soluzione privilegiata dal diritto UE (individuazione di un termine massimo di trattenimento) non può essere ritenuta l'unica compatibile con i criteri riconducibili all'art. 5(1) lett.f). In altre parole, la Corte di Strasburgo non intende imporre uno standard uniforme in tema di durata della detenzione, ma piuttosto promuove una interpretazione aderente al caso concreto, avuto riguardo per le circostanze particolari di ogni specifica situazione¹⁴⁵. Per un verso, la CEDU ha escluso di potersi ritenere vincolata dai parametri della Direttiva in sede di interpretazione della legittimità della misura detentiva; per altro verso, il riferimento al diritto UE può essere letto come sintomatico della ricerca di standards minimi comuni ai due ordinamenti. In sostanza, la Corte ha forse inteso tracciare i confini della reciproca influenza che i sistemi di tutela dei diritti fondamentali esercitano l'uno verso l'altro, richiamandosi, paradossalmente, al rispetto di quel principio di proporzionalità che non ha mai voluto includere esplicitamente tra i parametri interpretativi cui rifarsi in questo ambito.

In sostanza, sembra potersi inferire che, anche quando la legislazione interna stabilisca dei limiti massimi per la detenzione, il mero rispetto di quei termini non sia sufficiente a privare la misura di un carattere di arbitrarietà, se l'amministrazione non agisce con *due diligence* e se la detenzione non appare strettamente funzionale allo scopo previsto dalla legge e dall'art. 5 CEDU¹⁴⁶. Lo stesso deve valere quando i termini massimi siano imposti dal diritto dell'Unione europea, come avvenuto con l'art- 15 dir. 2008/115/CE: la Corte ha chiarito che il rispetto dei termini massimi di 18 mesi di cui alla normativa UE «cannot automatically be regarded as bringing the applicant's detention into line with Article 5 § 1 (f) of the Convention»¹⁴⁷.

3.3 Is it a crime to seek asylum? L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo sul trattenimento dei richiedenti asilo tra automatismi e involuzioni

Nonostante, come visto, la tutela accordata alle persone migranti sia inferiore rispetto a quella che discende dalle altre ipotesi dell'art. 5(1) CEDU, le ultime considerazioni svolte hanno acclarato che in materia di detenzione finalizzata all'espulsione la giurisprudenza della

¹⁴⁴ J.R. Ramos, *The right to liberty of asylum seekers and the European Courts of Human Rights in the aftermath of the 2015 refugee crisis*, in *Revista Electronica de Estudios Internacionales*, 2020.

¹⁴⁵ In originale: «The Court has therefore resisted interpreting Article 5 so as to impose a uniform standard on Contracting States (...); rather, the existence of otherwise of fixed time-limits cannot be considered in the abstract but should instead be viewed in the context of the immigration detention system taken as a whole (...) having regard to the particular facts of each individual case». CEDU, *J.N. v. the United Kingdom*, cit. par. 91-92.

¹⁴⁶ *Mutatis mutandis*, CEDU, sentenza del 24 marzo 2015, *Gallardo Sanchez v. Italy*, ric. n. 11620/07; e CEDU, sentenza dell'11 ottobre 2011, *Auad v. Bulgaria*, ric. n. 46390/10, in cui la Corte sostiene che «even where domestic law does lay down time-limits, compliance with those time-limits cannot be regarded as automatically bringing the applicant's detention into line with Article 5 § 1(f) of the Convention» (par. 131).

¹⁴⁷ CEDU, sentenza del 11 ottobre 2011, *Auad v. Bulgaria*, ric. n. 46390/10, par. 131.

Corte ha sviluppato alcune importanti garanzie volte a limitare l'ampia discrezionalità statale, soprattutto quando la condotta delle autorità si caratterizza per negligenza, o in assenza di prospettive di rimpatrio.

Pare, invece, più sdruciolevole il percorso seguito dai giudici europei in materia di trattenimento del richiedente asilo: tale misura è normalmente giustificata sulla base del primo periodo dell'art. 5(1) lett. f), dal momento che gli Stati vi fanno ricorso nei confronti dei richiedenti protezione intercettati alle frontiere, in occasione del loro ingresso nel Paese. Non sono però mancati casi in cui la detenzione del richiedente asilo è avvenuta nell'ambito di una procedura finalizzata al rimpatrio, ed è stata considerata legittima dalla Corte. Molto spesso, poi, le fasi di ingresso irregolare, svolgimento della procedura di asilo, ed esecuzione dell'espulsione (a seguito del rigetto della domanda di protezione) si susseguono senza soluzione di continuità¹⁴⁸. In *Chahal*, ad esempio, il trattenimento finalizzato all'espulsione riguardava il caso di un richiedente asilo la cui domanda di protezione era stata rigettata, ma il cui rimpatrio, secondo la Corte di Strasburgo, avrebbe comportato una violazione dell'art. 3 CEDU: si trattava di un soggetto inespellibile. Ciononostante, i giudici europei hanno giudicato la misura detentiva a lui applicata conforme all'art. 5, perché basata su disposizioni di diritto interno e finalizzata all'allontanamento dello straniero: la domanda di asilo aveva rappresentato unicamente un incidente di esecuzione nell'ambito del procedimento di espulsione.

Ciò potrebbe apparire *prima facie* una contraddizione in termini: la pendenza di una domanda di protezione internazionale è incompatibile con il rimpatrio del richiedente, in ossequio al principio di *non-refoulement*¹⁴⁹. È quanto successivamente riconosciuto dalla stessa Corte nelle sentenze *S.D.* e *R.U.*, riguardanti richiedenti asilo trattenuti in Grecia in pendenza dell'esame della domanda. In *R.U.*, in particolare, si legge chiaramente che «il diritto internazionale e nazionale, in particolare gli articoli 31-33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati e l'articolo 1 del decreto presidenziale n. 61/1999, stabilisce che l'espulsione di una persona che ha presentato una domanda di asilo non è consentita fino a quando la domanda non è stata esaminata in via definitiva»¹⁵⁰. La posizione assunta nei casi greci appare in linea con il diritto dell'Unione che traccia una chiara linea di confine tra la detenzione applicabile ai migranti irregolari destinatari di un provvedimento di espulsione e i richiedenti asilo, i quali devono considerarsi tali fino all'adozione di una decisione definitiva sulla loro domanda¹⁵¹. Una differenza essenziale con il caso *Chahal* è che il diritto greco

¹⁴⁸ Così, ad esempio, in CEDU, sentenza del 14 gennaio 2021, *E.K. c. Grèce*, ric. n. 73700/13; e in CEDU, sentenza del 6 novembre 2018, *K.G. c. Belgique*, ric. n. 52548/15.

¹⁴⁹ Sul tema, *ex multis*, R.M.M. Wallace, *The principle of non-refoulement in international refugee law*, in V. Chetail, C. Bauloz (a cura di), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, 2014, pp. 417-438; A. Lang, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in S. Amadeo, F. Spitaleri (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 209-244.

¹⁵⁰ In francese nel testo originale: «il ressort du droit international et national, à savoir les articles 31-33 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés et 1 du décret présidentiel no 61/1999, que l'expulsion d'une personne ayant soumis une demande d'asile n'est pas permise jusqu'au traitement définitif de ladite demande». CEDU, sentenza del 7 giugno 2011, *R.U. c. Grèce*, ric. n. 2237/08, par. 94.

¹⁵¹ La decisione è stata adottata dopo l'adozione della dir. 2008/115/CE e a seguito della decisione della Corte di Giustizia nel caso *Kadzoev*, in cui si sanciva 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

sancisce espressamente che la detenzione ai fini di espulsione viene mantenuta soltanto finché la misura ablativa può essere effettivamente eseguita¹⁵². Di conseguenza, il mantenimento dello straniero in detenzione a seguito della presentazione della domanda è stato qualificato come arbitrario. Attraverso detta conclusione, successivamente ribadita in un altro caso che coinvolgeva la Grecia,¹⁵³ la Corte sembrava aver posto le basi per il consolidamento di una posizione maggiormente garantista in termini di tutela dei richiedenti asilo trattenuti, in linea con i principi della Convenzione di Ginevra e con il principio di *non-refoulement*. In *Chahal* come nei casi greci, però, l'iter argomentativo prendeva le mosse dalla questione del rispetto del diritto nazionale: ed infatti, in casi più recenti, la Corte EDU è tornata sulla *detainability* dei richiedenti asilo affermando che l'art. 5(1) lett.f) secondo periodo non è, di per sé, incompatibile con l'applicazione della misura restrittiva in pendenza della domanda di protezione. Diventa illegittima solo quando l'ordinamento interno – eventualmente in applicazione del diritto UE – la vieti espressamente.

Sono emblematiche le osservazioni svolte nel caso *Nabil and Others*, riguardante il trattenimento di richiedenti asilo somali presso la zona di transito di Röszke, in Ungheria. La Corte ha ritenuto che la pendenza della domanda di asilo non comportasse di per sé che la detenzione non era più disposta «in vista dell'espulsione» poiché un eventuale rigetto della domanda avrebbe potuto riaprire la strada all'esecuzione dell'ordine di espulsione¹⁵⁴. È evidente che a partire da *Nabil and Others* l'orientamento della Corte ha subito una virata in senso meno garantista rispetto alla giurisprudenza precedente, poiché si ammette che la «close connection with deportation» sia soddisfatta dall'eventualità, del tutto ipotetica, che in caso di rigetto della domanda di asilo lo straniero verrà rimpatriato¹⁵⁵. Detto orientamento ha portato, negli anni più recenti, ad avallare la prassi greca di trattenere i richiedenti asilo che al momento del loro ingresso sul territorio via mare ricevevano un decreto di espulsione sulla base dell'accordo UE-Turchia¹⁵⁶, provvedimento poi sospeso per la durata dell'esame della loro domanda di asilo, tempestivamente presentata: nei casi *J.R.* e *O.S.A.* la Corte ha concluso che la detenzione all'interno dell'*hotspot* di Vial, a Chios (della durata di un mese)¹⁵⁷, era stata disposta

forza delle direttive 2003/9 e 2005/85 e delle disposizioni nazionali applicabili, rientrano in distinti regimi giuridici». CGUE, *Kadzoev*, par. 45. La Corte è di recente tornata sul momento in cui il rimpatrio del richiedente asilo diventa eseguibile nel caso *Gnandi*: CGUE, *Gnandi*, ove si afferma che la decisione di rigetto della domanda di asilo può essere cumulata con un provvedimento di espulsione, nonostante questo debba restare sospeso durante l'esame del ricorso avverso la decisione negativa in materia di protezione.

¹⁵² CEDU, sentenza dell'11 maggio 2009, *S.D. c. Grèce*, ric. n. 53541/07, par. 62; CEDU, *R.U. c. Grèce*, par. 95.

¹⁵³ CEDU, sentenza del 25 settembre 2012, *Ahmade c. Grèce*, 50520/09.

¹⁵⁴ La misura detentiva applicata nel caso concreto è poi stata giudicata arbitraria, e dunque in contrasto con l'art. 5 CEDU, poiché non era stata rispettata la normativa interna in materia di proroga del trattenimento, che imponeva un requisito di necessità. CEDU, sentenza del 22 settembre 2015, *Nabil and Others v. Hungary*, ric. n. 62116/2012, par. 38.

¹⁵⁵ Così anche, CEDU, sentenza dell'11 febbraio 2016, *R.T. c. Grèce*, ric. n. 5124/11;

¹⁵⁶ Consiglio europeo, Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016. Sulle conseguenze dell'accordo: M. Marchegiani, L. Mariotti, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2016, pp. 59-82, e C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 10, pp. 405-426.

¹⁵⁷ Quanto alla natura della privazione della libertà, la Corte ha valutato che «le 21 avril 2016, le centre Vial ayant été transformé en centre semi-ouvert, les requérants avaient la faculté de sortir pendant toute la journée quitte à y revenir pour la nuit. La Cour constate donc que si du 21 mars au 21 avril 2016, les requérants se trouvaient « en

inizialmente con l'obiettivo di assicurare l'esperimento dell'espulsione e pertanto, nonostante fosse successivamente intervenuta una domanda di asilo, era da ritenersi legittima¹⁵⁸. Da ultimo, nel caso *Komissarov*, la Corte ha nuovamente confermato che «the applicant's detention pending extradition cannot as such be considered arbitrary, since it was due to the fact that his extradition had already been authorised»¹⁵⁹. Tuttavia, in questo caso, la detenzione è stata considerata arbitraria per l'eccessivo prolungarsi della detenzione, causata dai ritardi nell'esame della domanda di asilo: viene recuperato l'elemento della *due diligence* delle autorità, richiesta sia in sede di espulsione che in sede di procedura di asilo¹⁶⁰.

In sostanza, la Corte EDU è giunta ad ammettere che la detenzione del richiedente asilo possa essere giustificata dall'esigenza di realizzare il rimpatrio – ancorché tale procedimento non possa dirsi «in progress» in pendenza dell'esame della domanda di protezione¹⁶¹ – riconducendola all'esigenza degli Stati di garantire l'effettività delle politiche di allontanamento dei migranti. Tale orientamento riflette la deferenza della Corte nei confronti degli interessi statali e segna una involuzione – o meglio un ritorno alle origini – della sua giurisprudenza, che si ripositiona sulle orme di *Chahal*¹⁶².

Al contempo, il trattenimento del richiedente protezione è stato ampiamente giustificato sulla base della prima parte dell'art. 5(1) lett.f), in quanto funzionale a prevenire l'ingresso non autorizzato del migrante. La Corte ha sviluppato una concezione molto ampia del concetto di «unauthorised entry», capace di estendersi a tutte le situazioni in cui il diritto interno dello Stato non abbia esplicitamente autorizzato l'ingresso e il soggiorno della persona straniera. Come già osservato, sin dal caso *Saadi*, per la Corte di Strasburgo l'asilante non può essere considerato come legittimamente presente nel territorio dello Stato¹⁶³: una lettura della prima

détention », à partir de cette dernière date, ils ne faisaient l'objet que d'une simple restriction de mouvement». CEDU, sentenza del 25 gennaio 2018, *J.R. et Autres c. Grèce*, ric. n. 22696/16, par. 86.

¹⁵⁸ «La Cour estime que la situation litigieuse tombe sous le coup de l'alinéa f) de l'article 5 § 1 de la Convention et qu'elle trouve un fondement en droit interne. Elle considère que la détention des requérants avait pour but de les empêcher de séjourner de façon irrégulière sur le territoire grec, de garantir leur éventuelle expulsion, et de les identifier et de les enregistrer dans le cadre de la mise en œuvre de la Déclaration UE-Turquie. Par conséquent, elle juge que la bonne foi des autorités compétentes ne peut pas être mise en question en l'espèce. 113. En l'espèce, la Cour note que la privation de liberté des requérants était fondée sur l'article 76 de la loi no 3386/2005 et qu'elle visait d'abord à garantir la possibilité de procéder à leur expulsion». CEDU, *ivi*, par. 112; Corte EDU, sentenza del 21 marzo 2019, *O.S.A. et Autres c. Grèce*, ric. n. 39065, par. 64-68.

¹⁵⁹ CEDU, sentenza del 3 febbraio 2022, *Komissarov v. Czech Republic*, ric. n. 20611/17, par. 48. Non può tacersi che il trattenimento del richiedente asilo che abbia presentato domanda durante la fase di esecuzione dell'espulsione può, in certi casi (quando è dimostrata la strumentalità della domanda) essere ammessa anche in base al diritto UE (art. 8, par. 3, lett.d) direttiva 2013/33).

¹⁶⁰ *Ivi*, par. 62. A siffatte conclusioni la Corte era giunta anche nel caso *A.E.*: CEDU, sentenza del 27 febbraio 2015, *A.E. c. Grèce*, par. 52.

¹⁶¹ In un caso precedente e riguardante la Grecia, la Corte aveva ritenuto che se il rimpatrio risulta impossibile durante la durata della detenzione, la procedura di allontanamento non può considerarsi «in progress». CEDU, sentenza del 21 giugno 2018, *S.Z. v. Greece*, ric. n. 66702/13.

¹⁶² Per Spijkerboer «Many consider the case law of the European courts since Khlaifia to constitute a rupture. However, both courts themselves have not indicated that they want to break with previous case law and have emphasised the continuity with previous precedents [...] the recent migration case law does not constitute a rupture but a new inflection of a colonial ground pattern that has been part of European migration law for a long time». T. Spijkerboer, *Coloniality and Recent European Migration Case Law*, in In V. Stoyanova e S. Smet (a cura di), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Cambridge, 2022, pp. 117-138.

¹⁶³ Si legge nella sentenza che: «until a State has "authorised" entry to the country, any entry is "unauthorised" and the detention of a person who wishes to effect entry and who needs but does not yet have authorisation to do

parte dell'art. 5(1) lett.f) in base alla quale la detenzione è ammessa solo quando il migrante dimostri di voler eludere le regole sull'ingresso nel Paese sarebbe troppo restrittiva, nel senso che imporrebbe una «too narrow a construction on the terms of the provision and on the power of the State to exercise its undeniable right of control referred to above»¹⁶⁴.

Tale conclusione si pone quantomeno in tensione con il principio di *non-refoulement* di cui all'articolo 31 Convenzione di Ginevra e con l'orientamento elaborato da UNHCR in materia,¹⁶⁵ e ha ricevuto severe critiche da parte del mondo accademico ma anche dallo stesso Consiglio d'Europa¹⁶⁶. Pare condivisibile la lettura in base alla quale nel momento in cui la Corte EDU sostiene che qualsiasi tentativo di ingresso è illegittimo fintanto che non è autorizzato dalle autorità di frontiera, sta assegnando un'assoluta preminenza alla prerogativa sovrana di determinare lo *status* degli stranieri¹⁶⁷. Ciò lascia i richiedenti asilo in «a legally naked position»¹⁶⁸, secondo una finzione giuridica che li confina in un limbo: pur dovendosi considerare come presenti sul territorio ai fini dell'attivazione della giurisdizione della Corte e della valutazione del pericolo di violazione del principio di *non-refoulement* ex art. 3 CEDU, essi non sono considerati 'regolarmente presenti'¹⁶⁹.

Oltre che con i principi di diritto internazionale¹⁷⁰, il posizionamento della Corte di Strasburgo sembra porsi in contrasto anche con il diritto dell'UE, in base al quale, a partire dal

so can be, without any distortion of language, to "prevent his effecting an unauthorised entry". It does not accept that as soon as an asylum-seeker has surrendered himself to the immigration authorities, he is seeking to effect an "authorised" entry». CEDU, *Saadi v. the United Kingdom*, par. 63.

¹⁶⁴ CEDU, *Saadi v. the United Kingdom*, par. 65.

¹⁶⁵ In ossequio a tale principio, la maggioranza della dottrina è concorde nel ritenere che, a partire dal momento in cui la domanda di asilo viene registrata e dunque la persona è formalmente riconosciuta come richiedente protezione, egli dovrà essere considerato legalmente presente nel Paese: sul punto, ad esempio, J.C. Hathaway, *The Rights of refugees under international law*, Cambridge, 2005, p. 175 e ss., e H. O'Nions, *No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, 10, pp. 149-186. Anche l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati ha aderito a tale impostazione attraverso l'intervento di parte terza nel caso *Saadi*: «UNHCR submits that a person who claims asylum in accordance with national procedures is seeking admission to asylum procedures of the state pursuant to international refugee law, as transposed domestically. If admitted to those procedures, s/he is lawfully present (but not lawfully staying, or durably resident) there. The grant of temporary admission is precisely an authorisation by the state official to temporarily allow the individual to enter its territory consistent with the law. In such a situation, the asylum seeker is not seeking unauthorised entry, but rather, has been granted temporary but authorised entry, for the purpose of having the asylum claim examined». UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR intervention before the European Court of Human Rights in the case of Saadi v. United Kingdom*, 30 March 2007, Application No. 13229/03, p. 6.

¹⁶⁶ Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Report of the parliamentary assembly on the detention of Asylum-Seekers and irregular migrants in Europe. Committee on migration, refugees and population*, Doc.12105, 11.1.2010.

¹⁶⁷ I. Bryan, P. Langford, *The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 2011, 80, 2, 193-218, p. 214.

¹⁶⁸ C. Costello, *Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2012, 19, pp. 257-303, p. 283.

¹⁶⁹ H. Battjes, *Territoriality and Asylum Law: The Use of Territorial Jurisdiction to Circumvent Legal Obligations and Human Rights Law Responses*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 47, 2017, pp. 263-286, p. 274, e V. Moreno-Lax, 2011, *cit*, per la quale tale l'incertezza dello status giuridico del richiedente asilo si scontra con i principi generali di tassatività e certezza del diritto.

¹⁷⁰ In *A. v. Australia*, lo Human Rights Committee ha sancito che, di per sé, l'ingresso irregolare non può essere un motivo sufficiente di trattenimento del richiedente asilo. La giurisprudenza del Comitato è ormai consolidata nel senso di richiedere il rispetto dei principi di proporzionalità e necessità, in base ai quali il trattenimento deve essere giustificato da un'esigenza ulteriore e specifica (ad esempio, evitare il rischio di fuga). HRC, *A. v. Australia*, Communication No. 560/1993, 30 April 1997.

momento della presentazione della domanda, il richiedente è autorizzato a restare sul territorio. La Corte EDU non si è mai veramente sbilanciata su questo aspetto, con il rischio di mantenere un approccio inconsistente. In *Suso Musa* si affronta il tema dell'autorizzazione all'ingresso, chiarendo che l'estensione temporale di applicazione dell'art. 5(1) lett.f), prima parte, dipende principalmente dal diritto interno («is largely dependent on national law»)¹⁷¹. Nel caso *Suso Musa*, i giudici hanno ritenuto che la detenzione fosse comunque riconducibile all'art. 5 CEDU perché al richiedente non era mai stato rilasciato un formale permesso di soggiorno, aderendo ad una interpretazione estremamente formalista del concetto di autorizzazione¹⁷². Anche in *O.M.*, riguardante il caso di un richiedente asilo LGBT+ trattenuto durante la procedura di asilo pur in presenza di una normativa interna che autorizzava la sua permanenza sul territorio, la Corte ha preferito non affrontare direttamente la questione della riconducibilità della detenzione all'ipotesi di «ingresso non autorizzato», soffermandosi su elementi da cui poteva certamente essere inferita una violazione dell'art. 5. Nel caso in esame la questione dell'arbitrarietà della detenzione era stata prospettata anche con riferimento all'art. 5(1) lett.b), in quanto il governo ungherese aveva sostenuto che la misura era conseguente al rifiuto di rispettare un ordine impartito dalle autorità (quello di comprovare la propria identità). Di conseguenza, per la Corte è stato sufficiente ricondurre la violazione della norma all'assenza di esame individuale del caso, e alla mancata applicazione del principio di proporzionalità (che, come già evidenziato, è connaturato al concetto di legalità della detenzione in tutti i casi previsti dall'art. 5, con l'unica eccezione di quelli previsti dalla lett.f))¹⁷³.

I giudici europei si sono confrontati con il tema della detenzione sostanzialmente automatica dei richiedenti asilo «in ingresso» anche in casi più recenti, senza però mai giungere a sconfessare la propria impostazione secondo cui chi chiede protezione è, di regola, un «unauthorised migrant». In *Z.A.*, non ponendosi il tema della presenza di un regime legale più favorevole discendente dal diritto UE (trattandosi di detenzione disposta dal governo russo), i giudici non hanno avuto alcuna difficoltà a ribadire i principi di *Saadi*, secondo cui la privazione della libertà dei richiedenti asilo finalizzata a prevenire il loro ingresso sul territorio non è di per sé contraria alla Convenzione, poiché gli Stati rimangono liberi, soprattutto tenendo in considerazione le ipotesi di «massive influx of asylum-seekers» di regolamentarne la permanenza in zone di transito, durante l'esame della domanda¹⁷⁴. In *M.H. and others*, invece, i ricorrenti avevano invocato l'illegittimità del trattenimento sostenendo che questo non potesse ricollegarsi a nessuno dei presupposti di cui all'art. 5 CEDU, dal momento che gli interessati erano da considerarsi regolari sul territorio sin dalla presentazione della domanda di asilo. La Corte sembra aprire uno spiraglio sul tema della legalità della permanenza dei richiedenti asilo (riconosce che in base alle norme croate il loro soggiorno fosse regolare), ma

¹⁷¹ CEDU, sentenza del 23 luglio 2013, *Suso Musa v. Malta*, ric. n. 42337/12, par. 97. Le conclusioni della Corte sono simili a quelle elaborate in *Kanagaratnam* (CEDU, sentenza del 13 dicembre 2011, *Kanagaratnam et Autres c. Belgique*, ric. n. 15297/09).

¹⁷² CEDU, *Suso Musa v. Malta*, par. 88-100. In ultima analisi, però, i giudici hanno ritenuto la detenzione arbitraria in ragione della sua durata eccessiva, combinata con condizioni di detenzione inappropriate (par. 102). Dette conclusioni sono confermate in casi successivi: CEDU, sentenza del 3 maggio 2016, *Abdi Mahamud v. Malta*, ric. n. 56796/13; CEDU, sentenza del 26 novembre 2015, *Mahamed Jama v. Malta*, ric. n. 10290/13.

¹⁷³ CEDU, *O.M. v. Hungary*, par. 49-54.

¹⁷⁴ CEDU, *Z.A. v. Russia*, par. 163.

poi non entra nel merito della questione perché ritiene la detenzione arbitraria *a priori* a causa delle condizioni di trattenimento¹⁷⁵. In quest'ultimo caso e in *O.M.* le parti avevano sostanzialmente prospettato alla Corte di escludere la riconducibilità della detenzione entro la sfera di applicazione di cui all'art. 5(1) lett.f), non potendosi né ritenere destinatari di una misura espulsiva, né non autorizzati all'ingresso. Piuttosto, avevano prospettato l'eventualità di operare una valutazione fondata sull'art. 5(1) lett.b), ipotizzando che la detenzione fosse stata successiva alla violazione di obbligo imposto dalla legge (ad es. quello di identificazione) a cui il richiedente asilo si era sottratto. Tuttavia, la Corte non si è direttamente confrontata con questa ricostruzione, che si affaccia come una questione di potenziale interesse in attesa di futuri posizionamenti sul tema: attrarre la detenzione dello straniero entro uno degli altri motivi previsti dall'art. 5 CEDU significherebbe, infatti, poter invocare il test di necessità e proporzionalità generalmente seguito dalla Corte anche in questi casi¹⁷⁶.

È criticabile, infine, la superficialità con cui la Corte EDU ha valutato il tema dell'«ingresso non autorizzato» in *Nikoghosyan e altri*. La sentenza conclude sbrigativamente che il trattenimento di una famiglia di richiedenti asilo nel centro polacco di Biała Podlaska fosse giustificato dalla necessità di «prevenire il loro ingresso» nel Paese in pendenza dell'esame della domanda di asilo, senza prendere in considerazione il fatto che il centro fosse situato all'interno del territorio polacco e i richiedenti asilo fossero già stati ammessi sul territorio¹⁷⁷.

In sostanza, dalla lettura dei casi ora richiamati (a partire da *Saadi* fino alle decisioni più recenti), emerge una certa resistenza della Corte ad uscire dalla propria *comfort zone* rispetto ai limiti che gli Stati incontrerebbero nella detenzione dei richiedenti asilo, soprattutto con riferimento alla rilevanza dell'autorizzazione al soggiorno sul territorio. Tale atteggiamento amplifica il rischio di incoerenza tra il sistema di tutela offerto dalla Convenzione europea e dal diritto dell'Unione, e lascia carta bianca agli Stati che, quantomeno nella cornice del Consiglio d'Europa, non subiscono particolari *constraints* volta a delimitare l'uso della detenzione ai soli casi in cui questa si configura come misura eccezionale, proporzionata e necessaria rispetto al caso concreto¹⁷⁸.

3.4 Il rapporto tra articolo 5 e articolo 3 CEDU. I trattamenti inumani e degradanti durante la detenzione e la tutela delle categorie vulnerabili

A partire dal caso *Saadi*, uno degli elementi presi in considerazione con maggiore frequenza nell'esame del carattere arbitrario della detenzione riguarda l'adeguatezza del luogo e delle condizioni detentive: tale profilo, ponderato congiuntamente ad altri fattori quali la durata eccessiva della misura, ha spesso portato la Corte a riconoscere una violazione dell'art. 5(1) quando le condizioni di vita nei luoghi di trattenimento (centri *ad hoc*, stazioni di polizia, locali

¹⁷⁵ CEDU, sentenza del 18 novembre 2021, *M.H. c. Croatia*, ric. n. 15670/18, par. 242-250.

¹⁷⁶ Costello, nell'avanzare tale ipotesi, spiegava che il tentativo non mirava ad «open up a new form of immigration detention. Rather, my aim is to take immigration detention out of the silo of Article 5(1)(f), in which migrants are treated as inherently detainable, and instead treat immigration detention like other forms of preventive or coercive detention». C. Costello, 2015, p. 175.

¹⁷⁷ CEDU, sentenza del 3 marzo 2022, *Nikoghosyan and Others v. Poland*, ric. n. 14743/17, par. 66-67.

¹⁷⁸ D. Loprieno, 2018, p. 73.

presso le postazioni di frontiera) erano inappropriate e «inaccettabili»¹⁷⁹. Le condizioni di detenzione, inoltre, non assumono rilevanza soltanto rispetto all'art. 5 CEDU.

La Corte europea ha, in plurime occasioni, riscontrato una violazione dell'articolo 3 CEDU¹⁸⁰ quando le caratteristiche dei luoghi e dei servizi garantiti (o negati) ai migranti erano talmente carenti e gravi, tenuto conto della situazione individuale e delle caratteristiche soggettive della persona trattenuta, da poter configurare un trattamento inumano o degradante. Generalmente, quando la Corte riconosce una violazione del diritto assoluto di cui all'art. 3, questo si riflette anche in una violazione dell'art. 5¹⁸¹.

Per assurgere a violazione dell'art. 3 CEDU il maltrattamento in questione deve raggiungere una soglia minima di severità, da determinarsi in base ad una valutazione caso per caso, e tenuto conto della durata del trattenimento, del suo impatto sulla salute fisica e mentale della persona, del sesso, dell'età e dello stato di salute complessivo della vittima¹⁸². Nel primo caso in cui la Corte EDU ha riscontrato una violazione congiunta degli artt. 3 e 5 CEDU, gli elementi a cui la Corte ha attribuito particolare rilevanza sono stati il sovraffollamento; l'assenza di strutture materiali che consentissero alla persona di dormire e riposare; e la durata eccessiva della detenzione in simili condizioni prive del connotato della dignità¹⁸³. In questa prima pronuncia, come in numerose altre successive, la Corte ha tenuto in speciale considerazione i rilievi operati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT)¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Numerose decisioni in cui la Corte ha preso in considerazione le condizioni detentive hanno riguardato Grecia e Malta. *Ex multis*, CEDU, sentenza del 6 giugno 2001, *Dougoz c. Grèce*, ric. n. 40907/98; CEDU, *Suso Musa*; CEDU, *R.U. c. Grèce*; CEDU, *Abdi Mahamad v. Malta*; CEDU, *H.A. c. Grèce*, 21 gennaio 2016, ric. n. 58424/11; CEDU, sentenza del 4 febbraio 2016, *Amadou c. Grèce*, ric. n. 37991/11; CEDU, sentenza del 22 febbraio 2017, *Abdullahi Elmi v. Malta*, ric. n. 25794/13; ma si vedano anche: CEDU, *Riab and Idiab v. Belgium*; CEDU, *Kanagaratnam et Autres c. Belgique*; CEDU, sentenza del 13 aprile 2010, *Charahili v. Turkey*, ric. n. 46605/07; CEDU, sentenza del 26 marzo 2019, *Haghilo v. Cyprus*, ric. n. 47920/12.

¹⁸⁰ La norma dispone che «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamento inumani o degradanti». Il *case law* della Corte EDU che ha ricondotto al perimetro dell'articolo 3 il tema delle condizioni di detenzione, in particolare in istituti penitenziari, è particolarmente ricco: oltre a casi di violenze avvenute all'interno dei luoghi di detenzione configurabili come torture o trattamenti inumani, la Corte si è spesso soffermata anche sulla problematica dell'*overcrowding*, individuando precisi parametri in base ai quali stabilire se le carenze sistemiche e le condizioni di sovraffollamento potessero determinare una violazione dell'articolo 3. Si pensi, in particolare, alle procedure pilota: CEDU, sentenza dell'8 agosto 2013, *Torreggiani et Autres c. Italie*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10; CEDU, sentenza del 27 gennaio 2015, *Neshkov and Others v. Bulgaria*, ric. n. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 and 9717/13; CEDU, sentenza del 10 marzo 2015, *Varga and Others v. Hungary*, ric. n. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, and 64586/13; CEDU, sentenza del 25 aprile 2017, *Rezmiveş and Others v. Romania*, ric. n. 61467/12, 39516/13, 48231/13 and 68191/13.

¹⁸¹ Al contrario, non è da escludersi che nell'ipotesi in cui le carenze nelle condizioni detentive non raggiungano il livello di gravità sufficiente da attivare la protezione contro tortura e *ill-treatment*, possa comunque riscontrarsi una ipotesi di detenzione arbitraria. Ad esempio, CEDU, *Suso Musa v. Malta*; CEDU, *Mahamad Jama v. Malta*; CEDU, *Khlaifia and Others v. Italy*.

¹⁸² Così in CEDU, sentenza del 18 gennaio 1978, *Ireland v. the United Kingdom*.

¹⁸³ CEDU, *Dougoz c. Grèce*, par. 48.

¹⁸⁴ Anche in *A.A.* e in *A.F.*, ad esempio, vengono richiamate le conclusioni del CPT relative alle visite del 2007 e del 2011 in Grecia, accanto a quelle di altre organizzazioni internazionali e ONG greche. Nel caso *A.A.* la Corte ha tenuto conto delle osservazioni della Commissione LIBE del Parlamento Europeo; dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati e dell'associazione greca ProAsyl (CEDU, sentenza del 22 luglio 2010, *A.A. c. Grèce*, ric. n. 12186/08). In *A.F.* si fa altresì riferimento al rapporto dello UN Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment relativo alla sua visita in Grecia nel 2010 (CEDU, sentenza del 13 giugno 2013, *A.F. c. Grèce*, ric. n. 5379/11). In *M.S.S.* oltre al CPT si menzionano i rapporti di

Uno degli elementi ricorrenti nella valutazione dell'*ill-treatment* cui sono esposti i migranti, debitamente attestato dai rapporti del CPT, è quello relativo alle condizioni di sovraffollamento dei luoghi, considerate a più riprese come inaccettabili. Ad esempio, in *Khuroshvili*, la Corte richiama la propria consolidata giurisprudenza in materia di spazio personale minimo che deve essere garantito al detenuto, che non era stato garantito nel caso di specie¹⁸⁵. In *A.A.* si dà risalto al fatto che le persone trattenute nel centro di Samos durante la permanenza del ricorrente erano tra le 140 e 190, per una capienza regolamentare di 100¹⁸⁶. In *A.F.* è stata attribuita particolare importanza al numero dei detenuti (tra i 120 e i 110) in locali presso la stazione di polizia di frontiera la cui capienza si attestava intorno ai 28 posti, dato che da solo configurava una violazione del diritto fondamentale¹⁸⁷. In *Horshill* il sovraffollamento della stazione di polizia in cui il ricorrente era stato collocato si combinava con l'assenza di luce naturale e di docce, e ciò è stato ritenuto sufficiente ad integrare una violazione dell'art. 3 anche a fronte di una durata limitata della detenzione¹⁸⁸. L'insalubrità delle condizioni detentive assume carattere ancor più pregnante quando il trattenimento è disposto non all'interno di centri *ad hoc*, ma in locali altri, inappropriati e non adeguatamente equipaggiati per ospitare persone in condizioni di prigionia per periodi prolungati: come visto, sono state numerose le pronunce in cui la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 per le sofferenze patite da migranti trattenuti per periodi significativi (diverse settimane o mesi) all'interno delle stazioni di polizia¹⁸⁹.

Similmente, in *Riab e Idiab* e in *Z.A.*, è stato riconosciuto che il trattenimento prolungato all'interno delle zone di transito aeroportuali può esporre i cittadini stranieri a trattamenti umilianti e degradanti poiché «by its very nature it is a place designed to accommodate people for very short periods»¹⁹⁰. Le conclusioni della Corte sono state parzialmente differenti con riguardo al trattenimento realizzato all'interno di zone di transito al confine terrestre: in *Ilias e Ahmed*, il primo caso in cui la CEDU si è pronunciata sulle condizioni di vita all'interno del compound situato nella zona di transito di Rösztke nel contesto della cosiddetta crisi migratoria del 2015, i giudici hanno escluso una violazione dell'art. 3. In primo luogo, come accennato, la questione delle condizioni di vita dei ricorrenti non è stata esaminata nel contesto di una

ACNUR e dell'associazione Amnesty International (CEDU [GC], sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ric. n. 30696/98). Altri casi in cui la Corte si è richiamata a report del CPT sono, *ex multis*: CEDU, *Riab and Idiab v. Belgium*; CEDU, sentenza del 21 giugno 2011, *Efremidze c. Grèce*, ric. n. 33225/08; CEDU, *S.Z. c. Grèce*). Anche nel più recente caso *J.R.*, relativo al trattenimento all'interno dell'*hotspot* di Chios, la Corte si richiama alle valutazioni del CPT, ma questa volta per escludere che le condizioni detentive fossero così gravi da assurgere a violazione dell'art. 3. CEDU, *J.R. et Autres c. Grèce*.

¹⁸⁵ CEDU, sentenza del 12 dicembre 2013, *Khuroshvili c. Grèce*, ric. n. 58156/11, par. 87. Una violazione dell'articolo 3 basata unicamente sulle condizioni di sovraffollamento, idonee a privare il trattenuto di uno spazio personale di almeno 3m² è stata riscontrata anche in CEDU, sentenza del 21 aprile 2016, *Ha.A. c. Grèce*, ric. n. 58387/11.

¹⁸⁶ A ciò si univano condizioni di insalubrità estreme, l'assenza di servizi igienici funzionanti e il mancato accesso alle cure mediche: circostanze che hanno contribuito a qualificare le condizioni di vita nel centro come degradanti. CEDU, *A.A. c. Grèce*, par. 58-64.

¹⁸⁷ CEDU, *A.F. c. Grèce*, par. 76-78.

¹⁸⁸ CEDU, sentenza del 1° agosto 2013, *Horshill c. Grèce*, ric. n. 70427/11, par. 48-53.

¹⁸⁹ Oltre a quelle sin qui esaminate, anche CEDU, sentenza del 22 settembre 2009, *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, ric. n. 30471/08; e CEDU, sentenza del 21 ottobre 2014, *T. et A. c. Turquie*, ric. n. 47146/11; CEDU, *Tabesh c. Grèce*; CEDU, sentenza del 25 settembre 2012, *Bygylashvili c. Grèce*, ric. n. 58164/10; CEDU, sentenza del 2 maggio 2013, *Chkharitshvili c. Grèce*, ric. n. 22910/1.

¹⁹⁰ CEDU, *Riad and Idiab v. Belgium*, par. 104.

situazione di privazione della libertà personale, ma di mera limitazione della libertà di movimento. Inoltre, la Corte ha rilevato che il CPT aveva ritenuto «accettabili» le condizioni dei container; che non vi erano altre indicazioni particolari legate all'assenza di spazi sufficienti, o di ventilazione e luce naturale¹⁹¹; infine, che i due ricorrenti (richiedenti asilo, in età adulta) non presentavano un profilo specifico di vulnerabilità¹⁹². Alla luce di tali considerazioni la Grande Camera della Corte ha escluso che le condizioni cui erano stati esposti i ricorrenti durante un periodo di collocamento nel compound pari a 23 giorni potessero assurgere a trattamento inumano e degradante. Non può non evidenziarsi che la sentenza si pone in parziale contraddizione con la giurisprudenza precedente, ove la durata non indifferente del trattenimento e la vulnerabilità intrinseca associata allo *status* di richiedente asilo erano stati considerati quali elementi rilevanti per il riconoscimento di una violazione dell'art. 3 CEDU.

La Corte di Strasburgo ha apparentemente rivisto il proprio approccio nelle successive pronunce su ricorsi presentati da richiedenti asilo presenti nelle zone di transito ungheresi: in *R.R. e altri* i ricorrenti erano i componenti di una famiglia iraniano-afghana, trattenuti presso la zona di transito di Röszke¹⁹³; anche in *M.B.K. and Others* il ricorso riguardava la detenzione presso il centro di Röszke, in questo caso di una famiglia afghana con quattro figli minori¹⁹⁴; in *H.M. e altri*, si trattava di una famiglia curdo-irachena, trattenuta presso la zona di transito di Tompa¹⁹⁵. In questi casi la Corte ha ritenuto che la misura disposta dal governo ungherese equivalesse ad una vera e propria privazione della libertà (a differenza del caso di *Ilias e Ahmed*) e che l'Ungheria avesse violato non solo l'art. 5 CEDU per il carattere arbitrario della detenzione, ma anche l'art. 3 in ragione delle condizioni deprecabili cui erano stati esposti i richiedenti asilo minorenni, che si presentavano come particolarmente vulnerabili. La Corte ha valorizzato la durata della detenzione e le condizioni materiali di vita, nonché la vulnerabilità specifica dei ricorrenti.

I casi da ultimo richiamati consentono di operare una riflessione su un altro dei fattori essenziali che trova spazio nella valutazione della Corte in merito alla possibile violazione dell'art. 3 CEDU: quello attinente alle caratteristiche personali del soggetto detenuto e alla sua vulnerabilità¹⁹⁶. Pare che il *case law* della Corte si sia evoluto in senso restrittivo, soprattutto quando vengono in considerazione aspetti distinti da quello dell'età delle persone sottoposte a detenzione. Il punto di partenza della riflessione può individuarsi nella pronuncia *M.S.S. and Others*, in cui la Corte aveva attribuito «considerable importance to the applicant's status as an

¹⁹¹ CEDU, *Ilias and Ahmed*, par. 189.

¹⁹² *Ivi*, par. 192.

¹⁹³ CEDU, sentenza del 2 marzo 2021, *R.R. and Others v. Hungary*, ric. n. 36037/17. Per un commento, si rimanda a L. Bernardini, *Che cos'è la libertà? La Corte di Strasburgo si pronuncia (ancora) sulla detenzione amministrativa nelle zone di transito ungheresi*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2021.

¹⁹⁴ CEDU, sentenza del 24 febbraio 2022, *M.B.K. and Others v. Hungary*, ric. n. 73860/17.

¹⁹⁵ CEDU, sentenza del 2 giugno 2022, *H.M. and Others v. Hungary*, ric. n. 38967/17. Anche con riferimento a questo caso si ritiene utile un rimando a L. Bernardini, *La storia infinita". (Ancora) detenzioni arbitrarie e torture ai confini tra Ungheria e Serbia*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, luglio 2022.

¹⁹⁶ Sulla centralità assunta dalla nozione di vulnerabilità nel diritto dei diritti umani, *inter alia*, F. Ippolito, *Understanding vulnerability in international human rights law*, Napoli, 2020; e I. Nifosi-Sutton, *The protection of vulnerable groups under international human rights law*, Londra, 2017.

asylum-seeker and, as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection»¹⁹⁷. Lo *status* di richiedente protezione era stato identificato come elemento integrante la nozione di vulnerabilità del soggetto in detenzione¹⁹⁸, e valorizzato per concludere che anche a fronte di un breve periodo di confinamento fosse stata integrata una violazione dell'art. 3¹⁹⁹.

Il fatto che i richiedenti asilo costituiscano una categoria vulnerabile è stato richiamato anche in *Khlaifia*, ove la Corte ha puntualizzato che i ricorrenti, migranti irregolari che non avevano avanzato alcuna richiesta di protezione, «did not have the specific vulnerability inherent in that status»²⁰⁰. Le decisioni adottate nell'ambito di questo caso sono di particolare interesse con riferimento al *revivement* giurisprudenziale intervenuto in tema di trattamenti inumani e degradanti. Mentre, in un primo momento, la Prima Sezione della Corte aveva riscontrato una violazione dell'art. 3 per il grave sovraffollamento e le carenze igienico-sanitarie del centro di prima accoglienza in cui erano stati trattenuti i ricorrenti²⁰¹, nella sentenza del 15 dicembre 2016 la Grande Camera apre ad un ragionamento traballante e di dubbia compatibilità con il carattere assoluto dell'art. 3 della Convenzione²⁰². I giudici hanno valorizzato circostanze quali la brevità del trattenimento, la parziale libertà di movimento all'interno del centro, e la condizione di non-vulnerabilità dei ricorrenti per escludere che le problematiche condizioni di detenzione avessero raggiunto la soglia di gravità minima richiesta dall'art. 3. Inoltre, la Grande Camera opera una ulteriore considerazione: «Sebbene i vincoli inerenti a tale crisi [migratoria] non possano, di per sé, essere utilizzati per giustificare una violazione dell'articolo 3, la Corte ritiene che sarebbe certamente artificioso esaminare i fatti del caso senza considerare il contesto generale in cui tali fatti sono sorti. Nella sua valutazione, la Corte terrà quindi presente, insieme ad altri fattori, che le innegabili difficoltà e i disagi supportati dai ricorrenti derivavano in misura significativa dalla situazione di estrema difficoltà

¹⁹⁷ CEDU [GC], *M.S.S. v. Belgium and Greece*, par. 251. Si noti che per la Corte EDU lo stesso fatto di essere destinatario di una misura detentiva rende la persona particolarmente vulnerabile: «a State is liable for all persons in detention, since the latter, in the hands of the State's employees, are in a vulnerable position and the authorities are under a duty to protect them» (CEDU, sentenza del 12 aprile 2005, *Shamayev and Others v. Georgie and Russia*, ric. n. 36378/02, par. 375). Questo principio, sviluppato con riguardo alle persone sottoposte a misure privative della libertà nel contesto processual-penalistico, deve ritenersi applicabile anche alla detenzione amministrativa.

¹⁹⁸ Sui pregi e i limiti di tale approccio L. Peroni, A. Timmer, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 11 (4), p. 1056-1087; e U. Brandl, P. Czech, *General and Specific Vulnerability of Protection-Seekers in the EU: Is there an Adequate Response to their Needs?*, in F. Ippolito, S. Iglesias Sanchez (a cura di), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Oxford, 2015, pp. 247-270.

¹⁹⁹ *Ivi*, par. 232.

²⁰⁰ CEDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 194.

²⁰¹ Per un esame della decisione della Camera, M. Savino, *L' 'amministrativizzazione' della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2015, 3-4, p. 50-71.

²⁰² Goldenziel è netto nel ritenere che « the willingness of the Court to consider the context of a migration crisis erodes the absolute character of the prohibition within Article 3 ». J. Goldenziel, *Khlaifia and Others*, in *American Journal of International Law*, 2018, 112 (2), pp. 274-280, p. 279. Allo stesso modo, si vedano anche M.R. Mauro, *A step back in the protection of migrants' rights: the Grand Chamber judgement in Khlaifia v. Italy*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2016, pp. 85-107, e A. Saccucci, *I 'ripensamenti' della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive 'alla prova' delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, pp. 552-565.

in cui versavano le autorità italiane all'epoca dei fatti»²⁰³. Fa così capolino, nella giurisprudenza CEDU, il riferimento all'emergenza causata dall'arrivo massiccio di migranti quale situazione atta a contemperare la responsabilità degli Stati per le violazioni dei diritti convenzionali,²⁰⁴ che tornerà come un *refrain* ricorrente in casi successivi²⁰⁵.

Tornando alla rilevanza dello *status* di richiedente asilo ai fini della valutazione della vulnerabilità, nel *case law* più recente la Corte ha elaborato uno standard di *double vulnerability*²⁰⁶: il fatto che la persona detenuta sia richiedente asilo non è stato più ritenuto sufficiente, di per sé, ad attivare un giudizio più stringente in merito alla configurabilità di una violazione dell'art. 3 CEDU. Come emerso anche dalla lettura di *Ilias e Ahmed*, si dovrà indagare la sussistenza di motivi ulteriori e specifici (quali le condizioni di salute fisica o mentale, la minore età, l'appartenenza a categorie discriminate o perseguitate). Questo approccio è stato sviluppato a partire da *Abdullahi Elmi and Aweys Abubacar*, caso in cui le persone detenute erano minori stranieri non accompagnati: nella sentenza si legge che i ricorrenti erano particolarmente vulnerabili per le traumatiche esperienze del percorso migratorio e perché minorenni.²⁰⁷ È principalmente il fatto che i ricorrenti fossero minori che ha consentito di riscontrare una violazione dell'art. 3. Al contrario, nel caso di *Mahamed Jama*, benché la ricorrente fosse stata sottoposta a condizioni detentive simili a quelle di *Abdullahi Elmi*, la Corte non ha rinvenuto la stessa violazione, posto che la richiedente asilo era stata ritenuta maggiorenne (a seguito di accertamento dell'età)²⁰⁸.

Merita evidenziare, poi, che nel caso *H.M. and Others*, in cui pure la Corte ha rinvenuto una violazione dell'art. 3 per le condizioni deploratevoli cui era stata esposta la famiglia irachena (ed in particolare i minori), i giudici hanno ritenuto necessario precisare che il padre non fosse

²⁰³ Così nel testo originale: «While the constraints inherent in such a [migration] crisis cannot, in themselves, be used to justify a breach of Article 3, the Court is of the view that it would certainly be artificial to examine the facts of the case without considering the general context in which those facts arose. In its assessment, the Court will thus bear in mind, together with other factors, that the undeniable difficulties and inconveniences endured by the applicants stemmed to a significant extent from the situation of extreme difficulty confronting the Italian authorities at the relevant time». CEDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 185.

²⁰⁴ Nei casi *M.S.S.* e *Hirsi Jamaa* il dato relativo alla presenza di una crisi migratoria non aveva indotto la Corte ad astenersi dal riconoscere la sussistenza di un trattamento qualificabile come inumano e degradante in relazioni alle condizioni di detenzione. CEDU [GC], *M.S.S. v. Belgium and Greece*, par. 223; CEDU [GC], sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa v. Italy*, ric. n. 27765/09, par. 122.

²⁰⁵ La Corte ha adottato lo stesso approccio, richiamando esplicitamente *Khlaifia*, nei casi riguardanti il collocamento dei migranti all'interno degli *hotspot* greci (inquadro come detenzione con riferimento ai primi mesi del 2016, e come mera libertà di movimento dopo il 21 aprile 2016). CEDU, *J.R. c. Grèce*; CEDU, sentenza del 21 marzo 2019, *O.S.A. et Autres c. Grèce*, ric. n. 39065/16; CEDU, sentenza del 3 ottobre 2019, *Kaak et Autres c. Grèce*, ric. n. 34215/16. Il tema della complessità della gestione di un forte afflusso di migranti si è ripresentato anche in alcune decisioni riguardanti l'articolo 4, Protocollo 4 (divieto di espulsioni collettive) e in cui, però, la Corte ha escluso la responsabilità degli Stati per detta violazione: oltre al già citato caso *Khlaifia*, CEDU [GC], sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, ric. n. 8675/15 and 8697/15, e CEDU, sentenza del 5 aprile 2022, *A.A. v. North Macedonia*, ric. n. 55798/16.

²⁰⁶ Così D. Venturi, *The Grand Chamber's ruling in Khlaifia and Others v. Italy: one step forward, one step back?*, in *Strasbourg Observers* [blog], 10-1-2017, e J. Ruiz-Ramos, *The right to liberty of asylum-seekers and the European Court of Human Rights in the aftermath of the 2015 refugee crisis*, in *Revista Electronica de Estudios Internacionales*, 2020, pp. 33.

²⁰⁷ CEDU, sentenza del 22 novembre 2016, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubacar v. Malta*, ric. n. 25794/13 e 281515/13, par. 113.

²⁰⁸ CEDU, *Mahamed Jama*, par. 100, ma anche CEDU, *Abdullahi Elmi*, par. 113, nella parte in cui richiama espressamente il caso *Jama*.

invece particolarmente vulnerabile: il riconoscimento della lesione dell'art. 3 CEDU era ancorato soltanto alla irragionevolezza della condotta delle autorità (che avevano ammanettato il ricorrente quando aveva accompagnato la moglie in ospedale per il parto). Tali conclusioni, quando lette congiuntamente con la giurisprudenza più recente della Corte relativo alla compatibilità con il trattenimento di richiedenti asilo vulnerabili per fragilità nelle condizioni di salute, fisiche o mentali, inducono a ritenere che vi sia stata una svolta restrittiva nella rilevanza attribuita alla vulnerabilità in sede di valutazione di una possibile violazione dell'art. 3 CEDU o dell'art. 5(1) CEDU.

Ne consegue che «the general vulnerability of all asylum-seekers has been effectively emptied of meaning»²⁰⁹, e, pertanto, i richiedenti asilo non saranno ammessi a godere di un livello di protezione più elevato nel contesto delle politiche detentive degli Stati²¹⁰. Le implicazioni di una simile scelta interpretativa sono rilevanti non soltanto in termini di tutela della persona rispetto al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti, ma anche ai fini della valutazione dell'arbitrarietà della detenzione. Secondo la posizione adottata dal Giudice Lemmens nella sua *concurring opinion* relativa al caso *Thimothawes*, la sussistenza di una particolare vulnerabilità è idonea ad attivare un *necessity test* della detenzione, da condursi nel più ampio contesto della valutazione della sua arbitrarietà²¹¹. Sebbene sia da accogliere positivamente l'apertura della Corte verso l'inclusione di una valutazione in merito alla necessità del trattenimento nel caso concreto, che implica anche una ponderazione circa la possibilità di applicare misure alternative alla detenzione, è evidente che la «vulnérabilité particulier» non è identificabile, *in re ipsa*, nello *status* del richiedente asilo.

Tra le caratteristiche soggettive che possano concretizzare un profilo di vulnerabilità vi è, invece, lo stato di malattia, fisica o mentale, della persona trattenuta. Ad esempio, in *Yoh-EkaleMwanje*, i giudici hanno riscontrato una violazione degli art. 3 e 5 CEDU in conseguenza della detenzione di una migrante affetta da HIV, in considerazione del fatto che le autorità non avevano azionato alcun intervento per evitare un peggioramento delle condizioni di salute durante la detenzione²¹². In caso di particolare vulnerabilità, dunque, si afferma che lo Stato è tenuto ad esaminare l'applicabilità di misure meno coercitive²¹³: può ritenersi che la

²⁰⁹ J. Ruiz-Ramos, 2020, p. 32.

²¹⁰ Tale conclusione si basa sulla premessa, ben illustrata da Pétin, secondo cui «When judges or legislators use the notion of vulnerability, they aim to provide a higher level of protection for a particular group or individual». J. Pétin, *Exploring the Role of Vulnerability in Immigration Detention*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 35, pp. 91-108, p. 92.

²¹¹ «L'évolution récente de la jurisprudence des chambres de la Cour va dans le sens d'imposer aux autorités nationales de détecter si les étrangers concernés présentent une vulnérabilité particulière qui s'oppose à la détention. Dans l'affirmative, une décision automatique de placement en détention des intéressés, sans appréciation individuelle de leurs besoins particuliers et sans recherche d'une possibilité d'appliquer une mesure moins radicale, peut poser un problème au regard de l'article 5 § 1 f)». Opinion Concordante du Judge Lemmens, *Thimothawes c. Belgique*, ric. n. 39061/11, par. 7.

²¹² CEDU, sentenza del 20 dicembre 2011, *Yoh-EkaleMwanje c. Belgique*, ric. n. 10486/10, par. 98.

²¹³ La Corte ha sancito tale principio in *V.M.*, riconoscendo che «In determining whether detention was closely connected to its purpose, the Court has repeatedly stated that there is no "necessity" requirement under Article 5 § 1(f). However, in the case of vulnerable individuals it has accepted that the authorities should at the very least have regard to "less severe measures"». CEDU, sentenza del 1° settembre 2016, *V.M. v. the United Kingdom*, ric. n. 49743/12, par. 94. Anche nel caso *O.M.* i giudici hanno insistito sul fatto che le autorità ungheresi non avevano indagato la necessità della detenzione, a fronte di una vulnerabilità specifica del ricorrente (l'aver subito persecuzioni in quanto membro della comunità LBGT+), addivenendo perciò ad una declaratoria di illegittimità

vulnerabilità si sia affermata come «seminal factor in the assessment of the proportionality of the detention measure»²¹⁴.

Tuttavia, la Corte pone sempre a carico della parte l'onere di provare tanto la propria vulnerabilità, quanto le conseguenze in termini di incompatibilità con lo stato detentivo. Tale onere potrebbe essere eccessivamente gravoso, visto lo stato di privazione della libertà in cui si trovano i migranti²¹⁵. In *Thimothawes* (caso in cui il ricorrente era un richiedente asilo egiziano affetto da una malattia mentale) la Corte non si è detta soddisfatta delle allegazioni del ricorrente: egli «avrebbe dovuto dimostrare di trovarsi in una situazione particolare che potesse *prima facie* portare alla conclusione che la sua detenzione non fosse giustificata», ma ciò non è avvenuto nel caso concreto²¹⁶. Non soltanto la malattia mentale non è stata ritenuta, di per sé, elemento di vulnerabilità sufficiente ad escludere la detenzione, ma il fatto che non fosse *prima facie* evidente ha precluso anche l'attivazione di una valutazione circa la proporzionalità della misura²¹⁷.

È più coerente con il *double vulnerability test*, e certamente più garantista, l'approccio seguito dalla Corte di Strasburgo in materia di detenzione dei minori, siano essi accompagnati o non accompagnati. In questo ambito, la vulnerabilità intrinseca dei bambini costituisce un elemento sufficiente ad attivare un onere, in capo alle autorità, di applicare la detenzione solo quale *ultima ratio* (in ossequio al cd. *last resort principle*). Nel contesto del diritto internazionale è stata da tempo riconosciuta la doppia vulnerabilità di questa categoria²¹⁸. Per il Comitato per i diritti del fanciullo (CRC) una simile condizione, esaminata alla luce del principio del superiore interesse del minore (art. 3 Convenzione sui diritti del fanciullo) determina un assoluto divieto di detenzione per scopi amministrativi e legati al controllo delle migrazioni²¹⁹. Tale posizione si è definitivamente affermata attraverso l'adozione di un Joint

della detenzione per contrasto con l'articolo 5 CEDU. CEDU, *O.M. v. Hungary*. Per un commento, D. Venturi, *The potential of a vulnerability-based approach: some additional reflections following O.M. v. Hungary*, in *Strasbourg Observers* [blog], 25-10-2016.

²¹⁴ L. Tsourdi, *Alternatives to Immigration Detention in International and EU Law: Control Standards and Judicial Interaction in a Hierarchy*, in M. Moraru, C. Galina, & P. De Bruycker (a cura di), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Londra, 2020, pp. 167-190, p. 175.

²¹⁵ L. Bernardini, 2022, p. 5.

²¹⁶ CEDU, sentenza del 4 aprile 2017, *Thimothawes c. Belgique*, ric. n. 39061/11, par. 79.

²¹⁷ Simili conclusioni sono state raggiunte nel caso *S.M.M.*, in cui la Corte ammette che, in ragione della vulnerabilità psichiatrica del trattenuto, le autorità avrebbero dovuto agire con la massima diligenza e assicurare che la detenzione fosse il più breve possibile, ma al contempo esclude che tale condizione imponesse di valutare l'applicabilità di misure meno coercitive. CEDU, sentenza del 22 giugno 2017, *S.M.M. v. the United Kingdom*, ric. n. 77450/12.

²¹⁸ Il Comitato sui diritti del fanciullo (CRC) ha acclarato che «At a universal level all children aged 0-18 years are considered vulnerable until the completion of their natural, psychological, social growth and development» (CRC, *General Comment n. 5 on general measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, 2003, CRC/GC/2003/5, par. 72) e ha riconosciuto la particolare vulnerabilità di «refugees and internally displaced children» (ad esempio nel CRC, *General Comment n. 17 on the Right of the Child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and arts*, 2013, CRC/C/GC/17, par. 16).

²¹⁹ Già nel 2012 il Comitato riteneva la detenzione amministrativa contraria al principio del superiore interesse del minore. CRC, *Report on the 2012 Day of General Discussion: The rights of all children in the context of international migration*, 28 September 2012, par. 32. Tale posizione è stata, con diverse modalità, avanzata in diversi posizionamenti degli organismi internazionali, quali il Comitato per i diritti dei lavoratori migranti e il Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne. Sul dinamismo delle posizioni dei Comitati delle Nazioni Unite, C.M. Smyth, *Towards a Complete Prohibition on the Immigration Detention of Children*, in *Human Rights Law Review*, 2019, 19, pp. 1-29.

Statement nel 2017 da parte del Comitato per i diritti del fanciullo e del Comitato per i diritti dei lavoratori migranti (CMW). Secondo i Comitati l'art. 37, lett.b) CRC disporrebbe una preclusione assoluta del trattenimento amministrativo che non si potrebbe in nessun caso qualificare come necessario e implica la violazione di numerosi altri diritti del minore.

La Corte europea ha sempre mantenuto un approccio distinto al tema, pur a fronte di istanze provenienti dal Consiglio d'Europa che militano a favore dell'abolizione della detenzione dei minori migranti²²⁰: il punto di partenza dell'iter argomentativo della CEDU è l'astratta compatibilità della detenzione (amministrativa) minorile con la Convenzione europea²²¹. Tale conclusione non è mai stata, ad oggi, messa in discussione. Tuttavia, i giudici hanno altresì riconosciuto come la «*extremely vulnerable situation*» in cui si trovano i minori²²² e il perseguimento del principio del *best interests of the child*²²³, precludano una loro detenzione sistematica, fondata unicamente sul rispetto dei presupposti di cui all'art. 5. Inoltre l'art. 8 CEDU impone agli Stati specifici obblighi positivi di natura sostanziale e procedurale per garantire il benessere dei minori: tra questi, assicurare che non siano esposti a condizioni detentive contrarie alla loro dignità, e valutare la necessità e la proporzionalità delle misure loro applicate²²⁴. I primi *leading case* in materia sono *Mubilanzila Mayeka*²²⁵ e *Rahimi*²²⁶, riguardanti minori stranieri non accompagnati: la Corte ha chiarito che, tra gli obblighi degli Stati, vi è quello di predisporre misure di assistenza e tutela per i minori stranieri, anche se privi di permesso di soggiorno, e tale obbligazione non può essere soddisfatta dal collocamento in stato di detenzione: in un simile stato di mortificazione della libertà anche una breve permanenza del minore presso il centro di detenzione per adulti (di due giorni) ha potuto integrare una violazione dell'articolo 3²²⁷.

²²⁰ Council of Europe Parliamentary Assembly (PACE), *The alternatives to immigration detention of children*, Resolution 2020/2014. In tema, A. Del Guercio, *La detenzione amministrativa dei minori migranti e richiedenti asilo nell'ordinamento internazionale ed europeo*, in *Antigone*, 2012, 3, pp. 66-93.

²²¹ Sul tema, A. Del Guercio, *La detenzione amministrativa dei minori migranti e richiedenti asilo nell'ordinamento internazionale ed europeo*, in *Antigone*, 2012, 3, pp. 66-93.

²²² La situazione di vulnerabilità è stata inizialmente riconosciuta con riferimento ai minori non accompagnati, anche in ragione dell'assenza di figure di riferimento, ma poi è stata estesa anche ai minori detenuti con i genitori, valorizzando il fatto che fossero migranti e, in alcuni casi, richiedenti asilo. La Corte ha inquadrato i minori come *extremely vulnerable* in una moltitudine di casi, tra cui: CEDU, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubacar v. Malta*; CEDU, *H.A. and Others c. Grèce*; CEDU, *Sh.D. and Others v. Greece*; CEDU, sentenza del 12 luglio 2016, *A.B. et Autres c. France*, ric. n. 11593/12, CEDU, sentenza del 7 dicembre 2017, *S.F. and others v. Bulgaria*, ric. n. 8183/16; CEDU, sentenza del 17 ottobre 2018, *G.B. and others v Turkey*, ric. n. 4633/15.

²²³ Più in generale, sul principio del best interest del minore nella giurisprudenza CEDU, J. Long, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in F. Buffa, M. G. Civinini (a cura di), *Questione Giustizia, Speciale La Corte di Strasburgo*, 2019, pp. 413-418.

²²⁴ Per un esame dettagliato degli obblighi positivi che gravano sugli Stati nei confronti dei minori stranieri, K. Turković, *Challenges to the Application of the Concept of Vulnerability and the Principle of Best Interests of the Child in the Case Law of the ECtHR Related to Detention of Migrant Children*, in B. Çalı, L. Bianku, and I. Motoc (a cura di) *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2021, pp. 104-137.

²²⁵ CEDU, sentenza del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga v. Belgium*, ric. n. 13178/03, par. 55.

²²⁶ CEDU, sentenza del 5 aprile 2011, *Rahimi c. Grèce*, ric. n. 8687/08.

²²⁷ Tra gli obblighi che si impongono agli Stati rispetto alla tutela dei minori stranieri non accompagnati, la Corte ha incluso quello di identificazione dei MSNA, della nomina di un tutore, e, eventualmente, di condurre un accertamento dell'età in caso di dubbi sulla minore età della personale. Si vedano le conclusioni espresse in CEDU, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubacar v. Malta*; CEDU, sentenza del 28 febbraio 2019, *Khan c. France*, ric. n. 12267/16. Sulle garanzie specifiche per i minori richiedenti asilo, anche R. Palladino, *La protezione del minore*

In casi successivi, i giudici europei sono giunti a riconoscere la vulnerabilità intrinseca anche dei minori accompagnati dalle proprie famiglie, giungendo a riscontrare una violazione degli art. 3 e 5 CEDU quando gli stessi erano collocati in centri per soli adulti, o, pur a fronte di condizioni dei centri dignitose, erano esposti a situazioni umilianti e degradanti, tenuto conto della loro età e dell'estensione temporale della detenzione²²⁸. In *Papov*, la Corte aveva riconosciuto una violazione degli artt. 3 e 5 solo con riguardo ai figli minori²²⁹ e non anche ai genitori. Nel successivo caso *A.B. and Others*, invece, la necessità di valutare se la privazione della libertà costituisca una *last resort measure* è confermata non soltanto per le minori, ma per tutti i componenti del nucleo familiare²³⁰.

Nel *case law* degli ultimi anni in materia, la Corte ha consolidato la propria posizione, giungendo quasi sempre ad individuare una violazione dell'art. 3 attraverso la valorizzazione di parametri quali lo *status* di minori non accompagnati, l'età dei bambini (quando accompagnati dai genitori), le condizioni materiali del centro, la durata della detenzione, ed anche la circostanza che, pur in centri qualificati dalle autorità come idonei per il collocamento di minori, questi ultimi erano stati esposti al contatto con adulti o ad un trattamento che aveva loro causato *stress* e disturbi psicologici, incompatibili con il loro benessere²³¹. Inoltre, con riferimento specifico al diritto alla libertà personale, si afferma l'onere di indagare la necessità e proporzionalità del trattenimento: la misura sarà giustificata solo previo esame delle circostanze del caso concreto e se la stessa viene applicata quale misura di ultima istanza; *a contrario*, se non vi è prova che la situazione del minore e la disponibilità di misure alternative siano state vagliate, la detenzione si qualificherà come incompatibile con l'articolo 5²³².

3.5 Rimedi effettivi e garanzie procedurali in tema di detenzione

Accanto ai principi di legalità e non arbitrarietà volti a limitare il ricorso alla detenzione sul piano sostanziale, l'art. 5 CEDU fissa alcune irrinunciabili garanzie procedurali, al fine di

straniero non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo, in C. Fratea, I. Quadranti (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, 2015, pp. 98-112.

²²⁸ CEDU, sentenza del 19 gennaio 2010, *Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium*, ric. n. 41442/07; CEDU, sentenza del 19 gennaio 2012, *Popov v. France*, ric. n. 39472/09.

²²⁹ Nel qualificare i bambini come particolarmente vulnerabili, la Corte si richiama anche alle direttive unionali: «The European Union directive concerning the reception of aliens thus treats minors, whether or not they are accompanied, as a category of vulnerable persons particularly requiring the authorities' attention». Corte EDU, *ivi*, par. 91.

²³⁰ CEDU, *A.B. and Others*, par. 119-123.

²³¹ CEDU, sentenza del 12 luglio 2016, *R.M. et Autres c. France*, ric. n. 32201/11; CEDU, sentenza del 12 luglio 2016, *A.M. et Autres c. France*, ric. n. 24587/12; CEDU, *R.R. and Others v. Hungary*; CEDU, *M.H. and Others v. Croatia*; CEDU, sentenza del 22 luglio 2021, *M.D. et A.D. c. France*, ric. n. 57035/18. Secondo Haumont una valutazione condotta alla luce dell'articolo 3 CEDU, che faccia perno sulla dignità del bambino, potrebbe condurre la Corte a pronunciarsi a favore dell'illegittimità *tour court* della detenzione dei minori stranieri. G. Haumont, *M.D. and A.D. v. France: Milestone towards a principled prohibition on the immigrant detention of children*, in *Strasbourg Observer* [blog], 11.2.2022.

²³² Così, ad esempio, nei casi già citati, ed in particolare in CEDU, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubacar v. Malta*; Corte EDU, *A.B. et Autres c. France*, ric. n. 11593/12; ma anche CEDU, sentenza del 17 luglio 2016, *R.K. et Autres c. France*, ric. n. 68264/14.

tutelare la persona privata della libertà sul piano dei rimedi, e anche nella fase successiva all'interruzione di una illegittima privazione della libertà. Il diritto ad un rimedio effettivo riveste carattere essenziale nell'intero impianto della CEDU: in assenza di rimedi efficaci, le prescrizioni sostanziali enunciate nella Convenzione sarebbero private della loro effettività. Mentre il diritto ad un rimedio effettivo è contemplato a livello generale dall'art. 13 CEDU, nel caso della privazione della libertà tale diritto è rafforzato, in quanto viene inglobato nelle previsioni dell'art. 5(2), (3) e (4)²³³, che si pone in rapporto di specialità rispetto alla norma generale²³⁴.

Le prescrizioni applicabili alla detenzione amministrativa sono quelle di cui ai par. 2 e 4, dal momento che la previsione di cui al terzo paragrafo, l'unica che si riferisce espressamente all'esperibilità di un rimedio giurisdizionale in senso stretto, copre soltanto le tipologie di detenzione disposte nell'ambito di un procedimento penale. La prima tutela procedurale a venire in rilievo è, dunque, quella legata all'informazione sulla misura e sui mezzi di ricorso, presupposto logico ed essenziale del diritto di difesa²³⁵. La persona privata della libertà – ovvero il suo rappresentante legale, secondo l'interpretazione della Corte²³⁶ – ha diritto ad essere informata circa il contenuto essenziale della decisione che dispone la misura coercitiva in un linguaggio semplice, non tecnico e che possa essere agevolmente compreso («simple, non-technical language that [the person] understands»²³⁷). Le obbligazioni che discendono dalla norma in questione sono tre: a) fornire informazioni tempestive; b) comunicare il contenuto essenziale della decisione circa la privazione della libertà, con riferimento sia al fatto che al diritto; c) trasmettere le informazioni in modo che il soggetto possa effettivamente comprenderle.

Quanto all'aspetto temporale, dalla giurisprudenza della Corte emerge che l'assolvimento degli obblighi informativi debba avvenire nel momento stesso in cui la misura è eseguita, mentre eventuali ritardi potrebbero essere giustificati soltanto in circostanze eccezionali²³⁸. Rispetto al contenuto del provvedimento, la Corte ha precisato che quando il trattenimento sia finalizzato all'espulsione, il soggetto deve essere messo a conoscenza delle ragioni alla base della decisione di disporre l'allontanamento²³⁹. Infine, se il ricorrente non è in grado di ricevere e/o comprendere le informazioni, i pertinenti dettagli devono essere comunicati alle persone che curano i suoi interessi, come il difensore o il tutore²⁴⁰. Non può non evidenziarsi, tuttavia

²³³ Il testo dell'articolo 5 è il seguente: «2. Ogni persona arrestata deve essere informata, a più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico [...] 4. Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale affinché decida entro un breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima».

²³⁴ W. Schabas, *The European Convention on Human Rights: a commentary*, Oxford, 2015, p. 253 e ss.

²³⁵ CEDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 115.

²³⁶ CEDU [GC], *Saadi v. the United Kingdom*, par. 83. In *Rusu*, la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 5, par. 2 in ragione del ritardo nella comunicazione dei motivi del trattenimento, intervenuta 10 giorni dopo l'applicazione della misura. CEDU, *Rusu v. Austria*, par. 43.

²³⁷ CEDU, sentenza del 21 febbraio 1990, *Van der Leer v. the Netherlands*, par. 28; CEDU, sentenza del 12 giugno 2014, *L.M. v. Slovenia*, ric. n. 32863/05, par. 121; CEDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 115.

²³⁸ G. Cornelisse, 2010, p. 286 e ss.

²³⁹ CEDU, *Chalal v. the United Kingdom*, par. 13.

²⁴⁰ CEDU, sentenza dell'8 novembre 2012, *Z.H. v. Hungary*, ric. n. 28973/11, par. 42-43.

come, a differenza delle Direttive europee, l'art. 5(2) non richiede esplicitamente che il provvedimento detentivo sia adottato in forma scritta, potendo le comunicazioni anche essere formulate oralmente²⁴¹.

Il dovere degli Stati di informare le persone trattenute con modalità che consentano loro di comprendere la situazione in cui si trovano è particolarmente importante quando si tratti di persone straniere, soprattutto abbiano appena fatto ingresso nel territorio e non comprendano la lingua del Paese. I migranti trattenuti potranno essere messi nelle condizioni di adire un tribunale per contestare la legittimità della misura soltanto previa traduzione degli atti o del loro contenuto. L'informativa legale è pertanto funzionale e indispensabile per garantire l'effettività dei rimedi necessari per far cessare la condotta illegittima delle autorità.

La dottrina ha evidenziato come, nel caso *Čonka*, la Corte EDU – pur non riscontrando una violazione dell'art. 5 – abbia inteso suggerire che l'assenza di informazioni fornite in una lingua comprensibile ai cittadini stranieri potesse inficiare l'effettività del loro diritto alla libertà personale²⁴², in ossequio al principio secondo cui «the Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective»²⁴³. Coerentemente con tale approccio, in *Moghaddas* la Corte ha desunto una mala fede delle autorità dal fatto che non fosse stata assicurata la presenza di un interprete nonostante la ridotta comprensione della lingua da parte dell'interessato²⁴⁴.

Nel caso *Khlaifia*, la Corte ha individuato una responsabilità in capo all'Italia per la violazione dell'art. 5(2), dal momento che la detenzione cui i ricorrenti erano stati sottoposti non aveva alcuna base legale, e conseguentemente gli stessi non avevano ricevuto alcun provvedimento scritto in merito alle ragioni del loro confinamento; inoltre, ha sancito che le informazioni rese in sede di provvedimento di espulsione non sono sufficienti a soddisfare «the need for information as to the legal basis for the migrant's deprivation of liberty»²⁴⁵. Inoltre, nello stesso caso, veniva criticato il considerevole ritardo con cui erano stati trasmessi i provvedimenti di espulsione, per cui anche se le ordinanze avessero contenuto informazioni sulla base giuridica del trattenimento, cosa che non è avvenuta, non avrebbero in ogni caso soddisfatto il requisito della tempestività²⁴⁶. Sono parzialmente simili le conclusioni raggiunte nel caso *J.R. and Others*, riguardante il trattenimento di richiedenti asilo provenienti dalla Turchia nell'*hotspot* di Chios, ai quali era stata consegnata una *brochure* informativa al momento dell'arrivo. In questo caso, come in quelli successivi riguardanti lo stesso *hotspot*, la Corte ha escluso che la detenzione fosse da considerarsi arbitraria, ma ha riconosciuto che lo

²⁴¹ CEDU [GC], *Saadi v. the United Kingdom*, par. 54-55.

²⁴² In effetti, tra gli elementi cui viene dato risalto per accertare l'arbitrarietà della detenzione, vi è anche quello per cui « the information on the available remedies handed to the applicants on their arrival at the police station was printed in tiny characters and in a language they did not understand; only one interpreter was available to assist the large number of Roma families who attended the police station in understanding the verbal and written communications addressed to them and, although he was present at the police station, he did not stay with them at the closed centre. In those circumstances, the applicants undoubtedly had little prospect of being able to contact a lawyer from the police». CEDU, *Čonka v. Belgium*, par. 44.

²⁴³ *Ivi*, par. 46. I. Majcher, 2019, p. 469.

²⁴⁴ CEDU, sentenza del 15 febbraio 2011, *Moghaddas v. Turkey*, ric. n. 46134/08, par. 46.

²⁴⁵ CEDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 120.

²⁴⁶ *Ivi*, par. 121.

Stato greco non aveva predisposto garanzie sufficientemente efficaci per consentire ai richiedenti asilo di contrastare la misura detentiva. In particolare, i giudici hanno notato come il contenuto dell'opuscolo non era sufficientemente specifico rispetto ai motivi del trattenimento o ai rimedi giurisdizionali a disposizione degli interessati²⁴⁷. Inoltre, non era stata attivata alcuna assistenza legale a favore dei ricorrenti, circostanza che aveva loro precluso l'esatta comprensione della brochure legale; infine la brochure indicava genericamente la possibilità di rivolgersi ad un tribunale, ma non specificava quale corte fosse competente²⁴⁸. Tali elementi consentivano di riscontrare, oltre alla violazione del diritto ad essere informati, anche quella strettamente collegata, dell'accesso ad un rimedio effettivo di cui all'art. 5(4).

La garanzia di un riesame del trattenimento è espressione diretta dell'*habeas corpus* come affermatosi nelle tradizioni costituzionali a partire dal XIII secolo²⁴⁹: la stessa Corte europea ha riconosciuto che il controllo giudiziale sulle misure restrittive imposte dall'amministrazione rappresenta una delle pietre miliari su cui poggia l'impianto dello Stato di diritto, nonché uno dei principi fondamentali delle società democratiche²⁵⁰. Per tale ragione, il diritto al rimedio deve presentare i caratteri di accessibilità ed effettività, pena il suo carattere meramente teorico: come riconosciuto dalla Corte in *Čonka*, «the accessibility of a remedy (...) implied that the circumstances voluntarily created by the authorities had to be such as to afford applicants a realistic possibility of using the remedy»²⁵¹. Richiamandosi a tali principi²⁵², in *Suso Musa* i giudici hanno sottolineato che il rimedio – soprattutto quando espressamente disciplinato dal diritto nazionale – deve anche essere in concreto accessibile²⁵³. Sebbene la formulazione dell'art. 5(4) non operi un riferimento espresso all'obbligo di garantire l'assistenza e la rappresentanza legale gratuite, siffatto requisito può essere preso in considerazione dalla Corte nella valutazione circa l'effettività del rimedio. Inoltre, i giudici hanno precisato che la possibilità di chiedere una revisione circa la legittimità della misura si realizza solo previa adeguata informativa circa i mezzi di ricorso, da cui lo stretto collegamento tra art. 5(2) e (4)²⁵⁴: in *Khlaifia*, si legge che «in cases where detainees had not been informed of the reasons for their deprivation of liberty, the Court has found that their right to appeal against their detention was deprived of all effective substance»²⁵⁵.

Le garanzie enucleate dall'*habeas corpus* fanno riferimento anche alla natura e alle caratteristiche del «tribunale» chiamato a decidere entro un «breve termine» sulla legittimità della detenzione; all'estensione del sindacato legale; e alla possibilità di disporre l'immediata

²⁴⁷ CEDU, *J.R. et Autres c. Grèce*, par. 123. Si vedano anche CEDU, *O.S.A. et Autres c. Grèce*, par. 54-56; CEDU, *Kaak et Autres c. Grèce*, par. 122-123.

²⁴⁸ CEDU, *Kaak et Autres c. Grèce*, par. 122.

²⁴⁹ Con la firma della *Magna Charta Libertatum* ad opera di re Giovanni d'Inghilterra nel 1215.

²⁵⁰ CEDU, sentenza del 29 novembre 1988, *Brogan and others v. the United Kingdom*, ric. n. 11902/84, par. 58.

²⁵¹ CEDU, *Čonka v. Belgium*, par. 45.

²⁵² La premessa è che «Article 5 § 4 refers to domestic remedies that are sufficiently certain, otherwise the requirements of accessibility and effectiveness are not fulfilled». CEDU, *Suso Musa v. Malta*, par. 51.

²⁵³ CEDU, *Suso Musa v. Malta*, par. 51.

²⁵⁴ Il diritto ad essere informato sui mezzi di ricorso risulta ancor più centrale, quando si tenga conto del fatto che il par. 4, a differenza del precedente par. 3, non contempla un diritto al riesame automatico della misura detentiva avanti un giudice, limitandosi ad ammettere che la parte possa sollevare una doglianza. Così I. Majcher, 2019, pp. 460 e ss.

²⁵⁵ CEDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 132.

liberazione del soggetto, al fine di garantire l'effettività del diritto alla libertà personale²⁵⁶. La Corte ha precisato in proposito che il termine «tribunale» non si riferisce soltanto all'autorità giudiziaria propriamente intesa²⁵⁷. Nondimeno, devono essere rispettate le garanzie di indipendenza dell'organo²⁵⁸ e il tribunale deve assicurare il rispetto delle stesse garanzie connaturate ad una «judicial procedure»,²⁵⁹ anche se le stesse possono variare in base alla tipologia di detenzione posta in essere.

Merita evidenziare che le tutele procedurali cui fa riferimento l'art. 5(4) non corrispondono necessariamente a quelle del giusto processo disciplinate dall'art. 6 CEDU, anche se deve essere rispettato il principio del contraddittorio o di 'parità delle armi'. In *A. and Others*, la Corte ha specificato che, sebbene non sia sempre necessario che un procedimento ai sensi dell'art. 5(4) sia assistito dalle stesse garanzie richieste dall'art. 6 per le controversie penali o civili, esso deve avere un «carattere giudiziario» (*judicial character*) e fornire garanzie adeguate al tipo di privazione della libertà in questione. In particolare, a seconda della forma di privazione della libertà potrebbe essere necessario predisporre una audizione della parte, ad esempio nei casi di custodia cautelare, o in ogni caso l'accesso ai documenti del fascicolo²⁶⁰. Sembra potersi inferire da una simile giurisprudenza che, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, anche durante il procedimento di riesame della detenzione la persona interessata dovrebbe poter avere accesso a garanzie quali l'accesso a tutti gli atti del procedimento, alla pienezza della difesa e al contraddittorio²⁶¹.

Al contempo, occorre tener presente che la Corte di Strasburgo è particolarmente restia a riconoscere spazi di applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti in materia di immigrazione:²⁶² ne discende una complessiva ritrosia ad estendere ai procedimenti di riesame del trattenimento tutte le garanzie che normalmente spetterebbero alla persona detenuta nell'ambito di un procedimento penale. Non sono mancate alcune aperture: ad esempio, in *Al-Nashif* la Corte ha puntualizzato che «the person concerned should have access to a court and the opportunity to be heard either in person or through some form of representation»²⁶³; mentre, nel caso di svolgimento di una procedura scritta, l'art. 5(4) impone quantomeno che la persona abbia accesso al proprio fascicolo e possa rispondere con osservazioni²⁶⁴. Da ultimo, in

²⁵⁶ Pertanto, un tribunale o una corte che rivestisse un ruolo meramente consultivo, e non fosse in grado di disporre l'immediata liberazione con efficacia coattiva nei confronti dell'operato dell'Amministrazione non potrebbe considerarsi in linea con quanto richiesto dall'articolo 5, par. 4.

²⁵⁷ CEDU, sentenza del 5 novembre 1981, *X v. the United Kingdom*, ric. n. 7215/75, par. 53.

²⁵⁸ CEDU, sentenza del 22 maggio 2008, *Sadaykov v. Bulgaria*, ric. n. 75157/01, par. 35. Le stesse conclusioni sono state confermate in CEDU, *Dougoz c. Grèce*, par. 62.

²⁵⁹ CEDU, sentenza del 18 giugno 1971, *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, A-12, par. 76-77.

²⁶⁰ CEDU [GC], sentenza del 19 febbraio 2009, *A. and Others v. the United Kingdom*, ric. n. 3455/05, par. 204.

²⁶¹ Sulle garanzie connaturate al giusto processo applicabili alla detenzione dello straniero, I. Majcher, 2019, p. 481 e ss., e I. Majcher, *The effectiveness of EU return policy at all costs: the punitive use of administrative pre-removal detention*, in N. Kogovšek Šalamon (a cura di), *Causes and Consequences of Migrant Criminalization, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 81*, Geneva, 2020, pp. 109-130.

²⁶² *Ex multis*, CEDU [GC], sentenza del 5 ottobre 2000, *Maaouia v. France*, no. [39652/98](#), par. 38. Per un commento critico sul punto, L. Scomparin, *Le garanzie di contesto*, in *La Legislazione Penale*, 2020, p. 8.

²⁶³ CEDU, sentenza del 20 giugno 2002, *Al-Nashif v. Bulgaria*, ric. n. 50963/99, par. 92. Tale diritto non è mai stato considerato assoluto, e va rapportato alle circostanze del caso concreto e bilanciato con gli interessi statali quali quelli alla sicurezza nazionale o alla salute pubblica: ad es., Corte EDU, sentenza del 22 giugno 2021 (decisione sull'ammissibilità), *Bah. v. the Netherlands*, ric. n. 35751/20.

²⁶⁴ CEDU, sentenza del 21 luglio 2015, *Nassr Allah v. Latvia*, ric. n. 66166/13, par. 82.

Richmond Yaw et Autres la Corte EDU ha riconosciuto una violazione della norma in esame poiché il giudice nazionale competente per la proroga del trattamento aveva adottato la decisione di estensione della misura senza previo avviso dell'udienza alla parte, impedendole così di partecipare al procedimento, in violazione delle disposizioni di diritto interno²⁶⁵.

Quanto alla nozione di «legittimità della detenzione» cui fa riferimento l'art. 5(4), e dunque al raggio di azione del sindacato dell'autorità indipendente, la giurisprudenza europea ha chiarito che a tale concetto debba essere attribuito lo stesso contenuto di cui alla «legittimità» del par. 1 della stessa norma. Pertanto, il tribunale potrà esaminare tanto le condizioni sostanziali quanto quelle procedurali che sorreggono l'applicazione della misura detentiva, e prendere in considerazione sia il diritto nazionale sia i principi di diritto convenzionale, sia, eventualmente, le prescrizioni derivanti dalla normativa UE²⁶⁶. In *Ilijkov* la Corte ha puntualizzato che l'art. 5(4) non impone che il tribunale debba necessariamente trattare tutti i punti sollevati col ricorso; tuttavia, non può considerare irrilevanti, o ignorare, i fatti concreti invocati dal detenuto, che siano in grado di far dubitare della «legittimità» della privazione di libertà²⁶⁷. Se l'autorità chiamata a pronunciarsi sul ricorso non fornisce motivi adeguati, o si pronuncia attraverso formule stereotipate che non rispondono ai rilievi formulati dal ricorrente, potrebbe essere ipotizzata una violazione della norma²⁶⁸.

Da ultimo, il *case law* della Corte europea ha fornito alcune indicazioni anche in merito al concetto di «breve termine»: il lasso di tempo entro cui il tribunale deve pronunciarsi non può essere definito in astratto, poiché varia in base alle complessità del caso concreto, quali ad esempio i gradi di giudizio che sono intervenuti, le caratteristiche soggettive dei ricorrenti, la diligenza osservata dalle autorità²⁶⁹. In ogni caso, la Corte ha precisato che l'opportunità di esperire un riesame deve essere offerta dopo l'applicazione della misura custodiale e, se necessario, a intervalli ragionevoli;²⁷⁰ inoltre, il termine si imporrà come necessariamente più breve quando la misura sia stata disposta dall'autorità amministrativa in luogo dell'autorità giudiziaria²⁷¹, come spesso avviene in materia di detenzione amministrativa.

Infine, una precisazione pare necessaria. L'art. 5(4) copre soltanto i casi in cui la persona sottoposta ad una privazione della libertà intende chiedere il riesame della «legittimità» del trattenimento: quando le condizioni detentive possono integrare un trattamento inumano e degradante si esce dal perimetro della *lex specialis*. Pertanto, il ricorso ad un rimedio effettivo dovrà essere fatto valere sulla base dell'art. 13 CEDU. È emblematico, in proposito, il caso *Khlaifia*, poiché in quell'occasione la Corte ha riconosciuto il rapporto di specialità

²⁶⁵ CEDU, sentenza del 6 ottobre 2016, *Richmond Yaw et Autres c. Italie*, ric. n. 3342/11, 3391/11, 3408/11 e 3447/11.

²⁶⁶ CEDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 128; CEDU, *Suso Musa v. Malta*, par. 50.

²⁶⁷ CEDU, sentenza del 26 luglio 2001, *Ilijkov v. Bulgaria*, ric. n. 33977/96, par. 94.

²⁶⁸ «The Court also notes that if the court fails to give adequate reasons or gives repeated stereotyped decisions which provide no answer to the arguments of the applicant, this may disclose a violation by depriving the guarantee under Article 5 § 4 of its substance». CEDU, sentenza del 17 ottobre 2019, *G.B. and Others v. Turkey*, ric. n. 4633/15, par. 176.

²⁶⁹ CEDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 131; CEDU, sentenza del 20 marzo 2018, *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, ric. n. 13237/17, par. 163; Corte EDU, *G.B. and Others v. Turkey*, par. 178.

²⁷⁰ CEDU, sentenza del 26 aprile 2012, *Molotchko v. Ukraine*, ric. n. 12275/10, par. 148.

²⁷¹ CEDU, sentenza del 26 giugno 2014, *Shcherbina v. Russia*, ric. n. 41970/11, par. 65-70.

intercorrente tra le due norme, e ha ritenuto che l'art. 13 fosse applicabile alle doglianze relative agli art. 3 e 4 Protocollo 4 CEDU, concludendo che il governo non aveva indicato alcun rimedio a disposizione dei trattenuti, né al fine di contestare la privazione de facto della libertà, né di lamentare le condizioni detentive²⁷². Pertanto, veniva riscontrata una violazione dell'art. 13 con riferimento all'art. 3 CEDU, oltre che dell'art. 5(4).

Merita ricordare che vi sono alcune differenze tra le due norme: in primo luogo, l'art. 13 è invocabile in qualsiasi momento, ed in particolare anche dopo che i possibili trattamenti inumani e degradanti sono cessati, mentre una eventuale violazione dell'art. 5 può essere fatta valere solo mentre la persona si trova in stato di detenzione²⁷³. Quanto, invece, all'effettività del rimedio invocato, la Corte ha a più riprese sostenuto che l'autorità cui si fa riferimento nell'art. 13 non è necessariamente quella giurisdizionale, e che se anche non vi è un solo rimedio idoneo a soddisfare i requisiti di cui alla norma, la combinazione di più procedure contemplate dal diritto nazionale potrebbe risultare in ogni caso adeguata²⁷⁴. Pare, sotto questo punto di vista, che le caratteristiche che deve rivestire l'autorità chiamata a esaminare il rimedio siano meno stringenti rispetto a quanto previsto dall'art. 5(4).

La disamina delle garanzie previste dall'articolo 5 CEDU in materia di limitazione della libertà personale deve chiudersi con un breve richiamo al diritto alla riparazione in caso di detenzione illegittima, di cui all'art. 5(5). Il rimedio è attivabile anche quando la misura sia stata considerata conforme al diritto interno ma, invece, si sia rivelata incompatibile con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU²⁷⁵. In ogni caso il riconoscimento dell'azionabilità del risarcimento è strettamente collegato alla statuizione in merito all'illegittimità della misura detentiva.

La Corte europea ha, in più occasioni, condannato l'Italia per violazione dell'art. 5(5). In *Zeciri*, seppur con riferimento alla reclusione disposta all'interno di un procedimento penale, i giudici avevano valutato che non vi fosse alcun rimedio disponibile per la persona intenzionata a chiedere la riparazione del danno per ingiusta detenzione, non rappresentando rimedi idonei al caso del ricorrente quello di cui all'art. 314 c.p.p., né l'azione di risarcimento danni per la responsabilità civile dei magistrati²⁷⁶. In *Seferovic* viene laconicamente sancito che non esisteva alcuna disposizione che consentisse al ricorrente di presentare alle autorità nazionali una richiesta di risarcimento per detenzione illegittima²⁷⁷. Le stesse conclusioni sono ribadite in *Richmond Yaw et Autres*, ove la Corte osserva che il rimedio tramite il quale richiedere il risarcimento deve essere effettivo, disponibile tanto in teoria quanto in pratica, cioè accessibile. La Corte non ha rinvenuto, nell'ordinamento italiano, alcuno strumento giurisdizionale che presentasse tali caratteristiche, e da ciò è dipesa la violazione dell'articolo in esame²⁷⁸.

²⁷² CEDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 270.

²⁷³ CEDU, sentenza del 9 ottobre 2003, *Slivenko v Latvia*, ric. n. 48321/99, par. 155; CEDU, *Richmond Yaw and Others v Italy*, par. 82.

²⁷⁴ Così nel testo originale: «even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so». *Ex multis*, CEDU, *Chahal v. the United Kingdom*, par. 145; CEDU, *De Souza Ribeiro v. France*, par. 79.

²⁷⁵ CEDU, sentenza del 4 marzo 2008, *Marturana c. Italie*, ric. n. 63154/00, par. 79.

²⁷⁶ Si veda anche CEDU, sentenza del 4 agosto 2005, *Zeciri c. Italie*, ric. n. 55764/00, par. 47-48.

²⁷⁷ CEDU, sentenza dell'8 febbraio 2011, *Seferovic c. Italia*, ric. n. 12921/04, par. 48.

²⁷⁸ CEDU, *Richmond Yaw et Autres*, parr. 40-41 e parr. 95-96.

4. Verso la costituzionalizzazione del diritto alla libertà personale nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

All'interno del sistema di tutela dei diritti del Consiglio d'Europa, il tema della detenzione amministrativa è stato principalmente affrontato per il tramite delle pronunce della Corte europea sui ricorsi individuali esperiti per contestare la violazione degli artt. 3 e 5 CEDU. Come noto, la funzione e le modalità di intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea, anche quando chiamata ad esprimersi sul rispetto di diritti fondamentali, sono distinte da quelle della Corte EDU. Ciò non toglie che anche la CGUE sia stata interrogata sulla legittimità dell'istituto e sulle garanzie previste in tema di detenzione della persona straniera.

La via privilegiata per invocare un intervento della Corte di giustizia passa per le corti nazionali, che con sempre maggiore frequenza hanno sollevato rinvii pregiudiziali ex art. 267 TFUE circa la compatibilità del diritto nazionale con quello europeo, quando il primo pareva discostarsi dai principi e dalle garanzie contenute nelle Direttive²⁷⁹. Così facendo, la Corte ha potuto precisare e arricchire il contenuto delle disposizioni di diritto derivato, e in ultima istanza contribuire all'affermazione di principi generali in materia di detenzione dei migranti. Non di rado, nelle pronunce rese a seguito di rinvio pregiudiziale, i giudici dell'UE si sono direttamente o implicitamente richiamati alla giurisprudenza di Strasburgo, che ha rappresentato – per lo meno in un primo momento – un solido punto di riferimento nell'elaborazione degli standard in materia di libertà personale. Più di recente, invece, la Corte di giustizia ha ritenuto necessario sottolineare il carattere autonomo del diritto dell'Unione e, conseguentemente, affrancarsi dai principi elaborati nel sistema che fa capo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Da un punto di vista sostanziale, i diritti che vengono in esame quando la Corte di giustizia è chiamata ad interpretare le norme in materia di trattenimento sono l'articolo 6 e l'articolo 47 della Carta. L'art. 6 si limita a prevedere che «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza»; le Spiegazioni rimandano, per l'identificazione del contenuto della norma, all'art. 5 CEDU. Merita evidenziare, però, che l'articolo prevede una tutela in via generale per «ogni persona» e non opera una espressa distinzione tra cittadini europei e cittadini di Stati terzi, né tra le varie forme possibili di limitazione della libertà personale. L'art. 47 della Carta, invece, contempla sia il diritto ad un rimedio effettivo, sia quello ad un giudice imparziale, e incorpora garanzie ulteriori e più ampie rispetto a quelle risultanti dalla combinazione degli artt. 6 e 13 CEDU²⁸⁰. Entrambe le norme, poi, debbono essere interpretate alla luce dell'articolo 52 della Carta, e dunque conformemente ai principi di legalità, necessità e proporzionalità (su cui, *infra*, par. 2). Ne deriva, per quanto attiene al diritto alla libertà personale, una protezione più estesa

²⁷⁹ Sul ruolo centrale occupato dal rinvio pregiudiziale al fine di promuovere i valori dell'Unione e i diritti fondamentali, *ex multis*, V. Passalacqua, *Legal mobilisation via preliminary reference: insights from the case of migrants rights*, in *Common Market Law Review*, 2021, 58(3), pp. 751-776.

²⁸⁰ Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte in materia: M. Bonelli, M. Eliantonio, G. Gentile (a cura di), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection. The Court of Justice's Perspective*, Londra, 2022

rispetto a quanto può farsi discendere dall'art. 5 CEDU in base all'interpretazione della Corte europea: anche per le persone migranti sarà pienamente invocabile il test di proporzionalità, in base al quale occorre verificare se la misura persegue un obiettivo legittimo; se è idonea a raggiungere tale obiettivo; e se è la misura meno afflittiva a disposizione dell'autorità per conseguire l'obiettivo proposto. In sostanza, il carattere 'inviolabile' della libertà personale è affermato con pienezza, posto che il diritto non potrà essere limitato più di quanto necessario per raggiungere gli scopi considerati legittimi dal diritto UE.

Come si vedrà, la *ratio decidendi* da cui muovono le argomentazioni della CGUE in materia di limiti al trattenimento amministrativo non è sempre stata il doveroso rispetto dei diritti fondamentali, tanto che l'art. 6 della Carta viene richiamato soltanto in alcune pronunce e non in tutte: ciò nonostante, alcuni Autori hanno evidenziato come l'intervento della Corte di giustizia abbia promosso una «costituzionalizzazione» della materia, intesa come «a trend towards fuller recognition in law of the fact that the exercise of migration control by the state impinges on the rights of individuals»²⁸¹, che non era stata pienamente realizzata tramite l'intervento – più deferente verso interessi sovrani degli Stati – della Corte EDU.

Altri hanno sottolineato l'efficacia «protettiva» degli interventi della Corte nei confronti degli interessi e delle garanzie dei migranti irregolari *vis à vis* la loro criminalizzazione²⁸². Sebbene il filone giurisprudenziale attinente al rapporto tra Direttiva Rimpatri e sanzioni penali disposte nei confronti dei migranti irregolari in ragione del loro *status* amministrativo (cd. criminalizzazione diretta) non sia di immediata rilevanza per l'indagine che si sta qui conducendo, l'approccio seguito dalla Corte di giustizia è di interesse nella misura in cui viene affrontato il rapporto tra la detenzione applicabile nell'ambito della dir. 2008/115/CE e i principi fondamentali dell'ordinamento UE.

²⁸¹ G. Cornelisse, *The constitutionalisation of immigration detention: between EU law and the European Convention on human rights*, in *Global Detention Project working paper series n. 15*, 2016, p. 2. Gli stessi argomenti sono stati sviluppati dall'autrice anche in G. Cornelisse, in M. João Guia, R. Koulis, e V. Mitsilegas, (a cura di), *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime*, New York, 2016, p. 73-90; da ultimo, unitamente a M. Moraru, *Introduction: Judicial dialogue on the Return directive – catalyst for changing migration governance*, in M. Moraru, G. Cornelisse e P. De Bruyker, *Law and judicial dialogue on the return of irregular migrants from the European Union*, Oxford, 2020, pp. 17-37; e G. Cornelisse, M. Moraru, *Judicial interaction on the European Return Directive: shifting borders and the constitutionalisation of irregular migration governance*, in *European Papers*, 2022, 7, pp. 127-149.

²⁸² V. Mitsilegas, *The criminalisation of migration in Europe. Challenges for human rights and the rule of law*, London, 2015; V. Mitsilegas, *Immigration Detention, Risk and Human Rights in the Law of the European Union. Lessons from the Returns Directive*, in M. João Guia, R. Koulis, e V. Mitsilegas, 2016, pp. 25-46; V. Mitsilegas, *The criminalization of migration in the law of the European Union: challenging the preventive paradigm*, in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia, *Controlling immigration through criminal law*, Oxford, 2021, pp. 25-46. Anche altri autori, in particolare nel panorama italiano, hanno evidenziato l'impatto della giurisprudenza della CGUE: tra questi, con specifico riferimento alla sentenza *El Dridi*, G.L. Gatta, *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis t.u. imm.) e la 'direttiva rimpatri'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 febbraio 2012; F. Viganò, *Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 28 aprile 2011, Hassen el Dridi, causa c-61/11 ppu (direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento dello straniero)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2011; L. Masera, F. Viganò, *Addio articolo 14: nota alla sentenza El Dridi della Corte di giustizia UE in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Rivista AIC. Trimestrale di diritto costituzionale*, 2011, 3. Più in generale, sul punto, L. Masera, *La criminalizzazione dello straniero irregolare. Uno sguardo d'insieme sul ventennio appena trascorso*, in M. Giovannetti, N. Zorzella, *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, pp. 611-637.

Come anticipato nel capitolo precedente, in *El Dridi* la Corte di giustizia è stata chiamata a valutare la compatibilità con la Direttiva delle previsioni del diritto interno italiane volte a criminalizzare la presenza sul territorio dello straniero inottemperante ad un ordine di allontanamento, condotta punita con una pena detentiva fino a quattro anni²⁸³. La Corte, pur riconoscendo che gli Stati sono liberi di «adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere i cittadini di Paesi terzi dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati»²⁸⁴, ha ritenuto che l'imposizione della pena della reclusione si poneva in contrasto con il raggiungimento dell'effetto utile della Direttiva, in quanto «una tale pena, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla Direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare»²⁸⁵. La medesima *ratio* ha spinto la Corte a ritenere incompatibili con la Direttiva le previsioni del diritto francese volte a criminalizzare l'ingresso e il soggiorno irregolari dello straniero²⁸⁶, mentre sono state fatte salve le norme – ancora una volta italiane – che comminavano una pena pecuniaria per l'irregolarità del soggiorno e quelle che prevedevano una pena detentiva per la violazione del divieto di reingresso²⁸⁷. Nel ripercorrere il *case law* della CGUE attinente all'ambito delle sanzioni penali in materia di immigrazione, la dottrina ha evidenziato che la Direttiva ha contribuito a limitare la criminalizzazione e il ricorso indiscriminato alla detenzione per ragioni principalmente amministrative²⁸⁸. L'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia ha, in altre parole, trasformato il diritto UE in un «effective shield against criminalization of irregular migration if such criminalization is predominantly

²⁸³ Le norme oggetto del rinvio pregiudiziale erano quelle di cui all'articolo 14, comma 5-ter, che puniva la violazione dell'ordine di allontanamento del questore con una pena detentiva la cui misura variava dai sei mesi a quattro anni; e di cui all'articolo 14, comma 5-quater, che prevedeva parimenti una pena detentiva per lo straniero che continui a trattenersi sul territorio italiano. Per una completa ricostruzione

²⁸⁴ CGUE, *El Dridi*, par. 52.

²⁸⁵ *Ivi*, par. 59.

²⁸⁶ CGUE, *Achughbabian*. Il caso ha assunto particolare rilevanza nel sistema francese perché, come evidenziato da Raffaelli, «la Corte, pur riaffermando solennemente l'ammissibilità di fattispecie penali che criminalizzino la mera presenza irregolare, in parte forse anche per un riguardo di natura "politica" (data la sensibilità della materia e la riluttanza degli Stati membri a dare attuazione alla direttiva), ne ha però notevolmente ridimensionato la portata e l'ambito applicativo». R. Raffaelli, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, 4, pp. 73.

²⁸⁷ Il riferimento è ai casi *Celaj* e *Sagor*. In *Sagor* la Corte, richiamando i principi affermati in *El Dridi* e *Achughbabian*, esclude che la sostituzione della pena pecuniaria con la detenzione domiciliare possa dirsi compatibile con la Direttiva. In *Celaj*, invece, il ragionamento è improntato alla diversa fase in cui si attuerebbe la detenzione penale che, se relativa ad un reingresso a seguito di un procedimento di espulsione già portato a termine, non interferirebbe con gli obiettivi della Direttiva. Le conclusioni non sono pienamente condivisibili, se solo si considera che anche a seguito del reingresso lo straniero potrà essere destinatario di un provvedimento di espulsione e dunque ricadrebbe entro l'ambito di applicazione del diritto UE: pertanto, anche nei suoi confronti, l'interesse primario dovrebbe essere quello alla celere realizzazione del rimpatrio. Sul punto, L. Masera, *La Corte di giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE). Nota a Corte di giustizia UE, IV sez., sent. 1 ottobre 2015, Celaj, causa n. C-290/14*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 ottobre 2015.

²⁸⁸ V. Mitsilegas, 2016, p. 38-39.

used for symbolic purposes»²⁸⁹. Al contempo, non è passato inosservato come per la Corte di giustizia l'effettività della politica di rimpatrio sia «heavily prioritised over the protection of personal liberty»²⁹⁰.

Tuttavia resta fermo che, in uno dei primi giudizi in materia di applicazione della Direttiva Rimpatri, i giudici di Lussemburgo non hanno mancato di sottolineare che la dettagliata disciplina posta dagli art. 15 e 16 della Direttiva Rimpatri è volta «allo scopo di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini dei paesi terzi»²⁹¹: a ciò sono indirizzate le previsioni secondo cui il trattenimento deve essere misura di *extrema ratio* e avere «durata quanto più breve possibile e protrarsi solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio»²⁹². La stessa Corte riconosce poi che «la direttiva 2008/115 intende tener conto sia della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale il principio di proporzionalità esige che il trattenimento di una persona sottoposta a procedura di espulsione o di estradizione non si protragga oltre un termine ragionevole, vale a dire non superi il tempo necessario per raggiungere lo scopo perseguito (...), sia dell'ottavo dei «Venti orientamenti sul rimpatrio forzato» adottati il 4 maggio 2005 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, ai quali la direttiva fa riferimento nel terzo 'considerando'»²⁹³. La Corte non riteneva di poter attribuire un peso determinante al rispetto dei diritti fondamentali nel rispondere alla questione pregiudiziale che le era stata sottoposta, ma si è mostrata consapevole delle implicazioni che le norme della Direttiva possono avere su quei medesimi diritti e ha avviato un dialogo, sul punto, con la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Inoltre, il principio di proporzionalità comincia ad assumere una posizione di rilievo nel processo di interpretazione della Direttiva e nell'identificazione di limiti alla detenzione amministrativa discendenti dal rispetto dei diritti umani, posto che la Corte afferma che «la successione delle fasi della procedura di rimpatrio stabilita dalla direttiva 2008/115 corrisponde ad una gradazione delle misure da prendere per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, gradazione che va dalla misura meno restrittiva per la libertà dell'interessato – la concessione di un termine per la sua partenza volontaria – alla misura che maggiormente limita la sua libertà – il trattenimento in un apposito centro – fermo restando in tutte le fasi di detta procedura l'obbligo di osservare il principio di proporzionalità»²⁹⁴. Tale orientamento troverà conferma nella giurisprudenza più recente della CGUE: verranno di seguito esaminate alcune sentenze selezionate in cui, si ritiene, il rapporto tra principi generali, effettività delle politiche dell'Unione, e garanzie a tutela del diritto alla libertà personale è stato preso in considerazione,

²⁸⁹ G. Cornelisse, *Detention and transnational law in the European Union: constitutional protection between complementarity and inconsistency*, in M.J. Finn, M. B. Finn, *Challenging immigration detention. Academics, activists and policy makers*, Cheltenham, 2017, pp. 222-238, p. 228.

²⁹⁰ L. Mancano, 2019, p. 180. Dello stesso avviso anche A. Natale, C. Renoldi, *La tutela dei diritti e i paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l'Italia e la libertà dei migranti*, in *Questione Giustizia*, 2011, 5; A. Di Martino, R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: direttiva rimpatri e diritto penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 luglio 2011; R. Raffaelli, *Criminalising Irregular Immigration and the Returns Directive: An Analysis of the El Dridi Case*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, 13 (4), pp. 467-489.

²⁹¹ CGUE, *El Dridi*, par. 40.

²⁹² *Ivi*, par. 41.

²⁹³ *Ivi*, par. 43.

²⁹⁴ *Ivi*, par. 45.

e che hanno contribuito in larga parte ad innalzare gli standard fissati dalle direttive europee in materia, soprattutto quando queste erano formulate in maniera da concedere ampia discrezionalità ai poteri statali. Le sentenze qui analizzate sono già state richiamate nel capitolo precedente, ma la loro collocazione in questa sezione della trattazione è funzionale all'analisi del modo in cui la Corte di giustizia ha inteso dar forma non soltanto alle norme secondarie, ma ancor prima al diritto fondamentale alla libertà personale.

4.1 Il punto di partenza: silenzio sui diritti fondamentali e incertezze in ordine ai presupposti sostanziali della detenzione

La prima sentenza che assume rilievo è quella emessa nel caso *Kadzoev*, il primo in cui la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale relativo all'interpretazione delle disposizioni di cui all'art. 15 Direttiva Rimpatri, con specifico riguardo all'applicazione dei termini massimi di trattenimento e alla sussistenza di una ragionevole prospettiva di allontanamento²⁹⁵. Il caso riguardava un cittadino ceceno, la cui identità non era certa (tanto che venne successivamente dichiarato apolide), destinatario di un decreto di espulsione e trattenuto in un centro specializzato ai fini dell'allontanamento per un periodo eccedente i 18 mesi. Durante la procedura di allontanamento lo straniero aveva presentato domanda di asilo, e le autorità bulgare ne avevano ordinato la permanenza nel centro. Il giudice del rinvio chiedeva come dovesse essere interpretata la nozione di «prospettiva ragionevole di allontanamento» in assenza di accordo di riammissione con il Paese terzo, e in caso di rifiuto di rilasciare un documento di viaggio ai fini del rimpatrio. Inoltre, la corte rimettente sondava la possibilità di mantenere lo straniero in stato di trattenimento anche a seguito dello spirare del termine ultimo per il rimpatrio, se «l'interessato non dispone di validi documenti d'identità (...) tiene un comportamento aggressivo, non dispone di mezzi di sussistenza e non ci sono terzi che si siano impegnati a garantire la sua sussistenza»²⁹⁶.

La Corte di Lussemburgo ha stabilito in primo luogo che i termini dettati dall'art. 15(5) dir. 2008/115/CE sono inderogabili, e si applicano anche allo straniero il cui trattenimento sia stato avviato prima del recepimento della Direttiva²⁹⁷. La durata massima del trattenimento deve includere anche i periodi in cui la persona è rimasta trattenuta all'interno del centro sebbene l'esecuzione dell'espulsione fosse sospesa, in ragione del ricorso presentato contro il provvedimento di rimpatrio. La Corte, in questa sede, non si è spinta fino ad imporre che nelle more del procedimento di riesame giurisdizionale dell'espulsione lo straniero debba

²⁹⁵ Come indicato dall'AG *Mazák* «Essendo la Corte chiamata a chiarire, per la prima volta, taluni aspetti relativi all'applicazione dell'art. 15 della direttiva, il presente procedimento pregiudiziale assume una rilevanza che travalica il caso di specie. Esso si inserisce nel delicato e continuo processo che tende a conciliare, da una parte, il diritto inalienabile dello Stato, riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel suo territorio e il suo interesse legittimo a prevenire in modo efficace abusi di diritto in materia di immigrazione e asilo con, dall'altra parte, i principi di uno Stato di diritto e il grado di tutela offerto ai migranti in virtù del diritto internazionale, del diritto comunitario e, in particolare, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Conclusioni dell'Avvocato Generale Ian *Mazák* del 10 novembre 2009, *Kadzoev*, C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:691.

²⁹⁶ CGUE, *Kadzoev*, par. 68.

²⁹⁷ *Ivi*, par. 39.

necessariamente essere rilasciato, ma al contempo ha precisato che tale periodo non può essere conteggiato nel termine massimo di trattenimento: qualora così non fosse, «la durata del trattenimento ai fini dell'allontanamento potrebbe variare, all'occorrenza anche considerevolmente, da un caso all'altro in uno stesso Stato membro oppure da uno Stato membro all'altro, a seconda delle particolarità e delle specifiche circostanze delle procedure giudiziarie nazionali, il che contrasterebbe con la finalità perseguita dall'art. 15 (5) (6), dir. 2008/115/CE, che consiste nel garantire una comune durata massima del trattenimento negli Stati membri»²⁹⁸.

La sezione più interessante della sentenza in esame è quella in cui la Corte risponde alle questioni pregiudiziali relative, in sostanza, alle finalità che possono giustificare il mantenimento dello stato di detenzione del soggetto. I giudici ribadiscono che non vi può essere alcuno spazio di manovra per lo Stato intenzionato a prorogare il trattenimento quando la persona non disponga di mezzi di sussistenza o abbia un comportamento aggressivo: «la possibilità di collocare una persona in stato di trattenimento per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza non può trovare fondamento nella direttiva 2008/115»,²⁹⁹ non potendosi ricondurre tale esigenza all'obiettivo dell'effettività dei rimpatri.

Quanto all'aspetto più delicato, attinente allo stretto rapporto tra trattenimento e prospettive di rimpatrio prima del raggiungimento dei termini massimi, la Corte spiega che in sede di proroga il giudice nazionale deve verificare se esiste una «concreta prospettiva di esecuzione dell'allontanamento, tenuto conto dei termini fissati all'art. 15, nn. 5 e 6», specificando che «non esiste una prospettiva ragionevole di allontanamento quando sembra poco probabile che l'interessato sia accolto in un paese terzo *tenuto conto dei detti termini*»³⁰⁰. La posizione della Corte può apparire ambigua perché da un lato, richiede una valutazione concreta rispetto alla possibilità di eseguire materialmente l'allontanamento tenuto conto della cooperazione del Paese terzo, ponendosi in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che richiede la dimostrazione di una «realistic prospect of removal» per poter escludere l'arbitrarietà della detenzione³⁰¹. In base a tale giurisprudenza, come osservato, anche trattenimenti di pochi mesi sono stati qualificati come in contrasto con il diritto alla libertà, in applicazione di «*proportionality lite test*» che la Corte ha riservato, sostanzialmente, alla valutazione circa l'estensione temporale della misura.

Invece, il riferimento della CGUE ai termini particolarmente ampi indicati dall'art. 15 Direttiva finirebbe con l'annacquare la tutela derivante da una interpretazione fedele al principio di proporzionalità: se si dovesse operare una valutazione delle prospettive di allontanamento tenuto conto della possibilità di eseguirlo entro i 18 mesi, gli Stati avrebbero ampio gioco a mantenere lo straniero in stato di detenzione fino al raggiungimento del termine massimo³⁰². La stessa Corte EDU, del resto, ha rifiutato l'argomento secondo cui il rispetto dei

²⁹⁸ *Ivi*, par. 54.

²⁹⁹ *Ivi*, par. 70.

³⁰⁰ *Ivi*, par. 66.

³⁰¹ *Infra*, par. 3.2.

³⁰² Come correttamente evidenziato da Wilsher, «This invites authorities to view eighteen months as a standard reasonable period of negotiations». D. Wilsher, 2012, p. 196. Per Majcher l'interpretazione fornita dalla Corte di

termini massimi della Direttiva Rimpatri sarebbe sufficiente a rendere legittima la detenzione: «Contrariamente a quanto suggerito dal Governo, il rispetto di tale termine, che è comunque eccezionale (...), non può essere considerato automaticamente in linea con l'articolo 5 § 1 (f) della Convenzione. Come già osservato, il criterio pertinente ai sensi di tale disposizione è piuttosto quello di stabilire se il procedimento di espulsione sia stato portato avanti con la dovuta diligenza, il che può essere stabilito solo sulla base dei fatti specifici del caso»³⁰³. Soltanto una interpretazione della norma in linea con il contenuto del diritto alla libertà personale e, dunque, allineata con anche i principi della giurisprudenza CEDU, può garantire la pienezza delle garanzie in materia di trattenimento finalizzato all'espulsione. Merita, tuttavia, puntualizzare che nella sentenza in esame non viene operato alcun richiamo formale all'art. 6 della Carta, ed anzi non vi è alcuna menzione dell'esigenza di esaminare le questioni pregiudiziali alla luce del rispetto dei diritti fondamentali, a differenza di quanto visto rispetto alla sentenza *El Dridi*³⁰⁴.

La Corte di giustizia è tornata sul tema della ragionevole prospettiva di rimpatrio nel successivo caso *Mahdi*, riguardante un cittadino proveniente dal Sudan che aveva rifiutato di fornire le proprie generalità e declinato la possibilità di partire volontariamente, ma rispetto al quale le autorità sudanesi non avevano voluto rilasciare il lasciapassare per il rimpatrio. Il tribunale remittente chiedeva alla Corte di pronunciarsi su diverse questioni attinenti sia a requisiti sostanziali, che alle regole procedurali che possono farsi discendere dall'art. 15 dir. 2008/115/CE: è interessante sottolineare che in questa sede, in quasi tutte le pregiudiziali sottoposte al vaglio della Corte, viene operato un richiamo ai diritti fondamentali³⁰⁵. Per quanto qui interessa, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati ad indicare in quale misura il rischio di fuga, la mancata cooperazione dell'interessato e l'assenza di suoi documenti di

giustizia all'art. 15(4) della Direttiva in *Kadzoev* è quanto meno 'confusing' e può risultare, in ultima istanza, incompatibile con il *case-law* della Corte EDU. I. Majcher, 2019, p. 423 e ss.

³⁰³ CEDU, sentenza dell'11 ottobre 2011, *Auad v. Bulgaria*, ric. n. 46390/10, par. 131.

³⁰⁴ D. Wilsher, 2012, p. 195 e ss. Per collocare adeguatamente la questione oggetto del rinvio pregiudiziale entro il campo di applicazione dei diritti fondamentali, ed in particolare del diritto alla libertà personale, occorre guardare alle conclusioni dell'Avvocato Generale, che puntualizza come « anche dai diritti fondamentali, che fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza, in particolare dal diritto alla libertà come garantito dall'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, risulta che la durata del trattenimento ai fini dell'espulsione non deve eccedere la durata ragionevole necessaria per la realizzazione dell'obiettivo perseguito» (Conclusioni dell'AG *Mazák*, par. 52). La soluzione proposta dall'AG, proprio con riferimento alla risoluzione della terza questione pregiudiziale, è maggiormente in linea con la giurisprudenza CEDU: benché, al pari della Corte, faccia riferimento alla probabilità concreta dell'esecuzione del rimpatrio, non opera alcun riferimento ai termini massimi della direttiva: « Propongo pertanto di risolvere la terza questione pregiudiziale nel senso che una persona trattenuta ai fini del suo allontanamento deve essere immediatamente rilasciata qualora non si ritenga realistico che si possa procedere al suo allontanamento entro un termine ragionevole. Non sembra più sussistere una prospettiva ragionevole di allontanamento qualora risulti poco probabile che il paese terzo di cui trattasi rilasci, in un futuro ragionevolmente vicino, il proprio consenso ad accogliere l'interessato oppure qualora l'allontanamento sulla base di un accordo di riammissione non sembri possibile entro un tempo ragionevole, a prescindere da ragioni specifiche». Conclusioni dell'AG *Mazák*, par. 99.

³⁰⁵ Il tribunale chiede alla Corte di esprimersi in materia di diritto ad un rimedio avverso il trattenimento tramite l'interpretazione dell'«articolo 15, paragrafi 3 e 6, della direttiva 2008/115, in combinato disposto con gli articoli 6 e 47 della Carta»; inoltre, nelle altre questioni invoca l'interpretazione dell'articolo 15, par. 1, lett.a) e b), 4 e 6 della direttiva « in combinato disposto con i considerando 2 e 13 della medesima direttiva, concernenti il rispetto dei diritti fondamentali e della dignità dei cittadini di paesi terzi nonché l'applicazione del principio di proporzionalità». CGUE, *Mahdi*, par. 31.

identificazione potessero costituire basi legali idonee alla proroga della misura del trattenimento oltre i sei mesi iniziali.

La Corte premette innanzitutto che «il trattenimento può soltanto aver luogo quando, nel caso concreto, non possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti, ma meno coercitive»³⁰⁶; ribadisce che «ogni valutazione del rischio di fuga deve peraltro fondarsi su un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l'interessato (...). Inoltre, conformemente al considerando 6 della Direttiva, le decisioni assunte ai sensi di detta direttiva dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi»³⁰⁷. Dal ragionamento esposto inferisce che «il fatto che il cittadino di un paese terzo interessato non sia munito di documenti di identità non può, di per sé, giustificare una proroga del trattenimento prevista all'art. 15(6), della direttiva 2008/115», potendo al più rappresentare uno degli elementi di valutazione di cui tenere conto nell'identificazione di un rischio di fuga. Attraverso tali osservazioni la Corte sottolinea l'importanza di adottare una valutazione improntata al principio di proporzionalità, che si concreta nell'esigenza di condurre un esame individuale e attinente alle circostanze individuali e impone l'applicazione del trattenimento come misura di ultima istanza e previa dimostrazione della sua necessità in concreto³⁰⁸: è escluso così qualsiasi automatismo nell'esecuzione della misura stessa.

La Corte fornisce un'altra importante precisazione in merito all'interpretazione del concetto di mancata cooperazione: come osservato in precedenza (*infra*, cap. I, par. 5.1) tale formulazione può assumere un connotato velatamente punitivo, nella misura si opera una corrispondenza tra l'estensione della misura detentiva e il comportamento non collaborativo del migrante. I giudici riconducono la nozione di «mancata cooperazione» all'esigenza di assicurare l'effettività della politica di rimpatrio. Pertanto, l'esame del giudice deve essere funzionale a valutare «la probabilità che l'operazione di allontanamento duri più a lungo del previsto a causa del comportamento di detto cittadino. Se l'allontanamento di quest'ultimo dura o è durato più a lungo di quanto previsto *per un'altra ragione*, non può essere individuato alcun nesso di causalità tra il comportamento del cittadino interessato e la durata dell'operazione considerata e, quindi, non può essere riscontrata alcuna mancata collaborazione da parte di quest'ultimo»³⁰⁹. Pare che, adottando tale interpretazione, la Corte intenda, seppur timidamente, escludere che il trattenimento possa dispiegare una funzione prettamente punitiva e coercitiva nei confronti dello straniero, così limitando la tendenza degli Stati a prorogare il trattenimento rifacendosi unicamente alla condotta dell'interessato.

In sostanza si precisa che la detenzione diviene illegittima se lo Stato stesso non dà prova di aver «compiuto e continui a compiere attivamente sforzi per ottenere il rilascio dei documenti per detto cittadino»³¹⁰. Paiono chiari i richiami – seppur non operati in modo esplicito – alla

³⁰⁶ *Ivi*, par. 67.

³⁰⁷ *Ivi*, par. 70.

³⁰⁸ Cornelisse sottolinea come «in this case, the ECJ reaffirmed the principle of proportionality in the sense of a least restrictive means test». G. Cornelisse, 2017, p. 229.

³⁰⁹ CGUE, *Mahdi*, par. 82.

³¹⁰ In altre parole, ancor prima di valutare la condotta dello straniero, l'autorità interessata deve in grado di dimostrare che l'operazione di allontanamento, nonostante ogni ragionevole sforzo, dura più a lungo del previsto. *Ivi*, par. 83.

giurisprudenza della Corte EDU in materia di *due diligence*. La lettura congiunta delle argomentazioni elaborate in *Kadzoev* e *Madhi* consente di concludere che il trattenimento non potrà essere prorogato in assenza di ragionevoli prospettive di rimpatrio imputabili all'assenza di sforzi ragionevoli in capo alle autorità statali³¹¹.

Le due pronunce esaminate hanno fornito l'occasione alla Corte di giustizia di circoscrivere la discrezionalità che le previsioni della Direttiva lasciavano agli Stati rispetto all'applicazione generalizzata della misura del trattenimento a fini espulsivi. Sebbene l'approccio seguito non sia incentrato unicamente sulla tutela dei diritti fondamentali della persona straniera (nemmeno invocati nel caso *Kadzoev*, menzionati solo in riferimento alle garanzie in tema di *habeas corpus* in *Mahdi*³¹²), le implicazioni delle pronunce sono significative poiché la detenzione è stata ricondotta entro il perimetro dei principi di proporzionalità e necessità, ed è stato sancito l'onere per l'autorità giudiziaria chiamata a pronunciarsi sulla sua legittimità di valutare se, nel caso concreto, possano essere applicate misure alternative.

Al netto di queste osservazioni, pare doveroso puntualizzare che la CGUE avrebbe potuto esprimere una posizione più chiara su alcune delle questioni a lei sottoposte. Ad esempio, il rapporto tra la probabilità di eseguire l'allontanamento e l'estensione temporale della detenzione è rimasto incerto a seguito della pronuncia relativa al caso *Kadzoev*. In *Mahdi*, poi, l'Avvocato Generale aveva colto l'occasione per chiarire che i presupposti previsti dall'art. 15(1) devono intendersi come esaustivi³¹³: se confermata dalla Corte, tale conclusione avrebbe consentito di allineare la norma con il principio di tassatività e certezza della legge³¹⁴; invece, i giudici si sono limitati a confermare il carattere esaustivo dei presupposti per la proroga della misura, senza entrare nel merito dei motivi iniziali che possono legittimarla.

Tuttavia, tenuto conto della necessità che il diritto secondario dell'UE sia applicato in conformità ai diritti previsti dalla Carta dei diritti fondamentali, può ritenersi che i principi affermati dalla Corte di giustizia nei due casi menzionati siano da leggersi in combinato disposto con quelli che discendono dall'interpretazione fornita dalla Corte EDU all'art. 5(1), lett.f), con particolare riguardo agli aspetti legati al rapporto tra durata della detenzione e l'assenza di prospettive ragionevoli di rimpatrio, e a quello tra carenza di *due diligence* in capo

³¹¹ Così anche nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 14 maggio 2014, *Direktor na Direktsia «Migratsia» pri Ministerstvo na vatrešnite raboti contro Bashir Mohamed Ali Mahdi*, C-146/14, par. 46.

³¹² Nel rispondere alla prima questione pregiudiziale la Corte premette che «il trattenimento (...) è strettamente disciplinato così da garantire, da una parte, il rispetto del principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti e, dall'altra, il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini di Paesi terzi interessati». *Ivi*, par. 54.

³¹³ L'AG osserva che «Dall'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2008/115 emerge che il trattenimento può rappresentare soltanto un'ultima ratio, in mancanza di misure meno coercitive e che, in ogni caso, il trattenimento può essere disposto soltanto se sussiste un rischio di fuga o se il cittadino del paese terzo di cui trattasi evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Il trattenimento ai fini dell'allontanamento non ha né natura punitiva né carattere penale, e non rappresenta una pena detentiva. L'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2008/115 esige un'interpretazione restrittiva giacché il trattenimento forzato, quale privazione della libertà, costituisce un'eccezione al diritto fondamentale della libertà individuale». *Ivi*, par. 47.

³¹⁴ Per una indagine circa l'impatto delle pronunce della CGUE sulle prassi degli Stati membri in materia di trattenimento applicato ai sensi dell'articolo 15 direttiva 2008/115/CE, si veda M. Moraru, *REDIAL Electronic Journal on Judicial Interaction and the EU Return Policy. Third edition: Articles 15 to 18 of the Return Directive 2008/115*, REDIAL Research report, 2017.

alle autorità e conseguente irrilevanza della condotta dell'interessato (emblematico è, in proposito, il caso *Mikolenko*). Il mancato richiamo esplicito al diritto alla libertà personale nelle sentenze indicate non appare ostativo alle conclusioni qui esposte: come si vedrà, la riluttanza della Corte nel ricondurre il trattenimento amministrativo all'art. 6 CDF è stata progressivamente superata e, ad oggi, non vi è alcun dubbio che il diritto secondario debba essere informato dal contenuto dei diritti fondamentali contenuti nella Carta.

Finora è stata evidenziata l'influenza che la giurisprudenza della Corte EDU ha esercitato sull'interpretazione della CGUE, e che può spiegare nei confronti della definizione di limiti alla detenzione *anche* all'interno del sistema unionale. Parallelamente, dai casi menzionati emerge un altro dato di interesse: nel richiedere il rispetto dei principi di proporzionalità e necessità, soprattutto nella misura in cui impongono di ponderare se siano applicabili misure alternative alla privazione della libertà, il diritto dell'Unione innalza gli standard di tutela previsti dalla CEDU. Ciò implica che il precedente approccio della Corte di Strasburgo «can no longer hold with respect to the EU Member States. More specifically, if these states are resorting to detention without explicitly elaborating upon the less coercive measures they have considered before detaining an individual, and upon the precise reasons why these less coercive measures were insufficient, they are not only violating EU law, but also Article 5 ECHR»³¹⁵.

Sebbene il riferimento ai parametri di proporzionalità e necessità della misura fosse già *in nuce* nei casi esaminati, si assiste alla loro piena affermazione soltanto nel più recente caso *FMS et al.*, in cui la Corte di giustizia si sofferma a lungo sui principi che devono guidare l'amministrazione, prima, e l'autorità giudiziaria, poi, chiamate a decidere in merito alla limitazione della libertà personale dei cittadini stranieri – siano essi irregolarmente soggiornanti o richiedenti asilo. Il caso scaturiva dal ricorso presentato da una coppia di richiedenti asilo afgani *de facto* trattenuti all'interno della zona di transito di Röske, al confine tra Ungheria e Serbia, la cui domanda di asilo veniva successivamente rigettata con conseguente adozione di un provvedimento di allontanamento verso la Serbia³¹⁶. La misura della privazione della libertà cui erano sottoposti gli interessati è stata vagliata sia alla luce delle norme della dir. 2008/115/CE, e di quelle della dir. 2013/33/UE. La Corte di giustizia ha, in questa sede, puntualizzato che «come risulta dai considerando 13, 16, 17 e 24 della dir. 2008/115/CE, ogni trattenimento rientrante in tale direttiva è strettamente disciplinato dalle disposizioni del suo capo IV così da garantire, da una parte, il rispetto del principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti e, dall'altra, il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini interessati dei paesi terzi. In tal senso, dall'art. 15 primo comma di detta direttiva risulta che il trattenimento può essere disposto solo dopo che sia stato verificato se non fossero sufficienti altre misure meno coercitive»³¹⁷. Ne deriva, in termini

³¹⁵ G. Cornelisse, 2016, p. 10. Per l'autrice, l'interazione tra i due «legal systems (...) may result in increased protection for immigration detainees».

³¹⁶ Per un esame della pronuncia, E. Colombo, *Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di giustizia e le procedure di frontiera*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, 3. Con specifico riguardo al tema della detenzione nelle zone di transito, S. Zirulia, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no*, 2020 e a L. Bernardini, «Libertà va cercando...» Una detenzione "atipica", uno "scontro" tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?, in *La Legislazione Penale*, 2020.

³¹⁷ CGUE [GC], *FMS et al.*, par. 274.

generali, che le norme unionali ostano al trattenimento di un migrante irregolare in assenza di un provvedimento formale che indichi i presupposti in fatto e in diritto della misura, e di una previa valutazione della necessità e proporzionalità della stessa. Più in concreto, poi, la Corte ha indicato che la misura non è giustificata per il solo fatto che lo straniero è destinatario di una decisione di rimpatrio e non può sovvenire alle proprie necessità, così confermando definitivamente che i presupposti indicati dall'art. 15 debbano intendersi come tassativi³¹⁸.

4.2 I principi attinenti all'*habeas corpus* dei migranti detenuti alla luce dell'articolo 47 della Carta

Le questioni pregiudiziali sottoposte all'attenzione della Corte di giustizia non hanno riguardato soltanto i presupposti sostanziali del trattenimento. Diversi casi hanno avuto ad oggetto l'interpretazione delle garanzie in materia procedurale, rispetto alle quali le Direttive – e la Direttiva Rimpatri più nello specifico – fornivano indicazioni minime o parziali.

Ad esempio, è stato dedicato ampio spazio al tema del riesame del trattenimento nella pronuncia relativa al caso *Mahdi*. Il giudice del rinvio chiedeva di chiarire se per disporre la prosecuzione del trattenimento oltre il periodo iniziale di sei mesi a seguito di riesame fosse necessario provvedere con atto scritto, motivato in fatto e in diritto, parallelamente a quanto disposto dall'art. 15(2) Direttiva rispetto all'adozione iniziale della misura; inoltre, sempre con riferimento alla procedura di proroga del trattenimento, si indagava l'estensione dei poteri istruttori del giudice competente per il riesame.

Rispetto alla prima questione la Corte rispondeva che «l'articolo 15, paragrafi 3 e 6, della direttiva 2008/115, letto alla luce degli articoli 6 e 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che qualsiasi decisione adottata dalle autorità competenti [...] vertente sull'esito da riservare al trattenimento stesso deve essere effettuata in forma scritta con esposizione della relativa motivazione in fatto e in diritto»³¹⁹. Benché il riferimento agli articoli della Carta paia meramente stilistico, in ossequio a quanto suggerito dal giudice remittente, i chiarimenti operati dalla CGUE rafforzano una garanzia (non tanto quella relativa alla forma scritta del provvedimento, ma soprattutto quella relativa alla sua motivazione) che era stata affrontata in modo eccessivamente timido all'interno della Direttiva Rimpatri. Al contempo, non può non evidenziarsi che la garanzia non è ancora piena poiché, secondo l'interpretazione della Corte, si applicherebbe solo ai casi in cui il riesame sia proposto al termine del periodo iniziale e riguarda il tema della proroga del trattenimento oltre i sei mesi³²⁰. Invece, quando il riesame intervenga in un altro momento non vi sarebbe alcun onere procedurale rispetto alla motivazione del provvedimento.

Quanto al secondo aspetto menzionato, vale a dirsi l'estensione del sindacato del giudice competente per il riesame, è interessante sottolineare che (anche) in questa sede la Corte ha

³¹⁸ *Ivi*, par. 276.

³¹⁹ CGUE, *Mahdi*, par. 52.

³²⁰ Per usare le parole dell'AG Szpunar, la Corte ha operato una distinzione tra «da una parte, i riesami «ad intervalli ragionevoli», previsti dall'articolo 15, paragrafo 3, primo periodo, della direttiva 2008/115, e, dall'altra, i riesami «nel caso di periodi di trattenimento prolungati» di cui al secondo periodo del medesimo paragrafo 3». Conclusioni dell'AG Szpunar, par. 64.

colto l'occasione per riaffermare la centralità del principio di proporzionalità. In via preliminare si indica che «il riesame di ogni trattenimento prolungato di un cittadino di un paese terzo deve poter costituire oggetto di sindacato giurisdizionale», anche quando ciò non venga richiesto dall'autorità che lo ha disposto. Inoltre, in tale sede la cognizione del giudice non è limitata soltanto alla valutazione della sussistenza dei motivi che autorizzano la proroga, ma deve intendersi estesa ad un «riesame dei requisiti di merito elencati al paragrafo 1 dello stesso articolo 15 assunti a fondamento della decisione iniziale di trattenimento del cittadino di un paese terzo interessato»³²¹. Da ciò discende altresì il potere di esaminare se «possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti, ma meno coercitive del trattenimento» e, se necessario, «di sostituire la propria decisione a quella dell'autorità amministrativa o, se del caso, a quella dell'autorità giudiziaria che ha disposto il trattenimento iniziale e di pronunciarsi sulla possibilità di disporre una misura sostitutiva o il rilascio del cittadino di un paese terzo interessato»³²².

In sostanza, la cognizione del giudice del riesame deve essere piena, in modo da consentirgli di prendere in considerazione tutti gli elementi rilevanti in fatto e in diritto a tutela del diritto della libertà personale dello straniero³²³. Una diversa conclusione, sostiene la Corte, svuoterebbe il contenuto del controllo giurisdizionale imposto dalla Direttiva e potrebbe compromettere gli obiettivi da questa fissati: ebbene, soltanto quando si includa a pieno titolo entro detti obiettivi anche la tutela dei diritti fondamentali³²⁴ si può spiegare la posizione garantista assunta dalla Corte nella pronuncia, improntata al principio della tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47³²⁵. Sotto questo profilo, la protezione offerta dalla Corte di giustizia appare più incisiva ed estesa rispetto a quanto richiesto dalla CEDU in materia di art. 5(4), che si limita a prevedere l'intervento rapido di un giudice chiamato ad esaminare la legittimità della detenzione senza che quest'ultimo debba necessariamente esaminare tutti i motivi, in fatto e in diritto, sottoposti alla sua attenzione (*infra*, par. 3.5, ed in particolare il caso *Ijlikov*)³²⁶.

³²¹ *Ivi*, par. 61.

³²² *Ibidem*.

³²³ La sentenza precisa che «A tal fine, l'autorità giudiziaria che si pronuncia sulla domanda di proroga del trattenimento deve poter prendere in considerazione sia gli elementi di fatto e le prove assunti dall'autorità amministrativa che ha disposto il trattenimento iniziale sia tutte le osservazioni eventualmente formulate dal cittadino di un paese terzo interessato. Inoltre, essa deve poter ricercare, laddove lo ritenga necessario, tutti gli altri elementi di prova rilevanti ai fini della propria decisione. Ne consegue che i poteri di cui dispone l'autorità giudiziaria nell'ambito di un controllo non possono in nessun caso essere limitati ai soli elementi dedotti dall'autorità amministrativa interessata». CGUE, *Mahdi*, par. 62.

³²⁴ In apertura della sentenza la Corte aveva ricordato che «l'obiettivo della direttiva 2008/115 è, come risulta anche dai considerando 2 e 11 di quest'ultima, l'istituzione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme e garanzie giuridiche comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità». *Ivi*, par. 38.

³²⁵ L'AG Szpunar ha sottolineato che «Ai fini del rispetto dell'articolo 47 della Carta, il giudice nazionale deve disporre di una competenza piena quanto alla decisione nel merito». Conclusioni dell'AG Szpunar, par. 70. Sulla portata innovativa della pronuncia, con riferimento all'ultimo profilo analizzato, M.L. Basilien-Gainche, *Judicial control of detention: a deceptive upheaval?* in *EU Law Analysis*, 10 giugno 2014. L'autrice ha ripreso le proprie argomentazioni anche nel successivo *Id.*, *Immigration detention under the Return Directive: the Cjeu shadowed lights*, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, 17, pp. 104-126.

³²⁶ Così D. Wilsher, 2021, p. 123.

L'orientamento seguito dalla Corte nel caso *Mahdi* è stato rafforzato in modo significativo dalla pronuncia nel recente caso *C, B e X*, attinente anch'essa all'estensione della cognizione del giudice della detenzione. Il caso ha riguardato l'interpretazione congiunta delle disposizioni di cui all'art. 15 dir. 2008/115/CE, art. 9 dir. 2013/33/UE e art. 28 reg. 2013/603/UE: la scelta appare rilevante, nella misura in cui risponde all'esigenza di uniformare gli standard in materia di privazione della libertà personale, sia essa applicata ad un richiedente asilo o ad un migrante irregolare³²⁷. I diritti procedurali contenuti nelle norme indicate impongono che l'estensione dei poteri del giudice che decide sul riesame sia la più ampia possibile. Perciò, «l'autorità giudiziaria competente deve prendere in considerazione tutti gli elementi, in particolare fattuali, portati a sua conoscenza, come integrati o chiariti nell'ambito di misure procedurali che essa ritenga necessario adottare in base al suo diritto nazionale, e, sulla base degli elementi in parola, rilevare, se del caso, la violazione di un presupposto di legittimità derivante dal diritto dell'Unione, anche qualora una simile violazione non sia stata dedotta dall'interessato»³²⁸.

Tale conclusione si impone, secondo la Corte di giustizia, «in considerazione dell'importanza del diritto alla libertà, della gravità dell'ingerenza in detto diritto costituita dal trattenimento di persone per motivi diversi dal perseguimento o dalla repressione di reati e del requisito, evidenziato dalle norme comuni stabilite dal legislatore dell'Unione, di una tutela giurisdizionale di livello elevato che consenta di conformarsi alla necessità imperativa di liberare una tale persona laddove i presupposti di legittimità del trattenimento non siano, o non siano più, soddisfatti». È evidente che la Corte di giustizia ha inteso assicurare ai migranti sottoposti a detenzione amministrativa una tutela particolarmente rafforzata, che in materia di garanzie procedurali discende direttamente dagli articoli 6 e 47 della Carta.

Peraltro, detta tutela può arrivare a plasmare le norme generali in materia procedurale di uno Stato membro – nel caso oggetto di rinvio pregiudiziale, quello olandese – in base alle quali, normalmente, l'iniziativa risiede in capo alle parti e non è prevista una attivazione *ex officio* dei poteri del giudice. L'ampliamento dei poteri del giudice rappresenta l'unica opzione possibile per garantire l'*effettività* del diritto ad un rimedio, anche tenuto conto della specificità della materia oggetto del procedimento (in ultima analisi, la tutela del diritto alla libertà personale): «il rigoroso inquadramento, istituito dal legislatore dell'Unione, del trattenimento e del mantenimento di una misura di trattenimento conduce a una situazione che non è in tutto e per tutto simile a un contenzioso amministrativo in cui l'iniziativa e la delimitazione del procedimento spettano alle parti»³²⁹. Utilizzando quale parametro interpretativo l'art. 47 Carta,

³²⁷ La Corte riconosce, infatti, che «ricordare che ogni trattenimento di un cittadino di un paese terzo, che avvenga in forza della direttiva 2008/115 nell'ambito di una procedura di rimpatrio a seguito di soggiorno irregolare, sulla base della direttiva 2013/33 nell'ambito del trattamento di una domanda di protezione internazionale, oppure in forza del regolamento n. 604/2013 nel contesto del trasferimento del richiedente di una siffatta protezione verso lo Stato membro competente per l'esame della sua domanda, costituisce un'ingerenza grave nel diritto alla libertà, sancito all'articolo 6 della Carta». I giudici europei si erano già mossi in questa direzione nel caso *FMS et al.* (par. 105), relativo alla compatibilità dal sistema ungherese di esame delle domande di asilo avanzate frontiera con le direttive europee in materia di asilo e di rimpatrio.

³²⁸ CGUE, sentenza dell'8 novembre 2022, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid contro C, B e X*, C-704/20 e 39/12, ECLI:EU:C:2022:858.

³²⁹ *Ivi*, par. 92.

la Corte di giustizia ha sostanzialmente «abolish[ed] the restrictions on the scope of review imposed by the highest administrative court»³³⁰.

La potenzialità dirompente dell'art. 47 è emersa anche nel contesto del caso *FMS et al.*, ove la norma è stata utilizzata quale parametro di riferimento per valutare la legittimità dell'ordinamento e della prassi ungherese tanto rispetto all'esperibilità di un rimedio effettivo avverso una decisione di rimpatrio, quanto in tema di detenzione. Il diritto di cui all'art. 47 Carta ha, così, assunto portata centrale quale presidio di garanzia dell'effettività dei diritti dei migranti che si trovano detenuti alle frontiere dell'Unione, in contesti molto spesso caratterizzati dall'assenza delle garanzie riconducibili allo stato di diritto³³¹. Ciò può avvenire anche perché, come osservato dalla dottrina, «the CJEU has built on its standing case law in other areas of EU law. This has introduced stability and (relative) neutrality in the case law of the CJEU in the area of migration and asylum: the relevant standards had already been derived from the EU right to an effective remedy and are not dependent on the context of the specific EU legislation concerned»³³². Tale aspetto è di particolare interesse in una sfera dell'ordinamento caratterizzata dalla specialità, che si esprime nel tentativo di operare un *distinguishing* tra le garanzie generali e quelle che spettano ai migranti: la detenzione amministrativa stessa è un esempio plastico della tendenza alla creazione di una *lex specialis*; allo stesso modo, un simile atteggiamento è stato più volte sottolineato nell'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Con i casi richiamati, invece, la Corte di giustizia si è avviata nella direzione opposta, quantomeno rispetto al diritto ad un rimedio effettivo. Ne discende che il ricorso proposto avverso un provvedimento di espulsione debba necessariamente essere presentato avanti un organismo giurisdizionale che presenti i caratteri di indipendenza ed imparzialità³³³. In più punti della sentenza *FMS e al.*, inoltre, la Corte afferma che «l'articolo 47 è sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale»³³⁴, riconoscendo l'effetto diretto della previsione della Carta e sancendo così una tutela generale per tutti gli individui che rientrino nel suo ambito di applicazione ad un ricorso effettivo e direttamente attivabile avanti il giudice nazionale – anche qualora non sia espressamente previsto un rimedio in tal senso³³⁵.

³³⁰ M. Reneman, *No Turning Back? The Empowerment of National Asylum and Migration Courts under Article 47 of the Charter*, in M. Bonelli, M. Eliantonio, G. Gentile (a cura di), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection. The Court of Justice's Perspective*, Londra, 2022, pp. 141-158, p. 150.

³³¹ Così F.L. Gatta, *Diritti Umani e Stato di Diritto alle Frontiere: lo "Scontro" tra le Corti Europee sul Trattenimento dei Migranti nelle Zone di Transito*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020, pp. 99-120.

³³² M. Reneman, 2022, p. 142.

³³³ CGUE [GC], *FMS et al.*, par. 127-130. Per l'individuazione del criterio di indipendenza del giudice, la Corte si richiama al filone della propria giurisprudenza in materia di rispetto dello stato di diritto, ed in particolare alle sentenze del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*; del 25 luglio 2018, causa C-216/18, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*; del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. et al. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*.

³³⁴ *Ivi*, par. 140 e 289.

³³⁵ Anche in questo caso le conclusioni raggiunte dalla Corte si rifanno ad un orientamento già sviluppato in altra sede: si veda, ad. es. CGUE, sentenza del 16 maggio 2017, *Berlioz Investment Fund S.A. contro Directeur de l'administration des contributions directes*, C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373.

Con specifico riguardo alla detenzione dei migranti, in *FMS e al.* i giudici di Lussemburgo affermano che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice nazionale possa dichiararsi competente all'esame e – eventualmente – al riesame della misura anche quando non vi siano espresse disposizioni in tal senso nel diritto interno. Infatti «una normativa nazionale che non garantisce alcun controllo giurisdizionale della legittimità della decisione amministrativa che dispone il trattenimento di un richiedente protezione internazionale o di un cittadino di un paese terzo in una situazione di soggiorno irregolare costituisce, non solo, (...), una violazione dell'articolo 15, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2008/115 e dell'articolo 9, paragrafo 3, della direttiva 2013/33, ma non tiene neanche conto del contenuto essenziale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, garantito all'articolo 47 della Carta, nella misura in cui impedisce, in maniera assoluta, che un giudice statuisca sul rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione al cittadino di un paese terzo trattenuto»³³⁶. Ne consegue, inoltre, che il giudice nazionale, compreso quello del rinvio, può sostituire la propria decisione a quella dell'autorità amministrativa che la ha applicata in primo luogo, e disporre o una misura alternativa al trattenimento o il rilascio della persona interessata.

La sentenza in esame riveste una importanza cruciale perché riconosce alle persone trattenute amministrativamente un pieno diritto ad una tutela idonea a mettere fine immediatamente alla misura privativa della libertà, direttamente attivabile avanti al giudice nazionale in forza dell'effetto diretto del diritto UE, anche qualora l'autorità non era stata preventivamente individuata come competente, se non vi è altro rimedio disponibile per la persona. È interessante notare che la tutela qui dispiegata non è collegata direttamente all'art. 6 della Carta – come avviene, ad esempio, nel sistema della CEDU – ma alla nozione di tutela giurisdizionale 'generale' di cui all'art. 47, che può e deve trovare applicazione anche nei procedimenti in materia di immigrazione stranieri, a differenza di quanto accade per l'art. 6 CEDU. Anche sotto questo punto di vista si può concludere che la tutela offerta dal sistema che fa capo alla Carta si assesti su standard superiori rispetto a quelli individuati dalla CEDU e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non da ultimo con riferimento alla natura dell'autorità giurisdizionale chiamata a decidere sul ricorso e sui poteri ad essa conferiti³³⁷.

Un ambito nel quale, al contrario, dall'art. 47 non discenderebbe necessariamente una tutela adeguata delle garanzie del migrante – secondo ampia parte della dottrina³³⁸ – è quello del

³³⁶ *Ivi*, par. 290. La Corte aggiunge che «Di conseguenza, e per motivi analoghi a quelli illustrati ai punti da 138 a 146 della presente sentenza, il principio del primato del diritto dell'Unione, nonché il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, garantito dall'articolo 47 della Carta, impongono al giudice del rinvio, qualora ritenga che i ricorrenti nei procedimenti principali siano oggetto di un trattenimento, di dichiararsi competente ad esaminare la regolarità di un siffatto trattenimento disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione nazionale che gli vieterebbe di procedere in tal senso (...)».

³³⁷ Sul diritto ad un rimedio effettivo quale diritto di accesso ad un giudice indipendente e imparziale nell'ambito dell'immigrazione e dell'asilo, si veda D. Strazzari, *Immigrazione e diritto ad un ricorso effettivo: le variabili declinazioni ad opera della Corte di giustizia*, in P. Iamiceli, *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Trento, 2020, pp. 71-107.

³³⁸ I. Majcher, 2019, p. 352 e ss.; L. Mancano, 2019, p. 180 e ss. M.B. Basilien-Gainche, 2017, p. 120 e ss. Con riferimento al caso *M.G. e N.R.*, P. De Bruyker, S. Mananashvili, *Audi alteram partem in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States: G & R*, in *Common Market Law Review*, 2015, 52, pp. 569-590; T. Duijkersloot, *Consequences of the violation by administrative authorities of the right to be heard under EU law: the case of M.G. and N.R.*, in *Review of European Administrative Law*, 2014, 7, pp. 81-96.

diritto ad essere sentito nell'ambito del procedimento relativo al trattenimento. Il tema è stato affrontato dalla Corte nel caso *M.G. e N.R.*, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale sollevato da un tribunale olandese nel 2013 (già richiamato *infra*, cap. I, par. 5.4). La corte nazionale dava atto dell'avvenuta violazione del diritto all'ascolto del trattenuto in sede di riesame del trattenimento, e chiedeva se tale vizio procedurale potesse, di per sé, incidere sulla legittimità della misura stessa; in altre parole, se la persona dovesse essere immediatamente liberata. L'Avvocato Generale aveva adottato una posizione favorevole a tale esito: riconducendo il diritto ad essere sentito all'art. 41(2) Carta, sottolineava che l'art. 15(2) prevedeva, quale esito dell'illegittimità della detenzione, l'immediata liberazione della persona. Secondo l'AG non vi era alcuno spazio per l'applicazione del principio dell'autonomia procedurale, posto che la direttiva «non accorda nessun potere discrezionale agli Stati membri e riflette l'esplicita volontà del legislatore dell'Unione di garantire che nessun cittadino di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare possa essere illegittimamente privato della sua libertà»³³⁹. L'Avvocato Generale aveva interpretato il diritto ad essere sentito in conformità con la giurisprudenza della Corte, espressa in modo puntuale nella pronuncia *Sopropé*, ove si legge che «il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto comunitario che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo (...) Tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto comunitario, quand'anche la normativa comunitaria applicabile non preveda espressamente siffatta formalità»³⁴⁰. Pertanto, anche in assenza di una previsione espressa della Direttiva Rimpatri che statuisse il diritto alla difesa e all'ascolto, questo doveva essere riconosciuto al trattenuto sulla base dei principi generali di diritto dell'Unione e dell'art. 41 Carta.

La Corte di giustizia decideva di seguire una differente impostazione, pur partendo dalla premessa per cui «i diritti della difesa, che includono il diritto di essere sentiti e il diritto di accedere al fascicolo, sono diritti fondamentali costituenti parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione e consacrati dalla Carta». In tale senso la Corte si era già espressa in *Mukarubega*³⁴¹, precisando però che l'art. 41 Carta sconta un limite applicativo dato dal tenore letterale della norma, e può perciò applicarsi soltanto ai rapporti con le istituzioni e gli organi dell'Unione. Cionondimeno, la Corte riconosceva che il diritto al contraddittorio può essere invocato quale parte integrante dei diritti di difesa da ricondursi all'art. 47 della Carta. Tuttavia, precisavano i giudici, tali diritti non si configurano come prerogative assolute e possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste ultime non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti³⁴².

³³⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Melchior Wathelet presentate il 23 agosto 2013, *M.G., N.R. contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-383/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:553, par. 62.

³⁴⁰ CGUE, sentenza del 18 dicembre 2008, *Sopropé - Organizações de Calçado Lda*, C-349/07, par. 36-38.

³⁴¹ Il caso è relativo al diritto della cittadina straniera irregolarmente soggiornante di essere sentita nell'ambito del ricorso avverso un provvedimento di rimpatrio. CGUE, sentenza del 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega c. Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis*, C-166/13.

³⁴² CGUE, *M.G. e N.R.*, par. 33.

Richiamandosi dunque alle conclusioni di *Mukarubega*, nel caso in esame la Corte si discostava dalle considerazioni operate dall'AG. Sosteneva, infatti, che la Direttiva non contiene alcuna disciplina delle condizioni in base alle quali si realizza il diritto al contraddittorio, né una indicazione delle conseguenze derivanti dalla violazione di detto diritto: pertanto, «tali condizioni e tali conseguenze rientrano nella sfera del diritto nazionale, purché i provvedimenti adottati in tal senso siano dello stesso genere di quelli di cui beneficiano i singoli in situazioni di diritto nazionale comparabili (principio di equivalenza) e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)»³⁴³.

In altre parole, in *M.G. e N.R.*, la Corte sembra aver invocato il principio di effettività al fine di sostenere che la violazione del diritto al contraddittorio si traduce in una illegittimità del trattenimento solo se «il procedimento amministrativo in questione avrebbe potuto comportare un risultato diverso in quanto i cittadini dei paesi terzi interessati avrebbero potuto apportare elementi atti a giustificare la cessazione del loro trattenimento»³⁴⁴. L'approccio qui seguito dai giudici europei non è però l'unico possibile: in materie differenti dal diritto dell'immigrazione la Corte aveva ritenuto che il mancato ascolto della persona dovesse comportare l'annullamento della decisione³⁴⁵. L'orientamento affermato in *M.G. e N.R.* è evidentemente frutto di una superficiale considerazione per la tutela del diritto alla libertà fondamentale del migrante quando questa si ponga potenzialmente in contrasto con, o possa compromettere, l'effetto utile della Direttiva (l'allontanamento dei migranti irregolari) che deve costituire una vera e propria priorità per gli Stati: anche a scapito, sembra suggerire la Corte, della piena tutela dei diritti procedurali³⁴⁶. La distanza tra questa posizione e i principi consacrati, da ultimo, nel caso *C, B e X* è evidente.

In conclusione, il *case law* della Corte in materia di *habeas corpus* e garanzie procedurali pare aver seguito un percorso non del tutto lineare: da un lato, l'art. 47 della Carta ha assunto un ruolo sempre più centrale nel rafforzare il diritto ad un rimedio giurisdizionale, di pari passo con l'evoluzione della giurisprudenza della Corte sul diritto ad un rimedio effettivo in termini generali e non soltanto con specifico riferimento all'ambito del diritto dell'immigrazione; dall'altro, permane l'esigenza di bilanciare il rispetto dei diritti fondamentali con l'esigenza di garantire piena effettività alla politica (di rimpatrio) dell'Unione. Come in altri ambiti afferenti all'area di Libertà, Sicurezza e Giustizia, la dimensione individuale e fondamentale del diritto

³⁴³ *Ivi*, par. 35.

³⁴⁴ *Ivi*, par. 40. In realtà il riferimento ai principi di autonomia procedurale ed effettività rende l'iter argomentativo seguito piuttosto incoerente, perché pur riconoscendo il margine di autonomia che gli Stati hanno, la Corte incentra poi il suo ragionamento sull'interpretazione da conferire al diritto di difesa nell'ambito del diritto UE, pienamente applicabile ai migranti trattenuti ai sensi dell'articolo 15. Così P. De Bruyker, S. Mananashvili, 2015, p. 587.

³⁴⁵ CGUE, sentenza del 14 ottobre 1996, *Alphasteel c. Commissione*, C-32/85; CGUE, sentenza del 21 settembre 2000, *Mediocrurso - Estabelecimento de Ensino Particular Ld.ª contro Commissione delle Comunità europee*, C-462/98. La distinzione tra 'balanced-approach' e 'strict-approach' è stata elaborata da T. Duijkersloot, 2014, p. 93 e ss.

³⁴⁶ P. De Bruyker, S. Mananashvili, 2015, p. 582 e ss. Anche Mancano ha criticato tale approccio della Corte, invocando una riconfigurazione del contenuto del diritto alla libertà personale che preveda requisiti più stringenti anche in materia di procedurale. L. Mancano, 2019, p. 183 e ss.

ad un rimedio effettivo non coincide, ed anzi si muove lungo una direttrice quasi opposta all'effettività in senso ordinamentale del diritto dell'UE³⁴⁷.

Tuttavia, i più recenti casi *FMS et al.* e *C, B e X* sembrano riflettere un orientamento via via più garantista. L'aspetto più interessante delle pronunce della Corte risiede nell'*empowerment* dei giudici nazionali operato sulla base dell'art. 47: ad esempio, «it has ensured that national courts have jurisdiction to review decisions made on the basis of EU law, despite weak remedy provisions or the incorrect legal qualification of facts (detention or restriction of freedom of movement) by Member States»³⁴⁸. Così facendo, i giudici dell'Unione sembrano voler affermare che la piena effettività dei diritti contemplati nella Carta può dirsi tale soltanto nella misura in cui il giudice più prossimo alla persona che vede i propri diritti lesi può tempestivamente ed efficacemente intervenire. Del resto «allo stato attuale, l'unico strumento possibile di tutela dei diritti del migrante trattenuto consiste nel controllo giurisdizionale della regolarità del trattenimento e delle modalità con cui avviene»³⁴⁹. Il tema della protezione effettiva del diritto appare tanto più cruciale quando le violazioni si realizzano in contesti in cui il diritto è in continua evoluzione, caratterizzati o da vuoti normativi (quando la detenzione è *de facto*), o da un inquadramento giuridico che lascia spazio ad una diffusa discrezionalità per le autorità amministrative; in entrambe le situazioni risulta ostico identificare le norme di diritto positivo violate nel caso concreto e i presupposti procedurali che consentano di presentarsi avanti l'autorità giudiziaria per la tutela dei propri diritti: da qui la necessità di investire il giudice di poteri e competenze oltre quanto previsto dal diritto nazionale, se questa diventa l'unica modalità per garantire l'effettività del rimedio.

4.3 L'articolo 6 Carta quale parametro interposto nella valutazione della legittimità della detenzione dei richiedenti asilo

L'articolo 6 della Carta, inizialmente estraneo all'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di giustizia nelle sentenze in tema di trattenimento amministrativo, è stato richiamato con maggior frequenza nelle decisioni relative all'interpretazione della normativa in materia di asilo³⁵⁰. A seguito dell'adozione della Direttiva 2013/33/UE e del Regolamento 2013/604/UE, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi a più riprese sulla legittimità della detenzione dei richiedenti asilo, ivi compresi quelli coinvolti in una procedura Dublino. La Corte ha operato richiami all'art. 6 *ex officio*, e si è spinta a valutare la compatibilità del diritto secondario con la norma della Carta, arricchendo attraverso la sua interpretazione il contenuto del diritto alla libertà personale.

³⁴⁷ D. Strazzari, 2020, p. 82. In tema, O. Porchia, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò. Vol. III*, Napoli, 2014, p. 2324 ss.

³⁴⁸ M. Reneman, p. 156. Sull'*empowerment* delle corti nazionali risultante dalla giurisprudenza della CGUE in materia di detenzione, anche G. Cornelisse, M. Moraru, *Judicial interactions on the European Return Directive: shifting borders and the constitutionalisation of irregular migration governance*, in *European Papers*, 2022, 7, pp. 127-149, in particolare p. 138 e ss.

³⁴⁹ D. Loprieno, 2018, p. 180.

³⁵⁰ Wilsher ha osservato come « the liberty of asylum seekers has thus been recognized as being of particular concern to the Court », sebbene, al contempo, « The Court has however found EU legislative measures authorizing detention in such cases to be compliant with article 6 ». D. Wilsher, 2021, p. 123.

In *Al Chodor*, la Corte «regarded the guarantees on detention added by the Dublin III Regulation as giving substance to Article 6 CRFEU»³⁵¹. Il caso si riferiva all'applicazione di una misura detentiva ad una famiglia di richiedenti asilo curdi, coinvolti in una procedura di trasferimento verso lo Stato competente all'esame della domanda, giustificata dalla necessità di prevenire un rischio di fuga. Tuttavia, tale concetto non era mai stato compiutamente definito dal diritto nazionale (ceco, nel caso di specie): pertanto, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di giustizia di indicare se l'art. 28(2) reg. 2013/604/UE imponesse agli Stati membri di fissare nella legislazione nazionale i criteri obiettivi su cui si basano i motivi per temere la fuga del richiedente asilo. La Corte ha risposto affermativamente, evidenziando poi che la norma che autorizza il trattenimento di un richiedente protezione durante il trasferimento, incide sul suo diritto alla libertà tutelato dall'art. 6 della Carta. Trattandosi di una limitazione ad un diritto fondamentale, i giudici ritenevano utile richiamare l'art. 52 della Carta, secondo cui «eventuali limitazioni all'esercizio di tale diritto devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di quest'ultimo nonché il principio di proporzionalità»³⁵². Inoltre, in ossequio a quanto previsto dall'art. 52(3) Carta, «ai fini dell'interpretazione dell'articolo 6 della Carta, si deve tener conto dell'articolo 5 della CEDU in quanto livello minimo di protezione»³⁵³. La giurisprudenza della Corte EDU è stata richiamata a sostegno delle considerazioni operate dalla CGUE circa il requisito della legalità della detenzione: «secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, qualsiasi privazione della libertà dev'essere regolare non solo nel senso che essa deve avere un fondamento normativo nel diritto interno, ma anche nel senso che tale regolarità riguardi la qualità della legge e comporti che una legge nazionale che autorizzi una privazione della libertà debba essere sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile nella sua applicazione, al fine di evitare qualunque rischio di arbitrarietà»³⁵⁴. Sarà importante, perciò, evocare gli approdi della Corte EDU relativi alla definizione di accessibilità, prevedibilità e chiarezza della legge.

Queste caratteristiche diventano imprescindibili sia per il diritto secondario dell'UE, sia per il diritto nazionale chiamato ad integrare una previsione normativa regolamentare, pena la contrarietà con l'art. 6 Carta. Ne deriva che i criteri che definiscono il rischio di fuga debbano essere «chiaramente definiti da un atto cogente e prevedibile nella sua applicazione»³⁵⁵. La Corte, infine, statuisce che in assenza di una norma di carattere generale che detti i criteri obiettivi volti ad individuare un rischio di fuga, il trattenimento è di per sé illegittimo.

³⁵¹ L. Mancano, 2019, p. 165.

³⁵² CGUE, *Al Chodor*, par. 37. Per il contenuto del principio di proporzionalità di cui all'articolo 52, *supra*, par. 2, ed in particolare nota 37.

³⁵³ *Ibidem*.

³⁵⁴ *Ivi*, par. 38.

³⁵⁵ *Ivi*, par. 42. La Corte precisa che «solo una norma di portata generale può soddisfare i requisiti di chiarezza, di prevedibilità, di accessibilità e, in particolare, di protezione contro l'arbitrarietà (...) poiché tale testo normativo delimita in modo cogente e noto in anticipo la discrezionalità delle autorità nella valutazione delle circostanze di ciascun caso concreto. Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 81 e 82 delle sue conclusioni, i criteri fissati in una norma cogente sono quelli che meglio si prestano al controllo esterno sul potere discrezionale di dette autorità, al fine di tutelare i richiedenti da arbitrarie privazioni di libertà» (par. 44). Si noti che la formulazione utilizzata (norma di portata generale) non è pienamente sovrapponibile a quella di «legge» (intesa come norma di rango ordinario) prospettata dall'Avvocato Generale, ma risulta più ampia, consentendo un margine di manovra maggiore agli Stati membri. Si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale

Il posizionamento della Corte in *Al Chodor* è di particolare importanza per diversi ordini di ragioni: in primo luogo, si ribadisce che la nozione di rischio di fuga deve essere dettata in modo puntuale e circoscritto dalla legge nazionale e si affronta il tema della legalità della detenzione e della qualità della ‘legge’ su cui la misura si basa³⁵⁶. Alcune indicazioni orientate a circoscrivere la nozione di rischio di fuga erano già contenute in decisioni relative alla Direttiva Rimpatri, ove i giudici avevano escluso che detto pericolo potesse farsi discendere unicamente dall’assenza di documenti di identità, valorizzando la necessità di procedere ad un esame individuale delle circostanze del caso concreto³⁵⁷. Solo in *Al Chodor*, però, per la prima volta, il diritto alla libertà personale è utilizzato quale parametro di legittimità dell’attuazione della legislazione nazionale: si ritiene che i principi espressi in questa sede debbano ritenersi validi anche per l’interpretazione e per la corretta applicazione della nozione nell’ambito della Direttiva Accoglienza e della Direttiva Rimpatri poiché, come ricordato dalla CGUE in *FMS et al.*, la natura della privazione della libertà è identica e pertanto le garanzie derivanti dall’art. 6 Carta non possono assestarsi su distinti livelli di tutela³⁵⁸.

In secondo luogo, con la sentenza in esame la Corte conferma che l’art. 5 CEDU rappresenta un parametro interpretativo importante per individuare il contenuto *minimo* del diritto alla libertà personale, ribadendo che se anche il diritto dell’Unione può discostarsi dall’interpretazione della CEDU per disporre una protezione più elevata, gli standard elaborati in seno al sistema di tutela che fa capo al Consiglio d’Europa non possono in ogni caso essere disattesi.

Invero, la Corte di giustizia si era già soffermata sul rapporto tra articolo 6 e articolo 5 CEDU, sforzandosi di ricondurre ad unità il rapporto tra le due norme, nel caso *N*. Qui, il *thema decidendum* era il trattenimento di un richiedente asilo disposto sulla base dell’art. 8(3) lett. e)

³⁵⁶ In un caso successivo riguardante l’interpretazione delle norme del Regolamento Dublino, la Corte ha ricordato che nell’applicazione della norma si deve tenere conto dei principi di cui all’articolo 6 Carta, con specifico riferimento al tema della proporzionalità della misura in riferimento alla sua durata temporale. Sebbene l’articolo 28 del Regolamento non preveda una durata massima per il trattenimento, l’intera procedura deve essere svolta con diligenza, e le autorità devono assicurare che il trattenimento non si prolunghi oltre quanto strettamente necessario: pertanto, la detenzione del richiedente asilo per un periodo «di tre o dodici mesi durante i quali il trasferimento poteva essere validamente effettuato» è contrario alle disposizioni del diritto UE. CGUE, sentenza del 13 settembre 2017, *Mohammad Khir Amayry contro Migrationsverket*, C-60/16, ECLI:EU:C:2017:675, par. 49.

³⁵⁷ CGUE, *Sagor*, par. 41; CGUE, *Mahdi*, par. 57. Sull’impatto delle decisioni della Corte di giustizia, nell’ambito di un più ampio dialogo con le Corti nazionali, in merito alla definizione del contenuto della nozione di rischio di fuga, M. Moraru, *Judicial dialogue in action: making sense of the risk of absconding in the return procedure*, in G. Cornelisse, M. Moraru, P. De Bruyker, 2020, pp.125-148.

³⁵⁸ Moraru e Janku hanno evidenziato che *Al Chodor* ha «generated positive spill over affects well beyond Czech Republic»: ad esempio, a seguito della sentenza della CGUE la Court de Cassation francese e la Administraive Court slovena hanno annullato provvedimenti di trattenimento adottati nel contesto di procedure di trasferimento per assenza di una legislazione che identificasse con chiarezza i presupposti oggettivi del rischio di fuga. Deve però osservarsi che dall’adozione della normativa nazionale non discende automaticamente un maggior livello di tutela della persona migrante, potendo la legge interna contemplare criteri tanto vasti da consentire una applicazione quasi automatica del trattenimento. È quanto avvenuto, ad esempio, nel caso della Repubblica Ceca proprio a seguito della presentazione del rinvio pregiudiziale nel caso *Al Chodor*: M. Moraru, L. Jankú, *Czech litigation on systematic detention of asylum seekers: ripple effects across Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021, 23 (3), pp. 284-307, p. 305.

dir. 2013/33/UE³⁵⁹. Più nello specifico, lo straniero era destinatario di un provvedimento di espulsione e di diverse condanne penali e avanzava successivamente una domanda di asilo reiterata: egli era quindi posto in stato di trattenimento (in qualità di richiedente protezione) poiché ritenuto un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, in ragione delle precedenti condanne.

Il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 8 Direttiva Accoglienza con l'art. 6 CDF, «alla luce delle spiegazioni relative alla Carta secondo le quali le limitazioni che possono legittimamente essere apportate ai diritti conferiti dall'articolo 6 della Carta non possono andare oltre i limiti consentiti dalla CEDU nel testo dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera f), della citata convenzione e dell'interpretazione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a quest'ultima disposizione»³⁶⁰. L'Avvocata Generale aveva prospettato una risoluzione del possibile conflitto tra articolo 6 Carta e 5 CEDU sostenendo che il trattenimento di un richiedente asilo può essere ricondotto a diverse delle eccezioni enucleate dalla norma della CEDU, tra cui anche quella di cui alla seconda parte dell'art. 5(1) lett.f) fintanto che – come nel caso oggetto di rinvio pregiudiziale – egli sia coinvolto in un procedimento di espulsione. L'AG ha precisato che in base alla giurisprudenza CEDU «la circostanza che una persona oggetto di un ordine di espulsione abbia presentato una domanda d'asilo non implica, di per sé, necessariamente che il trattenimento della persona in questione non miri più alla sua espulsione, giacché un eventuale rigetto della predetta domanda potrebbe rendere possibile l'esecuzione dell'ordine di espulsione»³⁶¹. Al tempo stesso, ha sottolineato che una lettura dell'articolo 6 Carta alla luce dell'articolo 5 CEDU consente di individuare ulteriori garanzie procedurali e sostanziali rispetto alle possibili ingerenze con il diritto alla libertà, quali l'aderenza ai principi di legalità e di certezza del diritto, di non arbitrarietà della misura (che include un dovere per le autorità di agire secondo buona fede), il diritto all'informazione sul procedimento in una lingua comprensibile e quello ad un rimedio effettivo: secondo l'Avvocata Generale tutti questi principi sono enucleati nella normativa secondaria dell'Unione, e pertanto non può individuarsi alcuno scarto tra la protezione offerta dalla CEDU e quella predisposta dal diritto dell'Unione.

La Corte di giustizia ha seguito i suggerimenti offerti dall'AG Sharpston, ritenendo utile puntualizzare che l'art. 52(3) della Carta è volto, da un lato, a garantire l'armonizzazione tra i due strumenti giuridici; dall'altro lato, intende altresì assicurare l'autonomia del diritto dell'Unione, che quindi può discostarsi dai riferimenti convenzionali se mira ad introdurre una tutela più elevata³⁶². Occorrerà quindi, in primo luogo, valutare la compatibilità tra la limitazione al diritto alla libertà personale prevista dall'art. 8(3) lett.e) e l'art. 6 CDF, avuto

³⁵⁹ Per una analisi della decisione, S. Peers, *Detention of Asylum-Seekers: The First CJEU Judgment*, in *EU Law Analysis*, 20 marzo 2016.

³⁶⁰ CGUE, *N.*, par. 36. Il giudice del rinvio faceva riferimento esplicito alla sentenza *Nabil v. Hungary*, secondo la quale il trattenimento di un richiedente asilo viola la succitata disposizione della CEDU se tale trattenimento non è stato imposto a fini di allontanamento. Nel caso sottoposto all'attenzione della CGUE, invece, il trattenimento del richiedente si basava unicamente sulla sua pericolosità sociale.

³⁶¹ Conclusioni dell'Avvocata Generale Eleanor Sharpston del 26 gennaio 2016, *N.*, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:85, par. 122. L'A.G. ha configurato anche la possibilità che il trattenimento del richiedente ricada entro le ipotesi di cui all'art. 5(1) lett.b) e c) quando sia volto alla prevenzione di un reato (parr. 121-124).

³⁶² D. Loprieno, 2018, p. 175 e ss.

riguardo per i principi generali di cui all'art. 52(1), in base al quale le limitazioni ai diritti fondamentali devono essere proporzionate e necessarie. Per la Corte di giustizia entrambi i test devono ritenersi soddisfatti, sebbene la motivazione fornita rispetto al primo sia piuttosto tautologica. La Corte afferma che «il trattenimento di un richiedente quando lo impone la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico è, *per sua stessa natura*, una misura appropriata per tutelare il pubblico dal pericolo che può costituire il comportamento di un soggetto del genere ed è pertanto idonea a realizzare l'obiettivo perseguito dall'articolo 8»³⁶³. Quanto al dovere di agire entro lo stretto necessario ex art.52(1) Carta, si rileva che la misura «è soggetta al rispetto di un complesso di condizioni che mirano ad inquadrare rigorosamente il ricorso» alla stessa³⁶⁴.

Chiarito, perciò, che in via astratta il trattenimento disposto per motivi di ordine pubblico e sicurezza non è di per sé incompatibile con la Carta dei diritti fondamentali³⁶⁵, la Corte di giustizia precisa quale interpretazione debba assegnarsi alla nozione di ordine pubblico e di sicurezza pubblica affinché si possa applicare la disposizione in esame, e ribadisce la necessità di svolgere un esame delle circostanze del caso concreto. Infine, i giudici di Lussemburgo liquidano sbrigativamente la questione del rapporto con la giurisprudenza della CEDU (ed in particolare le conclusioni raggiunte in *Nabil v. Hungary*) affermando che [la sentenza *Nabil*] «non ha escluso la possibilità per uno Stato membro di procedere, nel rispetto delle garanzie da essa previste, al trattenimento del cittadino di un paese terzo nei confronti del quale sia stata adottata una decisione di rimpatrio corredata di un divieto d'ingresso prima del deposito di una domanda di protezione internazionale»³⁶⁶. In questo specifico caso, pertanto, la previsione del

³⁶³ CGUE, *N.*, par. 55.

³⁶⁴ *Ivi*, par. 57. In particolare, la Corte fa riferimento al fatto che «Dall'articolo 8, paragrafo 1, della citata direttiva, infatti, risulta che gli Stati membri non possono trattenere una persona per il solo fatto che questa ha presentato una domanda di protezione internazionale. Inoltre, l'articolo 8, paragrafo 2, della medesima direttiva, impone che il trattenimento possa essere disposto soltanto ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive. L'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva 2013/33, prevede che gli Stati membri provvedono affinché il diritto nazionale contempli 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 (...) Del pari, l'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva 2013/33, dispone che un richiedente è trattenuto solo per un periodo il più breve possibile ed è mantenuto in stato di trattenimento soltanto fintantoché sussistono i motivi di cui all'articolo 8, paragrafo 3, della medesima direttiva. Peraltro, la decisione di trattenimento è soggetta al rispetto d'importanti garanzie procedurali e giurisdizionali. Difatti, conformemente all'articolo 9, paragrafi 2 e 4, della direttiva in parola, tale decisione deve precisare per iscritto le motivazioni di fatto e di diritto sulle quali si basa, e un certo numero d'informazioni devono essere comunicate al richiedente in una lingua che questi comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile. Quanto all'articolo 9, paragrafi 3 e 5, della suddetta direttiva, esso precisa le modalità della verifica in sede giudiziaria della legittimità del trattenimento che gli Stati membri devono istituire» (parr. 61-62).

³⁶⁵ «Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve concludere che il legislatore dell'Unione, adottando l'articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettera e), della direttiva 2013/33, ha rispettato il giusto equilibrio fra, da un lato, il diritto alla libertà del richiedente e, dall'altro, i requisiti connessi alla tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico». *Ivi*, par. 70.

³⁶⁶ *Ivi*, par. 78. L'orientamento della CEDU che viene richiamato in questa sede si pone in linea con l'impostazione seguita dalla CGUE in *Arslan*, un caso fornisce importanti chiarimenti quanto al rapporto tra la detenzione del migrante irregolare destinatario di un provvedimento di espulsione e il richiedente asilo, che presenta la domanda di protezione mentre si trova in stato di trattenimento: le norme in materia di asilo si qualificano come *lex specialis*, innestate nell'ambito del procedimento di espulsione. La Corte di giustizia ha considerato che in tali circostanze «l'effetto utile della direttiva 2008/115 richiede che una procedura avviata in forza della menzionata direttiva, nell'ambito della quale una decisione di rimpatrio, eventualmente corredata di un divieto d'ingresso, è stata adottata, possa essere ripresa alla fase in cui è stata interrotta in conseguenza del deposito di una domanda di protezione internazionale e ciò dal momento del rigetto in primo grado della domanda stessa» (*Ivi*, par. 75).

diritto secondario non si pone in contrasto con le limitazioni previste dall'art. 5 CEDU. Resta poco chiaro, tuttavia, come possa giustificarsi il trattenimento del richiedente asilo alla luce della norma convenzionale quando egli sia considerato un pericolo per l'ordine pubblico e *non* sia stato precedentemente adottato un provvedimento volto al suo rimpatrio³⁶⁷.

A partire da *N.*, e in tutti i casi successivi in cui si è trovata a doversi pronunciare sul trattenimento dei richiedenti asilo, la Corte di giustizia si è richiamata all'art. 6 Carta per ribadire il doveroso rispetto dei principi di necessità e proporzionalità della detenzione ma, al contempo, per avallare e legittimare le scelte operate dal legislatore dell'Unione. Ad esempio, in *K.*, la Corte ha dichiarato che «dall'esame dell'articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettere a) e b), della direttiva 2013/33 non risulta alcun elemento tale da incidere sulla validità della menzionata disposizione alla luce dell'articolo 6 e dell'articolo 52, paragrafi 1 e 3, della Carta»³⁶⁸. Il caso riguardava un richiedente asilo fermato all'ingresso nel Paese (i Paesi Bassi) in quanto sospettato di aver utilizzato un passaporto falso, e conseguentemente trattenuto ai fini dell'identificazione: la questione sottoposta alla Corte di giustizia è sostanzialmente identica a quella già avanzata nel caso *N.*, con l'unica differenza che in questo caso ci si interrogava sulla compatibilità dell'art. 8(3), lett.a) e b) con l'art. 6 Carta, alla luce delle Spiegazioni secondo cui a quest'ultimo deve essere attribuito lo stesso significato di cui all'art. 5 CEDU e alla giurisprudenza della Corte EDU.

Non è perciò sorprendente che la Corte abbia confermato i principi già espressi nella precedente decisione, evidenziando con ancora maggior forza come «anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione (...). L'esame della validità dell'articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettere a) e b), della direttiva 2013/33 deve quindi essere svolto alla luce *unicamente* dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta»³⁶⁹. Anche in questo caso si fa salva la legittimità del diritto secondario dell'Unione, posto che le limitazioni previste dalla norma in esame non «incidono sul contenuto essenziale del diritto alla libertà sancito dall'articolo 6 della Carta»³⁷⁰.

Se per *N.* la proporzionalità tra gli obiettivi conseguiti dal legislatore e la limitazione del diritto doveva individuarsi nell'idoneità della detenzione *in re ipsa* a prevenire un pericolo per l'ordine pubblico, in modo non dissimile la Corte ha affermato che il trattenimento «è, per sua stessa natura, idonea ad assicurare il corretto funzionamento del sistema europeo comune di asilo e può pertanto contribuire alla realizzazione dell'obiettivo perseguito dall'articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettere a) e b), di tale direttiva»³⁷¹: pertanto, la limitazione si

³⁶⁷ Si interroga su questo aspetto anche Cornelisse, che richiama la sentenza *A. and others v. the UK* in cui la Corte EDU sanciva che la «preventive detention on security grounds» non può essere ammessa nel caso di un sospettato terrorista che non poteva essere rimpatriato. G. Cornelisse, 2017, p. 234.

³⁶⁸ CGUE, *K.*, par. 54.

³⁶⁹ *Ivi.*, par. 32.

³⁷⁰ *Ivi.*, par. 35.

³⁷¹ *Ivi.*, par. 39. È interessante notare che la Corte, in questa sede, chiarisce che il trattenimento del richiedente asilo contemplato dalla direttiva 2013/33 è strettamente connesso all'esigenza di evitare i movimenti secondari, benché la normativa non faccia menzione di tale scopo.

inscrive entro i canoni della proporzionalità³⁷². La Corte ha poi stabilito, seguendo la *ratio* che aveva ispirato *Al Chodor*, che quando la normativa europea lasci agli Stati membri un margine di discrezionalità rispetto alla definizione delle ipotesi di applicazione della Direttiva, questi sono tenuti ad agire in conformità al dovere di rispettare i diritti fondamentali dei richiedenti asilo, e a quello di indicare dettagliatamente i motivi di trattenimento nel diritto interno.

Per quanto attiene, infine, al rapporto tra l'articolo 6 e l'articolo 5 CEDU, la Corte osserva sbrigativamente che non vi sono sufficienti elementi per poter ricondurre il caso sottoposto alla sua attenzione a nessuno dei due motivi previsti dall'art. 5(1) lett.f), e dunque non è necessario per i giudici esaminare il rapporto tra le due norme³⁷³. L'approccio mantenuto dalla Corte sul punto è sibillino, poiché non si confronta direttamente con l'ipotesi del richiedente ammesso sul territorio e non destinatario di un provvedimento ablativo: in questo la detenzione sarebbe vietata dalla CEDU (poiché ci si trova al di fuori del perimetro tracciato dall'art. 5(1) lett.f)) ma ammesso dal diritto UE³⁷⁴. In realtà, ci pare che vi possa essere una sovrapposizione tra i motivi di cui all'art. 5(1) lett.f) e quelli contemplati dall'art. 8 Direttiva Accoglienza soltanto in due casi: quando il richiedente protezione sia stato precedentemente attinto da un provvedimento espulsivo, e quindi possa considerarsi coinvolto in una procedura di rimpatrio (sovrapposizione con la seconda limitazione ammessa dalla norma convenzionale); o quando la detenzione avvenga nell'ambito di una procedura di frontiera, volta a decidere sul diritto del richiedente asilo di fare ingresso sul territorio ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 43 dir. 2013/32/UE e 8(3) lett.c) dir. 2013/33/UE (sovrapposizione con la prima limitazione)³⁷⁵.

³⁷² Secondo la Corte si «deve ritenere che il legislatore dell'Unione, adottando l'articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettere a) e b), della direttiva 2013/33, abbia rispettato il giusto equilibrio fra, da un lato, il diritto alla libertà del richiedente e, dall'altro, i requisiti connessi all'identificazione di quest'ultimo o alla sua cittadinanza o alla determinazione degli elementi sui quali si fonda la sua domanda, come richiesto per il corretto funzionamento del sistema europeo comune di asilo». *Ivi*, par. 49.

³⁷³ «Nel caso di specie, benché dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulti che il giudice del rinvio si interroga sull'incidenza della seconda parte della frase dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera f), della CEDU, sul suddetto articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettere a) e b), la stessa domanda tuttavia non fornisce elementi tali da consentire di ritenere che i fatti oggetto del procedimento principale rientrino nell'ambito di applicazione della menzionata disposizione della CEDU né in quale misura la giurisprudenza derivante dalla sentenza della CEDU del 22 settembre 2015, *Nabil e a. c. Ungheria* possa incidere sulla valutazione di detto articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettere a) e b), nella presente causa». *Ivi*, par. 51.

³⁷⁴ Anche con riferimento a quest'ultimo aspetto, la Corte di giustizia si limita a riconoscere che «per quanto concerne la garanzia sancita dalla prima parte della frase dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera f), della CEDU, secondo cui nessuno può essere privato della sua libertà, tranne se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, come interpretato dalla Corte EDU, occorre ricordare che tale garanzia non osta a che possano essere adottate misure necessarie di trattenimento nei confronti di cittadini di paesi terzi che hanno presentato una domanda di protezione internazionale, purché una tale domanda sia regolare e posta in condizioni conformi all'obiettivo di tutelare l'individuo contro l'arbitrarietà»: i giudici rimangono silenziosi sulle conseguenze giuridiche di un trattenimento applicato nei confronti del richiedente autorizzato – sulla base dello stesso diritto UE – a fare ingresso e a soggiornare sul territorio, sebbene la Corte EDU abbia riconosciuto che quando il diritto nazionale «explicitly authorises» l'ingresso e il soggiorno del richiedente asilo «it would be hard to consider the measure as being closely connected to the purpose of the detention and to regard the situation as being in accordance with domestic law» (CEDU, *Suso Musa*, par. 144).

³⁷⁵ In *FMS et al.* la Corte precisa che in base alle disposizioni della direttiva procedure e della direttiva accoglienza, «Gli Stati membri sono pertanto autorizzati ad imporre ai richiedenti protezione internazionale di soggiornare, per una durata massima di quattro settimane, alla loro frontiera o in una delle loro zone di transito al fine di verificare, prima di pronunciarsi sul loro diritto di ingresso nel loro territorio, se la loro domanda sia inammissibile, ai sensi dell'articolo 33 della direttiva 2013/32, oppure se essa debba essere dichiarata infondata in conformità all'articolo 31, paragrafo 8, di tale direttiva (...) Orbene, una situazione del genere è presa in

Al di fuori di questi casi, si pone un problema di inconciliabilità con il diritto alla libertà personale come tutelato dall'articolo 5 CEDU e quello di cui all'articolo 6 della Carta, nella misura in cui quest'ultima norma autorizza tutte le limitazioni indicate dal diritto secondario. In proposito, la dottrina ha osservato che se il trattenimento dei richiedenti protezione non è riconducibile ad alcuno dei presupposti di cui all'art. 5(1) lett.f), «the only possibility left to justify the detention in order to determine or verify identity or nationality is Article 5(1)(b) ECHR»³⁷⁶. In effetti, in *O.M. v. Hungary* la stessa Corte EDU sembrava aver valutato la possibilità di esaminare la misura privativa della libertà del richiedente protezione alla luce di tale parametro³⁷⁷. Si muovono nella stessa direzione anche le considerazioni operate dall'AG Sharpston in *N*³⁷⁸. Se ricondotta a questo distinto presupposto, la privazione della libertà del richiedente asilo dovrebbe soggiacere al più stringente test di proporzionalità che la Corte EDU applica a tutte le misure detentive al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 5, par. 1, lett.f): «this includes not only a full necessity and proportionality test but also the requirement that the legal obligation incumbent on the applicant is “specific” and “concrete” and “unfulfilled”»³⁷⁹.

4.4 Il riferimento alle norme della Carta nei casi «di frontiera»

La Corte di giustizia ha avuto modo di ritornare sull'interpretazione dei presupposti di cui all'art. 8 Direttiva Accoglienza in alcune pronunce recenti relativi a casi che si possono qualificare «di frontiera» in ragione dello stretto rapporto tra le misure detentive adottate e l'intervento delle autorità nazionali a presidio delle frontiere esterne: in tutte le decisioni si trattava di richiedenti asilo che avevano fatto da poco ingresso irregolare sul territorio e che non erano stati immediatamente qualificati come richiedenti protezione, o per i quali l'irregolarità dell'ingresso avevano comportato un immediato svilimento delle garanzie previste in tema di asilo.

considerazione dall'articolo 8, paragrafo 3, lettera c), della direttiva 2013/33, ai sensi del quale gli Stati membri possono trattenere un richiedente protezione internazionale per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel loro territorio. Del resto, l'articolo 10, paragrafo 5, e l'articolo 11, paragrafo 6, della direttiva 2013/33 fanno espressamente riferimento alle modalità di trattenimento di un richiedente protezione internazionale ad un posto di frontiera o in una zona di transito nell'ambito dell'applicazione delle procedure specifiche di cui all'articolo 43 della direttiva 2013/32 (...) Ne consegue che l'articolo 43 della direttiva 2013/32 autorizza gli Stati membri a «trattenere», ai sensi dell'articolo 2, lettera h), della direttiva 2013/33, i richiedenti protezione internazionale che si presentano alle loro frontiere, alle condizioni enunciate da tale articolo 43 e al fine di garantire l'effettività delle procedure da esso previste». CGUE [GC], *FMS et al.*, par. 237-239.

³⁷⁶ G. Monina, “Judging” the Grounds for Detention of Asylum Seekers: Discrepancies between EU Law and the ECHR. An Analysis of the CJEU Decisions of *K. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* & *J.N. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, in A. Crescenzi, R. Forastiero e G. Palmisano, *Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, Napoli, 2018, pp. 151-174, p. 167.

³⁷⁷ CEDU, *O.M. v. Hungary*, par. 54 e ss.

³⁷⁸ Si vedano anche le considerazioni di G. Matevžič, *Detention of Asylum-Seekers Under the Scope of Article 5(1)(f) of ECHR. Some Thoughts Based on Recent ECHR and CJEU Jurisprudence*, <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/detention-asylum-seekers-under-scope-article-51f-echr-some-thoughts-based-recent-echr-and>, 2016.

³⁷⁹ G. Monina, 2018, p. 168.

Il caso *M.A.* si riferisce alla sentenza pronunciata il 30 giugno 2022 in risposta al rinvio pregiudiziale proposto dalla corte amministrativa suprema della Lituania, che dubitava della compatibilità con il diritto dell'Unione dell'applicazione di una misura di trattenimento nei confronti di un richiedente asilo per il solo fatto che questi avesse fatto ingresso irregolarmente nel Paese, in caso di dichiarazione dello stato di emergenza dovuta a un «afflusso massiccio di stranieri». Nel contesto della crisi politica tra verificatasi tra Unione europea e Bielorussia nella seconda metà del 2021, il numero di ingressi di richiedenti asilo nei Paesi confinanti con la Bielorussia aveva subito un significativo aumento, pur mantenendosi entro cifre relativamente contenute in termini assoluti. I tre Paesi interessati (Lettonia, Lituania e Polonia) avevano dichiarato lo stato di emergenza e introdotto modifiche restrittive delle normative nazionali in materia di accesso al diritto di asilo, denunciate da più parti come potenzialmente in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali dei migranti³⁸⁰.

Nel caso oggetto del rinvio pregiudiziale, il ricorrente aveva fatto ingresso irregolare in Lituania ed era stato fermato al momento dell'attraversamento della frontiera verso la Polonia; era stato inizialmente mantenuto presso la stazione di polizia di frontiera per 48 ore e successivamente ne veniva disposto il trattenimento in ragione dell'irregolarità e dell'assenza di documentazione valida a determinarne l'identità. A seguito dell'attivazione della misura detentiva, egli presentava immediatamente domanda di protezione internazionale e veniva mantenuto in stato di trattenimento per 3 mesi. La sua domanda di asilo non veniva inizialmente registrata, ed egli doveva ripresentarla per iscritto. L'amministrazione dichiarava anche la nuova domanda irricevibile perché non era stata presentata conformemente alla legislazione interna (di recente modificata in ragione della dichiarazione dello stato di emergenza). Le questioni sottoposte al vaglio della Corte di giustizia riguardavano, dunque, la compatibilità delle previsioni lituane volte a regolamentare l'accesso alla procedura di asilo con il diritto dell'Unione e, di conseguenza, la legittimità della misura detentiva applicata al richiedente.

La CGUE ha in primo luogo confermato la propria giurisprudenza secondo cui nessuna formalità è richiesta per la «presentazione» di una domanda di asilo e in base alla quale qualsiasi «cittadino di un paese terzo o apolide ha il diritto di presentare una domanda di protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro, *comprese le sue frontiere o le zone di transito*, anche qualora egli si trovi in una situazione di soggiorno irregolare in detto territorio. Tale diritto deve essergli riconosciuto, indipendentemente dalle possibilità di successo di una siffatta domanda»³⁸¹. Non appare di secondaria importanza la precisazione offerta dalla Corte secondo cui le norme in materia di presentazione e inoltro della domanda

³⁸⁰ Per una analisi delle misure adottate: M Starita, *“Hybrid attack”*: un concetto dalle ricadute giuridiche incerte. *Considerazioni a margine della crisi umanitaria alla frontiera bielorosso-polacca*, in *AdiM Blog, Analisi & Opinioni*, Settembre 2021; C. Scissa, *Misure emergenziali al confine tra UE e Bielorussia: uno scontro tra ‘titani’ con gravi ripercussioni per i migranti*, in *European Papers*, 2022, 7, pp. 43-49. Per quanto riguarda, in particolare, l'impatto sui diritti di migranti e richiedenti asilo della legislazione lituana, ECRE Legal Note 11, *Extraordinary Responses: Legislative Changes in Lithuania* (3 September 2021) ecre.org. Ancor prima dell'irrompere della crisi, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva riconosciuto che la Lituania aveva violato l'articolo 3 della Convenzione per aver impedito ai ricorrenti l'accesso al diritto di asilo e per averli respinti illegalmente in Bielorussia: CEDU, sentenza dell'11 dicembre 2018, *M.A. and others v. Lithuania*, ric. n. 59793/17.

³⁸¹ CGUE, sentenza del 25 giugno 2020, *VL c. Ministerio Fiscal*, C-36/20 PPU, EU:C:2020:495, par. 93; e CGUE, sentenza del 16 novembre 2021, *Commissione/Ungheria*, C-821/19, EU:C:2021:930, par. 136.

«devono rispettare l'obiettivo della direttiva 2013/32 di garantire un accesso effettivo, ossia un accesso il più facile possibile, alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale»³⁸². Una normativa nazionale, quale quella lituana³⁸³, che subordini la ricezione della domanda di asilo alla sua presentazione presso i valichi di frontiera si pone in contrasto con l'obiettivo di garantire l'effettività del diritto di asilo tutelato dall'art. 18 della Carta e, di conseguenza, è incompatibile con quanto previsto dagli artt. 6 e 7 della dir. 2013/32/UE. Né il fatto che fosse stato dichiarato lo stato di emergenza può condurre ad una diversa soluzione: in caso contrario, il mero richiamarsi all'esigenza di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica pregiudicherebbe l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione, come chiarito dalla Corte³⁸⁴.

Quanto alla questione relativa al trattenimento del richiedente, la Corte si è mostrata inamovibile rispetto alle conclusioni già raggiunte in casi precedenti: un richiedente protezione internazionale può essere trattenuto solo qualora, in esito a una valutazione caso per caso, ciò si riveli necessario e non possano essere efficacemente applicate altre misure meno coercitive. In ossequio all'art. 6 della Carta, qualsiasi limitazione all'esercizio del diritto alla libertà personale deve «operare entro i limiti dello stretto necessario»³⁸⁵. Da ciò consegue, prima di tutto, che «la circostanza che un richiedente protezione internazionale si trovi in situazione di soggiorno irregolare nel territorio di uno Stato membro non figura tra i motivi che possono [...] giustificare il trattenimento di un siffatto richiedente. Di conseguenza, un cittadino di un paese terzo non può essere soggetto a una misura di trattenimento per questo solo motivo»³⁸⁶. In secondo luogo, le limitazioni previste dall'art. 8(3) devono essere interpretate restrittivamente: pertanto, non si può considerare la mera presenza irregolare del richiedente asilo sul territorio, pur in un contesto caratterizzato dallo stato di emergenza, quale presupposto atto ad integrare un pericolo per l'ordine e per la sicurezza pubblica. La situazione dell'interessato non può essere ricondotta al presupposto di cui all'art. 8(3) lett.c), né a nessun altro dei motivi previsti dal diritto UE: il suo trattenimento è stato pertanto illegittimo.

Nel caso *M.A.*, ora esaminato, la Corte di giustizia riprende diverse considerazioni già espresse in *VL* in merito al rapporto tra la presentazione della domanda di asilo, lo *status* di irregolarità del soggetto e la legittimità del trattenimento: è questo un aspetto particolarmente delicato poiché di regola i richiedenti protezione internazionale fanno ingresso irregolarmente negli Stati europei, non essendo previste vie legali per consentire a chi fugga da una persecuzione o da una situazione di grave danno di fare ingresso in un Paese ove possa essere

³⁸² CGUE, sentenza del 20 giugno 2022, *M.A.*, C-72/22 PPU, ECLI:EU:C:2022:505, par. 60.

³⁸³ L'articolo 140, par. 2 della legge sugli stranieri consentiva di registrare la domanda di asilo presentata da un cittadino straniero irregolarmente soggiornante sul territorio, e presentata al di fuori dei valichi di frontiera, solo quando la persona fosse stata considerata particolarmente vulnerabile. Tale legge è stata giudicata in palese contrasto con le norme di diritto dell'Unione. *Ivi*, par. 67.

³⁸⁴ La Corte chiarisce, quindi, che «l'articolo 72 TFUE non può essere interpretato nel senso che conferisce agli Stati membri il potere di derogare alle disposizioni del diritto dell'Unione mediante un mero richiamo a responsabilità che incombono sui medesimi per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna», al contempo ammonendo la Lituania che non era stato nemmeno adeguatamente chiarito come l'impedire l'accesso alle domanda di protezione internazionale potesse assicurare il mantenimento dell'ordine pubblico e sulla salvaguardia della sicurezza interna nella situazione di emergenza collegata all'afflusso massiccio di migranti di cui trattasi. *Ivi*, par. 71-73.

³⁸⁵ *Ivi*, par. 82.

³⁸⁶ *Ivi*, par. 84.

accolto e tutelato. Quando il soggetto, pur intenzionato a chiedere protezione, non venga immediatamente inquadrato entro il perimetro di applicazione delle normative in materia di asilo, verrà considerato irregolarmente soggiornante sul territorio e conseguentemente trattenuto ai fini dell'esecuzione del rimpatrio. Ciò può avvenire, ad esempio, in caso di mancata attivazione delle autorità statali a fronte dell'onere di registrazione della domanda: come sancito dalla Corte di giustizia, al diritto di presentazione della domanda di asilo – che discende direttamente dall'art. 18 Carta³⁸⁷ – corrisponde il dovere delle autorità di garantire che i cittadini stranieri abbiano la possibilità concreta di presentare la domanda quanto prima, e di registrarla entro un limitato lasso di tempo, indipendentemente dal successivo esito della stessa³⁸⁸.

In *VL* la CGUE si è soffermata su questo specifico profilo, che determina conseguenze anche sulla misura detentiva applicata alla persona interessata. Il caso riguardava un cittadino maliano giunto via mare in Spagna, la cui imbarcazione veniva intercettata dalle autorità spagnole e trasferito a Las Palmas, in Gran Canaria. Il giorno successivo allo sbarco lo straniero riceveva una decisione di respingimento fondata sull'ingresso irregolare in Spagna: poiché detta decisione non poteva essere eseguita entro le 72 ore (termine massimo entro cui qualsiasi soggetto può essere trattenuto all'interno delle stazioni di polizia in base al diritto spagnolo), ne veniva chiesto il trasferimento in un centro di trattenimento, misura che deve essere applicata in Spagna dal giudice istruttore (*Juzgado de Instrucción*). Nel corso dell'udienza relativa all'applicazione della misura, il cittadino maliano manifestava la volontà di chiedere asilo, trascritta all'interno del verbale. Non essendo il giudice istruttore l'autorità competente per la registrazione della domanda, quest'ultimo comunicava la manifestazione di volontà alle autorità di polizia e sollecitava l'inserimento del richiedente in un centro di accoglienza. Tuttavia, in ragione dell'assenza di posti nel 'centro di accoglienza umanitaria' presente sull'isola, lo straniero veniva trasferito nel centro di detenzione (CIE). Il pubblico ministero presentava appello avverso tale decisione, sostenendo che il giudice istruttore non era competente né a ricevere le domande di asilo né a cercare soluzioni alloggiative di prima accoglienza per i richiedenti protezione internazionale. Di conseguenza, il giudice investito del ricorso sollevava un rinvio pregiudiziale per chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in merito all'autorità deputata a ricevere la presentazione della domanda di asilo (seppur non a registrarla) e alla legittimità del trattenimento del richiedente protezione durante la fase antecedente alla registrazione della domanda.

Come ben evidenziato dall'Avvocato Generale Szpunar, uno dei nodi da dirimere per rispondere alle questioni pregiudiziale è relativo al momento in cui la persona interessata può e deve essere considerata come beneficiaria dello *status* di richiedente protezione. Secondo l'AG, «il cittadino di un paese terzo beneficia dello status di richiedente protezione internazionale dal momento in cui esprime l'intenzione di chiedere tale protezione ad un'«altra autorità» ai sensi dell'art. 6(1) dir. 2013/32/UE, quale, come nel caso di specie, un giudice

³⁸⁷ Per tutti, V. Moreno-Lax, *The EU right to asylum: an individual entitlement to (access) international protection*, in *Id.*, *Accessing asylum in Europe: extraterritorial border controls and refugee rights under EU law*, Oxford, 2017, pp. 337-394.

³⁸⁸ CGUE, sentenza del 25 gennaio 2018, *Hasan*, C-360/16, EU:C:2018:35, par. 76.

istruttore chiamato a pronunciarsi sul trattenimento. Un'interpretazione contraria contrasterebbe infatti con l'effettività dell'accesso alla procedura»³⁸⁹. A partire da detto momento – e non da quello successivo dell'inoltro della domanda – la persona sarà da qualificarsi come richiedente asilo, con la conseguenza che il trattenimento potrà basarsi soltanto su uno dei motivi disciplinati dall'art. 8(3) dir. 2013/33/UE.

La Corte di giustizia ha aderito alla tesi proposta dall'AG, in primo luogo interpretando la nozione di «altre autorità» indicata dall'art. 6(1) dir. 2013/32/UE come atta ad includere anche autorità giurisdizionali, compresa quella chiamata a pronunciarsi sul trattenimento. Inoltre, ha precisato che alla competenza a ricevere la domanda si collega anche il dovere, per detta autorità, di informare compiutamente il cittadino straniero circa il diritto a chiedere la protezione internazionale e, «qualora un cittadino abbia manifestato la volontà di presentare una siffatta domanda, [di] trasmettere il fascicolo all'autorità competente ai fini della registrazione di detta domanda affinché tale cittadino possa beneficiare delle condizioni materiali di accoglienza e dell'assistenza sanitaria previste all'articolo 17 della direttiva 2013/33»³⁹⁰. Quanto al punto spartiacque per l'attribuzione dello *status* di richiedente asilo, i giudici richiamano testualmente le conclusioni dell'AG e aderiscono all'impostazione secondo cui il momento rilevante è quello della presentazione della domanda, precisando che «l'azione di «presentare» una domanda di protezione internazionale non presuppone alcuna formalità amministrativa». Da ciò consegue, da un lato, che «l'acquisizione della qualità di richiedente protezione internazionale non può essere subordinata né alla registrazione né all'inoltro della domanda e, dall'altro, che il fatto che un cittadino di un paese terzo manifesti la volontà di chiedere la protezione internazionale dinanzi a un'«altra autorità», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2013/32, come un giudice istruttore, è sufficiente a conferirgli la qualità di richiedente protezione internazionale»³⁹¹. A partire da quel momento, la detenzione della persona non può fondarsi sui presupposti previsti dalla Direttiva Rimpatri, ma deve invece essere ricondotta a quelli di cui all'art. 8 Direttiva Accoglienza³⁹². Nel caso oggetto del procedimento di rinvio, nessuno dei motivi menzionati dalla norma era stato invocato: l'unica ragione che aveva giustificato il collocamento nel CIE era l'assenza di posti disponibili nel sistema di accoglienza, ma per la Corte «un siffatto motivo di trattenimento è contrario alle prescrizioni dell'articolo 8, paragrafi da 1 a 3, di tale direttiva, in quanto pregiudica il contenuto essenziale delle condizioni materiali di accoglienza che devono essere riconosciute a un richiedente protezione internazionale nel corso dell'esame della sua domanda di protezione internazionale e non rispetta né i principi né l'obiettivo di detta direttiva»³⁹³. Ne derivava l'illegittimità del trattenimento dell'interessato poiché contrario al diritto UE.

³⁸⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 aprile 2020, *VL c. Ministerio Fiscal*, C-36/20, ECLI:EU:C:2020:331, par. 99.

³⁹⁰ CGUE, *VL c. Ministerio Fiscal*, par. 83.

³⁹¹ *Ivi*, par. 94.

³⁹² La Corte precisa ulteriormente che «Ne consegue che, nel caso di specie, e come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 106 delle sue conclusioni, sebbene le condizioni di trattenimento di VL fossero disciplinate dalla direttiva 2008/115 fino alla data in cui egli ha presentato la sua domanda di protezione internazionale, l'articolo 26, paragrafo 1, della direttiva 2013/32 e l'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2013/33 sono divenuti applicabili nei suoi confronti a partire da tale data». *Ivi*, par. 99.

³⁹³ *Ivi*, par. 107.

Infine, avuto riguardo alla detenzione disposta al momento dell'ingresso del richiedente protezione nel Paese, e in modo specifico in prossimità della frontiera, occorre ancora brevemente ricordare l'importanza del caso *FMS e al.* Come anticipato (cap. I, par. 6.2) la Corte si è ampiamente occupata del rapporto tra l'art. 8(3) lett.c) e la procedura di frontiera di cui all'art. 43 dir. 2013/32/UE, chiarendo lo stretto legame esistente tra le due previsioni. Più in generale, però, la Corte è stata chiamata ad esaminare la legalità della detenzione *de facto* in cui alcuni richiedenti si trovavano all'interno della zona di transito di Röszke. In via preliminare rispetto ai numerosi profili affrontati in sentenza, già variamente trattati, la Corte ha anche ritenuto di dover statuire se le condizioni cui erano esposti i migranti integrassero una privazione della libertà. La stessa questione era già oggetto della pronuncia restrittiva della Corte europea resa in *Ilias e Ahmed*, caso connotato da presupposti di fatto assimilabili, e in cui era stata esclusa la riconducibilità della situazione concreta all'ambito di applicazione dell'art. 5 CEDU.

La Corte di giustizia ha prima di tutto fornito una definizione della nozione di «trattenimento», applicabile tanto al termine utilizzato nella Direttiva Rimpatri quanto a quello della Direttiva Accoglienza, confermando la medesima natura della misura coattiva. I giudici hanno acclarato che quella di trattenimento «è una nozione *autonoma* del diritto dell'Unione da intendersi come una misura coercitiva che priva tale richiedente della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto»³⁹⁴. L'esercizio legittimo della forza da parte dello Stato che porta alla detenzione del migrante può verificarsi all'interno di istituti penitenziari, centri di detenzione, ma non solo: la Corte priva il concetto di ogni formalismo, e rafforza l'idea secondo cui la privazione della libertà possa avvenire in qualsiasi luogo, indipendentemente dalle «etichette» utilizzate. Quanto agli elementi cui si è attribuita rilevanza per risolvere la *vexata quaestio* sulla natura del confinamento, i giudici hanno valorizzato le caratteristiche oggettive (o, per dirla secondo la formulazione della Corte EDU, la natura e l'intensità delle restrizioni) del centro di Röszke, come delineate dal giudice del rinvio. Venivano in rilievo a tal fine la ridotta superficie dei containers; l'impossibilità di ricevere visite esterne senza autorizzazione; la limitazione al movimento e la sorveglianza permanente da parte delle forze dell'ordine³⁹⁵. L'elemento dirimente per la qualificazione del trattenimento è però stato individuato nell'impossibilità di lasciare legalmente la zona di transito: ed è qui che vi è stato uno scarto dalla giurisprudenza CEDU.

La Corte di giustizia, infatti, respinge l'argomento avanzato dal governo ungherese secondo cui i ricorrenti sarebbero stati liberi di abbandonare la zona di transito: adottando un approccio aderente alla realtà, osserva che il loro ritorno in Serbia sarebbe stato qualificato come illegale e che «di conseguenza, essi si esporrebbero ivi a sanzioni. Pertanto, segnatamente per tale ragione, non si può ritenere che tali ricorrenti abbiano una possibilità effettiva di lasciare la zona di transito di Röszke»³⁹⁶. L'accento viene posto sulle realistiche prospettive di libertà di

³⁹⁴ CGUE, *FMS et al.*, par. 223. Per la stessa definizione CGUE, *Commissione c. Ungheria*, par. 159.

³⁹⁵ *Ivi*, par. 229.

³⁹⁶ *Ibidem*. La Corte è giunta alle stesse conclusioni anche con riferimento alla zona di transito di Tompa: CGUE, *Commissione c. Ungheria*, par. 160-165.

movimento dei richiedenti asilo, tenendo in considerazione non solo la componente fisica, ma anche le conseguenze giuridiche del loro allontanamento, con una decisione che sembra echeggiare i principi espressi *illo tempore* in *Amuur*.

Anche nel più recente caso *M.A.* i giudici hanno adottato un approccio particolarmente rigoroso nell'individuazione della natura detentiva della misura applicata al richiedente asilo coinvolto nel procedimento principale. Le autorità lituane avevano, infatti, sostenuto che l'iniziale misura di trattenimento ordinata nei suoi confronti fosse stata successivamente convertita in misura alternativa al trattenimento ai sensi del diritto lituano («vale a dire l'alloggio in un centro del VSAT con limitazione di circolazione al perimetro di tale luogo di alloggio»³⁹⁷). La Corte rifugge ancora una volta dal formalismo e rileva come «dalle informazioni trasmesse dal giudice del rinvio emerge che sebbene M.A. potesse effettivamente spostarsi all'interno del centro del VSAT di cui trattasi, egli non poteva uscire dal perimetro di quest'ultimo senza autorizzazione e accompagnamento. Di conseguenza, l'interessato risulta essere isolato dal resto della popolazione e privato della sua libertà di circolazione»³⁹⁸: da ciò inferisce la perduranza di una condizione di privazione della libertà personale.

Per concludere con una panoramica riassuntiva dei casi sin qui analizzati, possiamo inferire che la Corte di giustizia ha richiamato *ex officio* l'art. 6 Carta per puntualizzare che le limitazioni discendenti dalla normativa derivata al diritto alla libertà personale devono «operare entro i limiti dello stretto necessario»³⁹⁹ e, in ogni caso, essere conformi al principio di proporzionalità. La detenzione amministrativa, specialmente quando si applichi ai richiedenti asilo, assume i contorni ben definiti di misura applicabile solo come *extrema ratio*: in base all'art. 8(2) dir. 2013/33/UE «un richiedente protezione internazionale può essere trattenuto solo qualora, in esito a una valutazione caso per caso, ciò si riveli necessario e non possano essere efficacemente applicate altre misure meno coercitive. Ne consegue che le autorità nazionali possono trattenere un richiedente protezione internazionale solo dopo aver verificato, caso per caso, se un siffatto trattenimento sia proporzionato ai fini da esso perseguiti»⁴⁰⁰. La Corte di giustizia ha ulteriormente precisato che da una interpretazione conforme all'articolo 6 Carta – alla luce dell'articolo 5 CEDU – deriva che la detenzione deve essere disposta da una norma chiara, prevedibile ed accessibile, e che le autorità devono agire in buona fede e in ossequio ai propri doveri di diligenza⁴⁰¹. Con specifico riferimento al trattenimento disposto nell'ambito di un procedimento di trasferimento ai sensi del reg. 2013/604/UE, questo deve avere durata quanto più breve possibile e non superare il termine ragionevolmente necessario agli adempimenti amministrativi da espletare con la dovuta diligenza per eseguire il trasferimento⁴⁰². Infine, dal combinato disposto degli artt. 6 e 47 Carta deriva una tutela rafforzata in materia di effettività del rimedio giurisdizionale a disposizione della persona

³⁹⁷ CGUE, *M.A.*, par. 40.

³⁹⁸ *Ivi*, par. 41.

³⁹⁹ CGUE, *N.*, par. 56; CGUE, *K.*, par. 40; CGUE, *VL*, par. 105; CGUE, *M.A.*, par. 83.

⁴⁰⁰ CGUE, *N.*, par. 48; CGUE, *K.*, par. 42; CGUE [GC], *FMS et al.*, par. 258; CGUE, *VL*, par. 102; CGUE, *M.A.*, par. 82.

⁴⁰¹ CGUE, *Al Chodor*, par. 36-40.

⁴⁰² CGUE, *Khbir Amayry*, par. 41.

privata della libertà, che può comportare l'estensione della cognizione e dei poteri dell'autorità giudiziaria oltre a quanto previsto dalle norme procedurali interne.

5. Conclusioni. Gli standard europei in materia di libertà personale tra reciproche influenze e autonomia del diritto UE

Il diritto alla libertà personale delle persone migranti è stato oggetto, negli ultimi vent'anni, di una attività giurisprudenziale intensa. Le pronunce della Corte europea dei diritto dell'uomo in merito sono centinaia⁴⁰³, e sono sempre più frequenti le richieste di intervento rivolte alla Corte di giustizia dell'Unione europea da parte dei giudici nazionali per il tramite di rinvii pregiudiziali⁴⁰⁴.

L'esame della giurisprudenza dei due organi ha risposto ad una duplice esigenza, normativa in via di principalità, e descrittiva in via accessoria. Per un verso, infatti, ha consentito di mettere a fuoco il contenuto – non sempre omogeneo – del diritto alla libertà personale nello spazio europeo, secondo le coordinate che verranno qui di seguito riassunte. Per altro verso ha fatto emergere le principali tensioni tra prassi illegittime degli Stati e le principali violazioni cui sono esposti i migranti. Possono individuarsi alcuni profili maggiormente ricorrenti: la tendenza al trattenimento *de facto*, privo di base legale, in luoghi posti in prossimità dei confini (zone d'attesa, zone di transito, centri di detenzione posti sulle isole); l'eccessiva durata della detenzione, molto spesso collegata ad una negligenza delle autorità, soprattutto durante la fase dell'allontanamento (questo fenomeno pare sintomatico dell'ampia discrezionalità di cui godono le forze di polizia deputate all'esecuzione del rimpatrio ma è anche rivelatore delle funzioni ulteriori e ultronee cui può essere piegato il trattenimento)⁴⁰⁵; le condizioni – sistemiche in alcuni Paesi – inumane e degradanti che caratterizzano i luoghi detentivi (centri o stazioni di polizia), ove spesso vengono trattenuti migranti a vario titolo vulnerabili (profilo che emerge preponderante dalla giurisprudenza CEDU). A ciò si aggiunge anche l'estrema rilevanza del diritto ad un rimedio effettivo, che include diverse sfaccettature (quello al contraddittorio, a ricevere informazioni in merito alla propria condizione, all'individuazione di un rimedio giurisdizionale, alla piena cognizione dell'autorità giudicante) e si pone in rapporto di strumentalità anche rispetto all'effettività del diritto alla libertà personale.

Il numero particolarmente elevato di decisioni delle Corti europee in materia testimonia l'attenzione dell'apparato giurisdizionale per il diritto in esame ma, al tempo stesso, l'incessante tendenza degli Stati ad applicare misure privative della libertà personale, considerate ormai «as a tool of migration policies in its own right, used for a variety of

⁴⁰³ Da un punto di vista quantitativo, una ricerca operata sul database della Corte europea (HUDOC) consente di individuare 743 decisioni in cui è stata avanzata una violazione dell'art. 5(1) lett.f).

⁴⁰⁴ Tra i casi di maggiore rilevanza in materia di trattenimento e applicazione delle norme della Carta, quattro sono stati decisi negli ultimi due anni (*VL, FMS et al., M.A. e C,B e X*).

⁴⁰⁵ La dottrina criminologica ha evidenziato quella punitiva, di esclusione, e neutralizzazione della soggettività del migrante. M. Bosworth, *Immigration Detention, Punishment and the Transformation of Justice*, in *Social & Legal Studies* 2018, 28(1), pp. 81– 99; L.K. Keliotis, *Behind the veil of philoxenia: the politics of immigration detention in Greece*, in *European Journal of Criminology*, 2013, 10(6), pp. 725-745.

purposes»⁴⁰⁶, e le carenze sistemiche degli apparati nazionali, che spesso affliggono anche il sistema giurisdizionale. Di fronte alla tensione tra (apparente) irrinunciabilità del trattenimento e garanzie dei diritti fondamentali, le Corti europee hanno tentato di trovare un punto di equilibrio, senza mai mettere in discussione la misura *tout court*.

La Corte EDU ha, da sempre, concepito il trattenimento come *necessary adjunct* delle prerogative sovrane di controllo dei confini, ammettendo di fatto che si possa configurare una tutela più blanda per le persone straniere quando detenute per ragioni amministrative, al punto che parte della dottrina si è interrogata sull'universalità del diritto in esame⁴⁰⁷. Il fatto che in diversi casi recenti (ad esempio, *Z.A. and Others, Ilias e Ahmed, Khlaifia and Others, J.R. and Others*) la Corte abbia attribuito rilevanza alla *ratio* che giustificava l'applicazione della misura (il controllo dei confini e la gestione dei flussi) e che abbia tenuto in considerazione le difficoltà cui gli Stati hanno dovuto far fronte in materia di immigrazione testimonia la perduranza di tale approccio. Alcuni autori hanno osservato come a seguito della cd. crisi dei rifugiati la deferenza verso gli Stati sia ancor più evidente⁴⁰⁸; altri hanno posto in evidenza che «the current developments in European case law may be seen not as a rupture, but as [...] new inflections of a more long-term tendency to privilege the interests of European states over those of migrants and of Europeans with transnational ties»⁴⁰⁹. Il disequilibrio tutto a favore degli interessi statali è anche frutto della peculiare interpretazione fornita dalla Corte europea all'art. 5, par. 1, lett.f) CEDU a partire da *Chahal e Saadi*, in base alla quale si esclude di poter applicare un test di proporzionalità a tutto tondo alla misura, così indulgendo sulla possibilità di una detenzione automatica e indiscriminata⁴¹⁰. L'orientamento della Corte si è di poco discostato dai principi espressi nei *leading cases*: fatte salve le ipotesi in cui la detenzione coinvolga minori e – sempre più raramente, altre categorie vulnerabili – non viene richiesto agli Stati di dimostrare il previo esperimento di altre misure alternative meno invasive; l'esame della proporzionalità rispetto alle circostanze del caso specifico viene in rilievo solo nella valutazione della durata della detenzione; la soglia di gravità che le condizioni detentive devono raggiungere per poter essere considerate in contrasto con la tutela della dignità umana è sempre più elevata.

La Corte di giustizia, dal canto suo, ha costantemente ribadito che la misura del trattenimento rappresenta uno strumento funzionale alla realizzazione degli scopi dell'Unione, siano essi l'effettività delle politiche di rimpatrio o il mantenimento di un sistema comune di asilo in cui sia garantita la riduzione dei movimenti secondari. Se pure l'interpretazione fornita dalla CGUE alla Direttiva Rimpatri ha avuto l'effetto pratico di limitare il ricorso alla detenzione con finalità punitiva, quale espressione della criminalizzazione della presenza

⁴⁰⁶ J. Bast, F. von Harbou, J. Wessels, *Human rights challenges to European migration policy*, London, 2022, p. 64.

⁴⁰⁷ G. Cornelisse, 2010. L'autrice sottolinea che «when it concerns the fundamental rights of those whose presence on national territory is not authorised, the Court seems to attach rather more weight to the logic of 'management' and 'control' concerning a whole category of persons, than to the individualised justice that should be the focus of human rights protection proper» (p. 309).

⁴⁰⁸ Ramos Ruiz, 2020.

⁴⁰⁹ Spijkerboer, 2022.

⁴¹⁰ C. Costello, *Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet*, in *Current Legal Problems*, 2015, 68, pp. 143-177.

irregolare (con *El Dridi* e *Achughbabian* in modo particolare), la Corte è stata molto rigorosa nell'interpretare il contenuto delle garanzie a favore del migrante detenuto, per evitare che queste possano in qualche modo compromettere o minare la realizzazione dei rimpatri (così in *Mahdi* e in *MG e RN*). Sul rapporto tra detenzione dello straniero espellendo e del richiedente protezione, la Corte ha sancito che i due regimi detentivi possono susseguirsi senza soluzione di continuità, in concreto ammettendo che lo straniero sia confinato per periodi superiori a 18 mesi se nella fase di esecuzione del trattenimento finalizzato al rimpatrio si interpone la procedura di asilo (si vedano i casi *Arslan* e *Gnandi*). Inoltre, le restrizioni imposte dal legislatore europeo alla libertà del richiedente asilo sono state considerate proporzionate agli obiettivi perseguiti dal diritto UE e, pertanto, compatibili con l'articolo 6 della Carta: la detenzione si afferma come strumento legittimo, *in re ipsa*, per «assicurare il corretto funzionamento del sistema europeo comune di asilo», «tutelare il pericolo che può derivare da un soggetto quando lo impongono la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico», «contribuire alla prevenzione di eventuali movimenti secondari dei richiedenti» (casi *Al Chodor, N. e K.*).

In sostanza, le Corti europee non mettono in discussione né le finalità perseguite attraverso la detenzione amministrativa, né l'idoneità della misura a realizzarle. Le previsioni del diritto secondario dell'Unione esaminate nel precedente capitolo non appaiono, in termini astratti, in contrasto con il contenuto del diritto alla libertà personale elaborato dalle Corti. Da questo punto di vista, il ricorso alla detenzione avulsa dalla commissione di un reato e per scopi di convenienza dell'apparato statale di controllo delle migrazioni è stato pienamente legittimato anche a livello sovranazionale.

È allora possibile identificare un apporto significativo fornito dalla giurisprudenza europea rispetto alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti detenuti, e che comporti anche la limitazione, in concreto, delle pretese coercitive degli Stati? La risposta può essere positiva se si guarda all'intreccio tra le disposizioni di diritto primario e secondario dell'UE e gli standard individuati dalla giurisprudenza CEDU. L'interazione tra le Corti (sia essa quella verticale, tra giudici nazionali e Corti europee; sia quello orizzontale tra CGUE e CEDU) è stato considerato un profilo di particolare interesse, dalla dottrina, soprattutto in relazione all'applicazione della Direttiva Rimpatri⁴¹¹. Ci pare però che possa rivelarsi altrettanto fondamentale in relazione alla condizione dei richiedenti asilo.

In primo luogo, è necessario interpretare le norme di diritto secondario dell'Unione alla luce degli artt. 4, 6 e 47 della Carta: seppur inizialmente restia a riferirsi alla Carta, lo strumento è ormai costantemente richiamato dalla Corte di giustizia quando debba occuparsi della detenzione amministrativa. In secondo luogo, dall'art. 52(3) Carta deriva che, quantomeno rispetto al contenuto del divieto di trattamenti inumani e degradanti e al diritto alla libertà personale la CEDU può porsi come parametro minimo di riferimento nell'interpretazione 'costituzionalmente orientata' che la Corte di giustizia si è mostrata incline ad offrire. Per questo motivo la giurisprudenza della CEDU diventa direttamente rilevante quando si applica il diritto dell'Unione, tanto più che vi sono alcuni ambiti in cui il contenuto delle Direttive è

⁴¹¹G. Cornelisse, M. Moraru, Judicial dialogue on the Return Directive: catalyst for changing migration governance?, in M. Moraru, G. Cornelisse, P. De Bruycker (a cura di), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, 2020, pp. 17-37.

particolarmente scarno e la Corte di giustizia non ha ancora avuto modo di pronunciarsi: ad esempio, quello relativo agli standard minimi di tutela in materia di condizioni detentive per evitare che la persona sia esposta a trattamenti degradanti; ovvero, i parametri da seguire nella valutazione dell'arbitrarietà della detenzione in cui sono coinvolti i minori accompagnati e non accompagnati. Ne deriva un complesso *patchwork* di norme e principi che può porre limiti ulteriori rispetto a quelli previsti dai due sistemi esaminati isolatamente, anche se si possono verificare attriti e cortocircuiti.

È emersa, ad esempio, una convergenza rispetto agli oneri di *due diligence* imposti alle autorità nell'ambito della procedura di allontanamento e alla nozione di ragionevole prospettiva di rimpatrio, che possono influire sulla durata e sull'immediata cessazione del trattenimento, anche prima del raggiungimento del termine massimo previsto dalla Direttiva Rimpatri. La Corte di giustizia ha poi guardato alla giurisprudenza CEDU per assicurare il rispetto del principio di legalità della detenzione, con riguardo agli aspetti legati alla certezza, chiarezza ed accessibilità della legge: ciò è avvenuto con il fine di delimitare l'applicazione illegittima di uno dei profili più critici in materia di detenzione, vale a dirsi la individuazione dei criteri su cui ancorare il rischio di fuga (rilevante sia in materia di trattenimento dello straniero irregolare che del richiedente protezione).

Al contempo, la non perfetta sovrapposizione tra i motivi per cui un richiedente asilo può essere trattenuto in base all'art. 5 CEDU e alla Direttiva Accoglienza – profilo sollevato nei casi *N.* e *K.* dalle corti olandesi – potrebbe in futuro ampliare gli spazi di non applicabilità della misura detentiva. Ad esempio, la contrarietà con l'art. 5 CEDU della detenzione motivata unicamente da ragioni di pericolosità sociale di una persona non espellibile dovrà essere in futuro tenuta in considerazione da parte della CGUE quando sia chiamata a pronunciarsi sull'art. 8(3) dir. 2013/33/UE.

Ribaltando la prospettiva, le previsioni delle Direttive in materia di asilo secondo cui il trattenimento del richiedente asilo non è applicabile per il mero fatto della presentazione della domanda, o che conferiscono al richiedente lo *status* di migrante regolarmente soggiornante potrebbero comportare, in concreto, che gli Stati membri vincolati dal diritto UE non possano invocare unicamente l'art. 5, par. 1, lett. f) primo periodo per legittimare del richiedente asilo. Anche con riguardo alle garanzie procedurali e ai rimedi a disposizione dei richiedenti asilo la contaminazione tra le garanzie offerte dalla CEDU (nello specifico, con riferimento al diritto ad essere informati sui presupposti della detenzione in una lingua conosciuta alla persona straniera) e quelli autonomamente sviluppati dalla Corte (in materia di rimedio giurisdizionale effettivo e cognizione del giudice) può essere preziosa nel senso di innalzare il livello di garanzie offerto dal testo delle direttive.

Non può infine tacersi l'approccio della Corte di Lussemburgo in materia di effettività della tutela del diritto alla libertà personale è stato più coraggioso negli ultimi anni. Dal punto di vista normativo, la facoltà di intervenire in senso più garantista è assicurata dall'art. 52(3) CDF e dal principio di autonomia del diritto dell'Unione. Inoltre, lo stesso diritto secondario dell'Unione impone che il trattenimento sia applicato come misura di ultima istanza e sia conforme ai principi di necessità e proporzionalità, e la Corte si è instancabilmente richiamata al loro doveroso rispetto. L'autonomia del diritto UE e la possibilità di adottare standard di

protezione più elevati (art. 52 Carta) può rappresentare una agile sponda per allontanarsi dalle interpretazioni della Corte EDU quando queste siano ritenute non pienamente convincenti⁴¹², come in parte già avvenuto nel caso *N*. Ovvero, potrebbe, anche in futuro, essere invocata per operare un *distinguishing* rispetto agli standard CEDU in altri ambiti normativi direttamente rilevanti per la tutela dei migranti esposti al rischio di trattenimento: si pensi, ad esempio, all'identificazione della soglia di gravità minima per ritenere le condizioni di detenzione contrarie alla Carta, meno severa di quella imposta dalla CEDU. Inoltre, è stato suggerito in dottrina che la condizioni detentive siano esaminate sotto la lente dell'art. 6 non solo «as a matter of proportionality» ma anche, ad esempio, sotto il profilo della legalità e accessibilità della legge che disciplina dette condizioni⁴¹³.

Il principio dell'autonomia del diritto UE è già stato applicato, seppur implicitamente⁴¹⁴, nel caso *FMS et al.*, in sede di definizione del concetto di trattenimento, o meglio al momento dell'individuazione della linea di confine tra privazione e mera limitazione della libertà di movimento. Per la dottrina, con tale decisione la Corte di giustizia «offre senz'altro una maggiore protezione agli individui, e supera la Corte EDU nel proprio terreno di gioco, la protezione dei diritti fondamentali»⁴¹⁵.

Merita, inoltre, ricordare che tanto nei casi riguardanti l'Ungheria (*FMS e al., Commissione c. Ungheria*), quanto nel caso lituano (*M.A.*), la Corte di giustizia ha ben chiarito come l'esistenza di una emergenza legata «all'afflusso massiccio di stranieri» o all'«afflusso massiccio di richiedenti protezione internazionale» non possa in alcun modo giustificare una deroga del diritto dell'Unione, o un annacquamento delle tutele da questo predisposte. Con riguardo alla condizione dei richiedenti trattenuti nel contesto di una procedura di frontiera, ad esempio, è stato precisato che anche in caso di 'crisi' i termini di durata massima del loro trattenimento siano inderogabili;⁴¹⁶ e che le categorie vulnerabili non possano essere sottoposte a trattenimento nel contesto di un regime di frontiera, ove ciò non consenta di assicurare loro un sostegno adeguato: in tale sede, la Corte si è richiamata all'art. 24 Carta che contempla il superiore interesse del minore⁴¹⁷. Attraverso tali decisioni la Corte di Lussemburgo ha implicitamente riconosciuto che non possa essere operato un bilanciamento tra i diritti fondamentali e le garanzie previste dalla legislazione unionale, e le pressioni cui gli Stati sono sottoposti in situazioni di crisi o di emergenza legate all'aumento dei flussi migratori: una

⁴¹² Velluti, 2014, p. 88 e ss.

⁴¹³ L. Mancano, 2019, p. 180 e ss.

⁴¹⁴ Consapevole di una possibile tensione tra le Corti, l'AG Pikamäe aveva per l'appunto suggerito ai giudici di offrire una interpretazione del diritto alla libertà personale di cui all'art. 6 della Carta distinta da quella operata dalla CEDU precisamente sulla base del principio di autonomia del diritto dell'Unione. La Corte non ha però ritenuto necessario smarcarsi apertamente dalla decisione della Corte europea. Conclusioni dell'AG Pikamäe presentate il 23 aprile 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS et al.*, par. 149.

⁴¹⁵ 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 – Analisi & Opinioni*, 30.5.2020.

⁴¹⁶ «Dal testo stesso del paragrafo 3 dell'articolo 43 di tale direttiva risulta tuttavia che siffatte procedure possono essere mantenute solo a condizione che i richiedenti protezione internazionale siano normalmente accolti, alla scadenza del termine di quattro settimane previsto al paragrafo 2 di tale articolo, nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito. Orbene, esigendo che tali richiedenti siano accolti in condizioni normali, l'articolo 43, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 ha necessariamente escluso che essi possano rimanere in stato di trattenimento». CGUE, *FMS et al.*, par. 244-245; CGUE, *Commissione c. Ungheria*, par. 181.

⁴¹⁷ CGUE, *Commissione c. Ungheria*, par. 190-195.

posizione che l'altra Corte «dei diritti umani» non ha saputo mantenere così saldamente negli anni più recenti⁴¹⁸. In ultima analisi, pare che le decisioni da ultimo esaminate abbiano rafforzato la tutela del diritto alla libertà personale non solo, in termini generali, all'interno dello spazio europeo,⁴¹⁹ ma anche in contesti di frontiera: apparenti «luoghi di non-diritto» che, invece, la Corte ha per il momento riportato entro i confini dello stato di diritto⁴²⁰.

⁴¹⁸ G. L. Gatta, 2020, p. 118 e ss.

⁴¹⁹ S. Zirulia, 2020.

⁴²⁰ G. L. Gatta, 2020, p. 120.

CAPITOLO III

LE NUOVE FRONTIERE DELLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA IN EUROPA: DALL'APPROCCIO HOTSPOT ALLE RIFORME IN CORSO

SOMMARIO: 1. Introduzione: le crisi, la frontiera, la detenzione; 2. L'approccio hotspot nella gestione della mobilità tra soluzioni emergenziali e in-formalità strutturale; 3. Hotspots as a blindspot. L'asimmetria delle tutele a presidio della libertà personale nei «punti di crisi»; 4. I primi tentativi di riforma della normativa vigente: il CEAS e la Direttiva Rimpatri; 5. La trasformazione del regime detentivo nel Patto Europeo sulla Migrazione e l'Asilo; 5.1. Il nuovo Regolamento sugli accertamenti in ingresso: se il diritto (non) occupa gli spazi di eccezione; 5.2. Richiedenti asilo o migranti rimpatriandi? La detenzione in frontiera «senza soluzione di continuità»; 6. Una conclusione (parziale) e un rinvio: l'istituzionalizzazione dell'approccio hotspot?

1. Introduzione: le crisi, la frontiera, la detenzione

Nei precedenti capitoli è stato ricostruito il regime normativo della detenzione amministrativa nello spazio europeo tenendo conto della sua dimensione statica – il diritto secondario dell'Unione – e di quella dinamica ed evolutiva – l'interpretazione fornita al diritto alla libertà personale dalle Corti europee. Sebbene questo sia (e rimanga, ad oggi) il quadro normativo di riferimento, non pare sufficiente limitarci all'analisi del diritto *de iure condito*, posto che le finalità del presente lavoro sono di comprendere come si sia evoluto l'istituto del trattenimento nel quadro europeo e di analizzare le implicazioni e le interazioni derivanti dal quadro europeo con alcuni contesti nazionali che si trovano alla frontiera meridionale d'Europa. Si tratta, in particolare, di quei Paesi le cui prassi detentive sono state influenzate dall'«approccio hotspot», ideato dalla Commissione europea nel 2015. Ci pare pertanto cruciale esaminare gli sviluppi occorsi negli ultimi otto anni nei settori delle politiche migratorie direttamente collegati all'esercizio di un potere coercitivo sulla libertà personale degli stranieri.

A partire dal 2015 le politiche unionali in materia di immigrazione irregolare e di asilo hanno assunto una nuova centralità, complici le crisi che l'Unione e i suoi Stati membri hanno dovuto affrontare di fronte alle trasformazioni del fenomeno migratorio. Con il termine 'crisi', ampiamente utilizzato (o forse abusato) a livello europeo sia nel contesto migratorio, sia al di fuori di esso (crisi economica, crisi dell'euro, crisi dello stato di diritto)¹, ci si riferisce ad un punto di rottura nel sistema di gestione delle migrazioni², conseguente all'incremento dei flussi migratori registrati tra il 2014 e il 2015.

L'aumento del numero di arrivi ha innegabilmente avuto conseguenze in termini politici, amministrativi e umanitari. Numerosi commentatori hanno ritenuto che non fosse opportuno

¹ Del resto, Jean Monnet, uno dei maggior promotori della Comunità europea, sosteneva nel 1954 che «L'Europa si forgerà nelle crisi e sarà la somma delle soluzioni date a queste crisi».

² G. Campesi, *Crisis, migration and the consolidation of the EU border control regime*, in *International Journal of Migration and Border Studies*, 2018, 4, pp. 196-221, p. 198.

parlare di «crisi dei rifugiati», ma piuttosto di «crisi del diritto di asilo»³, o ancora di «crisi del sistema europeo di asilo»⁴. Nel 2014 il numero totale delle domande di asilo era appena inferiore al numero totale delle istanze presentate nel 1992, l'anno in cui le richieste avevano raggiunto il picco più elevato. Nel 2015, 1.3 milioni di domande di asilo sono state avanzate negli Stati dell'Unione, numero che duplicava quelle presentate nel 1992. Quello stesso anno, inoltre, oltre 1 milione di persone hanno fatto ingresso in Europa attraverso le sue frontiere esterne (e di queste 955.281 via mare)⁵. In reazione all'alto numero di ingressi e di domande di asilo, alcuni Stati europei hanno immediatamente reagito limitando le garanzie connaturate del sistema di asilo europeo, compreso il sistema di accoglienza. Un esempio chiaro è stato l'aumento nel ricorso alla detenzione, soprattutto alle frontiere esterne dell'Unione⁶: è emblematico quanto successo in Ungheria, con l'istituzione delle zone di transito quale unico spazio in cui processare le domande di asilo. Anche le difficoltà incontrate dai Paesi costieri – in particolare Italia e Grecia – nel fornire una accoglienza adeguata e dignitosa ai migranti giunti alle loro coste sono indicative delle – dolose o colpose – deviazioni dai principi affermati nel diritto europeo⁷.

Una delle risposte più tempestive delle istituzioni europee alla 'crisi' è stata l'Agenda Europea sulla Migrazione⁸, documento programmatico in cui si avanzano proposte di immediata attuazione e altre di più ampio respiro finalizzate a rilanciare il quadro normativo e le politiche di gestione dei flussi. Il processo di revisione degli atti legislativi – in particolare del sistema comune europeo di asilo (CEAS) – veniva avviato nel 2016, ma il suo parziale fallimento negli anni successivi ha contribuito a spostare l'asse portante dell'attività delle istituzioni europee dal piano legislativo a quello esecutivo. Gli ultimi otto anni sono stati caratterizzati da un forte potenziamento dell'operato delle agenzie europee, prime tra tutte l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (FRONTEX)⁹, e da meccanismi di cooperazione esecutiva integrata tra il piano europeo e quello nazionale¹⁰.

³ R. Byrne, G. Noll, J. Vedsted-Hansen, *Understanding the crisis of refugee law: Legal scholarship and the EU asylum system*, in *Leiden Journal of International Law*, 2020, 33(4), pp. 871-892.

⁴ V. Chetail, *Looking beyond the rhetoric of the refugee crisis: the failed reform of the Common European Asylum System*, in *Journal européen des droits de l'homme*, 2016, 5, pp. 584-602; M. Den Heijer, J. Rijpma, T. Spijkerboer, *Coercion, prohibition and the great expectation. The continuing failure of the Common European Asylum System*, in *Common Market Law Review*, 2016, 53, pp. 607-618; D. Thym, *The refugee crisis as a challenge of legal design and institutional legitimacy*, in *Common Market Law Review*, 2016, 53, pp. 1545-1554.

⁵ UNHCR, Operational Data Portal, *Mediterranean Situation*, 2015.

⁶ Per una panoramica del fenomeno nei diversi Stati dell'Unione, I. Majcher, M. Flynn, M. Grange, *Immigration detention in the European Union in the shadow of the crisis*, Cham, 2020.

⁷ L. Slingeberg, *Reception Conditions Directive (recast): Relevance in Time of High Numbers of Asylum Applications*, in P. Minderhoud & K. Zwaan, *The recast Reception Conditions Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2016, pp. 9-10.

⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Agenda europea sulla migrazione*, 13.5.2015, COM/2015/240 def.

⁹ Frontex è stata rinominata 'Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea' con la riforma del suo Regolamento costitutivo avvenuta nel 2016 (reg. 2016/1624/UE). Il Regolamento del 2016 è poi stato abrogato e sostituito dal reg. 2019/1896/UE, che costituisce l'attuale base normativa dei poteri dell'agenzia.

¹⁰ E. Tsourdi, *The Emerging Architecture of EU Asylum Policy: Insights into the Administrative Governance of the Common European Asylum System*, in F. Bignami (a cura di), *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge, 2020, pp. 195-201.

La dottrina ha registrato una contrazione nel numero di atti formalmente legislativi adottati negli anni della ‘crisi’, e, in parallelo, una forte crescita degli atti di *soft-law* (non vincolanti)¹¹. Al tempo stesso, il fulcro proattivo dell’evoluzione – o involuzione – delle politiche sull’immigrazione sono stati più spesso il Consiglio¹², e il Consiglio europeo¹³, piuttosto che l’ordinaria sede legislativa ove Consiglio e Parlamento ricoprono un ruolo di *pares*. La dimensione amministrativa e di *governance* (sia sul piano interno, con particolare riguardo al rapporto tra gli Stati membri; sia sul piano esterno, della cooperazione con i Paesi terzi) paiono oggi preponderanti rispetto a quella dell’armonizzazione legislativa quale via preferenziale per l’attuazione delle politiche migratorie. Quest’ultima sconta anche le difficoltà legate alla piena attuazione, sul piano interno, delle regole previste nelle direttive (come dimostrato dall’avvio recente di numerose procedure di infrazione nei confronti degli Stati membri)¹⁴. Si è assistito, perciò, ad un «shift from law to discretion»¹⁵, suscettibile di compromettere l’effettività dei diritti dei migranti coinvolti e – come avanzato da parte della dottrina – di pregiudicare la pienezza dello stato di diritto ai confini europei¹⁶.

Un fenomeno direttamente collegato all’espansione della dimensione esecutiva (e informale) delle politiche europee è quello del rafforzamento delle azioni alle frontiere esterne dell’Unione europea: dalla vera e propria esternalizzazione del controllo della mobilità e del diritto di asilo¹⁷; all’irrobustimento di apparati e istituti volti alla gestione «integrata» delle frontiere, tra i quali non a caso FRONTEX occupa un ruolo predominante¹⁸; alla configurazione di articolati «deterritorialization-externalisation processes», in base ai quali l’esternalizzazione assume un nuovo significato di destrutturazione del legame tra il territorio e l’ordinamento giuridico¹⁹.

I confini esterni dell’Unione sono divenuti sempre più zone di competenze composite; di concentrazione di persone migranti, funzionari di pubbliche amministrazioni statali e agenzie europee; di sperimentazione di prassi cangianti e in evoluzione in materia di asilo, rimpatri e respingimenti, nel corso delle quali è sempre più evidente il rischio di incorrere in violazione

¹¹ E. Frasca, F.L. Gatta, *Ebbs and flow of EU migration law and governance: a critical assessment of the evolution of migration legislation and policy in Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 2022, pp. 56-85.

¹² Si vedano, ad esempio, le decisioni del Consiglio (EU) 2015/1523 e (EU) 2015/1601 sull’avvio del meccanismo della *relocation*, nel settembre 2015.

¹³ Un esempio è la Dichiarazione di Malta (o anche Accordo della Valletta) del 3 febbraio 2017, ove si tracciano le linee programmatiche della politica di rimpatrio e di cooperazione con i Paesi terzi. Il Consiglio europeo è a tutti gli effetti un attore istituzionale all’interno dell’Unione europea soltanto a partire dal Trattato di Lisbona, e non ha alcun ruolo formale nel processo legislativo. L’autorevolezza delle sue risoluzioni si basa soltanto sull’ampio consenso intergovernativo che vi è alla base. Sull’assetto istituzionale in materia di politiche migratorie, da ultimo, D. Thym, *Institutional and constitutional framework*, in E. Tsourdi, P. De Bruyker (a cura di), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Bruxelles, 2022, pp. 57-78.

¹⁴ Commissione Europea, *Pacchetto infrazioni di gennaio: decisioni principali*, 26.1.2023.

¹⁵ E. Frasca, F.L. Gatta, 2022, p. 71.

¹⁶ E. Tsourdi, *Asylum in the EU: One of the Many Faces of Rule of Law Backsliding?*, in *European Constitutional Law Review*, 2021, 17(3), pp. 471-497.

¹⁷ I casi emblematici sono quelli dell’accordo UE-Turchia, stipulato nel marzo 2016, e del memorandum di intesa tra Italia e Libia, del febbraio 2017, entrambi finalizzati al contenimento dei flussi. In proposito: M. Ceccorulli, *The EU’s normative ambivalence and the migrant crisis: (in) action of (in) justice*, in M. Ceccorulli, E. Fassi, S. Lucarelli (a cura di), *The EU Migration System of Governance: Justice on the Move*, 2021, pp. 33-51.

¹⁸ D. Vitiello, *Le frontiere esterne dell’Unione Europea*, Bari, 2020, in particolare pp. 94 e ss.

¹⁹ J.P. Cassarino, L. Marin, *The Pact on Migration and Asylum: turning the European territory into a non-territory?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2022, 24, pp. 1-26, p. 5.

dei diritti fondamentali²⁰. Da semplice barriera fisica, gravata da conseguenze giuridiche rilevanti in termini di *ius excludendi*, si sono trasformate in apparati funzionali alla gestione tanto delle crisi quanto delle migrazioni²¹. Una delle più recenti manifestazioni di detta funzione è l'affermarsi del «confine mobile»²², di gran lunga meno visibile, il cui carattere escludente segue (e persegue) la persona straniera. Il confine non è più fisso, non corrisponde unicamente alla zona geografica frontaliera, ma è in continua evoluzione²³: sorgono zone di confine all'interno del territorio (i centri di detenzione amministrativa ne sono un esempio plastico), o si creano *factio iuris* in base alle quali la frontiera (e il suo regime) può essere traslata ovunque (si veda *infra*, par. 5).

In questo quadro, anche l'istituto della detenzione amministrativa e le pratiche applicative che vi gravitano intorno sono stati profondamente influenzati, sia sul piano legislativo che su quello esecutivo, dalle 'crisi' che hanno interessato l'Europa e interrogato il funzionamento delle sue politiche portando all'ideazione di modelli di risposta inediti e alla volontà di riformare la legislazione vigente. In primo luogo, l'adozione dell'Agenda europea sulla migrazione ha rappresentato un punto di svolta per la realizzazione di pratiche di contenimento e confinamento che hanno inciso in modo significativo sulla libertà personale dei migranti. Il riferimento è ai «punti di crisi», centri che inizialmente non erano stati configurati come luoghi detentivi, ma che si sono rivelati tali durante l'attuazione dell'Agenda europea. Le modalità operative della loro gestione hanno disvelato le possibili implicazioni in termini di esercizio dei poteri coercitivi da parte delle autorità statali e hanno aperto ad inediti spazi di coordinamento tra forme di trattenimento vecchie e nuove, pur nell'incertezza del regime normativo applicabile.

In secondo luogo, le proposte di riforma – del CEAS nel 2016, della Direttiva Rimpatri nel 2018, e poi ancora del pacchetto presentato in allegato al Nuovo Patto Europeo sulla Migrazione e l'Asilo nel 2020²⁴ – non hanno tralasciato di occuparsi dell'istituto del trattenimento. Anzi, sono numerosi gli emendamenti suscettibili di incidere in modo significativo sulla possibilità di ricorrere al trattenimento in caso di adozione delle nuove proposte: prospettiva non remota, posto che i due co-decisoristi sembrano entrambi orientati all'individuazione di un accordo su diversi elementi del pacchetto legislativo in corso di rifusione²⁵. Ci pare che l'analisi di questi sviluppi sia prodromica alla piena comprensione della funzione che il trattenimento è chiamato a svolgere nell'assetto delle politiche migratorie e dell'influenza esercitata sui contesti nazionali.

²⁰ FRA, *EU borders situation: a serious fundamental rights concern in 2021*, 3.3.2022; N. Tan, T. Gammeltoft-Hansen, *A Topographical Approach to Accountability for Human Rights Violations in Migration Control*, in *German Law Journal*, 2020 21(3), pp. 335-354.

²¹ D. Vitiello, 2020, p. 51.

²² A. Shachar (a cura di), *The Shifting Border: Legal Cartographies of Migration and Mobility*, Ayelet Shachar in *dialogue*, Manchester, 2020, in particolare pp. 1-97.

²³ E. Tsourdi, A. Ott and Z. Vankova (a cura di), *The EU's Shifting Borders Reconsidered: Externalisation, Constitutionalisation, and Administrative Integration*, in *European Papers*, 2022, 11(7), pp. 87-107.

²⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, 23.9.2020, COM/2020/610 def.

²⁵ A. Neidhardt, *One step closer to getting the EU Migration Pact done. One step closer to ambitious change?*, European Policy Centre, 13.6.2023.

Il seguente capitolo procederà, dunque, alla disamina delle novità più significative introdotte a livello europeo e correlate al tema della libertà personale del migrante. La prospettiva *de iure condendo* terrà conto del consolidarsi nella geografia confinaria europea dell'approccio *hotspot* (par. 2-3); delle proposte di rifusione delle direttive che disciplinano il trattenimento del richiedente asilo e dello straniero irregolare (rispettivamente la Direttiva Accoglienza e la Direttiva Rimpatri; par. 4); e del rapporto tra le nuove «procedure di frontiera» presentate con il Patto europeo e la detenzione (par. 5).

2. L'approccio *hotspot* nella gestione della mobilità tra soluzioni emergenziali e *informalità strutturale*

Come anticipato, l'Agenda europea promossa dalla Commissione nel 2015 si proponeva di intervenire tempestivamente al fine di alleviare le pressioni logistiche causate dalla crescita degli arrivi sugli Stati di frontiera (Italia e Grecia), e al contempo delineava obiettivi strategici di medio e lungo periodo (riduzione degli incentivi della migrazione irregolare; gestione efficace delle frontiere esterne; rafforzamento del sistema comune di asilo; introduzione di una nuova politica in materia di immigrazione legale)²⁶. Le due architravi dell'intervento a sostegno dei Paesi frontalieri sono stati la *relocation* (redistribuzione di richiedenti protezione verso altri Stati europei) e l'approccio *hotspot*. Le due politiche rappresentano una novità nel panorama degli strumenti disciplinati dal sistema di asilo e immigrazione e, in prospettiva eziologica, affondano le loro radici nella dinamica della crisi: il carattere emergenziale e la minaccia di un pericolo per la tenuta del sistema hanno permesso alle istituzioni di giustificare l'adozione di misure eccezionali e atipiche.

Qualificate come espressioni di una «nuova modalità di attuazione del principio di solidarietà e di condivisione delle responsabilità»²⁷, le proposte sono state connotate da una iniziale temporaneità, ma hanno avuto nel tempo esiti sostanzialmente contrapposti. La *relocation*, realizzata tramite l'attivazione del sistema di risposta di emergenza di cui all'art. 78(3) TFUE²⁸, si è rivelata un parziale fallimento ed infatti non è mai stata approvata quale modello di *policy* stabile²⁹. Il modello *hotspot*, al contrario, è divenuto pietra miliare nelle dinamiche di «gestione integrata delle frontiere» (art. 77 TFUE) ma anche in quelle di asilo e di rimpatrio (artt. 78 e 79 TFUE) e, pertanto, merita alcune riflessioni più approfondite.

Ad un primo sguardo, si presenta immediatamente come un istituto – o un dispositivo, per dirlo in termini foucaultiani – ibrido e polisemico: in parte idea programmatica, in parte

²⁶ Commissione Europea, *Agenda europea sulla migrazione*, pp. 1-8.

²⁷ D. Vitiello, 2020, p. 57.

²⁸ Decisioni 2015/1523 e 2015/1601 del Consiglio del 14 e del 22 settembre 2015.

²⁹ La prima decisione di ricollocazione proponeva il trasferimento di 40.000 richiedenti asilo dall'Italia e dalla Grecia, la seconda quello di 120.000 richiedenti asilo. Nel 2019 la Commissione ha sancito che, delle 160.000 previste, erano state effettuate 34.700 ricollocazioni. Commissione Europea, *Relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione*, COM/2019/481 def. Per una valutazione sull'impatto e le criticità della *relocation*, E. Guild, C. Costello, V. Moreno-Lax, *Implementation of the 2015 Council decisions establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece*, Studio commissionato dal Comitato LIBE del Parlamento Europeo, 2017, pp. 30 e ss.

combinazione di nuove pratiche amministrative e normative, in parte insieme di infrastrutture fisiche situate vicino ai confini esterni dell'UE, in pieno Mediterraneo³⁰. Merita ribadire che l'*hotspot* nasceva come risposta emergenziale, ma in un contesto di perenne emergenza si è stabilizzato e con il trascorrere del tempo fu qualificato come «one of the most dramatic measures to come out of the European Agenda on Migration»³¹ e circondato da autorevoli preoccupazioni circa la violazione dei diritti fondamentali che si verificano al suo interno³². Ciononostante, il modello (ulteriore accezione dell'*hotspot*) si è tramutato in sistema (semi) istituzionalizzato, da ultimo dalle recenti proposte normative del 2020.

Il termine *hotspot* non è presente in alcun documento ufficiale delle istituzioni europee in materia di immigrazione sino al 2015. Verosimilmente deriva dalle prassi di Frontex, nell'ambito delle quali è utilizzato per designare una sezione della frontiera esterna dell'Unione nei pressi della quale può verificarsi un numero elevato di arrivi di cittadini di Paesi terzi³³. La Commissione ha configurato una risposta operativa in prossimità di detti *hotspots*, che nascono quindi come una costola delle politiche di gestione dei confini esterni³⁴. Il rapporto tra *hotspot* e frontiera è ontologico, essenziale, e inseparabile: per tale ragione, gli *hotspot* (o «punti di crisi») sono immediatamente entrati a far parte dell'apparato di controllo riconducibile al «four-tier access control model» sviluppato dal Consiglio europeo nel 2006 e implementato da Frontex negli anni successivi al fine di proteggere i confini esterni dell'Unione³⁵.

In un primo momento, il modello di nuovo conio presentava una stretta connessione funzionale con la *relocation*: all'interno degli *hotspot* sarebbero stati presenti i funzionari delle agenzie europee (EASO³⁶; Frontex ed Europol) al fine di lavorare «sul terreno con gli Stati membri in prima linea per condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo». Si introduce poi un percorso

³⁰ A. Vradsis, E. Papada, J. Painter, A. Papoutsis (a cura di), *New Borders. Hotspot and the European Migration Border Regime*, London, 2020, pp. 16 e ss.

³¹ J.Y. Carlier, F. Crépeau, A.L. Purkey, *From the 2015 European "Migration Crisis" to the 2018 Global Compact for Migration: A Political Transition Short on Legal Standards*, in *McGill International Journal of Sustainable Development Law & Policy*, 2020, 16 (1), pp. 37-80, p. 46.

³² European Union Agency for Fundamental Rights (di seguito, FRA), *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on Fundamental Rights in the 'hotspots' set up in Greece and Italy*, 2016; FRA, *Update of the 2016 FRA Opinion on fundamental rights in the hotspots set up in Greece and Italy*, 2019.

³³ E. Guild, C. Costello, V. Moreno-Lax, 2017, p. 44.

³⁴ Una simile interpretazione è suffragata dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Consiglio europeo del 23 settembre 2015, in cui veniva illustrato che: «Il "punto di crisi" (*hotspot*) è una zona alla frontiera esterna interessata da una pressione migratoria sproporzionata, come la Sicilia e Lampedusa in Italia o Lesbo e Kos in Grecia. È attraverso questi "punti di crisi" che la maggior parte dei migranti entra nell'Unione: è qui che l'UE deve fornire sostegno operativo per far sì che le persone in arrivo siano registrate ed evitare che si spostino in altri Stati membri in modo incontrollato». Comunicazione della Commissione, *Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, Bruxelles, 23.9.2015, COM/2015/490 def.

³⁵ Si veda, ad esempio, Consiglio, Riunione informale GAI, Tampere, 20-22 settembre 2006; da ultimo, Commissione Europea, *Policy document developing a multiannual strategic policy for European integrated border management in accordance with Article 8(4) of Regulation (EU) 2019/1896*, COM/2022/303 def. Per una analisi del regime europeo della frontiera, G. Campesi, *Policing mobility regimes. Frontex and the production of the European borderscape*, London, 2021.

³⁶ L'Ufficio Europeo per l'Asilo (EASO) è stato sostituito a far data dal 19 gennaio 2022 dall'Agenzia Europea per l'Asilo (EUUA), istituita con Regolamento 2021/2303/UE. M. Cometti, *È operativa una "nuova" agenzia: la trasformazione dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) in Agenzia europea per l'asilo (EUUA)*, in *Eurojus.it*, 14.2.2022.

binario per due distinte categorie di persone: «Chi presenterà domanda di asilo sarà immediatamente immesso in una procedura di asilo cui contribuiranno le squadre di sostegno dell'EASO trattando le domande quanto più rapidamente possibile. Per chi invece non necessita di protezione, è previsto che Frontex aiuti gli Stati membri coordinando il rimpatrio dei migranti irregolari. Europol ed Eurojust assisteranno lo Stato membro ospitante con indagini volte a smantellare le reti della tratta e del traffico di migranti»³⁷. La finalità ultima dell'approccio *hotspot* è poi meglio riassunta, dopo poco meno di un mese dall'adozione dell'Agenda, nelle Conclusioni del Consiglio europeo del 25-26 giugno, in cui si conferma la «creazione di strutture di accoglienza e prima accoglienza negli Stati membri in prima linea [...] Ciò consentirà di distinguere coloro che hanno bisogno di protezione internazionale da coloro che non ne hanno»³⁸. La canalizzazione delle persone straniere, immediatamente dopo lo sbarco, verso la procedura di asilo ordinaria, quella di *relocation*, o quella di rimpatrio, da condursi sotto l'attento controllo delle agenzie europee, diventerà la principale *raison d'être* del nuovo istituto.

Sin dalle prime descrizioni dell'approccio *hotspot* si evince che questo si pone in relazione con i tre diversi ambiti normativi della politica di immigrazione: il controllo delle persone che attraversano le frontiere esterne; la realizzazione del sistema comune di asilo e la riduzione dell'immigrazione irregolare. In particolare, l'identificazione dei migranti, in generale componente essenziale del controllo in entrata, è qui considerata prodromica al trasferimento dei richiedenti asilo negli altri Stati europei (*relocation*) e alla trattazione delle domande di asilo. Ai fini del corretto funzionamento del sistema Dublino³⁹ – «al tempo stesso il più importante e il più inefficiente» del CEAS⁴⁰ – i richiedenti asilo debbono essere immediatamente foto segnalati al momento del loro ingresso in Europa per poter determinare o individuare lo Stato competente per l'esame della domanda. I due principi cardine su cui si fonda il sistema, in base ai quali l'esame della domanda è condotta da un solo Stato membro e il richiedente non può circolare al di fuori di detto Paese⁴¹, sono a loro volta funzionali ad evitare i movimenti secondari tra gli Stati membri. In un momento in cui la 'crisi migratoria'

³⁷ Commissione Europea, *Agenda europea sulla migrazione*, p. 7.

³⁸ Consiglio europeo, Riunione del Consiglio europeo (25 e 26 giugno 2015) – Conclusioni, 26.6.2015, EUCO 22/15.

³⁹ Il «sistema Dublino» si compone del Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una *domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (rifusione)*; del Regolamento (CE) n. 1560/2003 della Commissione, del 2 settembre 2003, *recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, come modificato dal regolamento di esecuzione (UE) n. 118/2014 della Commissione del 30 gennaio 2014*; e del Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione)*.

⁴⁰ L. Rizza, 2018.

⁴¹ Art. 6, Regolamento 399/2016/UE.

ha spinto molti Stati a reintrodurre controlli alle proprie frontiere interne anche al fine di limitare i movimenti non autorizzati di migranti⁴², l'*hotspot* entra silenziosamente a far parte dell'apparato di strumenti idonei a garantire detto obiettivo.

Non può però non rilevarsi il carattere paradossale dell'assenza di precettività di uno strumento ideato per garantire un maggior grado di *compliance* con la normativa europea in materia di asilo e rimpatrio, e in particolare con i Regolamenti Dublino ed Eurodac⁴³. Sin dal suo affacciarsi sulla scena europea l'istituto è infatti apparso quanto mai magmatico e multiforme, e si è sviluppato lungo una cornice legale imprecisa e non vincolante. I «punti di crisi» vengono promiscuamente definiti come una «situazione», un «metodo», una «struttura», un «insieme di procedure», ma forse ancora altro di più, tanto che in dottrina sono stati descritti ricorrendo al simbolo mitologico della chimera⁴⁴ o al concetto biopolitico di «dispositivo»⁴⁵. Ci si concentrerà di seguito su due delle accezioni del controverso istituto (il metodo e la struttura) che paiono racchiuderne più di altre l'identità⁴⁶, esaminandone i profili di criticità in relazione alla penuria di basi legali.

La stessa Commissione ha ammesso che «l'Agenda [europea] non fornisce una definizione di "Hotspot", ma piuttosto descrive come l'approccio "Hotspot" debba essere applicato»⁴⁷, soffermandosi soprattutto sul ruolo delle agenzie⁴⁸, chiamate a svolgere una funzione di monitoraggio e coordinamento delle attività di identificazione, registrazione e canalizzazione degli stranieri entro i binari dell'asilo o del rimpatrio. Le prassi mostrano che Frontex si è ritagliato un ruolo di *primus inter pares* all'interno del sistema di lavoro delle agenzie⁴⁹, posto che i suoi funzionari sono presenti nel corso di tutte le operazioni condotte in *hotspot* (identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali), cui si aggiunge quella di assistenza nel corso delle procedure di respingimento o allontanamento. Inoltre, l'agenzia presiede e sostiene anche lo svolgimento dell'informativa legale in materia di asilo, prodromica

⁴² Decisione di esecuzione (UE) 2016/894 del Consiglio del 12 maggio 2016 recante una raccomandazione per un controllo temporaneo alla frontiera interna in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen, L 151 dell'8.6.2016.

⁴³ Eurodac (European dactylographic system) è il primo database biometrico introdotto in Europa nel 2000 con lo scopo di determinare lo Stato competente all'esame della domanda di asilo. Si tratta di uno strumento tecnico per anni ignorato in letteratura, dall'opinione pubblica e dai mezzi di informazione, ma su cui, come visto, si fonda l'intero sistema Dublino. V. Ferraris, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, 2. Il rapporto tra l'*hotspot* e l'adempimento dell'obbligo di inserimento dei dati e delle impronte digitali nella banca dati «Eurodac» è di immediata evidenza ed è stato più volte evidenziato dalla Commissione europea.

⁴⁴ M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, 2, p. 4.

⁴⁵ C. Caprioglio, F. Ferri, L. Gennari, *Dentro e oltre l'approccio hotspot. Brevi riflessioni su funzionamento e significato del sistema degli hotspot in Italia*, in *Studi sulla questione criminale*, 14.3.2018. Sulla definizione di dispositivo, riprendendo Foucault e, di riflesso, Agamben, G. Deleuze, *Che cos'è un dispositivo?*, Napoli, 2007.

⁴⁶ Per un approfondimento sulla natura «mista» ed «eterogenea» dell'*hotspot*, S. Penasa, *L'approccio hotspot nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, 17.5.2017.

⁴⁷ Commissione europea, *Explanatory note on the "Hotspot" approach*, 10.2.2016, p. 2, accessibile tramite: www.statewatch.org/news/2015/jul/eu-com-hotspots.pdf.

⁴⁸ Comunicazione della Commissione, *Gestire la crisi dei rifugiati: stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, 14.10.2015, COM/2015/510 def.

⁴⁹ D. Vitiello, 2020, p. 165. Sull'azione coordinata delle agenzie, anche E. Tsourdi, *Hotspots and EU Agencies: towards an integrated European administration?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policies*, 26.1.2017.

alla selezione dei migranti che possono avere accesso alla protezione. La pervasività della presenza della «polizia di frontiera europea» pare annacquare la logica «multi-agenzia e multi-scopo» dell'approccio *hotspot*, a favore di una concentrazione delle attività relative al contrasto dell'immigrazione irregolare⁵⁰. Tuttavia, in un primo momento, gli atti normativi volti a disciplinare il funzionamento di Frontex non contenevano chiarimenti sui punti di crisi, né sono stati adottati altri atti precettivi per individuare le attribuzioni delle singole agenzie negli *hotspot* o le forme del loro coordinamento con gli attori nazionali⁵¹: ad esempio, le decisioni vincolanti del Consiglio del 14 e del 22 settembre 2015, che pure istituiscono «misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia»⁵², non menzionano mai i punti di crisi.

Le stesse incertezze giuridiche si estendono all'elemento spaziale e geografico: la *Explanatory Note* della Commissione suggerisce che «In linea di principio, una sezione di frontiera esterna dovrebbe essere considerata un "Hotspot" per il limitato periodo di tempo in cui sussiste la situazione di emergenza o di crisi e durante il quale è necessario il supporto dell'approccio "Hotspot"», ma non fornisce indicazioni sulla configurabilità di «strutture» *hotspot*, o sulla natura della presenza e permanenza dei migranti al loro interno⁵³. Tuttavia, nelle conclusioni del Consiglio del 2015 si menzionavano le «strutture di accoglienza o di prima accoglienza». Inoltre, nelle periodiche comunicazioni della Commissione europea sull'attuazione dell'Agenda ci si riferisce alla «individuazione» e «realizzazione» dei punti di crisi⁵⁴. L'allusione ai «lavori di costruzione» degli *hotspot* scioglie ogni dubbio circa il carattere strutturale dei centri, che però non vengono mai esplicitamente qualificati come

⁵⁰ D. Neville, S. Sy, A. Rigon, *On the frontline: The hotspot approach to managing migration*, Studio commissionato dalla Commissione LIBE del Parlamento Europeo, 2016, p. 40.

⁵¹ C. Loschi, P. Slominski, *Interagency relations and the EU migration crisis: strengthening of law enforcement through agencification?*, in J. Pollak, and P. Slominski (a cura di), *The Role of EU Agencies in the Eurozone and Migration Crisis. Impact and Future Challenges*, Londra, 2021, pp. 205-227.

⁵² L'art. 7 delle decisioni dettaglia, in effetti, le «pertinenti attività coordinate dall'EASO, da Frontex e da altre agenzie competenti» da svolgersi a sostegno di Italia e Grecia in questo modo: «a) screening dei cittadini di paesi terzi che arrivano in Italia e in Grecia, compresi l'identificazione precisa, il rilevamento delle impronte digitali e la registrazione, nonché, se del caso, la registrazione delle loro domande di protezione internazionale e, su richiesta di Italia o Grecia, il relativo trattamento iniziale; b) fornitura di informazioni ai richiedenti o potenziali richiedenti suscettibili di ricollocazione ai sensi della presente decisione e predisposizione dell'assistenza specifica di cui possono avere bisogno; c) preparazione e organizzazione di operazioni di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi che non hanno chiesto protezione internazionale o il cui diritto di rimanere sul territorio è cessato». Tuttavia, non vi è menzione del rapporto tra le agenzie, degli specifici compiti coordinativi ed esecutivi che ognuna può svolgere, del loro rapporto con gli agenti statali e dello svolgimento delle procedure in *hotspot*.

⁵³ In dottrina è stato rilevato che la Commissione ha posto l'enfasi sulle procedure da condurre negli *hotspot*, piuttosto che sulla loro configurazione spaziale. G. Campesi, *Normalising the 'Hotspot approach'? An analysis of the Commission's most recent proposal*, in S. Carrera, D. Curtin, A. Geddes (a cura di), *20 years anniversary of the Tampere Programme: Europeanisation dynamics of the EU area of freedom, security and justice*, Firenze, 2020, pp. 93-104. Ad alcuni anni di distanza dall'avvio dell'approccio la Commissione era giunta anche a sovrapporre l'idea di *hotspot* a quella di una «sezione di frontiera esterna». Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni *sull'attuazione dell'agenda europea sulla migrazione*, 27.9.2017, COM/2017/558 def.

⁵⁴ Comunicazione della Commissione, *Gestire la crisi dei rifugiati: stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, 14.10.2015, COM/2015/510 def; Comunicazione della Commissione, *Relazione sull'attuazione dei punti di crisi (hotspot) in Grecia*, 15.12.2015, COM/2015/678 def; Comunicazione della Commissione, *Stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, 10.2.2016, COM/2016/85 def.

luoghi chiusi o aperti. L'ammissione implicita che si può cogliere è che possano sostanzialmente adempiere ad entrambe le funzioni. Ad esempio, nella Comunicazione dell'ottobre 2015 si legge che: «Perché il metodo dei "punti di crisi" sia efficace, è essenziale aumentare le capacità di accoglienza per poter ospitare i richiedenti asilo in attesa di ricollocazione. Occorrono inoltre capacità adeguate di trattenere i migranti irregolari prima che sia eseguita una decisione di rimpatrio», locuzione che lascia presagire l'esistenza di locali di accoglienza e di detenzione all'interno del medesimo *hotspot*⁵⁵.

L'evanescenza delle basi legali che fondano il funzionamento della nuova «chimera» europea non è stata pienamente dissipata nemmeno nel 2016, con la (prima) riforma dell'atto istitutivo dell'agenzia Frontex, né nel 2019, con la sua (seconda) rifusione. L'art. 2, n. 10, reg. 1624/2016/UE definisce come punto di crisi la «zona in cui lo Stato membro ospitante, la Commissione, le agenzie dell'Unione competenti e gli Stati membri partecipanti cooperano allo scopo di gestire una sfida migratoria sproporzionata, reale o potenziale, caratterizzata da un aumento significativo del numero di migranti in arrivo alla frontiera esterna». Detta definizione è sostanzialmente replicata dall'art. 2, n. 23, reg. 1896/2019/UE. Questo stesso atto, poi, precisa e circoscrive i compiti spettanti all'agenzia nell'ambito delle «squadre di sostegno per la gestione della migrazione nei punti di crisi»⁵⁶ e configura un innovativo (rispetto al Regolamento precedente) ruolo di coordinamento delle agenzie per la Commissione europea, competente a «garantire che le attività nei punti di crisi rispettino il pertinente diritto dell'Unione e i diritti fondamentali»⁵⁷.

La lettura combinata dell'art. 2 e 40 reg. 1896/2019 conferma la finalità «multifunzionale» degli spazi⁵⁸, ma i Regolamenti si soffermano ancora una volta unicamente sul profilo metodologico (il tipo di attività da svolgersi *in hotspot*) e non su quello sostanziale (la natura, conformazione e strutturazione dell'*hotspot*). Si mantiene, cioè, una certa ritrosia nel fornire una definizione di punto di crisi e nella qualificazione delle condizioni delle persone ivi presenti, nonché della disciplina loro applicabile: il non-detto cela l'ambivalenza delle strutture e, implicitamente, ammette che all'accoglienza possa accompagnarsi una condizione di trattenimento. Avuto riguardo a quest'ultimo profilo pare che, a partire dalla loro invenzione, gli *hotspot* abbiano continuato ad operare in un sostanziale vuoto giuridico sul piano del diritto dell'Unione, colmato solo in parte da frammentari atti di *soft-law* e da sporadici riferimenti dei

⁵⁵ COM/2015/510 def.

⁵⁶ In questo ambito l'agenzia: i) invia personale operativo e attrezzatura tecnica per fornire assistenza nelle operazioni di selezione (screening), raccolta di informazioni (debriefing), identificazione e rilevamento delle impronte digitali; ii) stabilisce una procedura di indirizzamento alle autorità (referral) e informazione iniziale per le persone che necessitano di protezione internazionale o intendono presentare domanda in tal senso, inclusa una procedura di identificazione dei gruppi vulnerabili, in cooperazione con l'EASO e le autorità nazionali competenti. L'art. 40 del regolamento disciplina poi la procedura da seguire per attivare una squadra di sostegno presso un punto di crisi, conferendo anche in questo caso un ruolo preponderante alla Commissione. Sorprende, tuttavia, che a Frontex vengano anche attribuiti ruoli operativi nell'orientamento e nel *referral* dei richiedenti protezione internazionale, funzione che dovrebbe spettare in via esclusiva all'Ufficio europeo per l'asilo, oggi Agenzia dell'Unione europea per l'asilo (come da Regolamento (UE) 2021/2303 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2021 *relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010*, L 468/1 del 30.12.2021).

⁵⁷ Considerando n. 55, reg. 1896/2019/UE.

⁵⁸ Su cui già G. Morgese, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2015, 3-4, pp. 15-49, p. 19.

Regolamenti Frontex, di per sé non sufficienti a garantire il rispetto del principio della certezza del diritto⁵⁹. Più in generale, diversi commentatori hanno evidenziato come la fuga dal principio di legalità e la proliferazione di atti atipici (non previsti dall'art. 288 TFUE) e privi della vincolatività propria delle fonti normative abbia indebolito il quadro delle garanzie sostanziali e procedurali di cui godono (o dovrebbero godere) le persone migranti nel corso dello svolgimento delle procedure di «screening», «debriefing», «identificazione e rilevamento delle impronte digitali», e «referral» nel caso dei richiedenti asilo⁶⁰.

L'assenza di uno strumento giuridico a livello europeo che fornisca una disciplina compiuta dell'apparato *hotspot* si è riverberata anche sulla configurazione dell'approccio negli stati membri interessati⁶¹: Italia e Grecia hanno, adattando il modello alle peculiarità territoriali e al sistema di accoglienza-detenzione già sviluppato nel Paese, seguito percorsi distinti, seppur non privi di punti di contatto. Rimandando al capitolo successivo la disamina puntuale delle modalità di realizzazione del dispositivo *hotspot* nei contesti territoriali, si può sin d'ora premettere che la traduzione delle scarse previsioni, non vincolanti, del quadro europeo ad opera delle autorità amministrative e di polizia nei Paesi coinvolti ha avuto quale esito una compromissione dei diritti fondamentali – quali il diritto a non subire un respingimento cui può conseguire un trattamento inumano e degradante (art. 3 CEDU; art. 4 Carta dei diritti fondamentali); il diritto d'asilo (art. 18 Carta); il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU, art. 6 Carta)⁶² – a favore dell'*enforcement* delle procedure atte a garantire il controllo delle frontiere⁶³.

Inoltre, l'assenza di norme dal carattere precettivo ha portato con sé un elevato grado di informalità e malleabilità delle prassi di volta in volta seguite dagli attori coinvolti nel sistema di interoperabilità⁶⁴, rendendo più difficoltosi l'identificazione e l'allocazione delle responsabilità a livello statale o europeo, e il controllo circa la legittimità dell'operato delle agenzie europee⁶⁵. L'unico elemento di chiarezza in merito è reso dall'art. 7(2) reg. 1897/2019 ove si qualifica chiaramente come esclusiva la responsabilità degli Stati in tema di svolgimento

⁵⁹ Il principio di certezza del diritto è stato riconosciuto dalla Corte di giustizia come un principio generale dell'Unione. La giurisprudenza della Corte se ne è occupata soprattutto declinandolo nelle dimensioni della chiarezza della norma e della sua applicazione nel tempo (per cui si delinea un divieto di irretroattività). Ai fini della presente trattazione pare fondamentale richiamare le conclusioni della Corte nel caso Duff, ove si è chiarito che la certezza del diritto pretende che «le norme giuridiche siano chiare e precise, ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario». CGUE, sentenza del 15 febbraio 1996, Duff e altri, C-63/93, 1996 I-00569. In generale, sulla valenza del principio nel diritto unionale, P. Graig, *Legal certainty and legitimate expectations*, in *EU Administrative Law*, 2012, pp. 607-645.

⁶⁰ D. Neville, S. Sy, A. Rigon, 2016; S. Penasa, 2017; M. Benvenuti, 2018.

⁶¹ C. Rodier, *Le faux semblant des hotspots*, in *La revue des droits de l'homme*, 2018, 13, pp. 1-22. Per una prospettiva sociologica delle diverse forme a cui si è adattato l'*hotspot* a seconda delle geografie spazio-temporali, L. Martin, M. Tazzioli (a cura di), *Governing mobility through the European Union's 'hotspot' centres. Special Issue*, in *Society and Space*, 8.11.2016.

⁶² Tutti i diritti qui menzionati vengono presi in esame nella loro componente sostanziale, cui si ricollega il diritto ad un rimedio effettivo (art. 13 CEDU; art. 47 Carta).

⁶³ D. Neville, S. Sy, A. Rigon, 2016. Sia consentito altresì di rimandare a E. Celoria, *The 'new' proposal on a pre-screening procedure: the costs of recycling the hotspot approach*, in N. Dalla, E. Celoria, L. Deroy, C. Magnien, S. Olivier, et al., *Le nouveau pacte sur la migration et l'asile*, Nantes, 2021, pp. 7-31.

⁶⁴ L'art. 7 reg. 1896/2019, ad esempio, prescrive che la responsabilità «primaria» per lo svolgimento delle operazioni congiunte ricada in capo alle autorità statali.

⁶⁵ S. Horii, *Accountability, dependency, and EU agencies: the hotspot approach in the refugee crisis*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2018, 2, pp. 204-230.

delle procedure di espulsione e detenzione disposte in ossequio alla dir. 2008/115. Null'altro viene definito quanto allo svolgimento delle procedure prodromiche a questa fase.

Il tema dell'*accountability*⁶⁶ in relazione alle violazioni dei diritti fondamentali che, sempre più, si registrano ai confini europei è largamente esplorato in dottrina.⁶⁷ In termini generali le criticità relative alla protezione dei diritti in aree di frontiera (tra cui rientrano anche gli *hotspot*) attengono sia all'accesso alla tutela⁶⁸, sia alla sua effettività⁶⁹. Su tale piano si innesta quello dell'eterogeneità delle fonti e delle competenze, che complica ulteriormente il quadro di riferimento: il fronte delle sfide e dei limiti al godimento dei diritti fondamentali risulta rafforzato dalla combinazione degli elementi spaziali/frontalieri e dal carattere «pluriordinamentale della cooperazione» realizzata negli *hotspot*⁷⁰. Avuto riguardo a questo aspetto, occorre sottolineare la sfuggevolezza delle attività condotte dalle agenzie al controllo di legittimità ad opera della giurisdizione statale⁷¹. Le riflessioni si sono orientate piuttosto sull'invocabilità dell'azione della Corte di giustizia, ad esempio in tema di risarcimento del danno⁷², o sull'attivazione di strumenti di tutela non giurisdizionale tramite i quali far valere le violazioni dei diritti fondamentali, quali la denuncia per 'cattiva amministrazione' presso il Mediatore europeo⁷³, o i rimedi amministrativi interni alle singole agenzie⁷⁴. Questi ultimi

⁶⁶ Sulla natura sfaccettata e multifocale del concetto di *accountability*, M. Bovens, R.E. Goodin e T. Schillemans, *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford, 2014.

⁶⁷ Per tutti, C. Costello, I. Mann (a cura di), *Border justice: migration and accountability for human rights violation, Special Issue, in German Law Journal*, 2020, pp. 311-619.

⁶⁸ Ad esempio, è stato osservato che «da un lato i gestori dei centri hotspot non offrono ai migranti la possibilità di consultare alcuna lista di avvocati disponibili ad assisterli nei procedimenti volti alla difesa dei loro diritti, dall'altro lato singoli attivisti rappresentanti di organizzazioni di tutela dei diritti umani riscontrano enormi difficoltà nel tentativo di accesso ai centri, al fine di offrire ai trattenuti servizi di tutela e assistenza. Tale doppio ostacolo alla comunicazione lascia di fatto i migranti isolati, oltre che detenuti, ignari dei motivi che hanno portato alla loro detenzione e altresì dei mezzi esperibili per una eventuale contestazione della stessa». G. Felici, M. Gangitano, *La detenzione dei migranti negli hotspot italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in *Sistema Penale*, 2022, 1, pp. 45-71, p. 59.

⁶⁹ Effettività che può essere compromessa dalle procedure eccezionali condotte nello spazio frontaliero, le quali consentono alle autorità amministrative di derogare rispetto al quadro normativo ordinario: si è parlato, in proposito, di «tutela attenuata». M. Savino, 2012, p. 357.

⁷⁰ D. Vitiello, 2020, p. 254 e ss. Si prenda l'esempio delle procedure di identificazione e «incanalamento» della persona verso la procedura di asilo o quella di rimpatrio che, nella pratica, può comportare una compressione del diritto di accesso alla domanda di asilo e, in ultima istanza, una violazione del principio di *non refoulement*⁷⁰. La compresenza di autorità appartenenti a giurisdizioni differenti (nazionale ed europea) e facenti capo a livelli di *governance* e di titolarità di poteri esecutivi distinti. O ancora, quello dell'informazione resa ai migranti da personale di EASO (oggi EUAA) al fine di consentire loro l'accesso alla procedura di asilo, che incide in maniera sostanziale sullo status della persona.

⁷¹ Sul punto G. Lisi, M. Eliantonio, *The gaps in judicial accountability of EASO in processing of asylum requests in hotspots*, in *European Papers*, 2019, 4, pp. 589-601, ma anche E. Tsourdi, *Holding the European Asylum Support Agency accountable for its role in decision making: mission impossible?*, in *German Law Journal*, 2020, 21, pp. 506-531, che presenta un punto di vista parzialmente differente.

⁷² M. Fink, *The action for damages as a fundamental rights remedy: holding Frontex liable*, in *German Law Journal*, 2020, 21(3), pp. 532-548.

⁷³ Si tratta di un rimedio ampiamente accessibile, privo di formalità e il cui oggetto può spaziare in diversi ambiti: da irregolarità amministrative, ingiustizie, discriminazioni, abusi di potere, mancanza di risposte, rifiuto di accesso all'informazione e ritardo ingiustificato. La cattiva amministrazione può discendere dal mancato rispetto di norme di diritto secondario, ma anche dall'inosservanza di principi e dei diritti fondamentali. Sul tema, diffusamente: N. Vogiatzis, *The European Ombudsman and the Good Administration in the European Union*, Londra, 2018.

⁷⁴ Si pensi al meccanismo di denuncia individuale contro l'operato di Frontex, introdotto nel 2016 ed attualmente disciplinato dall'art. 111 reg. 1896/2019; al sistema di «serious incident reporting», condotto dalla stessa agenzia in caso di gravi incidenti avvenuti nell'ambito della gestione integrata della frontiera, e al meccanismo di controllo

possono accompagnare (o eventualmente compensare le carenze in tema de) l'esercizio del diritto ad un rimedio effettivo avanti un giudice e ricoprono indubbiamente un ruolo chiave nel monitoraggio e nella denuncia delle condotte lesive dei diritti fondamentali che hanno luogo in frontiera⁷⁵.

3. Hotspots as a blindspot. L'asimmetria delle tutele a presidio della libertà personale nei «punti di crisi»

Così brevemente illustrata la disciplina dell'approccio *hotspot*, pare utile concentrare l'attenzione sul particolare rapporto che può configurarsi tra permanenza in *hotspot* e privazione della libertà personale. I principali elementi di criticità del sistema sin qui tratteggiato – l'eccezionalità delle procedure condotte nei punti di crisi, il difetto di carattere prescrittivo degli atti di *soft-law* che disciplinano l'*hotspot*, e la frammentazione e pluralità di fonti che vengono in rilievo in un quadro di cooperazione esecutiva integrata – si riverberano necessariamente anche sul tema del trattenimento.

Allo stato, infatti, non vi è una definizione formale nella sistematica delle fonti del diritto dell'Unione che consenta di chiarire se i centri che si identificano con gli *hotspot* e/o che sono costruiti all'interno del «sistema» *hotspot* siano aperti (e dunque l'attività ivi svolta sia di accoglienza), o chiusi (da cui la pretesa di una disciplina necessariamente dettagliata circa presupposti, modalità e tempistiche del trattenimento). Il difetto di rango normativo degli atti esaminati *supra* (comunicazioni della Commissione e conclusioni del Consiglio) e la perdurante nebulosità delle norme del reg. 1896/2019 impongono di andare a ricercare in altre fonti vincolanti indicazioni utili. Ci si propone, in primo luogo, di indagare la riconducibilità della condizione della persona collocata in *hotspot* alle previsioni in materia di diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e 6 Carta) e alle direttive europee che si occupano di trattenimento, e in secondo luogo di comprendere se l'assetto legislativo attuale – che si presenta frammentato e «a geometria variabile»⁷⁶ – sia idoneo e sufficiente a garantire il rispetto del diritto alla libertà personale.

Il primo aspetto che viene in rilievo chiama in causa la collocazione spaziale dell'*hotspot* (*sulla* frontiera). Tradizionalmente, gli Stati hanno tentato di circoscrivere l'applicazione delle norme ordinamentali nelle zone frontaliere, considerate un limbo tra 'ciò che è' e 'ciò che non è' territorio: si pensi alle zone di transito aeroportuali, ma anche a quelle poste ai confini terrestri (ad esempio tra Ungheria e Serbia). La Corte europea dei diritti dell'uomo ha censurato un simile approccio già nella sentenza *Amuur c. France*, relativa alla detenzione delle persone

sull'uso della forza. Sui limiti e le criticità di tali rimedi, pur poi potenziati nel 2019, M. Gkliati, H. Rosenfeldt, *Accountability of the European Border and Coast Guard Agency: recent developments, legal standards and existing mechanisms*, Refugee Law Initiative Working Paper, 2018. D. Vitiello, 2020, p. 286 e ss.

⁷⁵ Per una disamina dei meccanismi di controllo non giurisdizionale sull'osservanza dei diritti fondamentali all'interno degli *hotspot*, S. Tas, *Fundamental rights violations in the hotspots: who is watching over them?*, in *European Papers*, 2022, 7, pp. 215-237.

⁷⁶ D. Vitiello, 2020, p. 212.

straniere in ingresso sul territorio⁷⁷: la premessa necessaria del ragionamento che ha condotto i giudici a riscontrare una violazione dell'art. 5 CEDU è stata che si ricadesse entro la giurisdizione della Corte, come noto ancorata in via primaria all'aspetto territoriale. Le zone frontaliere sono da considerarsi a pieno titolo *entro* il territorio dello Stato e ne deriva l'applicabilità di tutte le garanzie discendenti dalle norme in tema di diritti fondamentali⁷⁸. La Corte EDU non si è mai più distanziata da tale approccio nella sua giurisprudenza successiva riguardante le zone di transito, siano esse quelle aeroportuali o terrestri⁷⁹.

Le stesse pronunce in cui la Corte di Strasburgo ha affermato la propria giurisdizione paiono di interesse sotto un altro punto di vista, rilevante per l'analisi che ci si è proposta di condurre e attinente all'individuazione della natura coercitiva della permanenza in strutture situate alla frontiera in assenza di una chiara indicazione normativa circa la natura aperta o chiusa dei locali. La questione è centrale dal momento che solo la riconducibilità della situazione dei migranti in *hotspot* al perimetro di applicazione dell'art. 5 CEDU potrà eventualmente aprire all'indagine circa l'arbitrarietà di una misura non provvista di base legale (quanto a presupposti e condizioni detentive) a livello europeo.

Nel suo *case-law* sulle zone di transito la Corte ha ribadito – rifacendosi al caso *Guzzardi*⁸⁰ – che la distinzione tra assoluta privazione e mera limitazione della libertà di movimento è da identificarsi nell'intensità della misura (mentre la sostanza può essere la stessa), linea di confine che risulta spesso ambigua e labile. Gli indici su cui fondare la decisione attengono alla tipologia, alla durata, alla modalità di realizzazione e agli effetti della misura. Anche nel caso *Khlaifia*, che non attiene ad una zona di transito propriamente intesa ma ad un centro che si colloca in una area frontaliere in senso lato, i giudici sono rimasti fedeli al discernimento fondato sul «genere, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata»⁸¹, riconoscendo una violazione dell'art. 5 CEDU indipendentemente dal fatto che il fine ultimo delle autorità di polizia fosse stato quello dell'effettiva segregazione dei migranti o della loro accoglienza⁸². Quest'ultimo caso è di particolare interesse poiché, pur riguardando fatti di causa avvenuti prima dell'inaugurazione dell'approccio *hotspot*, si riferisce ad un collocamento avvenuto all'interno del centro di Lampedusa poi identificato, dal 2016, quale punto di crisi (si veda *infra*, cap. IV, par. 2.4.2). I giudici europei escludevano che situazioni di pressione eccezionale alle frontiere e la predisposizione di interventi emergenziali per fronteggiare il numero di arrivi (gli stessi presupposti che hanno giustificato la realizzazione dell'approccio *hotspot*) potessero giustificare deroghe al rispetto dell'art. 5 CEDU.

⁷⁷ L'irrelevanza della finzione di non ingresso ai fini dell'individuazione della giurisdizione statale è stata ribadita in Corte EDU, sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, ric. n. 8675/15 e 8697/15.

⁷⁸ Corte EDU, *Amuur c. France*, par. 52.

⁷⁹ Per quanto riguarda le zone di transito aeroportuali, si vedano: Corte EDU, sentenza del 27 novembre 2003, *Shamsa c. Pologne*, ric. n. 45355/99; Corte EDU, sentenza del 12 febbraio 2009, *Nolan and K. v. Russia*, ric. n. 2512/04; Corte EDU, *Z.A. and others v. Russia*.

⁸⁰ Su cui, estensivamente, cap. II, par. 3.

⁸¹ Corte EDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 64.

⁸² «[...] l'applicabilità dell'articolo 5 della Convenzione non può essere esclusa dalla circostanza richiamata dal Governo, che l'intento delle autorità era quello di assistere i ricorrenti e di garantire la loro sicurezza. Infatti, anche delle misure di protezione o adottate nell'interesse del loro destinatario possono essere considerate una privazione della libertà». Corte EDU [GC], *Khlaifia and Others v. Italy*, par. 71. Così anche Corte EDU, sentenza del 22 settembre 2009, *Abdolkhani and Karimnia*, ric. n. 30471/08, par. 126.

L'applicazione del criterio «sostanzialistico» elaborato dalla CEDU in *Khlaifia* rappresenta una bussola per orientarsi nell'individuazione della linea di confine tra limitazione della libertà personale o di quella di movimento negli *hotspot*⁸³.

Al contempo, non può non darsi conto di una recente involuzione della giurisprudenza di Strasburgo che si è discostata dai criteri fin qui menzionati e che ha interessato anche casi di confinamento dei migranti presso zone di frontiera. Per un verso, già nel 2012, con la sentenza *Austin and Others*, la Corte aveva introdotto un ulteriore criterio di discernimento attinente al «contesto in cui le misure sono state adottate»⁸⁴, e quindi alla *ratio* che giustifica la determinazione coercitiva delle autorità. Per altro verso, a partire da *Z.A. and Others* (anche questo caso è relativo al trattenimento nelle zone di transito), si insinua una nuova «inconferente» lista di criteri funzionali all'inquadramento normativo della condizione degli stranieri in zone di transito,⁸⁵ che si allontana da parametri oggettivi legati agli effetti e alle modalità di esecuzione della misura per ricomprendere considerazioni attinenti alla *ratio* della stessa e alle finalità perseguite dalle autorità e alle scelte individuali dei migranti: in particolare, in un caso adottato contestualmente a *Z.A. and Others (Ilias and Ahmed)* si indaga la determinazione dei migranti rispetto al permanere nella zona di transito e al loro rifiuto di tornare nel Paese da cui provenivano (per l'esame dettagliato dei «nuovi» criteri e dei casi menzionati, già cap. II, par. 3.1 e 4.4).

L'approccio inedito della Corte di Strasburgo ha comportato una sostanziale rivisitazione della teoria – a lungo rifuggita da *Amuur* in avanti – della cd. prigione a tre pareti, in base alla quale il fatto che la possibilità materiale per gli stranieri di uscire dalla zona di transito e tornare da dove erano venuti può escludere la qualificazione del soggiorno nell'area come detenzione. Sebbene una simile interpretazione sia stata avanzata, sino ad ora, unicamente con riguardo alle zone di transito terrestri presenti tra Ungheria e Serbia, ci pare in ogni caso criticabile la scelta di privilegiare la «ragion di Stato» e le scelte dei migranti a scapito di considerazioni attinenti alla coartazione esercitata dalle autorità e a criteri quali la durata della privazione della libertà⁸⁶. Gli elementi che destano maggiore preoccupazione riguardano, *in primis*, il fatto che la scelta di discostarsi dai criteri generali riguardanti forme atipiche di detenzione abbia riguardato soltanto il campo del diritto dell'immigrazione (art. 5(1) lett.f) e non altre ipotesi di detenzione disposta al di fuori di un procedimento penale. In secondo luogo, la circostanza che la lettura restrittiva della Corte si sia annidata precisamente in quei contesti, di frontiera, ove sono più acuti i rischi di respingimento illegittimo operato dalle zone di transito, come riconosciuto dalla stessa CEDU in *Ilias and Ahmed*. Il *distinguishing* operato rispetto al caso *Guzzardi* (e al successivo *case-law* ancora richiamato in *Khlaifia*) getta un'ombra di dubbio sul carattere universalistico del diritto alla libertà personale in un contesto in cui la Corte EDU

⁸³ R. Palladino, 2018, p. 240 e ss.

⁸⁴ Corte EDU [GC], sentenza del 15 marzo 2012, *Austin and Others v. the United Kingdom*, ric. n. 39692/09; n. 40713/09; n. 41008/09.

⁸⁵ L. Bernardini, 2021, p. 90.

⁸⁶ Si noti che lo stesso periodo (20 giorni) che aveva condotto la CEDU a ritenere integrata una detenzione nel caso *Amuur* non è invece stato ritenuto sufficientemente lesivo nel caso *Ilias and Ahmed* (in cui il soggiorno nella zona di transito era durato 23 giorni), poiché le considerazioni circa l'elemento temporale si erano combinate a quelle legate alla possibilità di lasciare spontaneamente la zona di transito.

avverte di dover essere «realistica» e aderente alle istanze sovrane in materia di controllo dei confini.

Il novero di pronunce sin qui richiamate presenta una valenza duplice: da un lato, in tutte le decisioni resta fermo il principio espresso *illo tempore* per il quale gli Stati europei non possono sottrarsi alla giurisdizione della Corte in ragione della collocazione di centri *hotspot* in regioni frontaliere o richiamandosi ad ambigue *fictio* di extraterritorialità (con specifico riferimento alle zone di transito). Dall'altro lato, la lettura dei casi sottoposti all'attenzione della Corte rivela che la scelta di non qualificare formalmente la permanenza in zone (d'ombra) alla frontiera come detenzione è un vizio capitale, comune a numerosi Stati, che ha quale esito scontato la continua rinegoziazione dello *status* giuridico della persona ristretta e impone una attenta interpretazione giurisprudenziale dei criteri in base ai quali discernere tra libertà personale e di movimento. L'approccio più recente inaugurato dalla CEDU (soprattutto se da intendersi come un punto di non ritorno⁸⁷) preoccupa, sotto questo punto di vista, poiché apre a letture meno rigorose e garantiste in materia di libertà personale che possono estendersi anche al collocamento dei migranti in centri posti alla frontiera quali sono gli *hotspot*. Non può che auspicarsi un *revivement* della giurisprudenza fondata sui cd. «criteri Guzzardi», che riaffermi il carattere di diritto universale della libertà personale, indipendentemente dal luogo, dallo *status* e dalla condizione del soggetto sottoposto alla misura. Questa ci pare la premessa necessaria per assicurare che la condizione delle persone collocate negli *hotspot* possa essere attentamente vagliata alla luce dei principi di non-arbitrarietà e legalità di cui all'art. 5 CEDU, soprattutto a fronte dell'assenza di un solido e articolato quadro legislativo a livello unionale o interno.

Come già osservato in precedenza, una speranza in questo senso può venire dall'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia. L'elenco di parametri sviluppati dai giudici per distinguere tra privazione e limitazione della libertà con riferimento alle zone di transito ungheresi pare piuttosto in linea con i criteri oggettivi relativi a modalità, effetti e durata della misura, che non con l'indagine circa la *ratio* della misura⁸⁸. Importanti precisazioni circa la distinzione tra limitazione della libertà personale e di movimento vengono anche dal caso *M.A.*⁸⁹, in cui la Corte ha espressamente rifiutato la qualificazione operata dal diritto interno in base al quale il collocamento in un centro semi-chiuso si qualificava come «alternativa alla detenzione», evidenziandone il carattere privativo della libertà della persona.

Se però nei casi già esaminati (ungherese e lituano) non si era posto alcun dubbio circa la sussumibilità della situazione di fatto dei migranti e richiedenti asilo trattenuti entro l'ambito di applicazione dell'art. 6 Carta, il quadro si complica quando si rivolge l'attenzione agli *hotspot*. Al contrario della CEDU, la cui tutela si estende ad ogni persona sottoposta alla giurisdizione degli Stati contraenti (fondata in primo luogo su un criterio di territorialità), l'attivazione della Carta segue regole distinte, afferenti alle competenze dell'Unione e al principio di attribuzione. Potrebbe derivarne perciò una non perfetta sovrapposizione delle garanzie riconducibili ai due sistemi di tutela.

⁸⁷ *Ivi*, p. 92.

⁸⁸ Per un esame del caso *FMS* deciso dalla Corte di giustizia, cap. II, par. 4.4.

⁸⁹ Si vedano le considerazioni svolte nel cap. II, par. 5.

L'art. 51 Carta sancisce che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». La Corte di giustizia ha ricordato che «il solo fatto che una misura nazionale ricada in un settore nel quale l'Unione è competente non può collocarla nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, comportare l'attivazione della Carta»⁹⁰: il *case law* della Corte mostra, da un lato, una certa cautela nell'esigere il rispetto della CDF da parte delle autorità nazionali; dall'altro, una significativa evoluzione nel delineare la natura dei rapporti tra diritto nazionale e diritto UE, suscettibili di espandere i confini della formula «attuazione del diritto dell'Unione»⁹¹. Occorrerà verificare se esista una normativa unionale che disciplini specificamente la materia, o che possa incidere sulla stessa, e se la norma nazionale abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, o se invece persegua obiettivi diversi da questo contemplati. Infine, la Corte è giunta a ritenere che anche l'adozione di atti nazionali che rappresentino una espressione dell'esercizio del potere discrezionale attribuito allo Stato da un atto di diritto dell'Unione possono rientrare nell'ambito di applicazione del diritto (si vedano, in particolare, i principi espressi nei casi *Siragusa, Florescu et al., TSN e AKT*)⁹².

Come ricondurre i principi qui richiamati al tema dell'*hotspot*? Il dato di partenza è che gli *hotspot* non sono, come visto, disciplinati da un atto normativo di diritto UE né con riferimento alle procedure che possono esservi attuate, né rispetto allo *status* dei migranti che vi sono coinvolti. Inoltre, l'Agenda europea e le comunicazioni successive non contengono riferimenti all'ipotesi di detenzione dei migranti al loro interno. A pochi anni di distanza dall'introduzione dell'approccio *hotspot* la confusione circa la natura giuridica dei luoghi ove questo era attuato era tale che in dottrina ci si è chiesti se rappresentassero «una *species* di un *genus* esistente, o un *quid novum* che rappresenta un *tertium genus*, inevitabilmente sprovvisto di una adeguata copertura legislativa»⁹³. Nemmeno gli artt. 8 e 40 reg. 1896/2019 hanno successivamente individuato la tipologia e la natura dei centri istituiti presso le «zone» inaugurate per rispondere ad una «sfida migratoria sproporzionata» di cui all'art. 2 del medesimo Regolamento. In assenza – nel momento in cui si scrive – di un atto di diritto dell'Unione che governi le regole per la privazione della libertà in *hotspot*, e a fronte di eventuali provvedimenti adottati dagli Stati membri a tal fine, potrà quindi invocarsi la tutela di cui all'art. 6 Carta nel caso in cui le norme interne si rivelino in contrasto con i principi ivi contenuti?

Una prima risposta può essere fornita operando una differenziazione nello *status* delle persone che si trovano all'interno degli *hotspot*, frutto dell'applicazione «a geometria variabile» del diritto secondario⁹⁴. Tanto l'Agenda europea quanto l'art. 40 del reg. Frontex menzionano lo svolgimento delle procedure di identificazione, rilevamento delle impronte digitali, e indirizzamento verso le procedure di asilo e rimpatrio. Frontex, in particolare, è incaricato di fornire informazioni a coloro che intendono presentare domanda di asilo e nel

⁹⁰ CGUE, *Hernández e al.*, par. 34-36. Diffusamente, sull'interpretazione dell'art. 51 Carta, cap. II, par. 2.

⁹¹ E. Spaventa, *The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures*, Study for the PETI Committee, 2016.

⁹² Cap. II, par. II.

⁹³ S. Penasa, 2017.

⁹⁴ D. Vitiello, 2020, p. 206.

corso delle operazioni di rimpatrio. Può perciò inferirsi che a partire dal momento in cui la persona migrante ha manifestato la volontà di chiedere protezione internazionale, ella ricadrà entro la sfera di applicazione delle direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE (con le precisazioni già operate nel cap. I, par. 6.2, 7) e la Carta sarà senz'altro invocabile, tanto più che la Direttiva Procedure prevede una norma esplicita in materia di trattenimento: nulla osta a che detta misura sia eseguita in locali posti all'interno dei punti di crisi. Tale conclusione è rafforzata dai riferimenti operati dalla Commissione europea alla necessità di svolgere le attività di rilevamento delle impronte digitali ai sensi del reg. 603/2013 (o Regolamento Eurodac) proprio all'interno degli *hotspot*. Allo stesso modo quando un soggetto sia attinto da un provvedimento di rimpatrio ai sensi della dir. 2008/115/CE mentre ancora si trovi all'interno dell'*hotspot*, sarà soggetto alle previsioni di cui all'art. 15 Direttiva, da interpretarsi alla luce della Carta. Le vicende giuridiche che coinvolgono i migranti irregolari si ammantano di un livello ulteriore di complessità nel caso della realizzazione degli *hotspot* in Grecia, in ragione dell'applicazione dell'eccezione di cui all'art. 2(2) lett.a) dir. 2008/115: i migranti irregolari collocati nei punti di crisi greci vengono sottoposti a procedure di respingimento e non di rimpatrio ai sensi dell'art. 6 Direttiva⁹⁵. L'eccezione in parola non si estende però alle condizioni di trattenimento di cui all'art. 16 Direttiva: il riferimento a detto articolo pare ampiamente sufficiente a far ricadere entro l'ambito di applicazione della Carta qualsiasi misura detentiva disposta nei confronti dei migranti irregolari. In sostanza, se lo Stato resterà libero di disciplinare le ipotesi e i presupposti del trattenimento in frontiera, non potrà derogare ai principi fondamentali in materia di libertà personale.

Pertanto, se i migranti trattenuti (*de iure* o *de facto*) nei punti di crisi abbiano assunto lo *status* di richiedenti asilo o migranti irregolari, non può residuare alcun dubbio circa il rapporto esistente tra eventuali atti di diritto nazionale che ne impongano la detenzione all'interno degli *hotspot* e il diritto UE⁹⁶: ne consegue che la misura privativa della libertà realizzata in questo contesto dovrà essere conforme al contenuto dell'art. 6 Carta. Vengono in rilievo, a tal fine, i principi di non arbitrarietà, legalità, necessità e proporzionalità (gli ultimi due si aggiungono a quanto discende dalla giurisprudenza in materia di art. 5 CEDU). Perciò la detenzione dovrà essere disposta secondo buona fede, essere strettamente legata allo scopo che si prefigge, e trovare adeguata regolamentazione nella normativa interna, sulla base di criteri di chiarezza, prevedibilità e precisione⁹⁷.

Tuttavia, la peculiarità del modello *hotspot* risiede precisamente nella sua operatività durante la fase antecedente, e prodromica, all'attivazione delle procedure di rimpatrio e asilo. In pendenza dell'identificazione, del rilevamento delle impronte e della loro registrazione nelle banche dati, lo *status* dei migranti è ben più fluido: richiedenti asilo *in fieri*, o potenzialmente migranti irregolari. Sebbene nelle intenzioni delle istituzioni europee detta fase fosse presumibilmente destinata ad essere contenuta entro poche ore, le risultanze empiriche hanno

⁹⁵ L'Italia, invece, non ha formalmente seguito tale impostazione: pertanto, nel nostro Paese i migranti irregolari dovranno sempre essere trattenuti sulla base delle norme della Direttiva. I. Majcher, *Evaluation of the implementation of the Return Directive. Part. II*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2020.

⁹⁶ Si richiamano, *mutatis mutandis*, le considerazioni di cui al cap. I, par. 7.

⁹⁷ CGUE, N.; CGUE, K.; CGUE, VL; CGUE [GC], *FMS et al.*; CGUE, M.A.; CGUE, C,B e X.

mostrato che il limbo poteva dilatarsi per diverse settimane. Nell'ipotesi – tutt'altro che astratta – di un dispiegamento di misure coercitive nelle more, resta dubbia la loro riconducibilità entro la sfera di applicazione del diritto UE. *Nulla quaestio* circa la sussistenza di una competenza dell'Unione in materia ai sensi degli art. 78, 79 e 80 TFUE. È poi indicativo che le procedure realizzate nei punti di crisi originano da atti di *soft-law* degli stessi organismi europei: se l'*hotspot* è una creatura mitologica, la sua genealogia è tutta europea. Si potrebbe ipotizzare che le misure detentive (realizzate molto spesso *de facto*, risultando assente anche una cornice normativa di diritto interno) siano funzionali al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal diritto UE: tra gli atti normativi rilevanti, oltre al reg. 1867/2019, al reg. 603/2013 e al reg. 604/2013, può chiamarsi in causa anche il reg. 2016/399 (o Codice frontiere Schengen) che impone agli Stati di identificare i migranti che si trovano alle frontiere esterne dell'Unione. Un possibile sbarramento all'applicazione della Carta è dato dal fatto nessuno che di questi atti contiene una regolamentazione del trattenimento⁹⁸.

Ci pare, tuttavia, che detta circostanza non sia di per sé sufficiente ad escludere l'invocazione dei principi contenuti in *Florescu*, *Berlioz* e *TSN e AKT*, se si valorizza il fatto che gli Stati agiscono per garantire il raggiungimento di obiettivi perseguiti dal diritto dell'Unione, nell'ambito di una serie di procedure delineate da atti atipici ma pur sempre riconducibili ad una volontà prescrittiva delle istituzioni unionali, e all'interno dell'esercizio di competenze pienamente riconducibili al diritto primario dell'UE. L'assenza di una specifica direttiva che menzioni il trattenimento precedente (*rectius*, preventivo) all'accertamento dello status del migrante non ci pare cioè elemento sufficiente per comportare l'uscita dal perimetro di applicazione della Carta, posto che se uno Stato membro adotta misure nell'esercizio del potere discrezionale attribuitogli da un atto di diritto dell'Unione, deve ritenersi che esso attui tale diritto, ai sensi dell'art.51 (1) Carta⁹⁹.

La centralità della questione qui esaminata discende dal fatto che nei Paesi in cui si è realizzato l'approccio *hotspot* il ricorso alla detenzione è risultato tutt'altro che marginale, e non sempre il diritto interno e le norme costituzionali hanno rappresentato, in un quadro legislativo fortemente frammentario e disorganico, un adeguato presidio atto a scongiurare la violazione del diritto alla libertà personale dei migranti transitati dagli *hotspot*. L'applicabilità della Carta potrebbe aprire la strada ad un più ampio potere di attivazione di rimedi a presidio del diritto fondamentale – anche qualora non espressamente previsti dall'ordinamento – da parte di avvocati e giudici nazionali, in attuazione del combinato disposto dell'art. 6 e 47 Carta: in base alla seconda norma (e all'interpretazione ad essa conferita dalla Corte di giustizia)¹⁰⁰, qualora emerga una violazione del diritto (quello alla libertà personale, nel caso che occupa) si renderà necessario individuare un mezzo processuale per consentire all'autorità giurisdizionale di pronunciarsi in merito.

Infine, a nostro avviso le riflessioni sin qui svolte possano assumere un rinnovato interesse in caso di adozione di una delle nuove proposte legislative avanzata dalla Commissione europea nel 2020 (il cd. Regolamento 'screening'), destinata a disciplinare precisamente la fase

⁹⁸ R. Palladino, 2018, p. 209-218.

⁹⁹ CGUE [GC], *Florescu et al.*, par. 48.

¹⁰⁰ CGUE [GC], *FMS et al.*, parr. 140 e 289.

iniziale dell'arrivo, identificazione e registrazione dei dati dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne europee, ivi compreso all'interno degli *hotspot*. In via preliminare all'esame del contenuto delle più recenti riforme, è ora utile descrivere brevemente il percorso di revisione normativa che – fallito nella precedente legislatura – ha portato all'adozione del Patto europeo: ci si concentrerà, a tal fine, soltanto sulle previsioni rilevanti per il loro potenziale impatto sul diritto alla libertà personale.

4. I primi tentativi di riforma della normativa vigente: il CEAS e la Direttiva Rimpatri

Nella primavera del 2016, a circa un anno di distanza dai primi interventi – tempestivi ed eccezionali – messi in campo per rispondere ai flussi migratori, la Commissione europea prospettava due ulteriori direttrici di intervento: l'adozione di un accordo con la Turchia (poi sottoscritto dagli Stati membri e non dalle istituzioni europee) al fine di esternalizzare il controllo dei flussi¹⁰¹, che avrà un impatto significativo sulla conformazione dell'approccio *hotspot* in Grecia (si rimanda all'analisi condotta nel cap. IV, par. 3.2.1); e la riforma dei principali atti legislativi che compongono l'architettura del sistema comune di asilo¹⁰². Contestualmente, la propulsione riformista investiva anche il settore del rimpatrio, con la presentazione di un Piano d'azione per il rimpatrio¹⁰³ e l'adozione della proposta di riforma della Direttiva 2008/115/CE¹⁰⁴.

Partendo dal primo ambito, può osservarsi che il tema della detenzione rimane tutto sommato laterale nelle proposte di riforma della Direttiva Procedure¹⁰⁵ e della Direttiva Accoglienza¹⁰⁶: l'art. 8 dir. 2013/33/UE non viene rivoluzionato nel suo impianto, in linea con l'indirizzo della Commissione secondo cui il trattenimento «continua a essere giustificato solo se risulta necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, e sempre che altre misure alternative meno coercitive non possano essere applicate in maniera efficace». Le garanzie già

¹⁰¹ G. Caggiano, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti asilo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, 2-3, p. 223.

¹⁰² Comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*, 6.4.2016, COM/2016/197 def. La Commissione spiegava, nella sua Comunicazione, che le proposte di riforma si fondavano sul riconoscimento che la 'crisi dei rifugiati' faceva emergere numerosi punti deboli della politica europea in materia e individuava cinque punti chiave per la loro riforma: rivedere il sistema di determinazione dello Stato competente ad esaminare le richieste di asilo; rafforzare il sistema Eurodac; prevenire i movimenti secondari all'interno dell'Unione; ampliare il mandato dell'agenzia europea sull'asilo; armonizzare ulteriormente le norme in materia di qualifiche e di procedure di asilo. A tali obiettivi corrispondevano altrettante proposte legislative, nessuna delle quali vedrà la luce al termine della legislatura, per il mancato accordo tra i co-legislatori. Sul tema, già V. Chetail, *Looking beyond the rhetoric of the refugee crisis: the failed reform of the Common European Asylum System*, in *European Journal of Human Rights*, 2016, pp. 584-602, e, per una analisi *ex post*, la Special Issue a cura di L. Marin, S. Penasa, G. Romeo, *Migration crisis and the principle of sovereignty: challenges for EU law and polity*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020; E. Frasca, F.L. Gatta, 2022.

¹⁰³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *per una politica dei rimpatri più efficace nell'Unione Europea – Un Piano d'azione rinnovato*, 2.3.2017, COM/2017/200 def.

¹⁰⁴ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione)*, 12.9.2018, COM/2018/634 def.

¹⁰⁵ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, 13.7.2016, COM/2016/467 def.

¹⁰⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*, 13.7.2016, COM/2016/465 def.

previste nell'attuale Direttiva in materia di trattenimento rimangono invariate, ma non ne vengono introdotte di ulteriori. Il trattenimento dei minori rimane ammissibile, seppur in via eccezionale. Tuttavia, la proposta modifica in modo significativo il presupposto in base al quale il trattenimento era possibile per «decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio», collegandolo molto più chiaramente alla fase della procedura di frontiera¹⁰⁷. Inoltre, si introduce un nuovo motivo di trattenimento¹⁰⁸, così ampliando lo spettro già esteso dei casi in cui vi si può fare ricorso. L'ipotesi di nuovo conio riguarda la situazione in cui ad un richiedente sia stato imposto un «obbligo di residenza»¹⁰⁹ e questi non lo abbia rispettato, a condizione che esista un rischio che il richiedente si renda irreperibile¹¹⁰. La nuova previsione risponde senza mezzi termini all'esigenza di limitare i movimenti secondari (qualificati come allontanamenti o «fuga»¹¹¹) e lo fa seguendo un approccio punitivo: mutuando le soluzioni del diritto penale, il trattenimento è inflitto come 'aggravamento' della misura del soggiorno obbligato¹¹², e diventa perciò parte di un apparato coercitivo escatologicamente fondata sul confinamento del migrante¹¹³. La detenzione potrà protrarsi per il tempo necessario al fine di garantire l'adempimento dell'obbligo di risiedere in un determinato luogo, durata che apre ad una significativa discrezionalità da parte dello Stato membro, in assenza di un riferimento ad un periodo massimo di trattenimento¹¹⁴.

¹⁰⁷ La nuova formulazione recita: «per decidere, nel contesto di una procedura di frontiera in conformità dell'articolo [41] del regolamento [regolamento procedure], sul diritto del richiedente di entrare nel territorio». L'espressione sembra in un certo senso *limitare* il trattenimento ai soli casi in cui si attivi una procedura ai sensi del relativo Regolamento, che tuttavia sono stati ampliati nella nuova proposta, con il risultato che, nei fatti, i casi potrebbero essere in realtà superiori a quanto previsto dalla formulazione precedente.

¹⁰⁸ Il nuovo art. 8(3), lett.c) sarebbe così formulato: «al fine di assicurare il rispetto degli obblighi giuridici imposti al richiedente con decisione individuale a norma dell'articolo 7, paragrafo 2, nei casi in cui il richiedente non ha rispettato tali obblighi e sussiste il rischio che si renda irreperibile».

¹⁰⁹ Ai sensi dell'art. 7(2) gli Stati membri «stabiliscono se necessario un luogo specifico di residenza per il richiedente, per uno dei seguenti motivi»: pubblico interesse o ordine pubblico; per il trattamento rapido e il controllo efficace della domanda di protezione internazionale o di una procedura di determinazione dello Stato competente; per prevenire efficacemente che il richiedente si renda irreperibile. Per una analisi delle implicazioni della riforma, L. Slingenbergh, *Reception Conditions Directive (recast): Relevance in Times of High Numbers of Asylum Applications*, in P. Minderhoud, K. Zwaan (a cura di), *The recast Reception Conditions Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2016, pp. 9-25.

¹¹⁰ Proposta di rifusione della direttiva accoglienza, considerando n. 21 e art. 8 (3) lett. c).

¹¹¹ Ai sensi dell'art. 2, n. 10) della proposta la nozione di fuga è particolarmente ampia, qualificandosi come «l'azione con la quale il richiedente asilo, al fine di evitare procedure di asilo, lascia il territorio in cui è tenuto ad essere presente in conformità del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento Dublino] o non rimanga a disposizione delle competenti autorità o del giudice».

¹¹² Così anche I. Majcher, *Creeping CEAS reform: detention of asylum seekers and restrictions on their movement under EU law*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2021, 40, pp. 82-105. Il Parlamento europeo ha seguito un modello di diverso tenore, poiché alla previsione di una sanzione per il mancato rispetto di obblighi di residenza si sostituisce l'accento sulla qualità delle misure di accoglienza e sulla liberalizzazione del mercato del lavoro, misure che potrebbero incentivare la permanenza dei richiedenti nel Paese di arrivo. Parlamento europeo, *Report on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Laying down Standards for the Reception of Applicants for International Protection (Recast)*, 10.5.2017, A8-0186/2017.

¹¹³ L. Slingenbergh, *Political agreement on recast asylum reception conditions directive: continuation of tents, containment and discipline*, in D. Thym (a cura di), *Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, 2022, pp. 257-276; M. Tazzioli, *Governing migrant mobility through mobility: containment and dispersal at the internal frontiers of Europe*, in *Environment and Planning C: Politics and Space*, 2020, 38, pp. 3-19.

¹¹⁴ Inoltre, mentre nel considerando n. 21 si legge che «Il richiedente deve, inoltre, essere stato informato dell'obbligo [di cui all'art. 7 co 2 direttiva] in questione e delle eventuali conseguenze della mancata osservanza»,

Sebbene le nuove previsioni avanzate dalla Commissione europea non siano mai entrate in vigore per l'arenarsi dei negoziati tra Parlamento e Consiglio¹¹⁵, sul parziale accordo raggiunto tra i co-legislatori nel 2018 si è innestata la rinnovata procedura legislativa volta all'adozione della Direttiva, come da indicazioni della Commissione europea nel 2020. La bozza di compromesso manteneva la possibilità di detenere il richiedente che non avesse adempiuto agli obblighi di cui all'art. 7¹¹⁶.

Si noti, infine, che in nessuna previsione della proposta di Direttiva (né nei posizionamenti del Consiglio e del Parlamento) si menziona il tema dell'*hotspot* o dell'accoglienza/trattenimento in una simile struttura, sebbene i negoziati siano andati di pari passo con quelli attinenti alla proposta di riforma del Regolamento Frontex. Nonostante la ritrosia mostrata di fronte alla sistematizzazione normativa di un metodo diventato parte integrante della gestione dei flussi migratori in Italia e in Grecia, e che faceva capolino anche nelle politiche di controllo dei confini spagnoli (si veda, diffusamente, il cap. IV, par. 4.3), in dottrina è stato osservato che, se adottate, le proposte della Commissione avrebbero ampliato notevolmente la possibilità di trattenere i richiedenti asilo precisamente presso i punti di sbarco¹¹⁷. Alcune indicazioni in tal senso si possono individuare nella proposta di sostituire alla dir. 2013/32/UE un nuovo Regolamento Procedure. Nella relazione introduttiva all'atto di nuovo conio, la Commissione riconosceva che «la procedura di frontiera implica di norma il trattenimento», confermando implicitamente che una simile procedura – se condotta all'interno degli *hotspot* – costringerebbe i richiedenti asilo in condizione di privazione della loro libertà personale fino ad un massimo di quattro settimane: proprio l'elevato grado di coercizione insito nella procedura di frontiera giustificerebbe il termine temporale che ha natura inderogabile (si veda, in questo senso, anche l'approdo della Corte di giustizia in *FMS et al.*). Il combinato disposto dell'art. 8(3) lett.d) della proposta di Direttiva Accoglienza, e dell'art. 41 della proposta di Direttiva Procedure rendono così concreto il rischio che gli *hotspot* vengano trasformati in luoghi di detenzione *tout court*.

Le previsioni confluite nelle proposte di riforma possono essere analizzate – e meglio comprese – alla luce delle determinazioni espresse dalla Commissione in altri documenti di natura informale: emblematico, in proposito, è il controverso «Non-paper on “controlled centres” in the EU – interim framework»¹¹⁸, ove l'istituzione europea prospetta l'idea di istituire centri chiusi presso i quali, con il supporto operativo delle agenzie europee, si possa più celermente ed efficacemente distinguere tra richiedenti asilo e migranti irregolari,

la stessa formulazione non è ripresa nell'art. 8, indebolendo la garanzia insita nell'onere per lo Stato di dimostrare di aver reso informazioni adeguate in merito alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto dell'obbligo.

¹¹⁵ Parlamento e Consiglio avevano raggiunto un accordo su un testo provvisorio di compromesso tra le proprie posizioni nel 2018, ma i negoziati si interrompevano a seguito delle valutazioni contrarie di alcuni Stati membri, espresse tramite il COREPER. Si noti che alcuni dei punti di maggiore criticità riguardavano l'estensione dei presupposti legittimanti la detenzione dei minori, ritenuta dal Parlamento europeo sempre in contrasto con il superiore interesse del minore. Consiglio dell'UE, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) - State of play and guidance for further work*, 21.1.2019, LIMITE 5458/2019, reso pubblico dal sito Statewatch.org.

¹¹⁶ Inoltre, il testo ampliava la definizione di rischio di fuga, rilevante quale presupposto per la detenzione nei casi tratteggiati dall'art. 8(3), lett. b) e c).

¹¹⁷ G. Campesi, in S. Carrera, D. Curtin, A. Geddes (a cura di), 2020, pp. 97 e ss.

¹¹⁸ *Ibidem*.

funzionali altresì al contenimento dei movimenti secondari di entrambe le categorie. Ancora una volta il termine *hotspot* è omissivo, ma l'ispirazione del nuovo modello di confinamento non potrebbe essere più chiara. È dunque in questo periodo – che spazia dall'invenzione del modello *hotspot* alla presentazione del Patto europeo sulla migrazione e l'asilo (2015-2020) – che la configurazione di punti di crisi come punti chiusi si compie definitivamente, quantomeno nel quadro (semi) normativo prospettato dalla Commissione: il processo si dipana di pari passo con le sperimentazioni realizzate sul terreno, in Italia e in Grecia, e si 'arricchisce' delle esperienze empiriche condotte dai due Paesi (pur diversificate nelle soluzioni concretamente adottate).

Un ulteriore, ennesimo, segnale della trasformazione dell'approccio *hotspot* in modello strutturale, e da luogo deputato all'immediata identificazione e funzionale alla *relocation*, a dispositivo di controllo della mobilità, viene dall'analisi della proposta di riforma della Direttiva Rimpatri. Quest'ultima è stata preceduta, nel 2017¹¹⁹, da un Piano di azione rinnovato finalizzato a rendere «più efficace la politica di rimpatrio nell'Unione Europea» ritenuta carente dalla stessa Commissione (il tasso di rimpatri effettivi verso i Paesi terzi era pari al 36,4% nel 2016), e dalla contestuale Raccomandazione per rendere i rimpatri più efficaci nell'attuazione della dir. 2008/115/CE¹²⁰. Da entrambi i documenti emerge lo stretto legame delineato dalla Commissione tra la procedura di asilo e quella di rimpatrio: mentre, quantomeno fino al 2015, le due sfere di *policy* erano rimaste distinte e ben separate, poiché guidate da obiettivi e presupposti differenti, si assiste via via ad una sovrapposizione tra la figura del richiedente asilo e quella del migrante espellendo anche nei documenti ufficiali. Nel Piano d'azione la Commissione adombra che i richiedenti protezione possano utilizzare «le domande di asilo per prolungare la loro presenza in Europa e per evitare il rimpatrio», considerazioni non pienamente supportate da dati e cifre dettagliate, complete e strutturate su tale fenomeno. Nondimeno, una parte essenziale della politica di rimpatrio dovrebbe essere quella di «sfruttare immediatamente tutte le possibilità offerte dall'attuale legislazione in materia di asilo al fine di ovviare agli abusi del sistema di asilo da parte dei migranti irregolari che non necessitano di protezione internazionale. [Gli Stati membri] dovrebbero in particolare applicare le disposizioni concernenti le procedure accelerate di asilo, il trattamento delle domande reiterate, l'effetto sospensivo non automatico dei ricorsi, in particolare per i migranti provenienti da Paesi che sono ritenuti sicuri o vantano un basso tasso di riconoscimento»¹²¹. Si introduce poi, in questa sede, un modello operativo che diventerà protagonista delle politiche e proposte legislative negli anni a venire: il collegamento (o «seamless procedure») tra fase di esame della domanda asilo e fase di rimpatrio, che dovrebbero «procedere insieme senza intoppi». Sebbene un simile approccio non fosse una novità in alcuni Stati membri (un esempio

¹¹⁹ Prima di approdare alla proposta di riforma del 2018 la Commissione ha preferito tentare un approccio fondato sull'adozione di atti di soft-law, tanto sul piano interno, quanto su quello esterno della cooperazione con i Paesi terzi. P. Slominski. F. Trauner, *Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis*, in *West European Politics*, 2021, 44(1), pp. 93-113.

¹²⁰ Commissione Europea, *Raccomandazione della Commissione del 7.3.2017 per rendere i rimpatri più efficaci nell'attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 7.3.2017, C (2017) 1600 def, OJ 2017 L 66/15.*

¹²¹ Commissione Europea, *Raccomandazione della Commissione del 7.3.2017*, p. 4.

su tutti è il caso ungherese), un collegamento esplicito dalla chiara funzione strategica – e, sostanzialmente, politico-simbolica – non era mai stato avanzato in sede europea.

Una implicita apertura nel senso della legittimità dell'instaurazione di una procedura «senza soluzione di continuità» veniva l'anno successivo dalla Corte di giustizia che, pronunciata sul caso *Gnandi*, operava una pericolosa sovrapposizione tra lo *status* di richiedente asilo e l'irregolarità del soggiorno che renderebbe applicabile la Direttiva Rimpatri. Il caso riguardava un richiedente asilo che riceveva, pressoché contestualmente, la decisione di rigetto della domanda di protezione e un provvedimento che ne ordinava l'allontanamento: dopo aver impugnato entrambi gli atti avanti le autorità giudiziarie belghe, sia in primo grado che (dopo l'esito negativo) in appello, otteneva che il Consiglio di Stato annullasse con rinvio il provvedimento di rigetto della domanda di asilo. La domanda oggetto del rinvio pregiudiziale era volta a comprendere se «l'articolo 5 della direttiva [2008/115], che impone agli Stati membri di rispettare il principio di *non-refoulement* al momento dell'attuazione di tale direttiva, nonché il diritto a un ricorso effettivo, previsto dall'articolo 13, paragrafo 1, della medesima direttiva e dall'articolo 47 della [Carta] debbano essere interpretati nel senso che ostano all'adozione di una decisione di rimpatrio sin dal momento del rigetto della domanda di asilo [...] e, dunque, prima che i mezzi di ricorso avverso tale decisione di rigetto possano essere esauriti e prima che la procedura di asilo possa essere definitivamente chiusa».

I giudici di Lussemburgo hanno escluso che, di per sé, la decisione di rimpatrio adottata in pendenza della procedura di asilo possa ritenersi in contrasto con l'art. 5 dir. 2008/115/CE e 47 Carta ma, soprattutto, hanno sostenuto che il richiedente asilo sia autorizzato a soggiornare sul territorio soltanto «sino all'adozione della decisione di primo grado di rigetto della domanda di protezione internazionale», e non invece per tutta la durata della procedura¹²². Ciò comporta, ad avviso della Corte di giustizia, che al termine della fase di primo grado il soggiorno del migrante divenga irregolare e si possa applicare la Direttiva Rimpatri. Un simile approccio apre al rischio di violazione del principio di *non-refoulement* previsto dall'art. 33 Convenzione di Ginevra nei confronti dei richiedenti asilo il cui esame della domanda sia ancora pendente: per ovviare ad una possibile lesione di detto diritto (tutelato dagli artt. 18 e 19 Carta, in combinato disposto con l'art. 47), la Corte prescrive che «il richiedente medesimo disponga di un ricorso con pieni effetti sospensivi contro l'esecuzione della misura che consenta il suo rimpatrio»¹²³. In sostanza, se anche l'effetto sospensivo del ricorso non può essere garantito nell'ambito della procedura di asilo¹²⁴, le autorità non potranno esimersi dall'assicurare che il ricorso avverso la decisione rimpatrio adottata durante la pendenza della domanda di asilo sia dotato di «pieni

¹²² La Corte aggiunge che gli Stati sono liberi, nell'esercizio della propria autonomia procedurale, di prevedere che anche durante le fasi di appello il richiedente abbia diritto al soggiorno sul territorio dello Stato. Tuttavia, dal diritto dell'Unione non può farsi discendere l'automatico effetto sospensivo del ricorso presentato, in secondo grado, avverso una decisione negativa. In proposito, CGUE, sentenza del 28 luglio 2011, *Samba Diouf*, C-69/10, EU:C:2011:524.

¹²³ CGUE, *Gnandi*, par. 54.

¹²⁴ Si noti che nei successivi casi *X. e X.Y.*, la Corte ha escluso che il diritto UE dotasse di effetto sospensivo automatico i ricorsi in appello avverso le sentenze di primo grado confermate di decisioni che respingono domande di protezione internazionale e impongono un obbligo di rimpatrio. CGUE, sentenza del 26 settembre 2018, *X. e X.Y.*, C-175/17 e C-180/17, su cui M. Moraru, *Handbook on the techniques of judicial interactions in the application of the EU Charter. Asylum and Immigration*, Fiesole, 2019, p. 182 e ss.

effetti sospensivi, considerato che detta decisione è tale da esporre il cittadino medesimo al serio rischio di essere sottoposto a trattamenti contrari all'articolo 18 della Carta, nel combinato disposto con l'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, ovvero a trattamenti contrari all'articolo 19, paragrafo 2, della Carta»¹²⁵. Simili considerazioni devono valere non solo per la decisione di rimpatrio, ma anche per quella di esecuzione dell'allontanamento.

La pronuncia della Corte ha una duplice valenza: da un lato, pare criticabile l'orientamento in base al quale il richiedente asilo diventa irregolare al termine della procedura di primo grado, potendo essere ricompreso entro l'ambito di applicazione della Direttiva Rimpatri. Dall'altro lato, la pronuncia sancisce alcune importanti garanzie in merito all'impossibilità di eseguire la decisione di rimpatrio eventualmente adottata, e al dovere di garantire l'effetto sospensivo al ricorso presentato avverso detta decisione¹²⁶, pena il rischio di violare il principio di *non-refoulement*.

La necessità di adottare – sempre e in ogni caso – una decisione di rimpatrio al termine o in pendenza della procedura di asilo era stata ribadita dalla Commissione anche nelle Raccomandazioni del 2017¹²⁷, ove si possono altresì leggere indicazioni significative in tema di trattenimento. L'istituzione europea lamenta la «durata limitata» dei periodi di trattenimento in molti Stati membri, poiché «impedisce di fatto gli allontanamenti», e propone che il trattenimento, di durata minima di sei mesi, divenga uno degli strumenti cardine nella fase di esecuzione del rimpatrio – in controtendenza rispetto alle affermazioni più garantiste contenute nel Manuale sul rimpatrio del 2015¹²⁸. Finanche il trattenimento dei minori non accompagnati è considerata misura percorribile, al punto che la Commissione critica esplicitamente le previsioni interne di alcuni Stati che vietano la detenzione dei minori stranieri non accompagnati.

Se la politica di rimpatrio, a partire dalla adozione della dir. 2008/115/CE, è stata informata alla necessità di individuare un adeguato bilanciamento tra le esigenze di efficacia, celerità ed effettività dei rimpatri e il rispetto dei diritti fondamentali¹²⁹, non può omettersi di prospettare che le Raccomandazioni del 2017 sembrano aver rinunciato al secondo profilo a favore del primo, spostando l'attenzione sull'imperativo del rimpatrio 'ad ogni costo': al punto che viene suggerita la criminalizzazione dei cittadini che si oppongono al rimpatrio, o quanto meno l'imposizione di sanzioni chiaramente punitive. Questo stesso approccio è confluito nella proposta di rifusione della Direttiva Rimpatri, presentata nel settembre 2018.

¹²⁵ CGUE, *Gnandi*, parr. 56-58.

¹²⁶ Sul punto, anche CGUE, sentenza del 5 luglio 2018, *C, J, S v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-269/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:54.

¹²⁷ Alla prima Raccomandazione di marzo faceva seguito una adottata nel novembre 2017: Commissione Europea, *Raccomandazione della Commissione del 16 Novembre 2017 che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio*, 19.12.2017, OJ L 339/83.

¹²⁸ Raccomandazione della Commissione *che istituisce un manuale sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio*, 2.10.2015, C (2015) 6250 def.

¹²⁹ Considerando n. 2, dir. 2008/115/CE. *Ex multis*, CGUE, *El Dridi*, par. 42; CGUE, *Mahdi*, par. 55.

Come osservato in dottrina, ed espressamente criticato dal Parlamento europeo¹³⁰, la nuova proposta non si è basata su una valutazione di impatto della Direttiva del 2008. Una simile scelta appare in contrasto con le previsioni dello stesso atto (art. 19 dir. 2008/115/CE) e dissonante dalle conclusioni raggiunte da Commissione, Parlamento e Consiglio nel 2016¹³¹, in base alle quali tra i punti di partenza per «legiferare meglio» a livello europeo vi sono la valutazione di impatto *ex-post* degli atti aventi forza di legge già in vigore, la consultazione pubblica delle parti interessate e la valutazione di impatto delle nuove iniziative¹³². Nonostante la Direttiva fosse in vigore da diversi anni, una sola valutazione fosse stata operata durante la sua vigenza (nel 2013), e il carattere sempre più politicizzato delle politiche in materia di immigrazione e asilo potessero far deporre per la necessità di una valutazione fondata sui criteri di effettività, efficienza, rilevanza, coerenza e adeguatezza della nuova normativa, la proposta della Commissione non è stata preceduta da alcuna attività valutativa¹³³. Al contrario, le considerazioni di *policy* su cui si fondavano gli emendamenti proposti erano ancorate all'esigenza di rispondere alle generiche richieste del Consiglio europeo del giugno 2018 di incrementare i rimpatri¹³⁴.

I principali ambiti su cui si è concentrata la rifusione hanno riguardato: «una nuova procedura di frontiera per il rapido rimpatrio dei richiedenti protezione internazionale la cui domanda è stata respinta in esito a una procedura di asilo alla frontiera» (p. 1), la predisposizione di «strumenti più efficaci per gestire e agevolare il trattamento amministrativo dei rimpatri» (p. 4) e per «permettere un uso più efficace del trattenimento per sostenere l'esecuzione dei rimpatri» (p. 6)¹³⁵. La detenzione amministrativa, qualificata dall'attuale Direttiva Rimpatri come misura marginale e di *extrema ratio*, viene ad assumere una nuova – allarmante – centralità, poiché è invocata come panacea al tema dell'ineffettività dei rimpatri.

Dal punto di vista sostanziale, l'allargamento delle basi legali su cui può poggiare una decisione di trattenimento pare trasporre a livello europeo alcune delle previsioni più critiche presenti nel diritto o nelle prassi degli Stati membri, rispetto alle quali la dottrina ha delineato

¹³⁰ European Parliamentary Research Service (EPRS), *The Return Directive 2008/115/EC. European Implementation Assessment*, Bruxelles, 2020. Il Parlamento ha condotto tale valutazione in autonomia, evidenziando l'assenza di un simile intendimento da parte della Commissione.

¹³¹ Accordo interistituzionale per legiferare meglio tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea del 13 aprile 2016, 12.5.2016, OJ L 123/1.

¹³² L'importanza del monitoraggio e della valutazione successiva all'adozione di un atto legislativo è ripresa anche nelle più recenti «Better Regulation Guidelines» della Commissione adottate nel 2021 (3.11.2021, SWD (2021) 305 final).

¹³³ Si vedano, *mutatis mutandis*, le considerazioni svolte da Cornelisse e Reneman sul ruolo sempre più «politico» della Commissione nella materia dell'immigrazione e dell'asilo: G. Cornelisse, M. Reneman, *Border Procedure in the Commission's New Pact on Migration and Asylum: a case of politics outplaying rationality?*, in *European Union Law Journal*, 2020, 26, pp. 181-198.

¹³⁴ La stessa proposta si limita ad attestare che «Nelle conclusioni del giugno 2018 il Consiglio europeo ha accolto con favore l'intenzione della Commissione di presentare proposte legislative per una politica europea di rimpatrio efficace e coerente. Dal momento che è stata già svolta una valutazione accurata delle questioni principali nel settore del rimpatrio, che urge presentare proposte legislative e che l'opzione migliore in termini di sostanza e di tempistica è una revisione della direttiva vigente, non è ritenuta necessaria una valutazione d'impatto inerente a la presente proposta». Proposta di direttiva (rifusione), Relazione introduttiva, p. 8. Sul punto, si richiamano le considerazioni di I. Majcher, T. Strik, *Legislating without evidence: the recast of the EU Return Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021, 23, pp. 103-126, le quali paventano un aumento della pressione politica sulla Commissione a seguito della 'crisi' del 2015.

¹³⁵ *Ivi*, p. 3.

possibili distorsioni della logica su cui si fonda la misura coercitiva in sede di allontanamento (il nesso di funzionalità con il rimpatrio)¹³⁶. Si pensa, in particolare, al caso in cui la persona migrante sia considerata un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale quale presupposto legittimante il trattenimento (art. 18(1) lett.c)¹³⁷; o all'ampliamento della nozione di rischio di fuga di cui all'art. 6 della proposta di Direttiva, concetto che rileva sia in materia di concessione del termine per la partenza volontaria, sia in sede di trattenimento.

Quanto al secondo profilo, i (nuovi) criteri da cui si può inferire un pericolo di irreperibilità del migrante sono ben quattordici, ma la norma prevede che non siano esaustivi; in ogni caso, la ricorrenza di anche soltanto uno tra essi è sufficiente per confermare il rischio di fuga. In aggiunta, si tratta di formulazioni molto generiche (ad es. mancanza di documenti che comprovino l'identità; mancanza di domicilio, di fissa dimora o di un indirizzo affidabile; mancanza di risorse finanziarie; spostamento non autorizzato nel territorio di un altro Stato membro) o del tutto inconferenti rispetto ad un effettivo pericolo di elusione della decisione di rimpatrio (ad es. rilevano l'esistenza di una condanna penale, ivi compresa la condanna per un reato grave in un altro Stato membro; o l'esistenza di indagini e procedimenti penali in corso). Un simile elenco ammette, sostanzialmente, che la grande maggioranza dei migranti irregolarmente soggiornanti possa essere destinataria di una decisione di rimpatrio forzato e, conseguentemente, di una misura detentiva¹³⁸.

Pare, poi, ancora più allarmante l'introduzione di una presunzione di rischio di fuga nel caso in cui la persona: i) abbia fatto utilizzo di documenti falsi o contraffatti, o abbia rifiutato di fornire le impronte digitali; ii) si sia opposta in modo fraudolento o violento all'operazione di rimpatrio; iii) si sia mostrata inadempiente ad un obbligo imposto in precedenza per prevenire il rischio di fuga¹³⁹. Ancora una volta le circostanze in cui si crea una inversione dell'onere

¹³⁶ Si rimanda al capitolo successivo per un esame delle problematiche relative, ad esempio, alla detenzione ancorata a motivi di ordine e sicurezza pubblici (in Grecia) e agli ampi presupposti su cui si fonda il rischio di fuga (in Italia). In particolare, cap. IV, par. 2.1 e 3.1.

¹³⁷ In base alla nuova formulazione dell'art. 18, le circostanze in cui il trattenimento diviene legittimo sono così riscritte: «Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga si determinato in conformità dell'art. 6; b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento; c) il cittadino di paese terzo costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. Tutti i motivi di trattenimento sono previsti nella legislazione nazionale». Si noti che nel caso *Kadzoev*, la Corte aveva sostenuto incidentalmente che il mantenimento in detenzione per motivi di ordine pubblico non può essere fatto discendere dal diritto unionale: la rifuisione consentirebbe agli Stati di ricorrere a tale presupposto non più illegittimamente, ma in conformità al (nuovo) diritto UE. Al contempo, è da notare la positiva introduzione dell'obbligo per gli Stati membri di prevedere nel dettaglio i motivi di trattenimento anche all'interno dell'ordinamento nazionale, previsione che recepisce le indicazioni contenute nel caso *Al Chodor*.

¹³⁸ Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo *sulla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione)*, 23.11.2019, SOC/608. Il Comitato pone in evidenza soprattutto il carattere punitivo di alcune previsioni, ritenendolo non in linea con gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva e dall'art. 78 TFUE e criticando la legittimità ed efficacia di un approccio basato sulla criminalizzazione dei migranti irregolari.

¹³⁹ L'art. 7 della proposta introduce un obbligo di cooperare «in tutte le fasi delle procedure di rimpatrio. Tale obbligo include in particolare quanto segue: (a) il dovere di fornire tutti gli elementi necessari a stabilire o verificare l'identità; (b) il dovere di fornire informazioni sui paesi terzi attraversati; (c) il dovere di rimanere

della prova secondo cui non è l'autorità procedente a dover dimostrare la sussistenza di un rischio di fuga, e spetterebbe invece alla persona interessata dimostrarne l'assenza, sono particolarmente estese in ragione della definizione generica degli obblighi di cui all'art. 7.

Inoltre, un ulteriore elemento di novità è dato dalla previsione dell'art. 18(3), che estende la durata temporale obbligatoria della misura. Mentre nel 2008 il legislatore europeo si era impegnato ad individuare un termine *massimo*, seppur di considerevole estensione, motivandolo sulla base dell'esigenza di porre un limite alle prassi di detenzione illimitata, a dieci anni di distanza l'imperativo riguarda l'imposizione di un termine *minimo* pari a tre mesi, al fine di indurre alcuni Stati (come ad es. Francia o Spagna) ad innalzare la durata della misura¹⁴⁰.

Gli emendamenti proposti alla disciplina del trattenimento paiono chiaramente mossi dalla volontà di ampliare le possibilità di ricorso alla misura, sia dal punto di vista sostanziale (previsione di nuovi presupposti) che da quello temporale: come impeccabilmente riassunto dall'Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA) «The amendments suggest a shift away from the principle of imposing detention as a measure of last resort towards permitting a more flexible, and therefore more extensive, use of detention for the purpose of removal»¹⁴¹. In effetti, le modifiche sono complessivamente improntate ad un compromesso al ribasso: l'armonizzazione non va (più) nel senso di individuare *standard* comuni idonei a garantire il rispetto dei diritti fondamentali (con tutti i limiti pur presenti nella Direttiva attuale, già esaminati in precedenza)¹⁴², ma in quello di attrarre entro la sfera del diritto europeo previsioni – o prassi – nazionali ad oggi non sempre ritenute legittime, concedendo al contempo maggiore discrezionalità agli Stati nelle determinazioni in materia di trattenimento: dalla scelta del criterio a cui ancorare il riconoscimento del rischio di fuga, alla definizione delle nozioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica o sicurezza nazionale (non circoscritti nella rifusione della Direttiva)¹⁴³. In linea con detta tendenza è anche l'eliminazione del termine «soltanto» dal testo dell'art. 18(1), in modo da consentire implicitamente l'estensione dei motivi che legittimerebbero il trattenimento: la modifica, apparentemente marginale, si palesa in contrasto con l'esigenza di rispettare i principi di tassatività e di necessità in materia di privazione della libertà personale¹⁴⁴.

presenti e a disposizione nell'intero corso delle procedure; (d) il dovere di presentare richiesta alle autorità competenti dei paesi terzi al fine di ottenere un documento di viaggio valido».

¹⁴⁰ In realtà i dati disponibili confermano che i rimpatri avvengono quasi sempre entro il periodo iniziale dell'esecuzione della misura, e che più lunghi sono i tempi di permanenza nei centri, minori le prospettive di rimpatrio. Non vi è, in altre parole, alcun dato che consenta di concludere che l'allungamento dei tempi comporti un innalzamento dei tassi di rimpatri. Sul punto, I. Majcher, 2020, pp. 82 e ss., e M.D. Crego, *Recasting the Return Directive*, European Parliament Briefing, 2019.

¹⁴¹ FRA, Opinione 1/2019 del 10.1.2019.

¹⁴² Si noti che non viene apportata alcuna modifica agli articoli relativi alle condizioni di trattenimento o alla detenzione minorile, nonostante le prassi degli Stati membri (e le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo) abbiano rivelato la criticità delle condizioni di vita dei migranti – e, tra essi, dei minori – nei centri di detenzione. Sul punto, I. Majcher, 2020, p. 98 e ss.

¹⁴³ R. Palladino, *Patto sulla Migrazione e l'Asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in *Annali Aisdue*, 2020, n. 2, pp. 63-77, pp. 68 e ss.

¹⁴⁴ Secondo la FRA «the changes to Article 18 (1) can be interpreted as transforming the restrictive formulation of current Article 15 (1) into a provision that seeks to enable Member States to use detention more extensively. Also, it appears to give Member States the option of using detention for other purposes than “for the preparation

Infine, come osservato in dottrina, diverse proposizioni della Commissione aprono all'introduzione di considerazioni legate alla «pericolosità» dei migranti nella cornice normativa europea in materia di immigrazione irregolare, rafforzando il consolidamento di un apparato di *crimmigration* fondato sul perseguimento di scopi prettamente penalistici o securitari tramite strumenti di diritto amministrativo¹⁴⁵. Lo sconfinamento nel campo del diritto amministrativo è di dubbia legittimità alla luce dei principi di colpevolezza, retributività, stretta legalità e stretta giurisdizionalità propri del diritto penale: qualora la persona migrante sia considerata un *effettivo* pericolo o una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, ad esempio perché ha commesso o è in procinto di commettere un reato, le autorità di polizia o giudiziarie potranno intervenire ricorrendo agli strumenti penalistici (misura cautelare o pre-cautelare), cui si accompagnano significative garanzie procedurali¹⁴⁶. In caso contrario si perseguirebbe una finalità repressiva o cautelare priva di alcuna legittimazione nell'ordinamento. Pare che la fuga dal diritto penale rappresenti, in questo ambito, una soluzione per aggirare i principi e le garanzie propri di detto sistema (e più sfumati nella sfera del diritto amministrativo¹⁴⁷) e consentire così alle autorità di esercitare una maggiore discrezionalità nell'imposizione di uno strumento coercitivo che diviene, di fatto, punitivo¹⁴⁸.

L'auspicio è che l'adozione della nuova normativa incontri l'attento esame da parte dei giudici nazionali e della Corte di giustizia, posto che i principi di proporzionalità e necessità della misura detentiva, così come la funzionalità del trattenimento rispetto al rimpatrio non sono venuti meno nel testo della Direttiva. Nei casi sinora sottoposti alla sua attenzione, la Corte di Lussemburgo ha mantenuto una interpretazione restrittiva delle nozioni di ordine pubblico e sicurezza nazionale: si pensi alla medesima nozione contenuta nell'art. 8, dir. 2013/33/UE¹⁴⁹ con riferimento al trattenimento; o all'interpretazione della nozione di cui all'art. 7, par. 4, dir. 2008/115 in relazione all'istituto della partenza volontaria¹⁵⁰. Estendere una simile interpretazione al nuovo testo dell'art. 18 (1) lett.c) potrebbe limitare la discrezionalità eccessiva degli Stati. Del resto, residuano diverse incertezze circa l'iter legislativo – e, dunque, la configurazione finale – della Direttiva: né il Consiglio né il Parlamento hanno ancora adottato la propria posizione definitiva sulla proposta della Commissione, e pertanto i negoziati non sono mai formalmente cominciati. Nel momento in cui si scrive, l'orientamento nel primo organo legislativo è cristallizzato in un «Partial general

of return and for carrying out removal”, as long as such ground is laid down in national law». Tuttavia, la detenzione che non sia strettamente funzionale al rimpatrio si porrebbe in contrasto con l'art. 52 Carta. Opinion 1/2019, p. 44.

¹⁴⁵ I. Majcher, T. Strik, 2021, p. 120 e ss., e I. Majcher, *The Effectiveness of the EU Return policy at all costs: the punitive use of administrative pre-removal detention*, in: N. Kogovšek Šalamon (ed.), *Causes and Consequences of Migrant Criminalisation*, New York, 2020, pp. 109-129.

¹⁴⁶ Sul punto, FRA, Opinione 1/2019, p. 50 e ss.

¹⁴⁷ B. Schotel, *Populism? It's administrative law, stupid! How Administrative Law Subverts Legal Resilience*, in V. Stoyanova, S. Smet, *Migrant's rights, populism and legal resilience in Europe*, Londra, 2022, pp. 335-367.

¹⁴⁸ Sulla pervasività di un simile approccio nel contesto italiano, si rimanda al cap. IV, par. 2.1 e 2.3.

¹⁴⁹ CGUE, *J.N.*, par. 64-70.

¹⁵⁰ CGUE, *Z. Zh.*, par. 50-54.

approach» del maggio 2019¹⁵¹, che estende ulteriormente i presupposti sulla base dei quali può essere riconosciuto un rischio di fuga (inserendo un generico riferimento alla sussistenza di un «rischio per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale»), ed anche i casi in cui potrebbe farsi valere una presunzione *iuris tantum*; al contempo, il Consiglio ha mostrato di approvare le previsioni inserite nel nuovo art. 18, poiché non ha apportato propri emendamenti in merito, con l'unica eccezione di concedere agli Stati di prevedere una durata minima inferiore ai tre mesi nei casi di trattenimento dei minori stranieri non accompagnati.

La Commissione LIBE del Parlamento europeo presentava invece la propria proposta di emendamenti nel febbraio 2020. La bozza formulata dalla relatrice Tineke Strik partiva dal presupposto che la politica di rimpatrio debba essere «both effective and respectful of the rights of illegally staying migrants»¹⁵². Vengono eliminate le previsioni sottese all'ampliamento dei presupposti detentivi (in particolare, i criteri enumerati dalla Commissione alla base della nozione di rischio di fuga, e il riferimento 'pericolosità' quale presupposto per il trattenimento), accorciati i tempi massimi di detenzione, e inserite invece numerose garanzie in tema di condizioni detentive, accessibilità dei centri di trattenimento e alternative alla detenzione dei minori¹⁵³. Tuttavia, detto rapporto non veniva votato in plenaria dal Parlamento, né si assisteva ad un successivo posizionamento formale del Consiglio in relazione all'avvio dei negoziati: allo stato attuale, pertanto, il processo legislativo è aperto ma in fase di stallo.

La novità maggiormente significativa in tema di trattenimento nella fase di rimpatrio riguarda la trasposizione della procedura di frontiera – introdotta *ex novo* in sede di riforma della Direttiva Rimpatri¹⁵⁴ – all'interno delle proposte legislative formulate dalla Commissione europea nel 2020. Per ragioni sistematiche, questa verrà dunque trattata nel paragrafo successivo. Preme sottolineare sin d'ora che proprio in questa procedura – e nello spazio legale/geografico ove questa si colloca – si realizza lo stretto collegamento tra asilo e rimpatrio sin dal 2018 e che le norme paiono configurare una nuova ipotesi di detenzione, quasi fosse un *tertium genus* tra quella del richiedente asilo e quella del migrante irregolare presente sul territorio.

¹⁵¹ Consiglio dell'UE, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast) – Partial general approach*, 23.5.2019, n. 9620/2019.

¹⁵² Parlamento europeo, Comitato delle Libertà Civili, Giustizia e Affari Interni, *Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals (recast)*, 21.2.2020.

¹⁵³ Con riferimento all'art. 18, inoltre, la Relatrice ha proposto di inserire una «valutazione di vulnerabilità» (o *vulnerability test*) preliminare all'adozione della misura detentiva, al fine di imporre sulle autorità nazionali l'onere di indagare l'esistenza di condizioni di vulnerabilità che rendano incompatibile il trattenimento. Sono poi numerose le proposte di emendamenti che riguardano le modalità e le condizioni di detenzione (dalla previsione esplicita di un diritto a ricevere visite, al divieto di detenzione di donne in stato di gravidanza e di minori, accompagnati e non accompagnati), e quelle volte ad introdurre un diritto di reclamo avverso le condizioni detentive. Nel complesso, le proposte mirano ad integrare nel testo della Direttiva le raccomandazioni operate da numerosi attori internazionali quali il Comitato per i diritti del fanciullo o il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, sono in linea con le proposte suggerite dall'Agenzia dei diritti fondamentali (FRA) nella sua opinione sulla riforma legislativa.

¹⁵⁴ Proposta di direttiva (rifusione), art. 22.

5. La trasformazione del regime detentivo nel Patto Europeo sulla Migrazione e l'Asilo¹⁵⁵

L'ottava legislatura del Parlamento europeo si chiudeva nel luglio 2019 senza che le istituzioni europee fossero state in grado di accordarsi su una riforma del sistema comune europeo di asilo o della Direttiva Rimpatri. La stagione di auspicato rinnovamento delle politiche in materia di immigrazione, avviata con l'Agenda europea del 2015, non aveva quale esito una profonda revisione dei principi cardine alla base del sistema di regole unionali: se, per un verso, tale soluzione è apparsa insoddisfacente a parte della dottrina e ad alcuni Stati membri che auspicavano un maggiore protagonismo del principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE¹⁵⁶, per altro verso la mancata riforma dell'attuale quadro giuridico in materia di asilo e rimpatrio ha garantito – in un contesto di esponenziale politicizzazione del tema migratorio – il mantenimento di alcune essenziali garanzie a tutela dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari di fronte a prassi statali di dubbia legittimità o palese incompatibilità con i principi di diritto dell'Unione: emblematico, a questo proposito, il caso ungherese¹⁵⁷; ma anche le pronunce esaminate nel capitolo precedente in materia di trattenimento e diritto ad un rimedio effettivo.

Semmai, la dottrina ha evidenziato come numerose criticità – sul piano della dimensione interna delle politiche migratorie¹⁵⁸ – siano ancora fortemente legate alla insufficiente implementazione del diritto UE (e delle garanzie ivi previste) nei contesti nazionali¹⁵⁹. Anche con riferimento all'approccio *hotspot* sopra esaminato può concludersi che uno degli aspetti di maggiore allarme è legato alla frammentazione e all'incertezza del quadro giuridico ad esso applicabile, che rende più ostica la sua riconducibilità alle garanzie previste dalle direttive esistenti e che apre all'utilizzo generalizzato di misure – quali la privazione o la limitazione della libertà personale – che dovrebbero avere applicazione residuale e, per quanto riguarda il trattenimento, eccezionale secondo la normativa vigente.

¹⁵⁵ Il presente paragrafo è frutto di riflessioni e analisi già condotte dall'autrice, in particolare in E. Celoria, *La normalizzazione della detenzione alle frontiere esterne dell'Unione europea nel nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2021, 2, pp. 43-70; e E. Celoria, *The 'new' proposal on a pre-screening procedure: the costs of recycling the hotspot approach*, 2021.

¹⁵⁶ Per una ricostruzione, G. Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di asilo e immigrazione*, Bari, 2018. Inoltre, sul tema, C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*, 2018, 2; e L. Marin, *Governing Asylum with (or without) Solidarity? The Difficult Path of Relocation Schemes, Between Enforcement and Contestation*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2019, 1, pp. 55-74.

¹⁵⁷ CGUE, *FMS et al.*; CGUE, *Commissione c. Ungheria*.

¹⁵⁸ Che costituisce l'arena di interesse della presente analisi, centrata sull'evoluzione del regime detentivo all'interno dei paesi dell'Unione. Distinte considerazioni possono operarsi per quanto riguarda la dimensione «esterna», o «esternalizzante» dell'UE, su cui, ad esempio, P. Garcia Andrade, *The external dimension of EU migration policy: the legal framing of building partnership with third countries*, in E. Tsourdi, P. De Bruyker, 2022, pp. 365-388, e, diffusamente, S. Carrera, J. Santos Vara, T. Strik, *Constitutionalising the external dimension of EU migration policies in times of crisis*, Cheltenham, 2019.

¹⁵⁹ M. Moutzourakis, C. Costello, *Effective judicial protection of migrants and refugees? The role of Europe's supranational Courts in protecting and generating rights*, in L. Tsourdi, P. De Bruyker, 2022, pp. 79-97, e E. Tsourdi, *Asylum in the EU: one of the many faces of rule of law backsliding?*, in *European Constitutional Law Review*, 2021, 17(3), pp. 471-497.

La Commissione europea, tuttavia, non riteneva soddisfacente un simile *status quo*¹⁶⁰ e, pertanto, nel settembre 2020 presentava un nuovo documento programmatico, un Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo¹⁶¹, accompagnato da alcune proposte di riforme legislative attinenti ai principali ambiti di interesse della politica europea di asilo (e non solo),¹⁶² e da ulteriori atti di *soft-law* in materia di immigrazione¹⁶³. Uno sguardo complessivo all'impianto legislativo proposto dalla Commissione consente immediatamente di prendere atto della sovrapposizione e dell'intreccio delle basi legali sottese alle diverse proposte di riforma: l'idea – presentata come innovativa – dell'istituzione europea è di affrontare il fenomeno dell'immigrazione nel suo complesso, senza operare fini distinzioni tra gli atti che afferiscono ai diversi ambiti riconducibili alle politiche di ingresso e controllo delle frontiere esterne, asilo, e immigrazione irregolare. Così, la riforma del sistema Dublino viene inserita in un impianto normativo (ridenominato «gestione dell'asilo e della migrazione») volto a disciplinare (in parte) anche l'azione esterna dell'UE e la cooperazione con i Paesi terzi, e le modalità di realizzazione di una nuova solidarietà nel campo dei rimpatri; il Regolamento sugli accertamenti da svolgere alle frontiere esterne è destinato ad applicarsi sia ai migranti irregolari che ai richiedenti asilo

¹⁶⁰ Posizione condivisa da alcuni commentatori, tra cui D. Thym, Odysseus Network (a cura di), *Reforming the Common European Asylum System, Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden-Baden, 2022, p. 32.

¹⁶¹ Il Patto è stato ampiamente commentato in dottrina, sia immediatamente dopo la sua adozione, sia in via più approfondita negli anni successivi. *Ex multis*, A. Di Pascale, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 28.9.2020; C. Favilli, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*, 2.10.2020; M. Borraccetti, *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità con il passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, 1, pp. 1-27; e le *Special Issues* dedicate al Patto nelle riviste «Annuali Aisdue» (n. 2/2021), e «Freedom, Security and Justice: European Legal Studies» (n. 2/2021). Per una panoramica della dottrina europea, invece, D. Thym (a cura di), 2022, e i contributi raccolti nel Forum «The new EU Pact on Migration and Asylum in Light of the UN Global Compact on Refugees» (settembre 2020-febbraio 2021) su ASILEProject.org.

¹⁶² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione], COM/2020/610 def; Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM/2020/611 def; Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM/2020/612 def; Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, COM/2020/613 def; Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione] e del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sul reinsediamento], per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818, COM/2020/614 def.

¹⁶³ Raccomandazione (UE) 2020/1364 della Commissione del 23 settembre 2020 relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE: promuovere il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari, 1.10.2020, C (2020) 6467; Raccomandazione (UE) 2020/1365 della Commissione del 23 settembre 2020 sulla cooperazione tra gli Stati membri riguardo alle operazioni condotte da navi possedute o gestite da soggetti privati a fini di attività di ricerca e soccorso, 1.10.2020, C (2020) 6468; Raccomandazione (UE) 2020/1366 della Commissione del 23 settembre 2020 su un meccanismo dell'UE di preparazione e di gestione delle crisi connesse alla migrazione (programma di preparazione e di risposta alle crisi nel settore della migrazione), 1.10.2020, C (2020) 6469; Comunicazione della Commissione, *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali 2020/C 323/01*, 1.10.2020, C (2020) 6470.

e prevede alcuni margini di sovrapposizione con le Direttive Accoglienza (nella nuova formulazione introdotta nel 2016) e Procedure (quale risultante dalla crisi tra il testo presentato nel 2016 e quello del 2020); infine, proprio nel nuovo Regolamento Procedure (finalizzate a disciplinare lo svolgimento dell'esame della domanda di asilo) confluiscono previsioni destinate ad applicarsi ai migranti irregolari, precedentemente introdotte nell'ambito della riforma della dir. 2008/115/CE.

Di fronte ad un quadro così delineato i singoli atti normativi vengono ancorati a più basi legali contemporaneamente, sebbene nell'impianto originario individuato dagli artt. 77, 78 e 79 TFUE vi fosse una netta distinzione tra gli obiettivi e le conseguenti azioni che possono essere adottate dalle istituzioni in ognuno degli ambiti individuati. Inoltre, può quantomeno dubitarsi del successo delle proposte rispetto agli obiettivi di «chiarezza e certezza» del quadro giuridico che la Commissione si è posta con il nuovo Patto.

La finalità politica perseguita dall'istituzione emerge invece con evidenza: intervenire sul sistema di asilo piegandolo all'esigenza di controllare e gestire i flussi migratori, posto che «le sfide di oggi sono diverse da quelle della crisi dei rifugiati del 2015-2016. I flussi misti di rifugiati e di migranti sono caratterizzati da una maggiore complessità e hanno reso più acuta la necessità di meccanismi di coordinamento»¹⁶⁴. In sostanza, ci pare di comprendere, dal momento che i migranti che fanno ingresso irregolarmente nell'Unione presentano nella grande maggioranza dei casi domanda di asilo, le regole in materia dovranno diventare più flessibili per adattarsi alle esigenze sottese agli ambiti di cui agli artt. 77 e 79 TFUE. Un possibile risvolto di questo tipo di approccio è l'indebolimento delle garanzie facenti parte del CEAS e che discendono direttamente dalle Convenzioni internazionali, prima tra tutte la Convenzione di Ginevra.

Quanto al carattere innovativo delle riforme, diversi commentatori hanno espresso talune riserve¹⁶⁵: è indicativo che metà delle proposte si fondino su soluzioni già prospettate tra il 2016 e il 2019, o sull'istituzionalizzazione di prassi sperimentate negli stessi anni (profilo su cui si tornerà a breve). Anche le più recenti conclusioni del Consiglio GAI (Giustizia e Affari Interni) in merito a due tra gli atti legislativi considerati più ambiziosi¹⁶⁶ pur sbloccando una situazione di stallo durata almeno due anni¹⁶⁷, non rivelano sostanziali elementi di novità rispetto ai principi consolidati nell'attuale Regolamento di Dublino. Paiono, invece, un consolidamento dell'approccio che ha permeato le politiche migratorie negli ultimi otto anni, fondate sull'esternalizzazione del controllo dei flussi, e sul ricorso a procedure di frontiera per la gestione dei richiedenti asilo e migranti che, nonostante i muri eretti da paesi quali Libia, Turchia e, più recentemente, Tunisia, riescono ad approdare in Europa.

¹⁶⁴ Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo, p. 3.

¹⁶⁵ Ad es. Borraccetti, 2021; G. Cornelisse, *Border control and the right to liberty in the Pact: a false promise of certainty, clarity and decent conditions?*, e L. Jakuleviciene, *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders*, in D. Thym, 2022, pp. 61-98.

¹⁶⁶ Il nuovo Regolamento sulla Gestione dell'Asilo e della Migrazione (RAMM) e il nuovo Regolamento Procedure.

¹⁶⁷ M. Savino, *Il rilancio del Patto UE sulla migrazione e l'asilo: perché l'Italia ha messo d'accordo (quasi) tutti gli Stati membri*, ADiM Blog, Editoriale, giugno 2023.

Proprio quest'ultimo profilo è di particolare interesse per l'analisi che si sta conducendo sulle trasformazioni ed evoluzioni del regime della detenzione amministrativa. L'introduzione ad opera del nuovo Patto di tre procedure di frontiera, o, per essere aderenti alla linea della Commissione, di una «procedura di frontiera fluida, applicabile a tutti i cittadini di Paesi terzi che attraversano senza autorizzazione, comprendente accertamenti preliminari all'ingresso, una procedura di asilo e, se del caso, una procedura di rimpatrio rapido, combinando in tal modo processi attualmente distinti»¹⁶⁸ comporta implicazioni di estrema rilevanza sul diritto alla libertà personale dei migranti, esplorate nei paragrafi che seguono.

5.1. Il nuovo Regolamento sugli accertamenti in ingresso: se il diritto (non) occupa gli spazi di eccezione

La proposta di Regolamento sulla «nuova» procedura di accertamenti o *screening* (di seguito PRS) da svolgere alle frontiere esterne nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che fanno ingresso irregolarmente nell'Unione è all'apparenza una delle soluzioni più innovative introdotte della Commissione. Lo strumento ha una duplice finalità: da un lato, rafforzare il controllo delle persone che si accingono a entrare nello spazio Schengen (siano esse richiedenti asilo o migranti irregolari¹⁶⁹), integrando le verifiche già effettuate all'atto dell'attraversamento del confine o sopperendo alla loro eventuale assenza o superficialità; dall'altro, incanalare le persone verso le procedure adeguate e, più precisamente, «filtrare» coloro che hanno una elevata probabilità di ottenere protezione in Europa da tutti gli altri¹⁷⁰: i primi potranno fare ingresso sul territorio, gli altri (categoria che ricomprende tanto i richiedenti asilo con scarse possibilità di ottenere una protezione quanto gli irregolari) no.

Si attuano così due processi trasformativi. In primo luogo, lo *status* di asilante si disintegra, e viene per lo più assimilato a quello di migrante da respingere, perché ha attraversato il confine illegalmente; di conseguenza, si mina l'effettività delle tutele in termini di qualifiche e di procedure (ad esempio all'esame individuale della domanda) contemplate nel CEAS¹⁷¹. In secondo luogo, la frontiera esterna non è più unicamente la linea di confine da attraversare, ma diventa uno spazio largo, polifunzionale, ove concentrare gli sforzi per «colmare le lacune esistenti tra controlli di frontiera e le procedure di asilo e rimpatrio»¹⁷²: l'obiettivo ultimo, evidente ma non espresso, è quello di limitare non soltanto l'ingresso, ma più in generale i

¹⁶⁸ Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo, p. 4.

¹⁶⁹ La formulazione dell'art. 3(1) PRS si riferisce ai cittadini di Paesi terzi «fermati in relazione all'attraversamento non autorizzato via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro [...] e sbarcati sul territorio di uno Stato membro a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso» anche qualora abbiano presentato domanda di asilo. Inoltre, l'art. 3(2) esplicitamente richiama «tutti i cittadini di paesi terzi che presentano domanda di protezione internazionale presso i valichi di frontiera esterni o nelle zone di transito». Ad essi si aggiungono poi i cittadini stranieri fermati in condizioni di soggiorno irregolare sul territorio se vi sono indizi che abbiano attraversato la frontiera senza sottoporsi ai controlli, secondo una rocambolesca operazione che colloca, giuridicamente, lo straniero in frontiera anche quando egli è già presente da tempo sul territorio (art. 5 PRS).

¹⁷⁰ M. Borraccetti, 2021, p. 3.

¹⁷¹ J. Vested-Hansen, *Border procedure on asylum and return: closing the control gap by restricting access to protection?*, in D. Thym, 2022, pp. 99-112.

¹⁷² Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo, p. 4.

movimenti secondari dei migranti sul suolo europeo. Le affinità con l'approccio *hotspot* emergono vividamente.

Dal punto di vista sostanziale, la procedura introdotta dal Regolamento *screening* si compone di due fasi, coerentemente con i due scopi perseguiti. Entrambe dovrebbero essere precedute dalla veicolazione di informazioni su modalità ed esiti degli accertamenti, e sui diritti e i doveri di cui sono titolari le persone coinvolte¹⁷³. La prima fase è propriamente quella degli accertamenti¹⁷⁴ e comprende l'identificazione, la registrazione delle impronte digitali, il controllo della sussistenza di «rischi sanitari e per la sicurezza» (questi ultimi anche tramite l'accesso alle banche dati¹⁷⁵) e l'individuazione di eventuali condizioni di vulnerabilità¹⁷⁶. La seconda riguarda l'incanalamento delle persone verso quattro possibili procedure: quella di asilo ordinaria, quella di asilo di frontiera e quella di rimpatrio o quella di rifiuto di ingresso (respingimento). La scelta si fonda unicamente sulle scarse informazioni (*rectius*, sugli «elementi che appaiono a prima vista pertinenti»¹⁷⁷) raccolte nel corso degli accertamenti, la cui durata non può superare i cinque giorni, o, in «circostanze eccezionali» determinate da un «numero sproporzionato di cittadini di paesi terzi», i dieci giorni¹⁷⁸. L'esito degli accertamenti e le informazioni raccolte confluiscono in un modulo precompilato che nella proposta della Commissione non costituisce un atto impugnabile poiché endoprocedimentale. La dottrina ha criticato la mancata previsione di un rimedio avverso le risultanze dei controlli e la scelta della procedura applicabile, che può avere conseguenze di natura sostanziale estremamente rilevanti¹⁷⁹.

Uno degli elementi più inconsueti della proposta – e che ha suscitato maggiore perplessità¹⁸⁰ – riguarda la finzione di non ingresso sul territorio prevista dall'art. 4 del Regolamento. La

¹⁷³ L'art. 8(3) PRS prescrive che «le informazioni sono fornite in una lingua che il cittadino di paese terzo comprende o che ragionevolmente si suppone gli sia comprensibile. Le informazioni sono fornite per iscritto e in circostanze eccezionali, se necessario, oralmente, ricorrendo a servizi di interpretazione. Sono fornite in modo adeguato all'età e al genere del destinatario». Pur riconoscendo l'importanza della previsione, è stato osservato che una norma così enucleata appare troppo generica per garantire una piena comprensione delle informazioni e che, soprattutto, nell'elenco delle informazioni da fornire non è indicata quella sulla possibilità di richiedere asilo. ECRE, *Comments on the Commission proposal for a screening regulation COM (2020) 612*, Novembre 2020, p. 27 e ss.

¹⁷⁴ L'art. 6(6) PRS individua la seguente scansione dei controlli, qualificati come obbligatori: (a) controllo preliminare dello stato di salute e delle vulnerabilità come previsto all'articolo 9; (b) identificazione come previsto all'articolo 10; (c) registrazione dei dati biometrici nelle banche dati pertinenti come previsto all'articolo 14, paragrafo 6, nella misura in cui non sia ancora avvenuta; (d) controllo di sicurezza come previsto all'articolo 11 [...].

¹⁷⁵ L'art. 11 PRS impone alle autorità competenti di consultare l'EES, l'ETIAS, il VIS, l'ECRIS-TCN e la banca dati Interpol sui documenti di viaggio associati a segnalazioni (TDAWN), per verificare che i cittadini di Paesi terzi non costituiscano una minaccia per la sicurezza.

¹⁷⁶ Art. 9 PRS. Tra le cause di vulnerabilità si richiamano la necessità di cure immediate, l'essere vittime di tortura o avere particolari esigenze di accoglienza, l'essere minori (a tutela dei quali deve essere prevista la presenza di personale appositamente formato e qualificato). L'individuazione della vulnerabilità, in assenza di indicazioni più precise e circoscritte, avverrà però necessariamente *prima facie*, senza alcuni approfondimenti ulteriori. Sul punto, C. Scissa, *Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo dalla prospettiva della vulnerabilità*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, 2, pp. 351-387.

¹⁷⁷ Art. 14 (2) PRS.

¹⁷⁸ Art. 6 (2,3) PRS.

¹⁷⁹ L. Jakuleviciene, 2022, e J.P. Cassarino, L. Marin, 2022.

¹⁸⁰ V. Mitsilegas, *The EU external border as a site of preventive (in)justice*, in *European Law Journal*, 2022, pp. 1-18. L. Marin, *The 2020 proposals for pre-entry screening and amended border procedures: a system of*

norma si limita a prescrivere che «durante gli accertamenti preliminari le persone sottoposte ad accertamenti [...] non sono autorizzate a entrare nel territorio dell'Unione». Un simile ordigno giuridico non era mai stato previsto dal diritto unionale: con la sua introduzione si viene a creare un ribaltamento dello stato di eccezione agambiano, poiché non siamo più di fronte ad una sospensione del diritto ma, semmai, al ricorso al diritto per legittimare l'eccezione¹⁸¹. In realtà né la relazione introduttiva della Commissione, né gli altri articoli della proposta approfondiscono ulteriormente la portata e il significato della *fictio iuris* di non ingresso: è però evidente che di una finzione si tratti poiché l'art. 6 (1) PRS dispone che gli accertamenti sono effettuati in «luoghi ubicati presso le frontiere esterne o nelle loro vicinanze», confermando che le persone saranno fisicamente presenti sul territorio.

La funzione dell'artificio pare piuttosto da ricondursi alla necessità di giustificare – tramite l'astrazione per cui lo straniero non è pienamente ammesso all'interno dello Stato – lo svolgimento di procedure eccezionali, in un regime caratterizzato da maggiori compressioni dei diritti procedurali (ad es. all'esame individuale della propria situazione, ad un ricorso effettivo) rispetto a quanto potrebbe avvenire all'interno del territorio¹⁸². In altre parole, la finzione è cruciale per smontare un sistema (di asilo) fondato sul diritto del richiedente di risiedere sul territorio durante l'esame della sua domanda: non potendovi (legalmente) entrare, la persona resterà per tutta la procedura in una condizione di limbo. Alle conseguenze normative di una simile condizione si sommano ripercussioni molto concrete suscettibili di compromettere lo stato di salute e benessere (fisico e mentale) del richiedente¹⁸³.

La lettura sistematica delle norme sul divieto di ingresso e sullo svolgimento degli accertamenti presso «luoghi posti in prossimità della frontiera» fa sorgere spontanea la domanda sulla strutturazione concreta di tali siti, sulla natura della permanenza e sulle condizioni di vita delle persone migranti. Sono indicativi, e maggiormente rivelatori di quanto non siano gli articoli di legge, i *consideranda* n. 12 e 20 della proposta: il primo presenta come opportuno che «gli Stati membri applichino misure conformi al diritto nazionale per impedire alle persone interessate di entrare nel territorio durante gli accertamenti. In casi specifici, se necessario, tali misure possono includere il trattenimento, nel rispetto della normativa nazionale in materia»; il secondo indica agli Stati di individuare «tenendo conto della geografia e delle infrastrutture esistenti, luoghi adeguati per gli accertamenti alla frontiera esterna o nelle

revolving doors to enter (and leave) Europe?, ADiM Blog, *Analyses & Opinions*, November 2020. Si vedano anche i commenti di ECRE, 2020; e ASGI, *The new proposal for a screening at the external borders*, Novembre 2021.

¹⁸¹ G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003. Non si intende in questa sede ripercorrere l'opera di Agamben né metterla in relazione con i dibattiti in tema di detenzione amministrativa, teorie del confine e sovranità, quanto piuttosto, più timidamente, constatare come la legge viene utilizzata per legittimare procedure escludenti. Sull'influenza del concetto di stato di eccezione e della forma di campo sul tema che si tratta, C. Minca, *The return of the camp*, in *Progress in Human Geography*, 2005, 29, pp. 405-412; F. Rahola, *Le forme-camp. Pour une généalogie des lieux de transit et d'internement du présent*, in *Cultures & Conflits*, 2007, 68, pp. 31-50; A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2014, 1, pp. 17-40, ma anche G. Campesi, *Genealogies of immigration detention: migration control and the shifting boundaries between the 'penal' and the 'preventive' State*, in *Social & Legal Studies*, 2020, 29(4), pp. 527-548.

¹⁸² Così J.P. Cassarino, L. Marin, 2022.

¹⁸³ A. Mountz, *The death of asylum: the hidden geographies of the enforcement archipelago*, Minneapolis, 2020.

sue vicinanze, così che i cittadini di paesi terzi fermati e coloro che si presentano ai valichi di frontiera possano essere sottoposti rapidamente agli accertamenti. Le attività legate agli accertamenti possono essere espletate nei punti di crisi (*hotspot*)» di cui al Regolamento Frontex.

In sostanza, ci pare di poter inferire che le persone destinatarie degli *screening* debbano essere mantenute coartatamente in strutture poste sulla, o in prossimità della frontiera; che l'esercizio del potere coercitivo finalizzato a prevenire il loro ingresso (cioè spostamento) sul territorio possa assurgere al massimo grado di afflittività (la detenzione); e che detto collocamento, o trattenimento, possa avvenire all'interno degli *hotspot*. Un complesso gioco di rimandi restituisce un quadro tutto sommato molto chiaro e conferma, per la prima volta, in un atto regolamentare che gli *hotspot* possono essere spazi di trattenimento. Del resto, non vi sono molti dubbi che la proposta di Regolamento sia modellata sulle prassi sperimentate nei punti di crisi, ed in particolare in quelli semi-formali (italiani) e informali (spagnoli). Identici sono gli obiettivi perseguiti, molto simili le procedure da svolgervi, del tutto sovrapponibili gli esiti successivi ai controlli (indirizzamento verso la fase di asilo o di rimpatrio/respingimento)¹⁸⁴.

Un ulteriore elemento di prossimità è il non detto (o meglio, il 'non prescritto') in materia di detenzione: se si ammette che gli Stati possano ricorrere al trattenimento, non si disciplinano in via dettagliata presupposti, limiti e garanzie a tutela dei destinatari della misura. Si noti che non vi è nemmeno un inciso destinato ad escludere l'adozione di misure coercitive nei confronti di minori e gruppi vulnerabili: anche gli appartenenti a queste categorie, di conseguenza, potranno essere confinati per un periodo variabile tra i cinque e i dieci giorni senza avere accesso a misure di protezione (si pensi alla nomina del tutore per i minori stranieri non accompagnati) e alle maggiori garanzie contemplate, ad esempio, nelle direttive in materia di asilo (tra cui l'accesso all'assistenza e rappresentanza legale). Preoccupa, a questo proposito, che tra le novità introdotte nel nuovo «Regolamento procedure»¹⁸⁵ vi sia una modifica agli artt. 26 e 27 Regolamento che rende le norme in materia di registrazione della domanda di asilo applicabili solo al termine degli accertamenti: una simile indicazione introduce un grado di incertezza e confusione ulteriore nell'identificazione del regime normativo di cui sono destinatari i richiedenti asilo sottoposti a *screening*, e dunque delle tutele previste nei loro confronti¹⁸⁶.

Si ripresentano alcune delle problematiche già esposte in precedenza nel commentare l'approccio *hotspot*: la frammentarietà delle previsioni normative; il sovrapporsi di regimi legali differenti e la conseguente ambiguità delle norme; la tortuosità dei percorsi per individuare le garanzie di volta in volta applicabili ai migranti e ai richiedenti asilo. Detti rilievi critici possono esser avanzati nel campo del diritto di asilo e della disciplina della protezione

¹⁸⁴ Come si vedrà, la distinzione tra procedura di asilo ordinaria e procedura di asilo in frontiera si attesta non tanto sul modello italiano, quanto piuttosto su quello greco, che ha costituito l'orizzonte di riferimento nel delineare la più complessiva procedura di frontiera (comprensiva di accertamenti, asilo e eventuale rimpatrio).

¹⁸⁵ Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, 23 settembre 2020, COM/2020/611 def, art. 11, che modifica a sua volta la Proposta del 2016 (nota 87). Di seguito la Proposta del 2020 verrà indicata con la sigla PRP.

¹⁸⁶ M. Marchegiani, *Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo sotto il prisma della nozione di vulnerabilità*, in *Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, 2021, pp. 484-493.

internazionale¹⁸⁷, ma non sono estranei nemmeno alla materia della libertà personale¹⁸⁸. Eppure, a differenza di quanto avvenuto con l'approccio *hotspot*, il Regolamento *screening* è a tutti gli effetti diritto dell'Unione destinato peraltro a trovare immediata applicazione – senza necessità di trasposizione – sul piano interno. *Quid iuris*, dunque, per le tutele a presidio della libertà del migrante?

La proposta di Regolamento fornisce indicazioni scarse. Nella sua relazione introduttiva, la Commissione asserisce che «Gli accertamenti saranno condotti nel pieno rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta, tra cui: il diritto alla dignità umana (articolo 1); la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (articolo 4); il diritto di asilo (articolo 18); la protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione (articolo 19); il principio di non discriminazione (articolo 21); il diritto a un livello elevato di protezione della salute umana (articolo 35)». L'articolo 6 della Carta non trova spazio in questo elenco. Eppure, all'interno del Regolamento si fa menzione del rispetto delle norme in tema di trattenimento quando si introduce un meccanismo di monitoraggio indipendente a tutela dei diritti fondamentali. Un simile strumento trova la sua giustificazione nella consapevolezza che le procedure di *screening* e, più in generale, quelle che vengono condotte alle frontiere esterne dell'Unione, possono comportare significative compressioni dei diritti fondamentali¹⁸⁹: l'attuazione dell'approccio *hotspot* nei tessuti nazionali ne ha fornito una esemplificazione plastica¹⁹⁰. In base all'art. 7 PRS, gli Stati saranno perciò tenuti ad istituire un meccanismo di monitoraggio per: a) garantire il rispetto del diritto UE, internazionale e della Carta; b) «garantire il rispetto delle norme nazionali che disciplinano il trattenimento della persona interessata, segnatamente i motivi e la durata del trattenimento»; c) garantire un trattamento efficace e senza indebiti ritardi dei presunti casi di violazione dei diritti fondamentali. L'articolazione della norma è pilatesca: si ammette che gli accertamenti possano comportare la detenzione dei migranti, ma si appalta al diritto nazionale l'onere di disciplinarne presupposti, modalità e condizioni. In sostanza, la Commissione ha preferito non assumersi la responsabilità di indicare se e quando le procedure possano essere condotte in regime di totale privazione di libertà e così facendo ha lasciato ampia discrezionalità agli Stati – che spesso tendono a rifuggire da una cornice chiara di diritto positivo (come si avrà modo di analizzare ampiamente nel capitolo successivo).

¹⁸⁷ M. Moutzourakis, *More Laws, Less Law: The European Union's New Pact on Migration and Asylum and the Fragmentation of the 'Asylum Seekers' Status*, in *European Law Journal*, 2021, 26 (3-4), pp. 171-180.

¹⁸⁸ G. Cornelisse, 2022; L. Marin, *The 2020 Proposals for Pre-Entry Screening and Amended Border Procedures: a System of Revolving Doors to Enter (and Leave) Europe?*, in *Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, 2021, pp. 460-468.

¹⁸⁹ FRA, *EU borders situation: a serious fundamental rights concern in 2021*, 3.3.2022.

¹⁹⁰ FRA, *Update on the 2016 FRA Opinion on fundamental rights in the hotspots set up in Italy and Greece*, 11.3.2019; e FRA, *Deplorable conditions in reception centres and police violence: still a daily reality for many migrants*, 18.2.2020.

Gli emendamenti proposti dal Parlamento europeo¹⁹¹ e dal Consiglio¹⁹² alla proposta iniziale del Regolamento *screening* non ne stravolgono in via sostanziale i contenuti, ma contengono alcune precisazioni importanti in tema di garanzie procedurali e di trattenimento¹⁹³. Partendo dal testo del Consiglio (adottato nel 2022) e limitandosi alle modifiche proposte in tema di limitazione della libertà personale¹⁹⁴, si prospetta la possibilità di condurre le procedure di frontiera *anche* sul territorio, quando non vi siano strutture adeguate o libere situate alle frontiere, mantenendo però la *fiction iuris* di non ingresso intatta. Al tempo stesso, si propone di modificare l'art. 4 inserendo un obbligo per gli Stati di «dettare disposizioni nel diritto nazionale volte a garantire che le persone sottoposte ad accertamenti rimangano a disposizione delle autorità, al fine di prevenire un rischio di fuga»: l'aggiunta è da leggersi in combinato disposto con il nuovo testo del considerando n. 12, in base al quale «in casi individuali, se necessario, le misure possono includere la detenzione [...] nel rispetto della legge nazionale che regola la materia»; inoltre «il trattenimento deve essere sempre necessario, proporzionato e soggetto a un rimedio effettivo, in linea con il diritto nazionale, dell'UE e internazionale e non deve superare la durata prevista dal quadro normativo nazionale». Sebbene non contenute in un articolo del Regolamento, le precisazioni in materia di detenzione rivestono una certa importanza in quanto contribuiscono ad allineare il contenuto del Regolamento ai principi di chiarezza e certezza del diritto. Infine, ci pare positivo che nel testo proposto dal Consiglio si operi un più chiaro coordinamento tra gli accertamenti e le direttive in materia di asilo e di rimpatrio: da un lato, si prevede che le prime si applichino sin dal momento in cui la persona ha presentato domanda di asilo (sia con riferimento alla registrazione della domanda che all'accesso alle misure di accoglienza); dall'altro, si posticipa l'attivazione della procedura di rimpatrio all'esito degli accertamenti¹⁹⁵.

Venendo al testo votato dalla Commissione LIBE nella sessione del 23 aprile 2023, vi si leggono emendamenti migliorativi della proposta iniziale, improntati alla volontà di offrire

¹⁹¹ Parlamento europeo, Commissione LIBE, Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third-country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817 (COM(2020)0612 – C9-0307/2020 – 2020/0278(COD)), 14.4.2023, A9-0149/2023.

¹⁹² Consiglio dell'Unione Europea, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817 – mandate for negotiations with the European Parliament, 22.6.2022, n. 10585/22.

¹⁹³ La presente analisi esula dall'esame dettagliato delle diverse modifiche suggerite ai singoli articoli del Regolamento, limitando l'attenzione al tema della detenzione e agli interventi particolarmente innovativi rispetto all'impianto originario della proposta.

¹⁹⁴ Merita però quantomeno menzionare due aspetti particolarmente critici. Il primo è l'introduzione di obblighi di cooperazione a carico della persona sottoposta ad accertamenti, sanzionabili sulla base delle previsioni nazionali: preoccupa il riaffiorare di misure criminalizzanti in un contesto di forte vulnerabilità dei cittadini stranieri (immediatamente dopo il loro ingresso o sbarco) e prima che abbiano piena contezza di quanto sta loro accadendo. Il secondo è l'introduzione della possibilità di sottoporre alla procedura di *screening* anche i cittadini irregolarmente soggiornanti fermati nel corso o immediatamente dopo l'attraversamento non autorizzato di una frontiera interna. La proposta opera una equiparazione tra frontiere interne ed esterne quanto ai mezzi di controllo che possono essere esercitati dagli Stati, in aperta contraddizione con i principi fondanti dell'area Schengen e con la giurisprudenza della Corte di giustizia (CGUE, sentenza del 19 marzo 2019, *Arib et al.*, C-444/17, CLI:EU:C:2019:220).

¹⁹⁵ Consiglio dell'Unione Europea, *Mandate for negotiations*, art. 3a – NEW.

maggiori – ed effettive – garanzie ai migranti coinvolti¹⁹⁶. In primo luogo, si attenua la portata della *fictio of non-entry*, rendendone l'utilizzo facoltativo e automatico¹⁹⁷. Inoltre, si propone che gli accertamenti non siano svolti necessariamente alla frontiera, ma su tutto il territorio: ciò farebbe venir meno l'esigenza di ricorrere alla coartazione dei migranti e al loro confinamento obbligato. La proposta fa anche riferimento alla detenzione, imponendo che questa sia disposta solo in casi eccezionali, previo esperimento di misure meno incisive (quali l'obbligo di presentarsi alle autorità), sia disciplinata dal diritto nazionale e, per quanto possibile, si allinei al contenuto delle norme della Direttiva Accoglienza (ad es. in materia di misure alternative, condizioni di trattenimento, accessibilità dei luoghi, garanzie in materia di accesso alla difesa e alle cure mediche)¹⁹⁸. A differenza della versione del Consiglio, le modifiche sono qui inserite direttamente nel testo dell'art. 6 e non soltanto nei *consideranda* iniziali. Più in generale, si prevede che gli standard in materia di accoglienza si debbano applicare ai richiedenti asilo sin dal momento della presentazione (e non registrazione) della domanda¹⁹⁹. Particolarmente benvenuta è da ultimo la prescrizione tesa a garantire l'accesso ai centri di enti e organizzazioni che intendano fornire supporto legale ai migranti sottoposti agli accertamenti, ivi compreso quando questi siano detenuti.

In attesa di leggere quale sarà il testo definitivo licenziato al termine dei negoziati di Consiglio e Parlamento (atteso tra la fine del 2023 e l'inizio del 2024), si possono fin d'ora recuperare le considerazioni in precedenza svolte sui principi applicabili alla privazione della libertà realizzata in *hotspot*, che risultano ancor più pertinenti in questo contesto. Sebbene non vi siano norme precise e dettagliate a disciplina del trattenimento, ci pare che l'approccio pragmatico e realista dei co-legislatori nel riconoscere la possibilità che, nei fatti, vi si ricorra, possa consentire di meglio tutelare la libertà della persona migrante. In ogni caso, la presenza di un atto normativo unionale e la strumentalità della (possibile) detenzione rispetto al soddisfacimento di obiettivi dell'Unione, attrae senza alcun dubbio l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali (inclusi gli artt. 6 e 47). Una simile soluzione è stata sostanzialmente avallata dal Consiglio e attivamente promossa dal Parlamento. L'auspicio è che la posizione di quest'ultimo circa la conduzione degli accertamenti all'interno del territorio, e senza che si debba ricorrere a strumenti coercitivi, possa affermarsi al termine del negoziato: questo emendamento scardina la logica dell'utilizzo dello spazio frontaliero quale spazio di elezione ove realizzare le politiche migratorie. Se ciò non dovesse accadere, tuttavia, la questione della piena applicabilità della Carta non è di secondaria importanza: in un contesto caratterizzato da procedure eccezionali e derogatorie quale quello frontaliero, la riconducibilità delle prassi

¹⁹⁶ Tra questi: l'eliminazione dei migranti irregolari già presenti sul territorio tra i possibili destinatari dello screening; l'inserimento di garanzie più dettagliate rispetto alle modalità con cui rendere informazioni prima dello svolgimento dello screening; la previsione della nomina di un tutore per i minori stranieri non accompagnati, che possa accompagnarli nello svolgimento degli accertamenti; l'estensione dell'ambito di controllo del meccanismo di monitoraggio indipendente e l'obbligo di includervi enti della società civile; l'obbligo di consegnare copia del modulo finale in cui vengono raccolte le informazioni e l'esito dello screening all'interessato e il suo diritto di chiedere la rettifica delle informazioni nell'ambito della procedura di asilo o di rimpatri avanti l'autorità amministrativa o giudiziaria.

¹⁹⁷ Parlamento europeo, Commissione LIBE, Report, considerando n. 12, art. 4, par. 1.

¹⁹⁸ Parlamento europeo, Commissione LIBE, considerando n. 12a – NEW, art. 6, par. 1a.

¹⁹⁹ Sulla distinzione tra le due fasi, cap. I, par. 7.

detentive ai principi di legalità, necessità e proporzionalità, e la configurazione di un diritto a presentare ricorso affinché l'autorità giudiziaria possa pronunciarsi sulla legittimità delle stesse (pure in assenza di una previsione nazionale o europea in tal senso) rappresentano un valido appiglio per garantire l'effettività dello stato di diritto anche in aree che si vorrebbero trasformate in «non-territory»²⁰⁰.

5.2. *Richiedenti asilo o migranti rimpatriandi? La detenzione in frontiera «senza soluzione di continuità»*

Mentre il tema della detenzione nella cornice del Regolamento *screening* resta nebuloso e dai confini incerti, la proposta di riforma del Regolamento Procedure è molto più esplicita. Del resto, ci si trova in un ambito già disciplinato dal diritto dell'Unione e la relazione tra trattenimento e procedura di frontiera era stata oggetto di chiarimento anche nel 2016.

Gli emendamenti suggeriti dalla Commissione nel 2020 riguardano soltanto alcuni profili dell'esame della domanda di asilo: il nuovo atto presentato non si sostituisce *in toto* alla proposta precedente, ma ne modifica ed espande alcuni aspetti. Sulla scorta della premessa secondo cui «è necessario concatenare senza soluzione di continuità le procedure di asilo e quelle di rimpatrio così da aumentare l'efficienza e la coerenza complessive del sistema di asilo e migrazione», la Commissione introduce in un regolamento, la cui base giuridica è l'art. 78 TFUE (politica comune d'asilo), una nuova procedura finalizzata al rimpatrio dei richiedenti asilo divenuti irregolari a seguito del rigetto della domanda di asilo. L'obiettivo di fondo della riforma è, prima ancora di garantire un esame equo e completo delle domande di asilo, quello di potenziare i rimpatri (si teme) non tanto a seguito del rigetto di una domanda, ma a scapito di un esame adeguato della stessa. La sovrapposizione dei piani è auto-evidente, e ci pare possa essere ritenuta legittima soltanto a patto che non comporti una regressione nel livello di garanzie previste per i richiedenti sottoposti ad entrambe le procedure (ad esempio con riguardo all'identificazione e al trattamento delle vulnerabilità, o ai diritti dei minori).

Gli ingredienti dell'approccio 'innovativo' della Commissione (in realtà fondato, ancora una volta, sulla rielaborazione delle prassi osservate negli *hotspot* e sulla proposta di riforma della Direttiva Rimpatri del 2018) sono i seguenti: concatenazione della procedura tramite l'adozione, alternativamente, di un solo atto che contenga le decisioni sull'asilo e sul rimpatrio, o di due atti distinti ma notificati contestualmente²⁰¹; introduzione di una procedura di asilo in frontiera a carattere obbligatorio, estensione dei casi in cui detto esame potrà applicarsi, e dei tempi di trattazione²⁰²; introduzione di una nuova procedura di rimpatrio alla frontiera, destinata ad applicarsi a tutti coloro che si trovano al confine e la cui domanda di asilo sia stata respinta²⁰³; contrazione dei tempi e delle tutele in termini di sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati in caso di ricorso presentato in frontiera²⁰⁴.

²⁰⁰ J. P. Cassarino, L. Marin, 2022, p. 4.

²⁰¹ Proposta Regolamento Procedure (PRP) 2020, art. 35 *bis*.

²⁰² PRP 2020, art. 41.

²⁰³ PRP 2020, art. 41 *bis*.

²⁰⁴ PRP 2020, artt. 53 e 54. In realtà le norme in materia di diritto ad un ricorso effettivo ed effetto sospensivo dell'impugnazione non coprono soltanto la procedura di frontiera, ma più in generale le ipotesi di procedure

Ai sensi del nuovo art. 41 PRP, la domanda di asilo potrà essere trattata in frontiera in una vasta varietà di casi. L'applicazione è facoltativa ogni volta in cui possano essere assunte decisioni sull'inammissibilità della domanda²⁰⁵ o sulla base di una procedura accelerata²⁰⁶. Diventa obbligatoria quando: a) il richiedente rappresenti un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico²⁰⁷; b) il richiedente abbia indotto in errore le autorità presentando informazioni o documenti falsi, od omettendo informazioni pertinenti o documenti relativi alla sua identità o cittadinanza, che avrebbero potuto influenzare la decisione negativamente; c) il richiedente venga da un Paese terzo per il quale la percentuale di decisioni favorevoli in materia di asilo rispetto al numero totale di decisioni sull'asilo è inferiore al 20%²⁰⁸. La Commissione non giustifica diffusamente le ragioni dell'obbligatorietà della procedura in questi specifici casi: l'individuazione sembra operata piuttosto sulla base di una presunta «non meritevolezza» dei richiedenti in questione, soprattutto se si considera che l'esame può essere condotto mantenendo il richiedente in stato di detenzione, il cui mantenimento in frontiera si configura come una sanzione non necessariamente correlata ad una maggiore celerità e semplicità dello svolgimento della procedura.

accelerate o di inammissibilità: in questi casi i termini sono ridotti (con il limite minimo di una settimana), e si esclude la sussistenza di un effetto sospensivo dell'impugnazione (salva la possibilità di concederlo su istanza quando così preveda il diritto nazionale). L'assenza di effetto sospensivo automatico – in una materia che attiene al diritto fondamentale dell'individuo – è aggravata dalle complessità di natura pratico/amministrativa poiché la richiedente se confinata in frontiera avrà maggiori difficoltà nell'individuare un legale.

²⁰⁵ Ad esempio, per provenienza del richiedente da un Paese di primo asilo, o da un Paese terzo sicuro. L'elenco di casi è dettato dall'art. 36 Proposta di Regolamento Procedure (PRP) 2016. Sulla centralità del concetto di Paese terzo sicuro nell'esame delle domande di asilo, E. Tsourdi, C. Costello, *The evolution of the EU law on refugees and asylum*, in P. Craig, G. de Búrca (a cura di), *The Evolution of EU law*, Oxford, 2021, pp. 793-823, e M. Mouzourakis, C. Costello, *Effective judicial protection of migrants and refugees? The role of Europe's supranational courts in protecting and generating rights*, in E. Tsourdi, P. de Bruyker, 2022, pp. 79-97, in part. p. 85 e ss. Sul ruolo dei Paesi terzi in questa dinamica: E. Roman, *The "Burden" of Being "Safe" – How Do Informal EU Migration Agreements Affect International Responsibility Sharing?*, in E. Kassoti & N. Idriz (eds.) *The Informalisation of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum*, L'Aia, 2022, pp. 317-346.

²⁰⁶ L'ampio elenco di ipotesi è dettato dall'art. 40 PRP 2016, come modificato dalla PRP 2020. L'innovazione più rilevante è l'estensione della procedura accelerata al richiedente che «ha una cittadinanza o, se apolide, una precedente dimora abituale in un paese terzo per il quale la percentuale di decisioni di riconoscimento della protezione internazionale da parte dell'autorità accertante è, stando agli ultimi dati medi annuali Eurostat disponibili per tutta l'Unione, pari o inferiore al 20 %, tranne se la situazione nel paese terzo ha registrato un cambiamento significativo dalla pubblicazione dei pertinenti dati Eurostat ovvero se il richiedente appartiene a una categoria di persone le cui esigenze di protezione impediscono di considerare rappresentativa una percentuale di riconoscimento pari o inferiore al 20 %».

²⁰⁷ Né nell'art. 41, né altrove nel Regolamento si può trovare una definizione dei concetti di ordine pubblico, e sicurezza nazionale. Gli Stati saranno pertanto liberi di fornirvi interpretazioni ampie e differenziate, ferma restando l'auspicabilità di una interpretazione – verosimilmente in sede giudiziale – informata alle indicazioni della Corte di giustizia su cui già *supra*, par. 4.

²⁰⁸ In quest'ultimo caso si prospetta una frizione tra la selezione differenziale operata sulla base del Paese di provenienza e il principio secondo cui l'esame della domanda di asilo si basa sulle circostanze personali del singolo caso. Paradossalmente, poi, nelle situazioni di crisi – in cui gli Stati possono essere più sottoposti a pressioni dei flussi migratori alle loro frontiere – la procedura in esame può essere estesa anche ai richiedenti protezione che provengono da Paesi il cui tasso di riconoscimento sia inferiore al 75%: la quasi totalità dei Paesi terzi. Inoltre, diviene prorogabile per ulteriori otto settimane. Si fatica a comprendere la logica in base alla quale maggiore è la pressione alle frontiere esterne, maggiori sono le persone da confinarsi nel contesto della procedura di frontiera, e per tempi più estesi. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo*, 23 settembre 2020, COM/2020/613 def, artt. 4 e 5.

La procedura di frontiera comporta, infatti, il divieto di fare ingresso sul territorio²⁰⁹: così come previsto per la fase di *screening*, del resto prodromica a quella di asilo, si introduce una *fiction iuris* che implica la disarticolazione tra ingresso fisico e quello legale nell'Unione²¹⁰. La barriera al pieno accesso sul territorio può estendersi fino a 12 settimane – periodo significativamente aumentato rispetto alle 4 settimane previste dall'attuale art. 43 dir. 2013/32/UE – trascorse le quali il richiedente, se ancora coinvolto nella procedura di asilo, potrà fare «legalmente» ingresso sul territorio. Per garantire la presenza delle persone in frontiera, l'art. 41 (14) dispone che «il richiedente è tenuto alla frontiera esterna o in prossimità della stessa ovvero in una zona di transito. Ciascuno Stato membro comunica alla Commissione, entro [due mesi dalla data di applicazione del presente regolamento], i luoghi in cui sarà espletata la procedura di frontiera». Tuttavia, se «la capacità dei luoghi di cui ha dato comunicazione a norma del paragrafo 14 è temporaneamente insufficiente a permettere il trattamento delle domande, può designare altri luoghi siti sul proprio territorio e, previa comunicazione alla Commissione, accogliervi provvisoriamente i richiedenti per un periodo il più possibile breve».

La norma non parla mai di trattenimento. Cionondimeno, è pacifico che nei confronti dei richiedenti asilo coinvolti nella procedura trovino piena applicazione le norme della Direttiva Accoglienza. In base all'attuale formulazione dell'art. 8 (3) lett.c), la misura detentiva può essere disposta «per decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio», e precisamente su questa base legale la Corte di giustizia ha ancorato la legittimità del trattenimento operata nel corso delle procedure di frontiera²¹¹. Non è poi chiaro se tutte le altre ipotesi di trattenimento saranno parimenti invocabili: la formulazione dell'art. 41 (9) («è fatto ricorso al trattenimento nel caso particolare e le applicabili garanzie e condizioni previste agli articoli da 8 a 11 della Direttiva Accoglienza»), e il riferimento all'esame della domanda proposta dal richiedente che rappresenti un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico (formulazione che dialoga con quella di cui all'art. 8 (3) lett. e) potrebbero aprire a questa interpretazione. Il considerando n. 40 *septies*, pur contenendo alcune indicazioni ulteriori, non fugia i dubbi: secondo la Commissione «la procedura di esame alla frontiera della domanda di protezione internazionale [può] essere applicata senza ricorrere al trattenimento»; al tempo stesso, «gli Stati membri dovrebbero poter applicare i motivi di trattenimento in conformità alle disposizioni della [direttiva accoglienza] al fine di decidere in merito al diritto del

²⁰⁹ Art. 41 (6). Vi sono poi casi eccezionali in cui il richiedente è in ogni caso ammesso sul territorio, se: a) l'autorità accertante reputa non applicabili o non più applicabili i motivi di rigetto della domanda per inammissibilità o i motivi di applicazione della procedura d'esame accelerata; b) il richiedente con esigenze procedurali particolari non può ricevere il sostegno necessario nei luoghi previsti al paragrafo 14; c) motivi medici impediscono di applicare la procedura di frontiera; d) è fatto ricorso al trattenimento nel caso particolare e le applicabili garanzie e condizioni previste agli articoli da 8 a 11 della direttiva XXX/XXX/UE [direttiva accoglienza] non sono o non sono più rispettate, e l'applicazione della procedura di frontiera al richiedente è impossibile senza trattenimento.

²¹⁰ F. Rondine, *La finzione di non ingresso nel nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo: detenzione sistematica ai confini dell'Europa*, in AdIM Blog, Analisi e Opinioni, Gennaio 2022.

²¹¹ CGUE, *FMS et al.* La formulazione proposta nella rifusione della Direttiva Accoglienza del 2016 cristallizza il legame tra le due fattispecie: il testo di cui alla lett.c) diviene «per decidere, nel contesto di una procedura di frontiera in conformità dell'articolo [41] del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento procedure], sul diritto del richiedente di entrare nel territorio».

richiedente di entrare nel territorio. Se nel corso di tale procedura è fatto ricorso al trattenimento, dovrebbero applicarsi le disposizioni in materia [...], comprese le garanzie di cui godono i richiedenti trattenuti in termini di necessità di valutazione specifica di ciascun caso, controllo giurisdizionale e condizioni di trattenimento».

Il dato positivo è che la detenzione alla frontiera non si configura come derogatoria rispetto ai principi generali della Direttiva Accoglienza. Al contempo, non può non preoccupare l'estensione del numero di persone suscettibili di essere private della libertà (o in frontiera o, come espressamente consentito, in altri luoghi sul territorio) in conseguenza della moltiplicazione dei casi in cui la procedura (ad oggi configurata dalla Corte di giustizia come eccezionale) potrà applicarsi, e del suo carattere obbligatorio. L'imposizione, sulla carta, del rispetto dei principi di necessità e proporzionalità stride con la possibile estensione del presupposto di cui all'art. 8 (3) lett.c) a tutte le persone sottoposte a procedura di frontiera. Peraltro, tra esse possono contarsi anche i soggetti vulnerabili, i minori accompagnati di età superiore ai 12 anni e, quando siano ritenuti pericolosi per la sicurezza nazionale, i minori stranieri non accompagnati²¹². Non si vede come tali previsioni possano conciliarsi con il principio del superiore interesse del minore alla luce delle indicazioni rese dal Comitato ONU per i diritti del fanciullo²¹³.

L'ampliamento del perimetro della procedura in termini numerici e temporali ha conseguenze ampiamente prospettabili: maggiore pressione sulle aree geografiche, sugli apparati burocratici e sulle strutture esistenti in prossimità dei confini, molto spesso caratterizzate da condizioni precarie e degradanti; rallentamento e ingolfamento di procedure destinate ad essere celeri ed efficienti; confusione e sovrapposizione tra i casi di trattenimento vero e proprio e quelle di alternative ad esso tramite limitazione della libertà di movimento; contrazioni dei diritti di migranti (anche di coloro che siano vulnerabili e non adeguatamente identificati come tali), ostacolati nell'accesso alla tutela e rappresentanza legale, al sostegno sociale e a quello medico/psicologico²¹⁴.

Le numerose criticità – sul piano giuridico e pratico – sono state ben evidenziate nella valutazione di impatto della procedura di frontiera ex art. 43 dir. 2013/32/UE commissionata dal Parlamento europeo. Il rapporto raccomanda di limitare i casi in cui poter ricorrere ad una simile procedura, di escluderne l'applicazione a minori e categorie vulnerabili, di prevedere nei dettagli – tramite leggi nazionali che rispettino i presupposti dettati dal diritto UE - le ipotesi in cui poter ricorrere al trattenimento, di subordinare l'immediata cessazione del trattenimento al verificarsi di condizioni detentive degradanti. Non soltanto diverse previsioni della proposta

²¹² Le categorie sono ricavate a contrario dall'art. 41 (6): «La procedura di frontiera può essere applicata ai minori non accompagnati e ai minori di età inferiore a 12 anni e relativi familiari soltanto nei casi previsti all'articolo 40, paragrafo 5, lettera b)». Sulle implicazioni del trattenimento, e più ampius, della procedura di frontiera, su queste categorie: T. Gazi, *The New Pact on Migration and Asylum: Supporting or Constraining Rights of Vulnerable Groups*, in *European Papers*, 2021, 6, pp. 167-175.

²¹³ Joint General Comment No 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No 23 of the Committee on the Rights of the Child on *State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, 16 November 2017. In tema, cap. II, par. 3.4.

²¹⁴ Sul punto, G. Cornelisse e L. Jakuleviciene, 2022. Sulle conseguenze delle procedure di frontiera in termini di violazioni dei diritti fondamentali, diffusamente, G. Cornelisse, M. Reneman, 2021.

oggetto di esame non paiono in linea con le raccomandazioni della ricerca, ma la Commissione europea non ha nemmeno proceduto ad una propria, autonoma, valutazione di impatto prima di adottarla. Il risultato è una riforma normativa disancorata dai principi del buon governo, ma addirittura contraria ad alcune delle posizioni già in precedenza espresse da Parlamento e Consiglio nell'ambito della riforma del 2016: il primo aveva avanzato l'esclusione dei minori dalla procedura di frontiera; in seno al secondo si erano manifestate posizioni fortemente contrarie all'utilizzo estensivo della stessa, e che chiedevano quantomeno di non imporla come obbligatoria²¹⁵.

In merito a quest'ultima osservazione deve tuttavia registrarsi che ad alcuni anni di distanza il Consiglio è giunto ad accettare la doverosa applicazione della procedura nei casi proposti dalla Commissione, accogliendo sostanzialmente l'impianto generale della nuova procedura di frontiera ed anzi ampliando le circostanze in cui possa coinvolgere i minori stranieri non accompagnati e le famiglie con minori²¹⁶. L'approccio degli Stati membri è quindi chiaramente nel senso di potenziare le procedure di frontiera, già applicate in numerosi contesti nazionali,²¹⁷ individuando anche una capacità massima di espletamento della procedura per ogni Stato, da determinarsi attraverso un complesso sistema di calcolo che tenga conto del numero di ingressi di migranti nel singolo Paese e nell'intera Unione²¹⁸. Al contempo, si prevede che lo Stato che ha una capacità adeguata debba necessariamente procedere all'esame delle domande nel contesto della procedura di frontiera. Infine, si ammette che la procedura possa essere estesa di altre 4 settimane (fino ad un massimo di 16) quando ciò è reso necessario dallo svolgimento dell'esame del ricorso e se il ritardo è imputabile al richiedente asilo, secondo una formulazione che si rivela intrinsecamente punitiva. La proposta del Consiglio non contiene alcuna previsione aggiuntiva in tema di detenzione, ma aggiunge che al richiedente può essere imposto un obbligo di dimora in un determinato luogo (che non può però intendersi come autorizzazione all'ingresso).

Infine, non pare che il rischio di estensione a macchia d'olio della procedura di frontiera possa essere significativamente limitata durante i negoziati con il Parlamento, sulla base degli emendamenti proposti dalla Relatrice Keller e votati dalla Commissione LIBE il 28.4.2023²¹⁹. Sebbene si introducano alcune ulteriori garanzie a tutela dei minori non accompagnati e delle persone vulnerabili²²⁰, ai quali non dovrebbe applicarsi la procedura di frontiera salvo casi eccezionali, e si respinga il suo carattere obbligatorio, si aderisce alla durata proposta e ai casi in cui può invocarsi. I *consideranda* emendati dal Parlamento promuovono l'adozione di misure alternative alla detenzione, qualificata anche in questa sede come misura di ultima

²¹⁵ Relazione introduttiva alla PRP (2020), pag. 3.

²¹⁶ Il Consiglio ha adottato il proprio mandato a negoziare con il Parlamento l'8 giugno 2023, che investe l'intero Regolamento Procedure. Consiglio dell'Unione Europea, *Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU - General approach*, 13.6.2023, n. 10444/23.

²¹⁷ Da ultimo, anche in Italia tramite l'adozione del D.L. 20/2023, conv. L. 50/2023.

²¹⁸ Consiglio dell'Unione Europea, *General Approach*, artt. 41b e ss.

²¹⁹ Parlamento europeo, Commissione LIBE, *Compromise Amendments* [on the amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU] [(COM(2020)611- 2016/0224(COD)], 28.3.2023.

²²⁰ Parlamento europeo, Commissione LIBE, Amendment n. 42.

istanza; tuttavia, tali modifiche non sono confluite nelle norme di legge e mantengono un valore orientativo.

Come anticipato, la procedura sin qui esaminata costituisce soltanto un tassello della più complessa procedura di frontiera nell'ambito della quale si contempla anche una fase di allontanamento. L'art. 41 *bis*, introdotto dalla Commissione nel 2020, dispone che i richiedenti asilo che abbiano ricevuto un rigetto della domanda esaminata nel corso della procedura di frontiera, e che dunque non sono mai entrati sul territorio dello Stato, debbano continuare a rimanere nelle zone confinarie per lo svolgimento del rimpatrio. La *ratio* alla base dell'intera struttura giuridica inventata dalla Commissione è che il mantenimento alle frontiere possa rendere più agevole, snello e veloce il rimpatrio: prova ne è che si ammette che il richiedente asilo possa accedere al territorio, sin dalla fase di asilo, quando «risulta dall'inizio improbabile che la persona sia riammessa nel paese terzo» in ragione dello scarso livello di cooperazione del Paese di origine in materia di rimpatrio (valutazione operata a livello europeo, sulla base del reg. 810/2009/CE)²²¹.

L'art. 41 *bis* si apre, quasi ossessivamente, con la riaffermazione del principio secondo cui «il cittadino di paese terzo o l'apolide la cui domanda è respinta con procedura di cui all'articolo 41 non è autorizzato ad entrare nel territorio dello Stato membro». Egli potrà essere collocato o, come espressamente consentito dalla norma, trattenuto presso la frontiera per altre 12 settimane («È possibile continuare a trattenere, al fine di impedirne l'ingresso nel territorio dello Stato membro, prepararne il rimpatrio o effettuare l'allontanamento, la persona di cui al paragrafo 1 che era in stato di trattenimento nel corso della procedura prevista all'articolo 41») ²²². L'articolo introduce poi una ulteriore ipotesi di detenzione, che può coinvolgere anche l'ex richiedente asilo non trattenuto in precedenza, qualora: a) sussista un rischio di fuga ai sensi della Direttiva Rimpatri; b) la persona eviti o ostacoli la preparazione o esecuzione del rimpatrio; c) la persona rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale²²³. In entrambi i casi resta fermo che la durata del trattenimento dovrà essere «quanto più breve possibile» ed estendersi solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di allontanamento²²⁴. Tale ultima formula pare problematica nella misura in cui non esplicita quanto previsto dalla Direttiva Rimpatri, e più volte affermato dalla Corte di giustizia: cioè che la misura deve in ogni caso cessare in assenza di prospettive di rimpatrio – indipendentemente dalla conduzione più o meno diligente delle procedure di allontanamento. Il nesso funzionale tra trattenimento e rimpatrio è una garanzia imprescindibile e necessaria per prevenire che la privazione della libertà si trasformi in misura automatica e generalizzata, o punitiva, soprattutto a fronte degli ampi presupposti giustificativi in questione. Ogni suo allentamento aumenta il rischio di detenzione arbitraria ai sensi dell'art. 5(1) lett.f) CEDU e art. 6 Carta.

²²¹ Art. 41 (3) PRP.

²²² PRP 2020, art. 41 bis (5).

²²³ I motivi ricalcano quelli dell'art. 18 della proposta di rifusione della Direttiva Rimpatri. Inoltre, in queste ipotesi il termine di 12 settimane viene ricompreso entro quello più esteso di 18 mesi contemplato dalla Direttiva.

²²⁴ PRP 2020, art. 41 bis (7).

Sostanzialmente la norma di nuovo conio innesta nell'ordinamento una procedura di allontanamento alternativa e parzialmente derogatoria rispetto al dettato della Direttiva Rimpatri destinata, nelle speranze della Commissione e dei Paesi membri, a divenire la nuova procedura di *routine* in tema di allontanamento. Si prevede che gli Stati saranno tenuti ad applicare soltanto alcuni degli articoli della Direttiva (rimangono esclusi quelli sull'adozione della decisione di rimpatrio; sui mezzi di ricorso²²⁵; sulla concessione di un termine per la partenza volontaria superiore a 15 giorni)²²⁶. Quanto alle ipotesi di trattenimento deve farsi riferimento all'art. 41 *bis*, e non al 18 della proposta di rifusione; invece, le garanzie in materia procedurale e di condizioni detentive sono destinate a trovare attuazione anche in questa sede. Si ammette, poi, che lo Stato membro possa decidere se far uso della clausola derogatoria di cui all'art. 2 (2) dir. 2008/115 e procedere al respingimento dello straniero in luogo del rimpatrio: una previsione che però ostacolerebbe il raggiungimento di una tutela uniforme per le persone interessate, considerata la frammentarietà del quadro normativo²²⁷; di fatto, si verrebbero a creare tre procedure diverse (rimpatrio, rimpatrio in frontiera, e respingimento) circondate da garanzie non perfettamente allineate.

Così come per la procedura di asilo in frontiera, anche quella di rimpatrio non viene integralmente messa in discussione da Parlamento e Consiglio. Il primo organo propone, tra gli altri emendamenti, di estendere il termine per la concessione della partenza volontaria a 25 giorni (dai 15 previsti) e di reintrodurre il riferimento alla prosecuzione del trattenimento soltanto finché esistono ragionevoli prospettive di rimpatrio. Inoltre, introduce un divieto di far valere l'eccezione di cui all'art. 2(2) Direttiva Rimpatri²²⁸. Il Consiglio si appiattisce quasi integralmente sulle proposte della Commissione, limitandosi per quanto interessa ad aggiungere la previsione secondo cui «La detenzione può essere imposta come misura di ultima istanza solo quando risulta necessaria sulla base di una valutazione individuale di ciascun caso, e se non è possibile applicare efficacemente altre misure meno coercitive»²²⁹. La precisazione è certamente importante, ma residuano molti dubbi sull'esperibilità in concreto di misure alternative alla detenzione che non si tramutino in forme velate di detenzione. In realtà questa considerazione vale per l'intera procedura fin qui esaminata, posto che la valutazione di impatto condotta sulla procedura di asilo in frontiera dal Parlamento europeo ha rivelato che uno dei fenomeni più ricorrente nelle prassi è la confusione e sovrapposizione tra restrizione *tour court* e limitazione della libertà: molto spesso, quella che è qualificata dalle autorità come mera limitazione del movimento costituisce una detenzione *de facto*. Sarà perciò fondamentale

²²⁵ In entrambi i casi (adozione del provvedimento e presentazione di un ricorso avverso la decisione negativa) sono disciplinati dal Regolamento Procedure, in ossequio alla volontà di unificare il più possibile la procedura di asilo e quella di rimpatrio. Un simile cambiamento è stato però considerato con favore dalla dottrina, poiché impone che il rimedio abbia necessariamente natura giurisdizionale ed estende il periodo di presentazione del ricorso da 48 ore (proposta del 2018) a 1 settimana. M. Moraru, *The future architecture of the EU's return system following the Pact on Asylum and Migration: added value and shortcomings*, in D. Thym, 2022, pp. 187-208.

²²⁶ Ai fini del presente articolo si applicano l'articolo 3, l'articolo 4, paragrafo 1, gli articoli da 5 a 7, l'articolo 8, paragrafi da 1 a 5, l'articolo 9, paragrafi da 2 a 4, gli articoli da 10 a 13, l'articolo 15, l'articolo 17, paragrafo 1, l'articolo 18, paragrafi da 2 a 4, e gli articoli da 19 a 21 della direttiva XXX/XXX/UE [rifusione della direttiva rimpatri].

²²⁷ M. Moraru, 2022, p. 191.

²²⁸ Parlamento europeo, Commissione LIBE, Amendement n. 46-49.

²²⁹ Consiglio dell'Unione Europea, *General Approach*, art. 41-*bis*.

recuperare i criteri cui si è assestata la Corte di giustizia in *FMS et al.* al fine di distinguere precisamente tra questi fenomeni.

6. Una conclusione (parziale) e un rinvio: le implicazioni dell'istituzionalizzazione dell'approccio *hotspot*

Nel presente capitolo si è affrontato il tema della detenzione amministrativa nell'Unione europea, allontanandosi dal quadro di diritto positivo e provando ad esplorare le traiettorie lungo le quali le istituzioni europee si sono avventurate in sede di riforma della normativa attuale. L'analisi si è snodata lungo tre direttrici: la prima si è centrata sull'approccio *hotspot*, e ne ha individuato la genesi, le funzioni e le aporie normative. La seconda si è soffermata sulla correlazione tra la presenza delle persone migranti nei punti di crisi e il diritto alla libertà personale, analizzata sotto il piano della attivazione della tutela offerta dall'art. 5 CEDU e 6 CDF. La terza ha preso in considerazione le proposte di riforma del diritto secondario UE in materia di asilo e rimpatrio, al fine di comprendere quale sarà la configurazione futura del regime detentivo in caso di adozione delle riforme.

La riflessione ha avuto quale punto di partenza un preciso momento storico, da più parti qualificato come «crisi dei rifugiati», dove ci è parso affondino le loro radici alcune delle proposte oggi al centro del dibattito legislativo. Non si intende qui sostenere che la crisi ha coinciso con un punto di svolta nelle politiche europee in materia di asilo e immigrazione. Al contrario, ad avviso di alcuni la crisi non ha, paradossalmente, generato un cambiamento di orizzonti politici, ma ha piuttosto legittimato un ulteriore consolidamento del regime frontaliero europeo, la cui origine può farsi risalire all'istituzione dell'area Schengen²³⁰. Del resto, il rapporto tra confini, detenzione e sovranità nel panorama europeo è oggetto delle riflessioni della dottrina da ben prima dell'avvento della cosiddetta 'crisi dei rifugiati' o 'crisi dell'asilo'²³¹.

Eppure, ci pare che l'inaugurazione dell'approccio *hotspot* e il suo successivo recepimento all'interno delle proposte legislative del 2020, abbiano contribuito a rafforzare le connessioni tra frontiera, trattenimento e diritto/diritti e che ciò sia avvenuto in una dimensione di istituzionalizzazione della «crisi come dispositivo stesso di governo» delle migrazioni²³². La combinazione tra i tre elementi si esprime in diverse forme, variabili nello spazio e nel tempo. Del primo elemento ci occuperemo diffusamente nel capitolo successivo, provando ad indagare come si è configurato l'approccio *hotspot*, e qual è stato il rapporto tra punti di crisi e regime detentivo, in tre distinte aree geografiche della frontiera meridionale europea (Italia, Grecia e Spagna).

Dal punto di vista temporale, si possono identificare due fasi successive l'una all'altra: in un primo momento, quando l'*hotspot* poggiava sui presupposti dell'emergenza e della

²³⁰ G. Campesi, *Crisis, migration and the consolidation of the European border regime*, 2018, p. 215.

²³¹ Per tutte, G. Cornelisse, *Immigration detention and human rights. Rethinking territorial sovereignty*, Leida, 2010.

²³² M. Mellino, *Governare la crisi dei rifugiati. Sovranismo, neoliberalismo, razzismo e accoglienza in Europa*, Roma, 2019, p. 36.

sperimentazione, la relazione iniziale tra detto dispositivo e il trattenimento è stata improntata all'eccezionalità: l'assenza di atti di diritto vincolante, di una definizione normativa, di prescrizioni in merito alla natura della permanenza in *hotspot* induceva a credere di trovarsi in un contesto connotato dalla massima informalità. L'analisi condotta nei paragrafi 4 e 5 ha consentito di acclarare che la disciplina dei punti di crisi si è andata via via saldando alle riforme strutturali in materia di asilo e di rimpatrio, fino alla sua definitiva istituzionalizzazione in sede di proposta di Regolamento *screening* e di Regolamento Procedure. Si è già detto dell'affinità tra gli obiettivi e le pratiche condotte in *hotspot* con quanto cristallizzato nelle proposte più recenti e in corso di negoziazione. Tuttavia, mentre nei primi anni del consolidamento dell'approccio *hotspot* la scena è stata dominata (quantomeno a livello europeo) da atti di *soft law*, oggi si assiste all'ambizione di regolamentare giuridicamente una sezione di territorio che si pretende, al contempo, sottratto ai principi del *rule of law*. La *fiction* di non ingresso è l'esempio emblematico del tentativo di imporre normativamente soluzioni che – escludendo i cittadini di Paesi terzi dall'accesso legale al territorio – possono incrinare la pienezza dei diritti loro garantiti. Non ci troviamo più, dunque, in uno stato di eccezione, ma piuttosto in una dimensione di «*ligher legal order*»²³³ ove viene messa in pericolo non tanto l'esistenza astratta, ma l'effettività dei diritti fondamentali.

In questo quadro la detenzione amministrativa diviene uno degli strumenti di realizzazione dell'esclusione, ed è funzionale al mantenimento al confine. Non ci pare, però, che l'ordinamento giuridico ne guadagni, complessivamente, in chiarezza e adesione ai principi fondamentali in materia di libertà personale. Per un verso, infatti, si ammette che il trattenimento resti informale (o disciplinato unicamente dal diritto nazionale) nella primissima fase successiva all'ingresso; per altro verso l'istituto disciplinato nel diritto secondario in materia di asilo e accoglienza cambia veste: da strumento legato alla realizzazione del rimpatrio o all'esame della domanda di asilo diventa a tutti gli effetti (anche) un dispositivo di «border management», vera e propria di «arma di dissuasione di massa» rispetto all'ingresso sul territorio europeo²³⁴. Ci pare dunque che possa che ascrivere alla detenzione amministrativa 'europea' quella funzione preventiva teorizzata dalla dottrina²³⁵, nella misura in cui le persone migranti sono concepite come *pericolose* non in funzione di specifici comportamenti ma in ragione della loro stessa presenza entro lo spazio europeo.

L'affresco sin qui delineato è, al momento, incompleto: l'approccio *hotspot*, di chiara invenzione europea, ha assunto forma concreta soltanto tramite le leggi e le pratiche realizzate dagli Stati membri. Allo stesso modo, alcune degli istituti di cui si propone l'introduzione dei nuovi Regolamenti europei sono stati elaborati tenendo a mente le esperienze degli Stati europei che, posti alla frontiera meridionale, sono risultati i diretti interessati delle politiche studiate sulla carta dalle istituzioni, e testate sul terreno nelle zone (e nei Paesi) di frontiera. L'analisi sin qui condotta richiede, a nostro avviso, di essere completata con lo studio delle

²³³ L. Marin, 2022, p. 13.

²³⁴ M. Veglio, *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 2, p. 543.

²³⁵ G. Campesi, *Genealogies of immigration detention*, 2020.

trasformazioni ed evoluzioni che hanno interessato l'istituto del trattenimento negli Stati maggiormente coinvolti dall'approccio *hotspot*.

CAPITOLO IV

L'ATTUAZIONE DEL DIRITTO UE AL CONFINE MERIDIONALE: LA SINCRONIZZAZIONE DELL'APPROCCIO *HOTSPOT* CON I DISPOSITIVI DI DETENZIONE CONSOLIDATI

SOMMARIO: 1. **Premessa: i confini di indagine. La detenzione amministrativa alla frontiera meridionale d'Europa**; 2. **Italia. Il modello *hotspot* nell'impianto della detenzione amministrativa: un tassello irrinunciabile della 'filiera del trattenimento'**; 2.1. La storia della detenzione amministrativa in Italia all'insegna della sua specialità; 2.1.1. *L'intervento della Corte Costituzionale: il trattenimento nell'alveo dell'art. 13 Cost.*; 2.1.2. *La detenzione nel processo di securitizzazione delle migrazioni, dai 'clandestini' ai richiedenti asilo*; 2.2. La trasposizione del diritto secondario dell'Unione in materia di trattenimento; 2.3. Il revival della detenzione amministrativa: le parabole evolutive, i luoghi, le funzioni; 2.4. L'attuazione dell'approccio *hotspot* e le sue implicazioni sul diritto alla libertà personale; 3. **Grecia. La detenzione sistemica e gli incerti confini tra privazione e limitazione della libertà personale**; 3.1. L'eterogenea infrastruttura della detenzione amministrativa e le implicazioni sui diritti umani; 3.2. L'espansione (nel diritto e nella prassi) dei casi di trattenimento: recepimento delle Direttive o contrarietà con il diritto sovranazionale?; 3.3. Le «isole *hotspot*»: lo spettro delle misure incidenti sulla libertà personale; 4. **Spagna. La «plasticità» della detenzione amministrativa: un approccio *hotspot* 'de facto'?** 4.1. I centri di detenzione nel meccanismo della deportazione: cornice giuridica, attuazione e garanzie; 4.2. La realtà della detenzione tra efficientismo e dinamismo delle politiche migratorie; 4.3. L'avvento dei CATE tra incertezza normativa e contiguità funzionale con i CIE; 5. **Conclusioni interlocutorie sulla detenzione, l'*hotspot* e la frontiera. Quali interferenze e quali convergenze?** 5.1. Le 'interferenze' tra diritto UE e sistemi nazionali; 5.2. Le convergenze tra i sistemi nazionali: (nuove) frontiere in materia di limitazione della libertà.

1. **Premessa: i confini di indagine. La detenzione amministrativa alla frontiera meridionale d'Europa**

Nei capitoli precedenti è stato esaminato l'assetto normativo della detenzione amministrativa nel diritto dell'Unione europea. Lo studio del diritto positivo, e del case law delle Corti europee in tema di libertà personale, è stato accompagnato dall'esame delle *policies* e delle recenti proposte di riforma, secondo una prospettiva *de iure condendo*.

Il terzo capitolo, dedicato al rapporto all'approccio *hotspot* e alle successive traiettorie legislative tracciate dalle istituzioni europee ha fatto emergere come l'attenzione dell'Unione si sia focalizzata in via preponderante sulle risposte da fornire ai fenomeni che accadono alle sue frontiere esterne, e in particolare a quelle meridionali.

Nonostante il numero di migranti che arriva nell'Unione europea attraverso le coste dei Paesi del Sud Europa rappresenti soltanto una parte del totale dei migranti che giungono attraverso altre frontiere (ad esempio aeroportuali delle principali città europee)¹, la visibilità

¹ Nel 2021, 1.92 milioni di persone sono immigrate verso l'Unione europea, a fronte di 199.900 attraversamenti irregolari delle frontiere esterne (di cui 112.600 ingressi via mare). Fonte: Eurostat.

di questo fenomeno, delle perdite di vite umane e delle violazioni di diritti verificatesi alle coste delle isole Egee, di Sicilia e di Lampedusa, o delle isole Canarie, hanno catturato l'attenzione politica e mediatica europea².

Tanto l'ideazione degli *hotspot*, quanto la prospettazione di nuove procedure di frontiera rispondono alla esigenza di affrontare il tema dei flussi migratori attraverso la limitazione dei movimenti secondari di migranti e richiedenti asilo, pena il pericolo (percepito) di minare le fondamenta dell'area di libera circolazione. È proprio con la creazione dello spazio Schengen che i Paesi posti alle frontiere esterne dell'Unione si sono trasformati da confini meramente nazionali a confini europei. Posto che, come analizzato, la detenzione amministrativa ha rappresentato a livello europeo uno strumento necessario per garantire il funzionamento dell'area Schengen, è parso di particolare interesse studiare l'origine, l'applicazione e l'evoluzione dell'istituto del trattenimento anche all'interno degli Stati che dello spazio Schengen rappresentano i confini esterni. Si intende comprendere se e come le dinamiche transnazionali abbiano avuto una influenza sul regime interno e se, a loro volta, le politiche statali si siano riflesse nella trasformazione dell'istituto a livello europeo.

Di fronte al dilemma di come perimetrare il contesto spaziale entro cui concentrare la ricerca, la scelta è ricaduta sui «margini» meridionali d'Europa³: tre Paesi specifici (Italia, Grecia e Spagna) individuati come estremamente rilevanti per (almeno) due ragioni. In primo luogo, dal punto di vista quantitativo, sono stati i tre principali punti d'accesso all'Europa per i migranti in cerca di protezione⁴. In secondo luogo, si tratta degli Stati in cui è stato realizzato l'approccio *hotspot*: in via ufficiale, e sotto il costante monitoraggio della Commissione europea, in Italia e in Grecia; *de facto*, se si seguono le suggestioni di autorevole dottrina, in Spagna, Paese ove i flussi migratori sono aumentati soprattutto a partire dal 2018, e non era dunque stato incluso tra i destinatari degli interventi dell'Agenda europea.

Inoltre, ci pare che questi stessi Paesi – accomunati anche dal ruolo centrale occupato dallo spazio insulare nella realizzazione dell'approccio *hotspot*⁵ – abbiano rappresentato il cantiere di sperimentazione degli «strumenti giuridici, dispositivi amministrativi e pratiche burocratiche»⁶ poi confluite nelle proposte legislative volte a riconfigurare il ruolo della detenzione amministrativa a livello europeo degli anni più recenti.

La presente analisi non intende limitarsi allo studio dell'implementazione del dispositivo *hotspot* poiché, ci pare, questo non esaurisce il rapporto multiforme, e in continua evoluzione, tra regime detentivo e controllo delle frontiere, pur rappresentandone uno dei centri di gravità. Il capitolo verrà dunque dedicato alla disamina dell'attuazione del diritto e delle politiche europee in materia di detenzione negli ordinamenti dei tre Stati membri, al fine di comprendere in che modo gli istituti sovranazionali hanno contribuito a plasmare il diritto interno, quali

² A. Mountz, *The death of asylum. Hidden geographies of the enforcement archipelago*, 2020.

³ K. Calavita, *Immigrants at the margins: law, race and exclusion in Southern Europe*, Cambridge, 2005.

⁴ UNHCR, *Operational Data Portal, Mediterranean Situation*, aggiornato al 2023.

⁵ I luoghi in cui sono sorti gli *hotspot*, e in cui più si sono configurate tensioni con il diritto alla libertà fondamentale sono le isole di Lesbos, Samos, Chios, Kos e Leros nel mar Egeo, l'isola di Lampedusa nel Mediterraneo centrale, e le isole Canarie in Spagna. A. Mountz, *Islands as enforcement archipelago: Haunting, sovereignty, and asylum on islands*, in *Political Geography*, 2011, 30, pp. 118-128.

⁶ E. Barberis, E. Gargiulo, L. Mancini, *Il governo delle migrazioni tra norme e pratiche*, in *Sociologia del diritto*, 2021, 3, pp. 9-13.

tensioni hanno generato e se, e in che misura, hanno contribuito a rafforzare i diritti dei migranti sottoposti ad una privazione della libertà personale.

Per ognuno dei Paesi esaminati, si fornirà una lettura in chiave storica dell'affermazione del trattenimento; si inquadrerà la disciplina legislativa, dando conto delle evoluzioni susseguites nel corso degli anni; si esamineranno le implicazioni sull'assetto normativo date dal recepimento delle Direttive europee e dagli interventi delle Corti sovranazionali; infine, si studieranno le modalità con cui il dispositivo *hotspot* è stato tradotto nel contesto interno e le traiettorie lungo le quali lo stesso si è trasformato.

L'analisi non muove dall'esigenza di operare una comparazione dell'istituto nei diversi Paesi, quanto piuttosto da quella di comprendere quali possano essere gli esiti, in termini normativi e di rispetto dei diritti fondamentali, dell'affermarsi del diritto UE nei contesti nazionali, tenuto conto delle funzioni – manifeste e implicite – assunte dalla detenzione amministrativa nello spazio transnazionale.

2. Italia. Il modello *hotspot* nell'impianto della detenzione amministrativa: un tassello irrinunciabile della 'filiera del trattenimento'

2.1. La storia della detenzione amministrativa in Italia all'insegna della sua specialità

La genesi della detenzione amministrativa in Italia può farsi risalire alla fine degli anni Novanta, con la creazione dei «Centri di permanenza temporanea» (CPT). A partire da quel momento sono mutati più volte il nome dei centri⁷, il tempo massimo di trattenimento⁸, la composizione dei migranti detenuti. Eppure, l'istituto della «detenzione senza reato» non è più stato messo in discussione, se non dalla dottrina e dalla società civile.

La dottrina sociologica ha recentemente delineato quattro fasi della storia del trattenimento amministrativo in Italia: a. l'istituzionalizzazione (1998-2010); b. la stabilizzazione (2011-2012); c. la crisi (2013-2014); d. la reinvenzione (dal 2015 ad oggi)⁹. Se a quest'ultima fase verrà dedicata maggiore attenzione nei paragrafi che seguono, preme sottolineare fin d'ora che il diritto dell'Unione europea ha esplicato una influenza rilevante sull'assetto normativo italiano in materia di detenzione in seguito all'adozione delle Direttive 2008/115/CE e 2013/33/UE, mentre in un primo momento l'istituto si è sviluppato in maniera parzialmente indipendente dall'agenda europea. Tuttavia, un dato è costante: sin dal loro affacciarsi sulla scena italiana i centri per il rimpatrio non sono sembrati sporadici «accidenti, ma tessere

⁷ Nel 2008 vengono denominati CIE («Centri di identificazione ed espulsione»), mentre nel 2017 cambiano nuovamente veste, assumendo la più edulcorata denominazione di CPR («Centri di permanenza per il rimpatrio»).

⁸ I termini massimi di trattenimento sono inizialmente di 30 giorni, innalzati a 60 con la l. 189/2002 e poi a 180 con la l. 94/2009. Nel 2014 verranno riportati a 90 giorni, nuovamente innalzati nel 2018 a 180 e ridotti, infine, nel 2020 a 90 giorni di base, prorogabili per ulteriori 30 giorni per specifiche categorie di migranti (su cui, infra, par. 1.3).

⁹ G. Campesi, *The reinvention of immigration detention in Italy in the aftermath of the 'refugee crisis': a study of Parliamentary records (2013-2018)*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2020, 39, pp. 381-403. G. Fabini, *Il confinamento della mobilità: innovazioni e continuità nella storia della detenzione amministrativa in Italia*, in E. Caja, F. Esposito, G. Mattiello, 2022.

coerenti di una politica dell'immigrazione»¹⁰ che, seppur a fasi alterne, ha sempre considerato la detenzione uno strumento irrinunciabile.

2.1.1 L'intervento della Corte Costituzionale: il trattenimento nell'alveo dell'art. 13 Cost.

Il primo testo normativo a introdurre stabilmente la misura del cd. «trattenimento» funzionale all'espulsione nell'ordinamento italiano è la l. 40/1998, la prima legge organica in materia di immigrazione, le cui previsioni sono poi confluite nel d. lgs. 286/98 (di seguito anche TUI)¹¹. La norma sviluppava una idea embrionale già contenuta in due precedenti decreti legislativi del 1995¹². La sua formulazione non operava alcun rimando al rispetto dei principi di proporzionalità e necessità della misura e tantomeno la configurava come l'*extrema ratio*. Il trattenimento veniva immesso nell'ordinamento senza che fosse accompagnato da altre misure coercitive meno afflittive, secondo il principio di gradualità che invece caratterizza (e perciò solo le rende compatibili con la Costituzione) le misure custodiali disposte in sede penale¹³.

Nei primi anni successivi alla sua entrata in vigore la detenzione amministrativa ha occupato una posizione marginale nella costellazione delle misure *ante delictum*, restando un istituto sconosciuto ai più¹⁴. Parte della dottrina aveva paventato l'incostituzionalità intrinseca dello

¹⁰ L. Pepino, *Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2000, 1, pp. 11-24, p. 19.

¹¹ D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 [Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero]. Nella sua formulazione originaria, non radicalmente modificata negli anni successivi, l'art. 14 TUI indica che « Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, perché occorre procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza temporanea e assistenza più vicino». Per una ricostruzione storica dell'istituto precedente alla sua codificazione nel Testo Unico Immigrazione, I. Gjergji, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una 'terra di nessuno' tra ordine giuridico e fatto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 2006, 3.

¹² Il d.l. 18 novembre 1995, n. 489 (mai convertito in legge) aveva introdotto la possibilità di disporre l'obbligo di dimora (in luoghi preventivamente individuati dal Ministero dell'Interno) dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione quando «occorre procedere ad accertamenti supplementari in ordine all'identità o nazionalità della persona da espellere, ovvero all'acquisizione di documenti o visti, ovvero nei casi in cui vi sia il pericolo che la persona si sottragga all'esecuzione del provvedimento» (art. 7), accompagnato da un diritto di *habeas corpus* da esercitarsi sulla base delle previsioni del codice di procedura penale: la misura coercitiva era equiparata in tutto e per tutto ad una misura cautelare. Parallelamente, veniva introdotto nell'ordinamento un altro modello di centro, destinato alla prima accoglienza dei migranti sbarcati sulle coste pugliesi (d.l. 451/1995, conv. in l. 563/1995). La natura di questi centri restava ambigua poiché, sebbene il testo normativo ne menzionasse la funzione assistenziale, questi furono destinati anche al controllo e al confinamento dei migranti giunti via mare. Come si avrà modo di vedere, la ambivalente logica securitaria/umanitaria su cui si fondano i centri di prima accoglienza resta un tratto caratterizzante il sistema della detenzione amministrativa anche a vent'anni di distanza, con la realizzazione dell'approccio *hotspot*.

¹³ A. Caputo, *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2000, 1, pp. 51-62.

¹⁴ Si noti, però, che una critica al carattere essenzialmente poliziesco delle misure relative dell'immigrazione, e alla sottrazione dei diritti degli stranieri dalla piena cognizione giudiziale era già affiorata nelle riflessioni di F. Bricola, in *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione, Atti del Convegno di studi "Enrico De Nicola"*, Milano, 1975, ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, pp. 96 e ss.

strumento detentivo applicato in sede di gestione dei flussi migratori¹⁵, altra parte ne aveva evidenziato il carattere velatamente punitivo, cui si accompagnava un disallineamento dai principi che guidano l'applicazione delle misure coercitive in ambito penale (il carattere di *estrema ratio*, la tassatività, la proporzionalità e la ragionevolezza)¹⁶. Proprio la *specialità* dell'istituto ha fatto sì che in un primo momento la sua natura fosse dibattuta: l'uso del termine 'trattenimento' in luogo di 'detenzione' e gli sforzi operati dal legislatore al fine di mantenere una netta separazione tra questa forma di confinamento e i modi e le garanzie proprie della limitazione della libertà in campo penale hanno relegato l'istituto ad una zona grigia, di modesto interesse per la dottrina e sottratta all'attenzione della società civile. Di fatto, il trattenimento è rimasto appannaggio dalle autorità di polizia.

È stato perciò necessario l'intervento della Corte Costituzionale, con la sentenza n. 105/2001, per acclarare che «il trattenimento dello straniero presso i Centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 della Costituzione». Aggiungeva la Corte che «se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle 'altre restrizioni della libertà personale', di cui pure si fa menzione nell'art. 13 della Costituzione»¹⁷. Ciò che conta è la sostanza delle diverse forme di limitazione della libertà che possono coinvolgere lo straniero, e non la loro qualificazione formale. Tanto nel caso dell'accompagnamento coattivo alla frontiera quanto in quello della permanenza nei CPT si determinerebbe per la Consulta «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»¹⁸, indipendentemente dalla finalità perseguita dalla stessa. La riflessione dei giudici costituzionali si pone in linea di continuità con quelle della Corte EDU nelle sue prime pronunce in materia di limitazione della libertà personale al di fuori della sfera penale (ad es., *Guzzardi*; *Amuur*).

Con la sentenza n. 105/2001 la Corte Costituzionale ha collocato la misura del trattenimento entro il campo di applicazione dell'art. 13 Cost, co 2¹⁹, alla luce del «carattere universale della libertà personale che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica ma in

¹⁵ A. Pugiotto, *'Ieri e oggi': fermo di polizia e trattenimento dello straniero*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, pp. 167-217.

¹⁶ A. Caputo, 2000.

¹⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 105/2001, del 10 aprile 2001. Si è trattato, invero, di una pronuncia interpretativa di rigetto, che dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 13 co 4, 5 e 6, e 14 co 4 e 5, d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, con riferimento all'art. 13 co 2 e 3 Cost., potendosi fornire una interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata delle norme nel senso di ritenere che il giudizio di convalida del trattenimento dello straniero presso i CPT investe non solo il trattenimento stesso, ma anche il provvedimento di espulsione amministrativa, e la sua specifica modalità di esecuzione consistente nell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Di Martino ha sottolineato che, nel qualificare il trattenimento come vera e propria forma di detenzione, la Corte ha inteso ricondurre l'istituto entro l'ambito di applicazione di cui al secondo (e non al terzo) comma dell'art. 13 Cost.; il fatto che la misura non rientri tra quelle tipiche menzionate dall'articolo non ne fa venir meno la natura detentiva. A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2014, 1, pp. 17-40.

quanto esseri umani»²⁰. La Corte ha altresì precisato che le norme che disciplinano il trattenimento dovranno garantire il soddisfacimento dei requisiti di legalità e riserva giurisdizionale: ad oltre vent'anni di distanza dalla sentenza miliare della Corte, non pare che i principi costituzionali siano pienamente osservati²¹. Per altro verso, l'istituto in esame non è stato fino in fondo equiparato alla detenzione attuata negli istituti penitenziari: questo attento *self-restraint* ha probabilmente comportato che la legittimità della misura non fosse vagliata, in quella sede, *anche* alla luce dei principi di necessità, proporzionalità ed *extrema ratio* che guidano l'interprete in sede penale.

Non può del resto tacersi che la pronuncia della Corte Costituzionale ha, nel complesso, fatta salva la normativa in materia di trattenimento, segnando un passaggio importante nella legittimazione – e conseguente istituzionalizzazione – della misura: «appuntandosi sul mero rispetto dei requisiti di validità formale (principio di legalità e di giurisdizionalità), a dispetto di quelli sostanziali (necessità e urgenza), la Corte (...) ha in sostanza trasformato la detenzione amministrativa in un provvedimento adottabile in via ordinaria»²². Il legislatore ha così avuto ampio gioco ad intervenire sull'istituto nel senso di ampliare il suo campo di applicazione, per il tramite di previsioni che ne hanno accentuato nel corso degli anni la funzione punitiva. Per altro verso, il Giudice delle leggi non ha più avuto modo di pronunciarsi in via diretta sui numerosi dubbi di incostituzionalità che circondano la 'detenzione senza reato'. Invece, anche in anni più recenti, parte della dottrina ha sottolineato che una interpretazione costituzionalmente orientata alla luce dell'art. 3 e 13 Cost. qualificherebbe l'istituto come *tout court* incompatibile con l'assetto costituzionale²³, mentre altri hanno richiamato l'attenzione sulla perdurante illegittimità della disciplina dei modi del trattenimento, e di quella attinente alla riserva di giurisdizione²⁴.

2.1.2 La detenzione nel processo di securitizzazione delle migrazioni, dai 'clandestini' ai richiedenti asilo

L'anno successivo alla pronuncia della Corte Costituzionale, la cd. legge 'Bossi-Fini'²⁵ dava avvio ad una stagione di politiche di securitizzazione delle migrazioni²⁶, realizzate attraverso

²⁰ Corte Cost. sentenza n. 105/2001, del 10 aprile 2001.

²¹ D. Loprieno, *Trattenere e punire. La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, 2018, in particolare pp. 151 e ss.

²² G. Campesi, 2013, p. 196.

²³ A. Pugiotto, *La 'galera amministrativa' degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 3, pp. 573-604; A. Di Martino, 2014.

²⁴ D. Loprieno, 2018, pp. 181 e ss.

²⁵ L. 30 luglio 2002, n. 189 [Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo.]

²⁶ D. Bigo, *Security and immigration: toward a critique of the governmentality of unease*, in *Alternatives*, 2002, 27, pp. 63-92. L'affermazione di logiche e discorsi securitari a partire dal nuovo secolo (ed in particolare a seguito dell'11/9/2001) non è appannaggio soltanto della materia dell'immigrazione: elemento costituente del discorso securitario, più in generale, il passaggio dal modello della sicurezza dei diritti a quella del diritto alla sicurezza (A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, in S. Anastasia e M. Palma, *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 22). Quando tale discorso incrocia le narrazioni sulle migrazioni, si crea il contesto ideale per la raffigurazione della persona straniera come perenne minaccia alla sicurezza, sicché un fenomeno complesso come la migrazione si trasforma in questione criminale. A. Caputo, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Quest.*

il ricorso ad «un vero e proprio sottosistema penal-amministrativo» ove il diritto penale è asservito agli scopi amministrativi di «allontanamento del nemico dalla società»²⁷. In base alla nuova legge l'accompagnamento coattivo alla frontiera diveniva il perno del sistema e, specularmente, la detenzione si affermava come strumento *ordinario* di esecuzione dei provvedimenti di espulsione o respingimento²⁸. Inoltre, l'espulsione avrebbe potuto essere eseguita anche senza previa convalida dell'allontanamento coattivo o della detenzione nei centri per il rimpatrio da parte dell'autorità giudiziaria. L'evidente contrarietà di una simile procedura con i principi della riserva di giurisdizione (di cui all'art. 13 Cost.) e del diritto di difesa (art. 24 Cost.) rese necessario un nuovo intervento della Corte Costituzionale²⁹. Con la sentenza n. 222 del 2004, la Consulta dichiarò la parziale incostituzionalità dell'art. 13 co 5 *bis* d. lgs. 286/98, nella parte in cui non prevedeva che il provvedimento di accompagnamento alla frontiera fosse convalidato dall'autorità giudiziaria nel rispetto delle garanzie del contraddittorio, dunque prima dell'effettivo allontanamento dello straniero.

Il legislatore reagì a sua volta alle pronunce della Corte con un ulteriore inasprimento della materia e una sterilizzazione delle garanzie dei migranti espellendi e trattenuti³⁰. In primo luogo, la contravvenzione di cui all'art. 14 co 5 *quinquies* d. lgs. 286/98 (inottemperanza all'ordine di allontanamento adottato dal Questore in sede di esecuzione dell'espulsione) venne trasformata in delitto, con aumento della pena edittale e la conseguente possibilità di disporre l'arresto e l'applicazione di una misura cautelare. La dottrina ha ritenuto che a seguito di tale riforma si fosse operata una torsione del diritto penale, utilizzato non allo scopo di tutela di determinati beni giuridici ma in risposta all'esigenza, simbolica ancor prima che reale, di punire lo straniero irregolare e la sua permanenza sul territorio: scopi indubbiamente extrapenal³¹. Ciò ha comportato, quale ulteriore conseguenza, l'affermarsi di una spirale di detenzione, in

Giust., 2004, 2/3, pp. 359-381, p. 361. Sul punto anche M. Pelissero, *Logiche di esclusione e logiche di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2007, 4, pp. 684-703.

²⁷ A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, p. 350 e ss. L'autore ha rivenuto tracce, anche tra le previsioni in materia di immigrazione, di quel «diritto penale del nemico», che in Italia si è piuttosto affermato quale diritto penale «dell'emergenza» (M. Donini, *Un nuovo medioevo penale. Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, 6, p. 1810) e che rinviene tra i suoi «tipi d'autore» anche lo straniero: l'affermazione del diritto penale d'autore in questo contesto implica che il migrante non sia punito poiché ha tenuto condotte lesive di beni costituzionalmente protetti, ma unicamente in ragione della sua condizione di irregolarità, che a sua volta non è originaria ma risulta il frutto di precise scelte legislative.

²⁸ L'espulsione, misura ablativa disciplinata dall'art. 13 del d. lgs. 286/98, viene adottata quando il soggetto si trovi già sul territorio italiano. Invece, il respingimento si fonda sul presupposto che la persona sia presente «ai valichi di frontiera» (art. 10 d. lgs. 286/98) e non abbia ancora fatto ingresso nello Stato. Peculiare è poi l'ipotesi del cd. respingimento differito disciplinato dall'art. 10 co 2 d. lgs. 286/98, che, sulla base di una *fiction iuris* per cui il migrante, già presente, si considera ancora *in limine* conferisce all'autorità di polizia un potere di respingimento nei confronti dello straniero: a) che si è sottratto ai controlli di frontiera, ma è fermato subito dopo l'ingresso; e b) che è stato temporaneamente ammesso sul territorio per ragioni di pubblico soccorso.

²⁹ Con la sentenza successiva, la n. 223 del 2004, invece, si colpisce la previsione di cui all'art. 14 co 5 *quinquies* d. lgs. 286/98, in base alla quale la condotta di permanenza sul territorio italiano in inottemperanza all'ordine di allontanamento adottato dal Questore assurgeva a contravvenzione, rispetto alla quale, però, si sarebbe potuti procedere con l'arresto. La Corte Costituzionale riteneva sproporzionata la misura dell'arresto a fronte di un reato sanzionato con una pena esigua (da 6 mesi ad un anno).

³⁰ G. Savio, *Prime riflessioni sulle modifiche penali introdotte dalla legge n. 271 del 2004*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2004, 3, pp. 71-84.

³¹ A. Spena, *Iniuria migrandi: criminalisation of immigrants and the basic principles of criminal law*, in *Criminal law and Philos.*, 2014, 8, pp. 635-657.

cui al trattenimento nei CPT poteva far seguito la detenzione in carcere, nel caso in cui la misura amministrativa non avesse portato all'esecuzione del rimpatrio e lo straniero rilasciato con ordine di allontanamento non vi avesse ottemperato³².

Per altro verso, il d.l. 241/2004, convertito in l. 271/2004, nel reintrodurre la convalida dell'allontanamento immediato, configurava una nuova competenza per il giudice di pace in relazione a tutti i procedimenti relativi all'espulsione, ivi compresi quelli incidenti sulla libertà personale come il trattenimento. L'inedita competenza di un giudice tradizionalmente chiamato ad occuparsi di questioni bagatellari, e mai fino a quel momento della materia della libertà personale³³, ha rappresentato negli anni e si conferma oggi come uno dei profili di maggiore criticità del regime della detenzione amministrativa³⁴.

In quegli stessi anni, infine, si allargava – quantomeno sulla carta – il campo di applicazione della detenzione: inizialmente concepita come misura sostanzialmente cautelare e funzionale al rimpatrio, con la l. 189/2002 si introduceva una nuova ipotesi di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale³⁵. Il legislatore di quegli anni (la normativa in esame fu poi integrata dalle previsioni del d.p.r. 303/2004 relativo alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato) aveva inteso disciplinare l'accoglienza del richiedente asilo secondo un approccio securitario, improntato al controllo permanente della persona che non poteva allontanarsi dal centro senza autorizzazione³⁶. I confini tra una tale «forma di segregazione larvata»³⁷ dei richiedenti protezione e una privazione della libertà a tutti gli effetti, seppur apparentemente definiti sul piano normativo dall'art. 32 l. 189/2002, si confondevano ineluttabilmente su quello prasseologico, comportando limitazioni *de facto* alla libertà dei richiedenti alternate ad indebite restrizioni alla loro libertà di movimento: in nessun caso veniva in ogni caso adottato un provvedimento scritto, motivato e appellabile³⁸.

³² M. Pellissero, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrazione irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2011, 2, pp. 239-286.

³³ A. Caputo, L. Pepino, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, 3, pp. 13-38.

³⁴ A. Di Pascale, *Can a Justice of the Peace be a good detention judge? The case of Italy*, in M. Moraru, G. Cornelisse, P. De Bruycker, 2020, pp. 301-316.

³⁵ L'art. 32 della norma distingueva tra alcune ipotesi di trattenimento facoltativo («a) per verificare o determinare la sua nazionalità o identità, qualora egli non sia in possesso dei documenti di viaggio o d'identità, oppure abbia, al suo arrivo nello Stato, presentato documenti risultati falsi; b) per verificare gli elementi su cui si basa la domanda di asilo, qualora tali elementi non siano immediatamente disponibili; c) in dipendenza del procedimento concernente il riconoscimento del diritto ad essere ammesso nel territorio dello Stato») e due ipotesi di trattenimento obbligatorio, qualora la domanda fosse stata presentata da un soggetto «fermato per aver eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o, comunque, in condizione di soggiorno irregolare» o «già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento». Soltanto in quest'ultima ipotesi il trattenimento avveniva nei CPT, che mutarono poi il nome in CIE; nelle altre, il luogo di privazione della libertà era distinto, operando una sovrapposizione concettuale e fattuale tra accoglienza e trattenimento della persona: in ogni caso, la l. 189/2002 prescriveva che l'indebito allontanamento dalle strutture avrebbe comportato la rinuncia alla domanda di asilo, imponendo pertanto una limitazione quantomeno della libertà di movimento.

³⁶ Art. 32, co 4, l. 189/2002. Tale incisiva limitazione della libertà di movimento non era disposta sulla base di un provvedimento individuale, né poteva esserne sindacata la proporzionalità o ragionevolezza, in assenza della previsione di un riesame giurisdizionale. Sul punto, D. Consoli, G. Schiavone, *Analisi della procedura semplificata, della procedura ordinaria e delle collegate misure del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2005, 2, pp. 13-27.

³⁷ E. Valentini, 2018, p. 185.

³⁸ D. Consoli, G. Schiavone, 2005.

I centri di accoglienza si affermarono come strutture completamente aperte soltanto a seguito dell'adozione del d. lgs. 25/2008 (con cui era recepita la dir. 2005/85/CE)³⁹, ove si affermava il principio della libertà di movimento in linea con gli scopi prioritariamente umanitari delle misure di accoglienza. Permaneva invece il potere in capo all'autorità di pubblica sicurezza di disporre il trattenimento dei richiedenti asilo che rappresentassero una minaccia per la sicurezza nazionale e internazionale e per l'ordine pubblico⁴⁰: si confermava in questo caso l'esigenza, propria delle misure preventive *ante-delictum*, di neutralizzazione della pericolosità sociale del soggetto (in questo caso, del richiedente protezione)⁴¹.

Il contemperamento tra le istanze securitarie e quelle umanitarie che permea le politiche legislative in materia di asilo a partire dal 2008, e caratterizzerà questa disciplina anche in futuro, non trova alcuna corrispondenza nel trattamento dello straniero irregolare. Il cd. 'pacchetto sicurezza' del 2009⁴² rappresenta, invece, il coronamento delle logiche del *securitarismo*, e del processo di curvatura cui è sottoposto in questo ambito il diritto penale, rivolto non più alla repressione di specifici fatti criminosi, ma alla punizione di una condizione personale (l'essere migrante)⁴³. La riconducibilità dell'intervento normativo entro la cornice teorica della *crimmigration*⁴⁴ non è data soltanto dall'introduzione del nuovo reato di «clandestinità»⁴⁵, ma anche da ulteriori ipotesi di delitto speciale d'autore (reati soggettivamente qualificati che possono essere commessi solo dalla persona straniera⁴⁶) e, per

³⁹ D. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 [Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato].

⁴⁰ L'art. 21, co 1, d. lgs. 25/2008 (poi abrogato ad opera del d. lgs. 142/2015) disponeva che il richiedente è trattenuto quando: a) si trova nelle condizioni previste dall'art. 1, par. F, della Convenzione di Ginevra; b) è stato condannato in Italia per uno dei delitti indicati dall'art. 380 co 1 e 2 cpp, ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; c) è destinatario di un provvedimento di espulsione.

⁴¹ Sul tema sono ancora attuali le considerazioni di F. Bricola, 1997, pp. 100 e ss.

⁴² L. 15 luglio 2009, n. 94 [Disposizioni in materia di sicurezza pubblica. (09G0096)]. Sull'intervento normativo, L. Pepino, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della L. 94/2009*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, 4, pp. 9-17; e P. Bonetti, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, 4, pp. 85-106.

⁴³ In questo modo, il diritto penale viene asservito ad obiettivi di gestione dei flussi migratori, fino a diventare un «diritto di polizia penalmente armato con scopi assorbenti di prevenzione generale». M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, 1, pp. 101-133, p. 127. Dello stesso avviso anche M. Pellissero, 2011.

⁴⁴ Come anticipato, il concetto di *crimmigration* fa riferimento alla progressiva convergenza tra diritto penale e diritto dell'immigrazione, al punto che gli strumenti di controllo dei reati e quelli di controllo della mobilità coincidono. J. Stumpf, *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and the sovereign power*, in *American University Law Review*, 2006, 59, 2, pp. 367-419. Nel contesto italiano, sono particolarmente attuali le riflessioni di G.L. Gatta, *La pena nell'era della 'Crimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2018, pp. 675-724; G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia, *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Londra, 2020.

⁴⁵ La l. 94/2009 introduce nell'ordinamento l'art. 10 *bis* d. lgs. 286/98, che qualifica come contravvenzione l'ingresso e il soggiorno irregolare sul territorio dello Stato. La dottrina ha rilevato che, al di là degli scopi evidentemente e fortemente simbolici, si è prodotta una duplicazione di una sanzione già presente sul piano amministrativo. C. Renoldi, *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2009, 4, pp. 28-58.

⁴⁶ Ad esempio, quello di trasgressione all'ordine di esibizione del documento di identificazione e del permesso di soggiorno (art. 6, comma 3, d. lgs. 286/98), anch'esso riconducibile alla l. 94/2009.

quanto qui interessa, dall'esponenziale aumento della durata della detenzione amministrativa⁴⁷. Il termine massimo della misura passava da 60 a 180 giorni: se un trattenimento di pochi giorni poteva ancora considerarsi compatibile con la finalità di eseguire l'espulsione, «la sua protrazione per mesi – congiunta con la reiterabilità della misura – ne esclude ogni rapporto funzionale con l'allontanamento e lo configura come veicolo di isolamento e come sanzione *tout court*»⁴⁸.

La fase della cd. istituzionalizzazione della detenzione amministrativa in Italia è coincisa in larga parte con quella dell'affermarsi di un diritto penale (o para-penale) *speciale*, funzionale all'etichettamento delle persone migranti come criminali. Paradossalmente, al protagonismo del penalmente rilevante è corrisposto uno svilimento delle garanzie dei migranti, che, lontane dall'essere in linea con quanto previsto dai principi generali del diritto e della procedura penale in materia di detenzione della libertà, soccombono alla discrezionalità amministrativa e all'arbitrio delle forze di polizia. La mancata corrispondenza tra pretesa punitiva nei confronti dei migranti e rispetto delle garanzie fondamentali è del resto un tratto peculiare della *crimmigration*. I teorici della dottrina menzionata hanno infatti osservato come la «immigration law has been absorbing the theories, methods, perceptions and priorities associated with criminal enforcement while explicitly rejecting the procedural ingredients of criminal adjudication»⁴⁹.

Inoltre, una volta *normalizzato* (nel 2001) il trattenimento come strumento di ordinaria gestione dei flussi,⁵⁰ si sono amplificate da lì in avanti le occasioni e i tempi di applicazione della misura. Al culmine di questa fase, il sistema italiano è stato costretto a confrontarsi con la normativa europea attualmente in vigore (la dir. 2008/115/CE e, alcuni anni dopo, la dir. 2013/33/UE), che ha dispiegato una influenza significativa ma, per le ragioni di cui si dirà, solo parzialmente 'rivoluzionaria' nell'ottica di rinforzare le tutele per i migranti amministrativamente detenuti.

2.2. La trasposizione del diritto secondario dell'Unione in materia di trattenimento

Tra le varie ragioni dell'istituzione della detenzione amministrativa, per la dottrina vi è anche stata quella «mostrarsi sensibili alle esigenze di efficientamento del sistema di rimpatrio», costituendo quest'ultimo «una sorta di passaporto politico perché l'Italia riuscisse ad entrare nell'area Schengen»⁵¹. Negli anni successivi, come si è visto, la detenzione

⁴⁷ Si tratta ancora una volta di una scelta dall'evidente valore simbolico, posto che il 30.1.2007 la Commissione di indagine del Ministero dell'interno sui Centri di permanenza temporanea e assistenza (cd. Commissione De Mistura) adottava un copioso rapporto da cui si evinceva la sostanziale inefficacia delle politiche di trattenimento, e le difficoltà di pervenire ad una identificazione dello straniero oltre i 60 giorni di permanenza nei centri. Commissione De Mistura, *Rapporto conclusivo – Commissione per le verifiche e le strategie dei Centri per immigrati*, 31 gennaio 2007.

⁴⁸ L. Pepino, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della L. 94/2009*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2009, 4, pp. 9-20, p. 11.

⁴⁹ S. H. Legosmky, *The new path of immigration law: asymmetric incorporation of criminal justice norms*, in *Washington and Lee Law Review*, 2007, 64 (2), pp. 469-528.

⁵⁰ G. Campesi, 2013, p. 200 e ss.

⁵¹ A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2014, 1, pp. 17-40, p. 18.

amministrativa diveniva modalità privilegiata di esecuzione del rimpatrio, e si inseriva in un più ampio quadro di repressione penale dell'immigrazione irregolare, facendosi così espressione delle pretese punitive dello Stato nei confronti del fenomeno migratorio⁵².

La dottrina ha in proposito rilevato come uno dei tratti caratteristici della detenzione amministrativa in Italia fosse quello dello stretto legame tra reclusione in carcere e trattenimento: fin dai primi anni del loro funzionamento, all'interno dell'eterogenea tipologia di persone internate nei CPT, poi CIE (persone da poco sbarcate, richiedenti asilo, stranieri in Italia da diversi anni) sono numerosi anche gli stranieri provenienti da istituti penitenziari. In questo senso i centri operavano come «vera e propria propaggine del sistema carcerario», tema riconosciuto anche dallo stesso legislatore italiano che, nel 2007, prendeva atto della necessità di «interrompere la continuità tra carcere e CPT che oggi interessa molti immigrati in Italia (...) tramite nuove procedure per identificare gli stranieri durante la detenzione e avviarli all'espulsione senza passare per il CPT»⁵³, obiettivo che le autorità amministrative e di pubblica sicurezza non sono mai state in grado di realizzare pienamente⁵⁴.

L'introduzione, ad opera degli interventi normativi del 2002 e del 2009, di ipotesi di reato fondate sul diritto speciale d'autore rafforzava il legame tra i due luoghi di privazione della libertà: l'interconnessione tra meccanismi espulsivi, trattenimento e pena detentiva alimentava una spirale detentiva ancorata a finalità di natura meramente simbolico-repressive⁵⁵, non pienamente riconducibili a logiche penalistiche (vista la ridotta offensività delle condotte di permanenza sul territorio a seguito di adozione di un provvedimento di espulsione), né all'esigenza di rendere più efficiente la politica di rimpatrio (posto che i tassi di rimpatrio rimanevano inferiori al 50%⁵⁶).

⁵² Sulla detenzione amministrativa come espressione della «penalità statale» e sul suo carattere intrinsecamente punitivo, *ex multis*, K. Beckett, N. Murakawa, *Mapping the shadow carceral state: toward an institutionally capacious approach to punishment*, in *Theoretical Criminology*, 2012, 16, pp. 221-244; K. Aas, M. Bosworth, *The Borders of Punishment: Citizenship, Crime Control and Social Exclusion*, Oxford, 2013; L. Zedner, *Penal subversions: When is a punishment not punishment, who decides and on what grounds?*, in *Theoretical Criminology*, 2015, 20(1), pp. 3-20.

⁵³ G. Campesi, 2013, p.217. Si veda anche la direttiva del Ministero dell'Interno e del Ministero della Giustizia del 25 luglio 2007.

⁵⁴ Nel 2015, a seguito dell'adozione di Protocollo relativo alle attività di identificazione ed individuazione delle nazionalità del detenuto straniero" siglato tra il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e il Dipartimento della Pubblica Sicurezza – Direzione Centrale dell'Immigrazione e della Polizia delle Frontiere il 9 giugno 2015, il DAP ha diramato alcune circolari finalizzate all'efficientamento delle procedure di identificazione dei cittadini stranieri reclusi. Ciononostante, i dati disponibili – relativi soltanto ad alcuni centri di permanenza per il rimpatrio (CPR), che hanno sostituito i CIE a partire dal 2017 – testimoniano come il numero di stranieri trattenuti a seguito dell'espiazione della pena sia ancora significativo. Ad esempio, presso il CPR di Torino tra il 2016 e il 2021 le percentuali di trattenuti provenienti dal carcere si è sempre mantenuta intorno al 18% (con un picco del 35% nel 2021), risultando quindi una componente considerevole. Garante per i diritti delle persone private della libertà personale del Comune di Torino, *Relazione annuale delle attività del 2021, 2022*.

⁵⁵ A. Pugiotto parla di «circularità ininterrotta», nel caso in cui lo straniero è dimesso dal carcere al termine dell'espiazione pena, per essere immediatamente trasferito al CIE; e di «circularità intermittente» per lo straniero dimesso dal CIE, ma che non ottempera all'ordine di allontanamento del Questore e commette un reato punito con pena detentiva, sino al 2011. A. Pugiotto, 2014, p. 585. Sul punto anche M. Pellissero, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrazione irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2011, 2, pp. 239-286.

⁵⁶ Si vedano i dati contenuti nella relazione della Commissione De Mistura.

Con l'adozione della dir. 2008/115/CE, tuttavia, il sistema italiano è costretto a confrontarsi con i principi affermatasi a livello europeo e a superare, in parte, l'approccio «punitivo» nei confronti dell'immigrazione irregolare. Nonostante le forti criticità sollevate dalla Direttiva, questa finirà per dispiegare un ruolo non trascurabile nella tutela dei diritti dei migranti, contribuendo a limitare le derive maggiormente criminalizzanti della normativa nazionale in tema di immigrazione irregolare⁵⁷. Si tenga in considerazione fino al 2011 i principi di necessità e proporzionalità non avevano trovato adeguata rispondenza nel contesto italiano: in primo luogo, non erano stati codificati nell'art. 14 d. lgs. 286/98; in secondo luogo, la Corte Costituzionale, nella pronuncia n. 105/2001, non aveva accettato la sollecitazione dei giudici del rinvio nel senso di valutare la ragionevolezza e proporzionalità del trattenimento, limitandosi a riconoscere che i requisiti di legalità e riserva di giurisdizione erano soddisfatti⁵⁸. Il recepimento dei principi 'europei' e, più in generale, della Direttiva Rimpatri in Italia, è stato però lungo e accidentato.

2.2.1 L'impervio percorso di recepimento della dir. 2008/115/CE nell'ordinamento italiano

Immediatamente dopo l'adozione della Direttiva, nel 2009, il legislatore colse l'occasione per innalzare il termine massimo di detenzione, portandolo a 18 mesi (la durata massima consentita dalla norma UE)⁵⁹. Non vennero invece disciplinate con legge ordinaria le previsioni maggiormente garantiste, quali il divieto di applicazione di automatismi espulsivi, l'onere di valutare la situazione individuale dello straniero, la modulazione del rimpatrio secondo una intensità graduale, a partire dalla misura meno coercitiva (la partenza volontaria), la previsione di misure alternative al trattenimento. Le autorità italiane si limitarono, prima del termine di trasposizione della Direttiva, a diramare una circolare di polizia contenente alcune indicazioni funzionali a colmare le lacune legislative e a «neutralizzare gli effetti dei ricorsi»⁶⁰, posto che numerose previsioni del diritto interno si configuravano *ab origine* come incompatibili con la legge europea.

Il velleitario tentativo di aggirare gli effetti della Direttiva Rimpatri fu parzialmente vanificato dall'intervento della Corte di giustizia. Nella sentenza *El Dridi*, la Corte rilevava come la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana, che faceva del rimpatrio coattivo la regola generale del sistema, fosse ben lontana da quanto delineato nel diritto

⁵⁷ A. Natale, *La tutela dei diritti e i paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l'Italia e la libertà dei migranti*, in *Questione giustizia*, 2011, 5, pp. 7-20. Più in generale, sulle potenzialità della direttiva rimpatri a tutela dei diritti degli stranieri, F. Spitaleri, 2017.

⁵⁸ V. Angiolini, *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, pp. 68-72.

⁵⁹ Art. 5 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con l. 23 aprile 2009, n. 38 [Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonche' in tema di atti persecutori.]

⁶⁰ A. Liguori, *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2011, 3, pp. 15-31, p. 17. Sul 'capolavoro di circolare' adottata dal Ministero dell'Interno (cd. circolare Manganelli), anche M. Veglio, *L'Europea a due libertà. L'impatto della Direttiva Rimpatri sulla politica italiana di trattenimento ed espulsione degli stranieri*, in M. Giovannetti, N. Zorzella, *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Bologna, 2020, pp. 567-585.

unionale. Inoltre, sanciva l'incompatibilità dell'art. 14 co 5 *ter* TUI con la Direttiva nella misura in cui la norma ordinava l'imposizione di una sanzione detentiva al migrante espellendo. La Corte vedeva quale principale ostacolo alla corretta implementazione della Direttiva il fatto che la permanenza della persona in carcere ostacolasse il perseguimento dell'effetto utile del diritto UE (il tempestivo rimpatrio della persona straniera). L'impatto della giurisprudenza UE è stato indubbiamente positivo, nella misura in cui ha ridotto gli spazi di criminalizzazione del migrante destinatario di un provvedimento di espulsione. Tuttavia, merita precisare che gli interventi del giudice europeo si sono limitati all'esame della compatibilità tra il ricorso al diritto penale (ed in particolare, alle sanzioni detentive) e la dir. 2008/115/UE, mentre non hanno mai riguardato – poiché nessun rinvio pregiudiziale è stato proposto in questo senso – i profili di possibile contrasto con riferimento alla procedura di espulsione e all'applicazione del trattenimento.

Sotto questo punto di vista, si è più volte argomentato che il pieno recepimento della Direttiva tramite l. 129/2011⁶¹ – diventato ineludibile dopo *El Dridi* – non abbia dissolto tutti i profili di incompatibilità del sistema interno con quello immaginato dal diritto europeo⁶². Con specifico riferimento al trattenimento, resta fermo il principio per cui esso può sempre essere disposto in caso di accompagnamento coattivo alla frontiera: questa modalità di esecuzione dell'espulsione, lungi dal configurarsi come residuale, è oggi integrata in tutti i casi in cui la misura a) viene decisa dall'autorità giudiziaria; b) si fonda su motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale⁶³, ovvero c) quando sussiste il rischio di fuga del migrante. Le ipotesi che integrano un pericolo di fuga sono, a loro volta, particolarmente numerose e suscettibili di coinvolgere la grande maggioranza degli stranieri in condizione di soggiorno irregolare⁶⁴, tanto più che alcune di esse (ad es., mancanza di passaporto o documento equipollente in corso di validità) non dipendono direttamente dalla volontà dello straniero.

⁶¹ L. 2 agosto 2011, n. 59 [Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89, recante disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari. (11G0178)].

⁶² A. Liguori, 2011; F. Spitaleri, 2017; R. Palladino, 2018; M. Veglio, 2020.

⁶³ Si fa qui riferimento tanto all'ipotesi disciplinata dall'art. 13, co 1 d. lgs. 286/98, che attiene all'espulsione disposta del Ministero dell'Interno «per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato», quanto all'art. 13, co 2, lett.c) d. lgs. 286/98, in base al quale il Prefetto adotta un provvedimento di espulsione quando lo straniero «appartiene a taluna delle categorie indicate negli articoli 1, 4 e 16, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159», il quale individua i soggetti nei confronti dei quali possono essere adottate misure di prevenzione (cd. «pericolosità sociale»).

⁶⁴ Il pericolo di fuga è presunto ove sia accertata - con riferimento al singolo caso - la sussistenza di almeno una delle seguenti circostanze: a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità; b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato; c) avere in precedenza dichiarato o attestato false generalità; d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei co. 5 e 13, nonché dell'art. 14; e) avere violato anche una delle misure di cui al co. 5.2 (art. 13, co 4 *bis* d. lgs. 286/98). La presunzione di fuga, come conseguenza della mancanza di passaporto o di idonea documentazione relativa all'alloggio, appare quindi correlata alla difficoltà di rispettare le misure che il nostro legislatore impone nel caso di rimpatrio volontario. Ma ciò, come è stato osservato, «mal si concilia con la valutazione “caso per caso” che pure l'incipit del comma in esame suggerisce» e «conferma l'orientamento della c.d. “circolare Manganelli” del dicembre scorso: sussumere nel perimetro del “rischio di fuga” la gran parte dei migranti irregolari», escludendoli dal beneficio della partenza volontaria, ed eludendo in tal modo la direttiva. A. Liguori, 2011, p. 22.

Il trattenimento resta dunque la misura coercitiva privilegiata di esecuzione del rimpatrio: è pur vero che la legge di recepimento ha anche previsto che il questore, in luogo della privazione della libertà, possa disporre misure alternative⁶⁵. Tuttavia, ne ha subordinato l'applicazione ad alcune circostanze proibitive, quali il possesso del passaporto o di altro documento di riconoscimento in corso di validità, e al fatto che lo straniero non sia socialmente pericoloso. Così, in base all'attuale formulazione dell'art. 14, co 1 *bis* d. lgs. 286/98, vi sarebbero alcune categorie di stranieri per i quali il trattenimento non si qualifica come misura di *estrema ratio*, ma piuttosto come unica misura possibile. Se si tiene in considerazione che le persone irregolarmente soggiornanti spesso non sono in possesso di un passaporto, o quantomeno di un passaporto in corso di validità, è ben agevole concludere che i possibili destinatari del trattenimento sono la maggioranza dei migranti⁶⁶. Nonostante le condizioni previste dalla legge siano state fatte salve dalla Corte di Cassazione⁶⁷, pare evidente la frizione tra l'automatismo legislativo e la piena affermazione dei principi di proporzionalità e necessità, in base al quale l'esame circa la predisposizione di misure alternative deve avvenire caso per caso, e non può essere automaticamente precluso in via legislativa.

In sostanza, se con l'adozione della Direttiva Rimpatri si doveva ripristinare l'originario rapporto tra regola ed eccezione durante la fase esecutiva dell'espulsione, l'operazione è stata essenzialmente di facciata. L'estensione del perimetro del rischio di fuga è stata considerata «la carta attraverso la quale il Governo italiano tenta nuovamente di vanificare le previsioni della direttiva rimpatri»⁶⁸. L'assetto ridisegnato dal legislatore è dunque fortemente sbilanciato a favore dell'intervento coattivo⁶⁹, che continua a poggiare in via principale sulla detenzione, la cui estensione temporale massima è confermata in 18 mesi. A ciò si aggiunga che l'art. 14, co 1 d. lgs. 286/98 è stato riformulato nel senso di ampliare ulteriormente lo spettro delle condizioni che legittimano il trattenimento. Mentre in precedenza il testo della norma prevedeva ipotesi tassative⁷⁰, nella nuova formulazione si fa riferimento a «situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento»,

⁶⁵ L'art. 14, co 1 *bis* menziona le seguenti misure: consegna del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità; obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato; obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica in orari preventivamente individuati.

⁶⁶ E. Valentini, 2018, p. 94 e ss.

⁶⁷ Cass. civ. Sez. VI, ordinanza del 07 ottobre 2016, n. 20108; Cass. civ. Sez. I, sentenza del 24 novembre 2017, n. 28155; Cass. civ. Sez. I, sentenza del 20 marzo 2019, n. 7829. Per la Suprema Corte il principio di proporzionalità e gradualità nella scelta delle misure si applica soltanto a posteriori, una volta che è stata verificata la presenza del passaporto: quest'ultima condizione si pone quale «prerequisito indispensabile per l'adozione delle invocate misure». Tale impostazione non convince se esaminata alla luce dei principi espressi in sede di normativa europea, posto che la Direttiva Rimpatri non subordina la concessione di misure alternative alla presenza di determinati requisiti.

⁶⁸ M. Veglio, 2020, p. 577.

⁶⁹ L'allungamento dei tempi di trattenimento è stato poi fortemente criticato dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, nel *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento in Italia* (2012). La Commissione ha evidenziato che l'estensione temporale aveva, di fatto, trasformato una misura straordinaria e temporanea in un meccanismo inadeguato e dannoso, al cui interno si perpetuavano violazioni dei diritti umani delle persone private della libertà.

⁷⁰ Precedentemente il trattenimento era disposto solo quando l'impossibilità di procedersi con espulsione immediata discendeva dalla necessità di «procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo».

salvo precisare nel prosieguo dell'articolo che «tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano [...] *anche* quelle riconducibili» alla necessità di prestare soccorso, accertare l'identità o reperire il vettore. Le ipotesi, da tassative, si convertono in una elencazione aperta che stride con i principi di cui all'art. 13 Cost.

Infine, i dati empirici rivelano che le misure alternative al trattenimento rappresentano ancora un miraggio e che sono disposte solo raramente, quasi mai da parte delle Questure nelle cui sedi è operativo un CIE, oggi CPR⁷¹.

2.2.2 Tre esempi di recepimento 'virtuoso' della dir. 2008/115/UE: la centralità della giurisprudenza di legittimità

L'adeguamento «gattopardesco»⁷² alla normativa europea da parte del legislatore non ha impedito che quest'ultima potesse anche esercitare una influenza positiva, nel senso del rafforzamento di alcune specifiche garanzie dei trattenuti, negli anni successivi alla sua trasposizione e fino ai giorni più recenti. Vi sono in particolare tre ambiti in cui i principi, o le disposizioni direttamente applicabili del diritto UE, si sono dimostrati particolarmente performativi: essi riguardano i rimedi giurisdizionali, i presupposti per la proroga del trattenimento e l'accessibilità dei luoghi detentivi.

Quanto al primo profilo, merita ricordare che l'art. 15 (3) dir. 2008/115/CE contempla un rimedio attivabile su istanza di parte per far immediatamente cessare la detenzione divenuta illegittima per cause sopravvenute. L'istituto del riesame del trattenimento non era stato recepito dal legislatore italiano, ma la sua esperibilità si è affermata in via giurisprudenziale: già in *El Dridi* la Corte di giustizia chiariva che l'art. 15 e 16 della Direttiva sono «incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto»⁷³. Con considerevole ritardo, la questione è poi approdata anche avanti i giudici di merito, e poi di legittimità: nel 2017 la Corte di Cassazione confermava la natura *self-executing* del diritto europeo e ammetteva che alla presentazione di una domanda giudiziale di riesame del trattenimento, in assenza di apposita disciplina normativa al riguardo, potesse applicarsi il procedimento camerale proponibile ai sensi dell'art. 737 e ss. cpc⁷⁴. La diretta invocabilità del diritto UE ha reso più completa, ed effettiva, la tutela

⁷¹ La ricerca empirica elaborata all'interno del progetto Lexilium – Osservatorio sulla Giurisprudenza del Giudice di Pace ha rivelato che la Questura che faceva maggiormente ricorso all'applicazione di misure alternative in luogo del trattenimento era quella di Bologna, nel cui distretto non ha sede alcun CIE; al contrario, il tasso di applicazione di misure alternative nei distretti di Bari, Roma e Torino è stato pari a zero nel 2015; a Roma, sono state applicate dette misure soltanto nel 2016, dopo la chiusura della sezione maschile del CIE di Ponte Galeria. Sul punto, F. Mastromartino, E. Rigo, M. Veglio, Lexilium. *Osservatorio sulla giurisprudenza in materia di immigrazione del Giudice di Pace: sintesi rapporti 2015*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, 2.

⁷² La metafora è particolarmente calzante per esprimere il mutamento soltanto apparente dell'assetto normativo italiano, ed è stata infatti utilizzata sia da D. Loprieno, 2018, p. 122; sia da M. Veglio, 2020, p. 575.

⁷³ CGUE, *El Dridi*, par. 47.

⁷⁴ La Corte aggiungeva poi che per il principio della concentrazione delle tutele, la competenza a provvedere è dello stesso giudice della convalida e delle proroghe (ossia il giudice di Pace) il quale deciderà di tali richieste, in via di procedimento camerale, ai sensi dell'art. 737 e ss. cod. proc. civ., in quanto compatibili con il procedimento davanti al giudice di Pace, riesaminando l'attualità dell'interesse al trattenimento dello straniero secondo le finalità

giurisdizionale astrattamente prevista per la persona straniera trattenuta, che potrà in qualsiasi momento mettere in dubbio la legittimità della misura, sia nel caso di circostanze sopravvenute, sia quando determinati elementi di fatto non siano stati considerati in sede di convalida⁷⁵.

In secondo luogo, non può disconoscersi che anche nel contesto italiano vi sia stata una graduale ma progressiva affermazione del principio di necessità del trattenimento, che impone la cessazione della misura quando non vi siano più ragionevoli prospettive di rimpatrio, soprattutto quando ciò dipenda dalla mancata diligenza dell'amministrazione in sede di identificazione dello straniero⁷⁶. Un primo passo in questa direzione è stato compiuto dalla l. 161/2014, cd. legge europea 2013-*bis*⁷⁷. L'intervento legislativo si colloca nella fase della 'crisi' della detenzione amministrativa, caratterizzata da una discontinuità rispetto alle politiche precedenti: la maturazione di consapevolezza circa l'inefficienza dei CIE all'interno del sistema di espulsione, unitamente agli elevati costi di mantenimento delle strutture⁷⁸, e alle denunce operate dalla società civile rispetto alle condizioni di vita dei trattenuti, avevano convinto il legislatore a ridurre fortemente i tempi di durata del trattenimento (passato da 18 a 3 mesi, con una ancor più significativa riduzione per le persone provenienti da istituti di pena).

L'art. 3 l. 161/2014 impone che si possa prorogare il trattenimento soltanto «qualora siano emersi elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione», ancorandola così ai principi di necessità e proporzionalità. Si prevede inoltre che, quando «dalle circostanze concrete non emerga più alcuna ragionevole prospettiva che l'allontanamento possa essere eseguito», il questore debba adottare un ordine di lasciare il territorio, in luogo del trattenimento⁷⁹. In senso più aderente agli orientamenti delle Corti sovranazionali (cfr. cap. II, par. 3.2; 4.1), l'amministrazione sarà tenuta a motivare la richiesta di proroga dimostrando di essersi attivata per addivenire all'identificazione dello straniero, presupposto indefettibile della procedura di allontanamento.

La questione ha assunto portata centrale in sede di (seconda) proroga dei trattenimenti. Non può tacersi come i giudici di pace, tradizionalmente inclini – in questo settore – ad aderire alle

perseguite dalla legge e dalla Direttiva europea, sopra richiamate. Cass. civ., Sez. I, sentenza del 29 settembre 2017, n. 22942. Si veda anche Cass. civ., Sez. I, ordinanza del 23 ottobre 2019, n. 27076.

⁷⁵ Da ultimo, Cass. civ., Sez. I, ordinanza del 20 maggio 2021, n. 24721.

⁷⁶ Come ampiamente esaminato, l'orientamento delle Corti europee su questo punto è consolidato: da un lato, la Corte EDU ha ripetutamente sancito l'arbitrarietà della misura detentiva se l'amministrazione non agisce con *due diligence* e se la detenzione non è strettamente funzionale al rimpatrio (ex multis, *Mikolenko v. Estonia*; *J.N. v. the United Kingdom*; *Auad v. Bulgaria*) dall'altro lato, in *Mahdi*, la Corte di giustizia fornisce una interpretazione restrittiva del dettato della Direttiva Rimpatri, ritenendo che la proroga del trattenimento possa dirsi legittima soltanto se può individuarsi un nesso di causalità tra la condotta non collaborativa dell'interessato e il ritardo nella procedura di rimpatrio. In caso contrario, e qualora lo Stato interessato non abbia dato prova di aver «compiuto e continui a compiere attivamente sforzi per ottenere il rilascio dei documenti per detto cittadino», la detenzione risulterà illegittima.

⁷⁷ L. 30 ottobre 2014, n. 161 [Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea]. Per un esame dettagliato delle riforme operate dalla legge all'istituto M. Veglio, *La riduzione del danno. Radiografia del trattenimento amministrativo dopo la l. 161/14*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2014, 3-4, pp. 97-113.

⁷⁸ Puntualmente documentati nel *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento in Italia* (si veda la nota n. 48).

⁷⁹ La dottrina ha criticato il fatto che per questa categoria di stranieri, cd. inespellibili, non venga prevista alcuna forma ulteriore di tutela, pur suggerite dall'art. 6(4) dir. 2008/115/CE. Così M. Veglio, 2014; D. Loprieno, 2018.

richieste dell'amministrazione senza operare alcuna istruttoria approfondita⁸⁰, si siano mostrati complessivamente timidi nell'accogliere le istanze difensive fondate sull'assenza di concrete prospettive di identificazione (e, dunque, di allontanamento). Tuttavia, le doglianze hanno trovato piena legittimità di fronte alla Corte di Cassazione, il cui (ormai) consolidato orientamento in materia prevede che « la modifica dell'art. 14, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998, operata dalla l. n. 161 del 2014, ha introdotto una disciplina più rigorosa per la concessione della seconda proroga e di quelle successive, in modo tale da garantire una più stretta osservanza dell'art. 13 Cost., essendo necessario accertare l'esistenza di elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione dello straniero o la necessità di mantenere il trattenimento per organizzare le operazioni di rimpatrio»⁸¹. Pertanto, né la richiesta dell'amministrazione né il provvedimento del giudice possono considerarsi legittimi se sono privi di indicazioni circa gli indici concreti da cui desumere la probabilità dell'identificazione, e quindi la sussistenza di prospettive di rimpatrio⁸².

Infine, un ulteriore profilo in relazione al quale la normativa europea (tanto la Direttiva Rimpatri, quanto la Direttiva Accoglienza in materia di trattenimento del richiedente asilo, di cui si dirà a breve) ha fornito una solida sponda a favore del rafforzamento delle garanzie che contornano la detenzione amministrativa è quello dell'accesso della società civile ai centri di trattenimento. L'attenzione su questo tema, sollevata già nel 2011 con la campagna 'LasciateCIE entrare'⁸³, si è rinnovata negli anni più recenti. Come si vedrà, infatti, a partire dal 2015 l'approccio dell'esecutivo nei confronti del trattenimento è nuovamente mutato: negli ultimi cinque anni si è assistito alla moltiplicazione del numero di centri (accompagnata dall'ennesima mutazione lessicale, da CIE al CPR, centri di permanenza per il rimpatrio) e alla proliferazione di altri luoghi in cui gli stranieri vengono privati della libertà. In questo contesto,

⁸⁰ I dati raccolti dall'Osservatorio Lexilium in merito all'accoglimento delle richieste di convalida e di proroga del trattenimento sono impietosi: a Torino, ad esempio, l'autorità giudiziaria ha adottato provvedimenti di convalida e di proroga del trattenimento rispettivamente nel 98% e nel 95% dei casi considerati nel periodo oggetto della ricerca. Anche la durata delle udienze restituisce il carattere spesso sommario del processo. A Torino la metà delle udienze di convalida e l'80% delle udienze di proroga del trattenimento si concludono in non più di 5 minuti. F. Mastromartino, E. Rigo, M. Veglio, 2017.

⁸¹ *Ex multis*, Cass. civ., sez. I, ordinanza del 27 dicembre 2022, n. 37778; Cass. civ., sez. IV, ordinanza del 4 novembre 2022, n. 32570; Cass. civ., sez. VI, ordinanza del 21 settembre 2022, n. 27267; Cass. civ., sez. VI, ordinanza dell'11 gennaio 2022, n. 610; Cass. civ., sez. I, ordinanza del 23 settembre 2021, n. 25875; Cass. civ., sez. I, ordinanza del 4 giugno 2021, n. 15647.

⁸² Con particolare riferimento all'onere motivazionale che grava sull'autorità giudiziaria, alle già citate ordinanze, se ne aggiungono altre in cui la Corte di Cassazione accoglie i ricorsi fondati sull'assenza di motivazione dei provvedimenti dei giudici onorari, confermando così la grave «sterilizzazione del controllo di legalità» che è conseguita all'attribuzione di competenze in materia di detenzione amministrativa ai giudici di pace. Ad esempio, Cass. civ., sez. I, ordinanza del 20 ottobre 2021, n. 29081 afferma che è «meramente apparente, e quindi al di sotto del «minimo costituzionale» una motivazione espressa attraverso un modulo prestampato e con il richiamo acritico del contenuto del decreto del questore senza esplicitarne e condividerne le ragioni, perché non consente di cogliere le ragioni giuridiche della decisione né di far conoscere l'iter logico seguito per la formazione del convincimento del giudice». Così anche Cass. civ., sez. VI, ordinanza del 3 novembre 2021 n. 31536; Cass. civ., sez. I, ordinanza del 27 dicembre 2021, n. 41673.

⁸³ La campagna rappresentava una reazione alla circolare del Ministero dell'Interno n. 1305/2011, che limitava la possibilità di accesso ai centri ad una ristretta platea di organizzazioni (Alto Commissariato per le Nazioni Unite, Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, Croce Rossa Italiana, Amnesty International, Medici senza Frontiere, *Save the Children*, Caritas). La circolare venne revocata l'anno successivo, anche grazie al movimento di opinione pubblica che si era sollevato contro la stessa.

le associazioni della società civile hanno rinnovato gli sforzi di osservazione e monitoraggio sul funzionamento e sulle condizioni di vita delle persone detenute, presentando istanze di accesso alle strutture⁸⁴. In proposito, l'art. 16 (4) della dir. 2008/115/CE asserisce che anche le organizzazioni non governative possono accedere alle strutture in cui sono trattenuti i cittadini stranieri: la previsione normativa è stata più volte richiamata (unitamente ad una simile disposizione contenuta nell'art. 10 (4) della dir. 2013/33/UE) dai Tribunali amministrativi che, negli anni più recenti, si sono pronunciati sui ricorsi presentati dalle ONG avverso i rifiuti della pubblica amministrazione di autorizzarne l'ingresso nei centri⁸⁵.

Per quanto riguarda, nello specifico, la condizione dei migranti irregolari, si può ritenere che l'art. 16 della Direttiva debba considerarsi norma direttamente applicabile, in assenza di una sua trasposizione nel diritto interno: le regole di accesso ai centri – al pari delle disposizioni che regolamentavano il funzionamento degli stessi e i diritti e doveri dei trattenuti – sono state a lungo disciplinate soltanto per il tramite di una direttiva ministeriale nel 2014, che adottava il cd. Regolamento CIE⁸⁶. La «plateale omissione» di norme di rango primario sui modi del trattenimento costituisce ancora oggi uno dei tratti di maggiore criticità⁸⁷, nonché foriero di dubbio di incostituzionalità del complessivo assetto normativo della detenzione amministrativa⁸⁸. Ad oggi la normativa interna in tema di trattenimento del migrante irregolare non contiene una disciplina dettagliata delle condizioni e i limiti dell'ingresso, e sarà dunque direttamente applicabile la Direttiva Rimpatri.

Il discorso è parzialmente diverso quando la misura detentiva venga disposta nei confronti dei richiedenti asilo. Con la trasposizione della dir. 2013/33/UE, avvenuta ad opera del d. lgs.

⁸⁴ L'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) ha promosso una azione capillare di contenzioso strategico a fronte dei plurimi rigetti opposti dalle Prefetture interpellate. Per un approfondimento sulla recente giurisprudenza in tema di accesso, si rimanda a E. Celoria, *Oltre i cancelli della detenzione amministrativa: la progressiva affermazione del diritto di accesso*, in *Antigone*, 2022, 2, pp. 184-199.

⁸⁵ Sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia del 15.10.2019, n. 2360; Sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia del 21.10.2020, n. 2169; Sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte del 6.4.2021, n. 360; Sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna del 24.12.2021, n. 838; Sentenza del Tribunale Amministrativo per la Lombardia del 2.1.2023, n. 1.

⁸⁶ Direttiva del 24 ottobre 2014, con la quale si decretava l'adozione del «Regolamento recante criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di identificazione ed espulsione previsti dall'articolo 14 del decreto legislativo». Il Regolamento CIE è stato da ultimo sostituito dalla Direttiva del 19 maggio 2022, recante «Criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di permanenza per i rimpatri». La nuova direttiva, seppur più dettagliata del precedente regolamento, non supplisce in alcun modo alle carenze ordinamentali rispetto all'incostituzionalità della regolamentazione dei modi della detenzione, trattandosi di atto privo di forza di legge.

⁸⁷ D. Loprieno, 2018, p. 190. L'art. 14, co 2, d. lgs. 286/98 si limita, nella sua formulazione attuale, a prevedere che «Lo straniero è trattenuto nel centro, presso cui sono assicurati adeguati standard igienico-sanitari e abitativi, con modalità tali da assicurare la necessaria informazione relativa al suo status, l'assistenza e il pieno rispetto della sua dignità, secondo quanto disposto dall'art. 21, co 8, del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394». Quest'ultima norma, tuttavia, contiene una disciplina molto scarna: prescrive che le modalità di trattenimento debbano assicurare la libertà di colloquio con i visitatori provenienti dall'esterno e la libertà di corrispondenza; e dispone che siano assicurati i servizi per il mantenimento e l'assistenza, l'intervento sanitario, le attività di socializzazione e la libertà di culto. Si tratta evidentemente di norme meramente programmatiche, che attribuiscono all'amministrazione (nello specifico, alla prefettura) una amplissima discrezionalità.

⁸⁸ La norma di rango primario, come detto, è eccessivamente stringata e inidonea a garantire l'indicazione dettagliata della disciplina dei modi; né la fonte regolamentare, essendo di rango secondario, può dirsi soddisfattiva dei requisiti di cui all'art. 13 Cost. La dottrina è concorde sul punto: ad es. A. Di Martino, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11.5.2012; A. Pugiotto, 2014; D. Loprieno, 2018, pp. 189 e ss.; L. Masera, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *La Legislazione Penale*, 24.7.2019.

142/2015⁸⁹, si è introdotta una norma di rango primario che autorizza l'accesso ai centri (i medesimi in cui si trovano anche i migranti espellendi) «ai rappresentanti dell'UNHCR o alle organizzazioni che operano per conto dell'UNHCR in base ad accordi con la medesima organizzazione, ai familiari, agli avvocati dei richiedenti, ai rappresentanti degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore, ai ministri di culto, nonché agli altri soggetti indicati nelle direttive del Ministro dell'interno» (art. 7, co 2 d. lgs. 142/15). Il comma successivo precisa anche che l'accesso può essere limitato per motivi di sicurezza o ordine pubblico, ma mai impedito completamente. Come anticipato, la norma ha rappresentato un appiglio centrale per consentire ai giudici amministrativi di riconoscere la possibilità di ingresso nei centri per le organizzazioni della società civile, la cui legittimazione, secondo la giurisprudenza più recente, va individuata «sulla scorta dell'esperienza dagli stessi maturata nel settore e non in base all'interpretazione delle clausole statutarie»⁹⁰. Sotto questo profilo, e più in generale in tema di codificazione dei 'modi' della detenzione può dunque riconoscersi un impatto positivo della normativa europea nel settore del trattenimento.

2.2.3 Il ruolo del diritto UE nel consolidamento del trattenimento amministrativo del richiedente protezione

La detenzione del richiedente protezione non è una novità assoluta per il contesto italiano⁹¹: come anticipato, già nel 2002 la cd. legge 'Bossi Fini' aveva configurato diverse ipotesi di trattenimento che avevano finito per dilatare in modo indiscriminato la portata della misura⁹², poi fortemente ridotta ad opera del d. lgs. 25/2008. In base all'art. 21, co 1 del decreto legislativo, il trattenimento all'interno dei CIE era ammissibile solo quando il richiedente: a) si trovava nelle condizioni di cui all'art. 1, par. f) Convenzione di Ginevra; b) era stato condannato per uno dei delitti di cui all'art. 380 c.p.p. o per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione o emigrazione irregolare o lo sfruttamento della prostituzione o dei minori impiegati in attività illecite; c) o, infine, era già destinatario di un provvedimento di espulsione, purché non si trattasse di espulsione per irregolarità dell'ingresso o del soggiorno⁹³. I tre casi individuati dalla norma riguardavano circostanze in cui il ricorrente poteva considerarsi *latu sensu* un pericolo per l'ordine e la

⁸⁹ Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 142 [Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale].

⁹⁰ Sentenza del Tribunale Amministrativo per la Lombardia del 2.1.2023, n. 1.

⁹¹ Seppur questo titolo detentivo sia stato meno studiato dalla dottrina, la sua importanza è cresciuta negli ultimi anni, a fronte «dell'imponente massa di 'asilanti'» giunti sul territorio italiano negli ultimi 10 anni. Così E. Valentini, 2018, p. 176, alla cui opera si rimanda per una dettagliata ricostruzione dell'istituto del trattenimento del richiedente asilo.

⁹² Così come modellata dalla l. 189/2002, la detenzione del richiedente risultava incompatibile con i principi di diritto sovranazionale, in base ai quali la misura non può essere applicata al solo fine di esaminare la domanda di asilo (art. 18 dir. 2005/85/CE).

⁹³ Quest'ultima ipotesi è stata significativamente ampliata ad opera del successivo d. lgs. 159/2008, del 3 ottobre 2008, che ha incluso tra i provvedimenti che giustificavano il trattenimento anche quelli di respingimento e di espulsione adottati ai sensi dell'art. 13, co 2, lett.a) e b), vale a dirsi per irregolarità dell'ingresso o del soggiorno.

sicurezza pubblica, purché in base ad una valutazione ancorata ad indici ben identificati e ad ipotesi tassativamente individuate. Il sistema era inoltre fondato su una chiara distinzione tra le ipotesi di privazione della libertà e quelle, disciplinate dall'art. 20 d. lgs. 25/08, di accoglienza e di libertà di movimento.

La necessità di conformarsi al quadro unionale – nella formulazione successiva alla rifusione delle Direttive in materia di asilo avvenuta nel 2013 – ha indotto il legislatore italiano a rimodulare il regime del trattenimento del richiedente protezione, e ha fornito un inedito spunto per ampliare significativamente l'area operativa della misura. A seguito delle rivisitazioni operate nel 2015, infatti, l'art. 21 d. lgs. 25/08 è stato abrogato e sostituito dagli artt. 6 e 7 d. lgs. 142/2015. La prima norma tratteggia cinque ipotesi di privazione della libertà personale dell'asilante, formulate in termini piuttosto generici e a tratti confusi. Si potrà dunque ricorrere al trattenimento:

- a) quando il richiedente abbia commesso i gravi reati di cui all'art. 1, par. f della Convenzione di Ginevra (formulazione ripresa fedelmente dall'articolo previgente);
- b) quando il richiedente che si trovi «nelle condizioni di cui all'art. 13, co 1 e 2, lett.c) d. lgs. 286/98», e dunque sia considerato un «pericolo per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato», rientri tra i soggetti cui può essere applicata una misura di prevenzione, o ancora se è sospettato di far parte di organizzazioni terroristiche;
- c) quando il richiedente «costituisce un pericolo per l'ordine o la sicurezza pubblica», valutazione che deve essere operata tenendo conto di «eventuali condanne, anche con sentenza non definitiva» per gli stessi reati già menzionati dall'articolo previgente⁹⁴;
- d) quando sussista un rischio di fuga, da determinarsi sulla base di un esame «effettuato, caso per caso, quando il richiedente ha in precedenza fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità al solo fine di evitare l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione» o di eludere l'applicazione delle misure imposte in caso di partenza volontaria, o come alternativa al trattenimento;
- e) quando il richiedente si trovi già in un centro di cui all'art. 14 d. lgs. 286/98 in attesa dell'esecuzione dell'espulsione e «vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione dell'espulsione».

Da un punto di vista procedurale, l'art. 6 d. lgs. 142/15 individua il Questore quale organo competente per l'adozione del provvedimento restrittivo e il Tribunale ordinario quale giudice competente per la convalida e la proroga⁹⁵. La disciplina dei tempi del trattenimento, ancorata alla scansione temporale per l'esame accelerato della domanda di asilo, è particolarmente

⁹⁴ Si tratta dei delitti indicati dall'art. 380, co 1 e 2, c.p.p., o dei reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, o diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite.

⁹⁵ Il d. lgs. ha apportato anche significative innovazioni sul regime procedurale, mutuando le garanzie previste dal diritto UE rispetto all'esigenza di adottare un provvedimento scritto, motivato in fatto e in diritto, in lingua conosciuta o che si presume tale, e che rechi l'indicazione che il destinatario può presentare memorie o deduzioni avanti il Tribunale competente per la convalida. A partire dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, la competenza sarà incardinata, nello specifico, presso le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea.

articolata. La complessità è accentuata dal fatto che l'art. 28 *bis*, co 1 e 3 d. lgs. 25/2008⁹⁶, che regola la procedura accelerata è stata oggetto di numerose modifiche tra il 2015 e il 2023. Se, in principio, si stabilisce che il trattenimento o la sua proroga non possono protrarsi oltre il tempo necessario per l'esame della domanda secondo procedura accelerata, i termini previsti dall'art. 28 *bis* d. lgs. 25/2008 non sono esplicitamente qualificati come perentori, e possono essere estesi per decisione della Commissione territoriale quando ciò sia necessario per «assicurare un esame adeguato e completo della domanda» (art. 28 *bis*, co 3 d. lgs. 25/08). Il termine massimo di vigenza della misura detentiva è fissato in 12 mesi (comprensivi della fase giurisdizionale): la durata complessiva appare sproporzionata sia tenuto conto dei limiti ordinari previsti per la procedura accelerata, sia se confrontato con il termine complessivo del trattenimento pre-espulsivo. Sotto questo punto di vista, ci pare che le disposizioni interne debbano necessariamente essere interpretate in conformità con i principi posti dalla Direttiva (e dal *case law* delle Corti europee), secondo cui il trattenimento deve avere in ogni caso durata più breve possibile e i ritardi nell'esame della domanda di asilo non possono tradursi in una limitazione sproporzionata del diritto alla libertà personale. Il decreto introduce, infine, una sommaria copertura legislativa ai modi del trattenimento, quanto meno con riferimento al diritto ai colloqui, agli obblighi informativi, alla possibilità di accesso ai centri e al divieto privazione della libertà personale dei «richiedenti le cui condizioni di salute siano incompatibili» con il regime detentivo (art. 7, co 5 d. lgs. 142/2015)⁹⁷.

La disciplina introdotta nel 2015 appare molto più articolata, e per alcuni versi più confusa, rispetto a quella previgente. Da un lato, il legislatore ha tentato di superare l'automatismo che consentiva l'adozione della misura ogni volta che la persona fosse stata condannata per determinati reati, e ha tipizzato in maniera rigorosa i presupposti per l'individuazione del rischio di fuga, che risultano peraltro molto più circoscritti rispetto alla nozione di cui all'art. 13, comma 4 *bis* d. lgs. 286/98 applicabile ai migranti espellendi⁹⁸. Merita inoltre sottolineare il fatto in base all'art. 19 del d. lgs. 142/2015 il minore non accompagnato non può mai essere

⁹⁶ In base al quale «la questura provvede immediatamente alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che, entro sette giorni dalla data di ricezione della documentazione, provvede all'audizione. La decisione è adottata entro i successivi due giorni». Tali termini possono essere raddoppiati, ivi compreso per l'esame della domanda di asilo del richiedente trattenuto, quando la domanda è manifestamente infondata, è stata reiterata senza che emergessero nuovi elementi, e quando è presentata dal richiedente fermato per aver eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera, o dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al solo scopo di ritardare o impedire l'adozione o esecuzione del provvedimento di espulsione o respingimento.

⁹⁷ A seguito delle modifiche introdotte dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, il divieto di trattenimento si estenderà anche ai richiedenti che presentino particolari condizioni di vulnerabilità, come individuate dall'art. 17, co 1, D. Lgs. 142/2015 (minori, minori stranieri non accompagnati, disabili, anziani, donne in stato di gravidanza, genitori singoli con figli minori, vittime di tratta, persone affette da gravi malattie o disturbi mentali, persone per le quali è accertato che hanno subito torture, stupri o altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale, vittime di mutilazioni genitali femminili).

⁹⁸ Merita sottolineare che la divergenza tra le ipotesi di rischio di fuga individuate con riferimento ai richiedenti asilo e quelle delineate per legittimare la detenzione dei migranti irregolari appare fortemente iniqua, tanto da diventare paradossale quando il titolo di trattenimento muti in corso di esecuzione, ad esempio a seguito della presentazione di una domanda di asilo proposta dal soggetto già trattenuto: come sottolineato in dottrina, l'applicazione delle due diverse discipline determina esiti differenti in situazioni che paiono assolutamente analoghe. Di conseguenza, è stata prospettata la possibilità di traslare la descrizione di rischio di fuga di cui all'art. 6 D. Lgs. 142/15 anche alla disciplina dello straniero espellendo. E. Valentini, 2018, p. 202 e ss.

trattenuto⁹⁹, standard di tutela che appare significativamente superiore a quello previsto dalle Direttive.

Dall'altro lato le circostanze che legittimano la privazione della libertà della categoria in esame sono aumentate e si assiste ad una ingiustificata moltiplicazione delle ipotesi in cui lo straniero può essere considerato un pericolo per l'ordine pubblico. Inoltre, il regime procedurale relativo ai tempi di trattenimento si connota per il «forte sapore punitivo per chi esercita il diritto a chiedere asilo» e pare volto a disincentivare la tutela giurisdizionale¹⁰⁰. Soltanto di recente la giurisprudenza di legittimità si è orientata nel senso di fornire una interpretazione garantista delle norme in tema di procedure accelerate, valorizzando la previsione secondo cui il trattenimento non può protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda di asilo e che eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative non giustificano la proroga del trattenimento: facendo applicazione di detti principi la Cassazione è giunta a riconoscere che il mancato rispetto dei termini della procedura accelerata rende illegittima la prosecuzione dello stato di detenzione amministrativa¹⁰¹. Anche la giurisprudenza di merito si è adeguata al menzionato principio: le ordinanze più recenti riguardano misure di trattenimento disposte a seguito dell'intervento del d.l. 130/2020 che, come si vedrà, ha modificato diverse disposizioni in materia di detenzione amministrativa e di protezione internazionale¹⁰². L'intervento del decreto-legge ha, per quanto qui interessa, innovato il testo dell'art. 6 co 6 art. d. lgs. 142/2015 eliminando il riferimento all'art. 28 bis, co 3, che si riferiva alla possibilità di superare i termini delle procedure accelerate per garantire l'esauritivo esame della domanda. Pertanto, in caso di ritardo nell'esame della domanda il trattenimento del richiedente si rivelerà illegittimo. Infatti, «le disposizioni in materia di proroga del trattenimento, incidendo sulla libertà personale dei soggetti richiedenti asilo, sono

⁹⁹ La norma non fa menzione dei minori accompagnati, il cui trattenimento è precluso in via generale dal divieto di cui all'art. 19, co 2, lett. a) D. Lgs. 286/98, che proibisce l'espulsione dei minori di anni 18, salvo i casi di espulsione ministeriale e «salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi». Il dato prasseologico attesta che i minori non vengono mai trattenuti insieme ai propri genitori. Sullo *status* del minore straniero non accompagnato e sulla sua tutela rispetto al trattenimento, N. Parisi, *Lo status del minore migrante non accompagnato alla luce del diritto europeo*, in *Questione giustizia*, 2014, 3, pp. 156-170; e M. Consito, *La detenzione amministrativa dello straniero: profili generali*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, Torino, 2018, pp. 505-526. Per una ricostruzione delle prassi e sul rischio di detenzione dei minori, C. Mazza, *Il trattenimento illegittimo dei minori stranieri non accompagnati: prassi e anomalie del sistema di accoglienza e del funzionamento dei centri per migranti*, in *Minori giustizia*, pp. 186-196.

¹⁰⁰ G. Savio, *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, 3-4, pp. 142-161, p. 145.

¹⁰¹ Nella sentenza n. 2458/2021 la Corte di Cassazione ha enunciato il seguente principio in diritto: «Il trattenimento dello straniero che abbia presentato domanda di protezione internazionale allo scopo di eludere o ritardare l'esecuzione del provvedimento di espulsione è consentito, ai sensi del combinato disposto degli artt. 6, co 6 del d.lgs. n. 142 del 2015 e 28 bis del d.lgs. n. 25 del 2008, nel testo introdotto dall'art. 25, co 1, lettera v), del d.lgs. n. 142 del 2015, applicabile *ratione temporis*, per un periodo massimo corrispondente al termine entro il quale la domanda di protezione internazionale dev'essere esaminata. Detto termine coincide, di norma, con quello di 14 giorni dalla presentazione della domanda, previsto dal secondo comma dell'art. 28 bis [...]». Cass. civ., sez. I., sentenza del 3 febbraio 2021, n. 2458.

¹⁰² D. l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. da l. 18 dicembre 2020, n. 173 [Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale. (20G00154)].

(evidentemente) tassative e predeterminate nell'art. 6 d. lgs. n. 142/2015 e, pertanto, dunque, debbono intendersi norme di stretta interpretazione, insuscettibili come tali di applicazione estensiva o analogica in ossequio ai precetti di cui all'art. 13 Cost.»¹⁰³.

Sebbene gli interventi giurisprudenziali più recenti si siano mostrati attenti all'esigenza di fornire interpretazioni rigorose delle norme, sostanziali e soprattutto procedurali, in materia di trattenimento del richiedente asilo, l'assetto normativo risultante dal recepimento della Direttiva 2013/33 si è rivelato nel complesso peggiorativo «specialmente sotto il profilo procedurale, che, come sempre, costituisce la cartina di tornasole dell'effettività delle tutele giurisdizionali»¹⁰⁴. La dottrina ha osservato che la riforma del trattenimento dei richiedenti protezione avviata nel 2015 si inserisce entro un più ampio intervento politico-normativo funzionale ad affrontare, anche per il tramite di strumenti coercitivi, l'aumento dei flussi migratori e la crescita delle domande di asilo¹⁰⁵. Come si analizzerà a breve, la paventata emergenza migratoria ricoprirà un ruolo di rilievo nell'evoluzione normativa della detenzione amministrativa.

2.2.4 Più detenzione e più diritti? Gli effetti contrapposti del recepimento delle direttive e le risposte degli operatori del diritto

Al netto delle considerazioni sopra operate, come deve intendersi il recepimento del diritto secondario dell'Unione europea attualmente in vigore nel panorama interno? Per un verso può osservarsi che la trasposizione delle Direttive è stata *strumentalizzata* dal legislatore per espandere tanto i presupposti applicativi, quanto i limiti temporali del trattenimento (nella sua duplice declinazione rivolta al migrante irregolare e al richiedente asilo). Inoltre, l'apparato amministrativo (e in alcuni casi lo stesso legislatore) hanno mostrato una spiccata reticenza di fronte al recepimento dei principi maggiormente garantisti dell'ordinamento sovranazionale.

Al contempo, però, il diritto UE ha dispiegato effetti importanti sia sul complessivo assetto della risposta statale all'immigrazione irregolare, sia sulle singole garanzie a disposizione delle persone trattenute. In primo luogo, la stagione apertasi nel 2010 attraverso la promozione di numerosi rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia in tema di compatibilità delle pene detentive italiane con il diritto dell'Unione¹⁰⁶ ha comportato, se non propriamente il superamento, quantomeno un forte ridimensionamento del ricorso al diritto penale in funzione di

¹⁰³ Trib. Bari, ordinanza del 5 agosto 2021, R.G. 10124/2021; Trib. Trieste, ordinanza del 5 aprile 2022, R.G. 892/2022; Trib. Bari, ordinanza dell'8 novembre 2022, R.G. 12708/2022.

¹⁰⁴ G. Savio, 2015, p. 160. L'attenzione dell'autore si è soffermata, in particolare, sulle discrepanze tra il regime detentivo dei richiedenti protezione e quello dei migranti irregolari, non pienamente giustificabili dal differente status giuridico dei soggetti, posto che il grado di incisività della misura sulla libertà personale è lo stesso.

¹⁰⁵ G. Campesi, *Seeking asylum in times of crisis: reception, confinement, and detention at Europe's southern border*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2018, 37, pp. 44-70. Di simile avviso paiono anche G. Savio, 2015, p. 158 e ss. e E. Valentini, 2018, p. 194 e ss.

¹⁰⁶ Sebbene la Corte di giustizia si sia pronunciata soltanto nei casi *El Dridi* e *Sagor*, durante quello stesso periodo 16 autorità giudiziarie (tra tribunali e giudici di pace) avevano trasmesso 22 rinvii pregiudiziali riguardanti il medesimo tema.

criminalizzazione diretta dello straniero¹⁰⁷. La mobilitazione del diritto UE¹⁰⁸ ad opera di avvocati esperti di diritto dell'immigrazione e dei magistrati chiamati a decidere sui procedimenti penali relativi all'inosservanza di norme in materia di ingresso e soggiorno ha arginato, per il tramite dell'intervento della Corte di giustizia, le conseguenze più gravose del filone della *crimmigration* concentrato sul dispiegamento del diritto penale in chiave punitiva. Il numero di stranieri coinvolti dal circuito penitenziario è calato a partire dal 2011¹⁰⁹, quando a seguito degli interventi della Corte di giustizia è stato precluso al legislatore il ricorso massiccio alla pena detentiva¹¹⁰. Di conseguenza, il diritto penale ha perso parte del suo *appeal*, anche in chiave mediatica e simbolica, nel sanzionare la presenza dell'immigrato irregolare¹¹¹.

Quanto alle garanzie sostanziali e procedurali in materia di trattenimento, le considerazioni sopra svolte inducono a prospettare una incidenza positiva del diritto europeo nella misura in cui gli operatori del diritto (avvocati e autorità giudiziarie) siano in grado di promuovere la diffusa applicazione dei principi sovranazionali nella quotidianità delle prassi giudiziarie. Non è un caso che l'inversione di rotta in materia di criminalizzazione diretta dello straniero abbia avuto quale spinta propulsiva la presentazione di ricorsi strategici, promossi attraverso la convergente mobilitazione di diversi professionisti del diritto. Il tentativo operato dai giudici penali di utilizzare il diritto europeo per innalzare le tutele a favore dei migranti irregolari può essere considerato come un esperimento di successo, soprattutto se affiancato a considerazioni

¹⁰⁷ Del resto, già con la sentenza n. 22/2007 la Corte Costituzionale aveva denunciato una politica criminale in tema di immigrazione ritenuta «sproporzionata», «disarmonica», «problematica» rispetto ai principi costituzionali di uguaglianza, proporzionalità e finalità rieducativa della pena, rilevando «l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie» della disciplina. Sul punto M. Pellissero, 2011, p. 244.

¹⁰⁸ V. Passalacqua, *Altruism, Euro-expertise and open EU opportunity structure. Empirical insights on legal mobilisation before the Court of Justice in the migration field*, 2020.

¹⁰⁹ Il numero di persone detenute, e con esse anche di stranieri, vedrà in realtà una significativa flessione soprattutto a seguito dell'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza pilota *Torreggiani* relativa al sovraffollamento del sistema penitenziario italiano (CEDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ric. nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09; 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10. L'incremento della popolazione detenuta (negli istituti di pena) registratosi dal 2018 in avanti non ha trovato corrispondenza in un aumento del numero di stranieri, a testimonianza del mutamento dell'atteggiamento del legislatore italiano nella politica di gestione dei flussi migratori. Così, L. Scomparin, G. Torrente, *Not citizens, not real people. The Italian way of governing immigration through the criminal justice system*, in *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2020, 18 (2).

¹¹⁰ Nel caso *Celaj* la Corte di giustizia ha fatta salva la pena detentiva per i casi di inosservanza del divieto di reingresso, ritenendo il diritto europeo compatibile con il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso di cui all'art. 13 co 13 d. lgs. 286/98. CGUE, sentenza del 1° ottobre 2015, *Celaj*, C-290/14. Si tenga a mente che l'intervento della Corte di giustizia ha riguardato soltanto alcuni di quei reati la cui contestazione può comportare l'applicazione di una pena detentiva nell'ambito del procedimento di rimpatrio, che tuttavia non esauriscono completamente il catalogo dei reati propri dello straniero (su cui, *ex multis*, F. Curi, F. Martelloni, A. Sbraccia, E. Valentini, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giurolavoristici, penali e processualpenalistici*, Torino, 2021, e G. Neppi Modona, V. Ferraris, *Diritto dell'immigrazione e servizi sociali*, Torino, 2019).

¹¹¹ Così L. Masera, che, al contempo, evidenziava nel 2018 come accanto ai tradizionali ambiti della *crimmigration*, in cui è sempre il migrante irregolare «il destinatario delle diverse misure repressive predisposte dal legislatore, ora assistiamo alla comparsa sulla scena di un nuovo “nemico” nei cui confronti indirizzare il contrasto, le ONG che operano i soccorsi in mare e contribuiscono all'arrivo sulle nostre coste degli stranieri richiedenti protezione internazionale». L. Masera, 2019, p. 45.

circa l'ineffettività di un sistema incardinato sul ricorso massiccio al diritto penale, non da ultimo per il suo carattere strutturalmente garantista e intempestivo¹¹².

Se però si sposta l'attenzione sul piano del diritto amministrativo, e dunque sul ruolo delle Corti nazionali nella tutela dei diritti dei migranti *amministrativamente* detenuti, emerge con tutta evidenza la problematicità del loro (mancato) intervento: basti pensare che, a seguito della sentenza n. 105 del 2001 della Corte Costituzionale, quest'ultima non si è mai più pronunciata direttamente sulla legittimità costituzionale delle norme in materia di trattenimento amministrativo, nonostante le perduranti criticità sollevate dalla dottrina, e l'irragionevolezza di un sistema in perenne evoluzione¹¹³. Per anni, poi, la Corte di Cassazione ha «ridotto il giudice del trattenimento a mero controllore»¹¹⁴ della regolarità formale del presupposto del trattenimento, precludendogli qualsiasi valutazione nel merito dei presupposti fondanti il potere di detenere amministrativamente la persona.

La timidezza del Giudice delle leggi e di quello di legittimità si accompagna, in questo frangente, al superficiale disinteresse mostrato dai giudici di pace per una materia tanto sensibile quanto quella della privazione della libertà personale dello straniero¹¹⁵. L'assetto introdotto dalla l. 271/2004, con cui si attribuiva la competenza in tema di espulsione e trattenimento al giudice onorario, non è mai stato intaccato negli anni successivi¹¹⁶. Come noto, nel sistema configurato dal diritto italiano l'autorità giudiziaria è chiamata *ex officio* a controllare la legittimità dell'operato dell'amministrazione nel momento iniziale (la convalida della misura deve avvenire entro 48 ore dalla trasmissione del provvedimento che dispone il trattenimento a cura del Questore) e in sede di proroga, la cui scansione temporale è fissata dal legislatore (ogni 30 giorni). A ciò si accompagna, a partire dal 2011, la competenza a decidere sulle richieste di riesame presentate, in qualsiasi momento, dal trattenuto, al fine di garantire la tempestiva liberazione della persona quando la misura cessa di essere giustificata. Formalmente, quindi, il diritto dello straniero ad un rimedio giurisdizionale è assicurato.

¹¹² L. Scomparin, G. Torrente, 2020.

¹¹³ E. Valentini, p. 217 e ss.

¹¹⁴ M. Veglio, *Il sindacato giurisdizionale nei giudizi concernenti il trattenimento*, G. Grasso, M. Betti, L. Sangiovanni, *Il diritto dell'immigrazione. Quaderno 22*, Roma, 2022, pp. 379-397, p. 384.

¹¹⁵ Non appare casuale che l'unica ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale sollevata negli ultimi dieci anni sia stata adottata con riferimento al trattenimento del richiedente asilo, da parte del Tribunale di Milano, con ordinanza del 11.12.2023. Per un commento, G. Savio, *Il Tribunale di Milano solleva la questione di legittimità costituzionale sui termini della ri-convalida del trattenimento*, 5.1.2023.

¹¹⁶ Al mantenimento dello *status quo* ha contribuito la Corte Costituzionale con la sentenza n. 109/2006, con la quale si dichiarava manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 d. lgs. 286/98, in relazione agli artt. 2, 13, 27 Cost., sollevata dal Giudice di pace di Potenza. Nella pronuncia si legge che «il presupposto interpretativo da cui muove il giudice *a quo* è implausibile, giacché il provvedimento di accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica, sebbene inerisca alla materia regolata dall'art. 13 Cost., «in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione» (sentenza n. 105 del 2001; e così anche sentenza n. 222 del 2004), costituisce pur sempre una modalità esecutiva, adottata dall'autorità di pubblica sicurezza, dell'espulsione amministrativa e non può, dunque, per natura e funzione, essere assimilata alle misure pre-cautelari e cautelari penali che, in base alle citate lettere *b*) e *c*) dell'art. 2, co 1, del d.lgs. n. 274 del 2000, restano escluse dalla competenza del giudice di pace in materia penale».

Sono però numerosi i fattori che, sul piano dell'assetto procedurale, svuotano di effettività i diritti degli interessati¹¹⁷. Per menzionarne soltanto alcuni a livello normativo: l'impossibilità di appellare i provvedimenti dei giudici di pace, avverso i quali può essere soltanto interposto ricorso per Cassazione; la mancata previsione dell'effetto automaticamente sospensivo del provvedimento presupposto (l'ordine di espulsione); l'assenza di previsioni che impongano la tempestiva informazione del difensore nominato d'ufficio al momento della traduzione della persona presso il centro di trattenimento (come avviene in caso di arresto o applicazione di misura cautelare).

È poi però sul diritto vivente, nelle prassi applicative, che si registrano le storture più allarmanti: le ricerche empiriche sviluppate sul tema, unitamente alle denunce ad opera delle organizzazioni della società civile, ricostruiscono un quadro di ostinata incuranza dei giudici di pace di fronte al diritto alla libertà personale. Secondo la ricerca dell'Osservatorio Lexilium, condotta su fascicoli del Giudice di pace del 2015¹¹⁸, il tasso di convalide era sempre superiore al 75%, quello delle proroghe superiore al 70% (con la flagrante peculiarità del contesto torinese in cui il tasso di convalide raggiungeva il 98% e quello di proroghe il 95%); le udienze duravano in media cinque minuti, gli argomenti difensivi scarni (molto spesso i difensori si limitavano a 'rimettersi' alla decisione del giudice), i provvedimenti dei giudici ancorati a formule stilistiche e privi di motivazione. Sebbene non siano disponibili dati empirici più aggiornati che diano conto di eventuali trasformazioni o evoluzioni nelle prassi degli operatori giuridici, le numerose pronunce della Corte di Cassazione di accoglimento dei ricorsi proposti avverso i provvedimenti di convalida e proroga in ragione della motivazione apparente o «al di sotto del minimo costituzionale»¹¹⁹ confermano il perdurante *deficit* di controllo giurisdizionale effettivo e puntuale¹²⁰.

Il confronto tra l'approccio seguito dalla giurisprudenza di legittimità e l'approccio seguito da quella di merito non potrebbe essere più impietoso: per l'orientamento della Corte di Cassazione «il trattenimento costituisce una limitazione personale che può essere ricondotta nel perimetro della legittimità costituzionale *solo* a condizione che il controllo *ex post* rimesso al giudice di pace assicuri il rigoroso rispetto dei presupposti di fatto che autorizzano

¹¹⁷ Sul tema dell'effettività della tutela giurisdizionale in materia, già G. Savio, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanei*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2000, pp. 63-83; e A. Caputo, *"Purché se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009.

¹¹⁸ Alcune ricerche empiriche hanno dimostrato come il controllo giudiziale operato dal giudice di pace (peraltro nella sua funzione civile e non penale) sia sommario e appiattito sulle richieste della pubblica amministrazione, dimostrandosi in ultima istanza non pienamente indipendente. F. Mastromartino, E. Rigo, M. Veglio, *Lexilium. Osservatorio sulla giurisprudenza in materia di immigrazione del Giudice di Pace: sintesi dei rapporti 2015*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, 2. Si veda anche: F. Asta, C. Caprioglio, *Per giusta decisione. Riflessioni giurisdizionali sul controllo giurisdizionale del trattenimento degli stranieri*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2017, 2, pp. 553-572. I dati qui presentati si basano sull'esame dei rapporti redatti con riferimento ad ogni ufficio territoriale in cui si è svolta la ricerca (Torino, Roma, e Bari), messi a disposizione dalla Clinica Legale *Human Rights and Migration Law* dell'*International University College* di Torino, che si ringrazia per il materiale condiviso.

¹¹⁹ Cass. civ. sez. I, sentenza del 7 giugno 2022, n. 18227.

¹²⁰ Con riferimento alle pronunce più recenti: Cass. civ. sez. I, sentenza del 17 marzo 2023, n. 7749; Cass. civ., sez. I, sentenza del 16 marzo 2023, n. 7633 e 7672; Cass. civ., sez. I, sentenza del 22 luglio 2022, n. 22696; Cass. civ., sez. I, sentenza del 13 giugno 2022, n. 18936.

l'iniziativa dell'autorità di pubblica sicurezza»¹²¹; per i giudici di pace, invece, la libertà personale (della persona straniera e irregolarmente soggiornante) continua a rimanere questione bagatellare, non pienamente meritevole di quel controllo rigoroso richiesto dalla giurisprudenza di legittimità.

La conseguenza è che, sebbene i principi costituzionali e sovranazionali trovino spazio nella *law in book*, nella *law in practice* questi sono (ancora oggi) calpestati. Il fatto, poi, che il ricorso per cassazione esperibile avverso i provvedimenti di convalida e proroga si configuri come un importante strumento di contenzioso strategico per l'affermazione di massime generali¹²², non compensa la carenza di tempestività (e, dunque, effettività) dei mezzi di tutela previsti dall'ordinamento: l'assenza di effetto sospensivo e la durata media dei tempi di decisione della Corte (di gran lunga superiori a quella massima del trattenimento) non lo rendono un mezzo idoneo a rimediare all'illegittima privazione della sua libertà *in fieri*. Ad oltre dieci anni di distanza dalle riflessioni della dottrina in materia, si reputa che sia ancora attuale il «problema dell'effettivo godimento del diritto alla tutela giurisdizionale di cui lo straniero è formalmente titolare»¹²³.

2.3. Il revival della detenzione amministrativa: le parabole evolutive, i luoghi, le funzioni

Il processo di recepimento delle Direttive, e di lento adattamento alle garanzie ivi contenute, si è dispiegato lungo distinte tappe della storia della detenzione amministrativa in Italia; in particolare, lungo quelle che, secondo la già citata dottrina, sono state qualificate come di stabilizzazione (2011-2012), crisi (2013-2014) e reinvenzione (dal 2015 in poi). Nel corso di questi anni l'istituto è stato più volte emendato, ampliato o ridimensionato in base alle contingenze del momento, ma mai complessivamente messo in discussione. Se osservato a dieci anni di distanza, il periodo di maggior contrazione dell'operatività del trattenimento¹²⁴ pare oggi una effimera parentesi all'interno di un solco ben tracciato, che si muove in direzione diametralmente opposta. La privazione amministrativa della libertà rimane, attualmente, la manifestazione più evidente della sopravvivenza della *crimmigration*, rappresentandone una direttrice intramontabile. Nonostante lo strumento detentivo si sia dimostrato, nel corso degli anni, inefficace per garantire l'efficacia delle espulsioni¹²⁵, tanto la sua portata simbolica in

¹²¹ Da ultimo, Cass. civ. sez. I, sentenza del 20 febbraio 2023, n. 240.

¹²² In tema di contraddittorio, partecipazione del trattenuto alle udienze di proroga e di convalida, onere motivazionale relativo alla sussistenza di 'indizi concreti' che fanno ritenere probabile l'identificazione dello straniero, rispetto delle stringenti tempistiche previste per la richiesta di convalida e proroga nel rispetto dei limiti temporali previsti dall'art. 13 Cost. Sul punto, M. Veglio, 2022.

¹²³ A. Caputo, 2009, p. 5.

¹²⁴ Tra il 2012 e il 2014 numerosi centri di trattenimento furono chiusi, a causa degli ingenti costi di gestione e dei danneggiamenti operati alle strutture nel corso di rivolte e proteste dei detenuti. Le strutture detentive passano da 10 (nel 2010) a 5 (nel 2014), contrazione che si accompagna alla riduzione del numero di migranti complessivamente trattenuti: da 12.112 (nel 2009) a 4.986 (nel 2014). G. Campesi, 2020, p. 383-384.

¹²⁵ L'inefficacia del sistema di trattenimento ed espulsione è documentata nel Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, aggiornata al gennaio 2017, ove si evidenzia che la media dei rimpatri effettuati rispetto al totale dei trattenimenti si attesta intorno al 50%. Secondo i dati frutto dell'elaborazione di G. Campesi (2020) nel 2011 e 2012 il tasso di

chiave securitaria, quanto l'asservimento a funzioni altre e latenti, lo hanno ben presto riportato in auge: a partire dal 2015, e all'alternarsi di tutte le successive legislature, si sono configurati nuovi spazi, nuovi luoghi e nuove ipotesi di trattenimento amministrativo, molti dei quali ruotano intorno al tema del controllo dei confini. Si è così affermato un modello volto al mantenimento delle persone in situazioni di *liminalità*, che impedisce loro il pieno accesso sul territorio (*rectius*, ai diritti di cui gode la comunità territoriale).

2.3.1 L'Agenda europea e il suo ruolo nella «reinvenzione» del trattenimento amministrativo

Le politiche dell'Unione europea hanno ricoperto un decisivo ruolo nel processo di progressivo irrobustimento dell'apparato detentivo: come visto, a partire dall'Agenda europea del 13 maggio 2015 all'Italia e alla Grecia viene chiesto di realizzare l'approccio *hotspot*, anche attraverso la predisposizione di centri che, come riconosciuto dalla stessa Commissione europea nel 2018, potevano qualificarsi quali centri chiusi¹²⁶. Pochi mesi dopo l'adozione dell'Agenda, la Commissione promuoveva l'uso del trattenimento quale strumento «legittimo» e «necessario» per garantire l'efficacia della politica unionale di rimpatrio e intimava agli Stati di «dar prova di sufficiente risolutezza e stanziare risorse adeguate, tra cui finanziamenti, personale e strutture di trattenimento per garantire la presenza fisica dei migranti irregolari da sottoporre a rimpatrio, se necessario mediante il trattenimento»¹²⁷. Un ulteriore monito veniva indirizzato all'Italia lo stesso anno, in sede di valutazione sullo stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'Agenda Europea. Dopo aver ricordato che il numero di decisioni di rimpatrio eseguite era troppo basso, e che la gestione di rimpatri efficaci è uno dei compiti fondamentali delle «squadre di sostegno per la gestione della migrazione nei "punti di crisi"», la Commissione paventava all'Italia che avrebbe dovuto «assicurare il pieno utilizzo delle attuali capacità di trattenimento al fine di garantire il rispetto delle norme in materia di identificazione e dovrebbe creare ulteriori posti nei centri di trattenimento in modo da offrire la capacità necessaria per un'efficace processo di identificazione e di rimpatrio [...] e dovrebbe prendere in considerazione riforme delle norme esistenti in materia di trattenimento, per garantire la possibilità di un trattenimento più lungo se ciò è essenziale per completare l'identificazione in casi difficili»¹²⁸. Dal 2015 in avanti l'esecuzione coattiva del rimpatrio assumerà un peso preponderante nelle politiche europee e la detenzione si affermerà come strumento privilegiato per il raggiungimento degli obiettivi UE.

rimpatri è pari al 50%, nel 2013 pari al 45%, nel 2014 pari al 56%, nel 2015 al 52%, nel 2016 al 48%, e soltanto nel 2017 raggiunge la percentuale più elevata del 59%. I dati tratti dalle Relazioni al Parlamento del Garante Nazionale consentono di appurare che anche negli anni successivi la percentuale si mantiene inferiore al 50%: nel 2018 la percentuale di migranti trattenuti ed espulsi è stata pari al 43%, nel 2019 del 48%, nel 2020 del 51% e nel 2021 del 49%.

¹²⁶ European Commission, *Managing migration: Commission expands on disembarkation and controlled centres concepts*, 24.7.2018.

¹²⁷ Comunicazione della Commissione, *Piano d'azione dell'UE sul rimpatrio*, 9.9.2015, COM/2015/453 def.

¹²⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Consiglio europeo, *Gestire la crisi dei rifugiati: stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, 14.10.2015, COM/2015/110 def.

Sebbene gli *hotspot* (o ‘punti di crisi’, nella definizione italiana) non esauriscano la loro funzione nell’agevolazione del rimpatrio, fin dai primi anni della loro messa a sistema emerge lo stretto legame sussistente tra operazioni che vengono svolte in *hotspot* e allontanamento. Sempre più, inoltre, l’ossessione per i rimpatri è rivolta verso i «bogus asylum seekers»¹²⁹ (o ‘falsi richiedenti asilo’) che, sostanzialmente, non sono considerati meritevoli del riconoscimento della protezione. Gli interventi legislativi e le prassi operative che, negli ultimi otto anni, hanno rimodellato lo statuto della detenzione amministrativa in Italia devono essere studiati e analizzati mettendo a fuoco la relazione simbiotica tra modello *hotspot* e trattenimento amministrativo. Per tale ragione si ritiene necessario dar conto delle innovazioni e involuzioni che hanno riguardato, in senso lato, il regime detentivo realizzatosi all’interno dei centri di trattenimenti a seguito dell’adozione dell’approccio *hotspot*, per poi concentrare l’attenzione sulla detenzione che avviene all’interno dei punti di crisi stessi.

Le indicazioni della Commissione europea sull’ampliamento delle risorse e delle strutture dedite al trattenimento sono state accolte dal legislatore (*rectius*, dal Governo in sede di decretazione d’urgenza) dapprima nel 2017, e poi, seguendo una più marcata deriva securitaria, nel 2018. Due anni più tardi il Consiglio dei ministri ha ritenuto necessario occuparsi nuovamente della materia, per il tramite del d.l. 130/2020: ad ogni nuova legislatura, o mutamento della composizione di governo, si è assistito ad un ritocco, più o meno di facciata, dell’istituto.

2.3.2 Il d.l. 13/2017: l’ampliamento della rete dei centri di trattenimento (CPR)

Le riforme del d.l. 13/2017 (cd. Minniti-Orlando) si inseriscono in una più ampia ristrutturazione del sistema di immigrazione e asilo, volta principalmente ad accelerare i procedimenti amministrativi e giurisdizionali di riconoscimento della protezione, e l’esecuzione dei provvedimenti di espulsione di chi non ne fosse risultato titolare¹³⁰. Per quanto riguarda la materia che interessa, all’operazione meramente stilistica di ridenominazione dei luoghi di cui all’art. 14 d. lgs. 286/98 (da CIE a CPR, «centri di permanenza per i rimpatri») si è accompagnato un ben più significativo intervento volto allo stanziamento di 13 milioni di euro teso a «garantire l’ampliamento della rete dei centri» (art. 19, co 3 d.l. 13/2017). L’intenzione del governo-legislatore era quella di aumentare il numero di strutture, e contestualmente di ridurne la capacità, in modo da poter garantire il rispetto della dignità delle persone trattenute¹³¹. In quest’ottica si giustifica anche l’estensione dei poteri di accesso e visita

¹²⁹ G. Campesi, 2018, p. 45 e ss.

¹³⁰ Sul punto, G. Savio, *Le nuove disposizioni per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale: una (contro) riforma annunciata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, 3.

¹³¹ In proposito, il Ministro dell’Interno Marco Minniti illustrava di voler innalzare la capacità detentiva fino a 1600 posti, istituendo un centro per ogni regione, ma superando il precedente modello CIE (Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, Seduta n. 76 di Mercoledì 22 febbraio 2017, p. 6). Le criticità emerse negli anni successivi, e testimoniate ad esempio dal Garante Nazionale per i diritti delle persone

ai centri, senza previa autorizzazione, alle autorità di garanzia non giurisdizionali¹³² (cd. Garanti delle persone private della libertà personale¹³³). Ad avviso della dottrina, il legislatore avrebbe però perso una occasione per occupare «quegli spazi che la riserva di legge in materia di libertà personale gli lascia, o meglio gli impone»¹³⁴: in concreto, non vengono introdotte nuove disposizioni di legge a tutela dei diritti dei trattenuti, né altre volte nello specifico a regolare le condizioni di trattenimento. La preoccupazione per le dignità delle persone detenute si è risolta soltanto in una affermazione di carattere evanescente.

Quanto agli interventi che ampliano il raggio d'azione della detenzione, si segnala che il periodo di trattenimento dello straniero proveniente da un istituto di pena viene innalzato a 45 giorni (ai primi 30 se ne aggiungono 15, quando le procedure di identificazione o allontanamento siano di particolare complessità). Inoltre, l'art. 6, co 3 del d. lgs. 142/2015 viene modificato nel senso di estendere la possibilità di mantenere in stato di detenzione il migrante che abbia presentato domanda di asilo mentre già si trovava ristretto nel CPR per l'esecuzione di un provvedimento di respingimento differito: in precedenza la norma si applicava solo al migrante destinatario di un decreto di espulsione¹³⁵. Il ritocco, apparentemente innocuo, ha in realtà una portata significativa alla luce dei numeri dei migranti attinti da provvedimenti di respingimento immediatamente dopo il loro ingresso sul territorio per via marittima¹³⁶: molte delle persone destinatarie della decisione sono transitate negli *hotspot*, e di lì ai CPR, senza presentare (o poter presentare) domanda di asilo.

Infine, il decreto 'Minniti-Orlando' ha introdotto una nuova fattispecie, del tutto inedita, di trattenimento a fini identificativi. L'art. 10 *ter* d. lgs. 286/98, di nuovo conio, prevede che il «rifiuto reiterato» di sottoporsi a rilievi foto-dattiloscopici e segnaletici, normalmente condotti

private della libertà nelle sue Relazioni al Parlamento attestano come non vi sia stata alcuna inversione di rotta né sulle caratteristiche strutturali, né sul carattere intrinsecamente afflittivo dei centri.

¹³² Il d.l. 146/2013 aveva incluso il Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà tra i soggetti che potevano accedere senza restrizioni ai centri. L'intervento del 2017 estende tale potere ai Garanti territoriali (siano essi Regionali o Comunali). Sul ruolo dell'autorità di garanzia in merito al monitoraggio dei CPR, E. Celoria. C. De Robertis, *Gli organismi di garanzia non giurisdizionali in Italia: un sistema multilivello a tutela dei diritti delle persone private della libertà*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2021, 3, pp. 49-70.

¹³³ Il sistema italiano si basa sulla compresenza di un Garante nazionale, che è anche NPM (meccanismo di prevenzione della tortura ai sensi Protocollo opzionale alla *Convenzione delle Nazioni Unite* contro la *tortura* (OPCAT), e di Garanti territoriali (regionali o locali). Per un approfondimento sull'istituto: D. Bertaccini, *I garanti (dalla parte) dei detenuti. Le istituzioni di garanzia per i privati di libertà tra riflessione internazionale ed esperienza italiana*, Bologna, 2018.

¹³⁴ L. Scomparin, *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedurali: Governo e Parlamento alla ricerca dell'efficienza nella gestione dei flussi migratori e dei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *La Legislazione Penale*, 2017.

¹³⁵ Come osservato da Valentini, il significato della riforma è tutt'altro che marginale, poiché estende assai significativamente la portata di questa forma di trattenimento del richiedente protezione internazionale, data la tendenza ad applicare in modo sin troppo largheggiante l'istituto del respingimento differito. E. Valentini, 2018, p. 206.

¹³⁶ I dati pubblicati nelle Relazioni annuali al Parlamento dal Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (di seguito, Garante Nazionale), consentono di ricostruire che le percentuali di rimpatri a seguito di respingimento differito sul totale degli allontanamenti sono state pari al 29,4% nel 2017 (1917 persone); 22,4% nel 2018 (1438 persone); 21,4% nel 2019 (998), raggiungendo il 35,3% nel 2020 (1185 persone) e il 71% nel 2021 (1221); tale ultimo dato è probabilmente da imputarsi alla maggiore difficoltà incontrata nell'eseguire le espulsioni in ragione della chiusura delle frontiere a causa della pandemia da Covid-19. Particolarmente rilevante è ancora il fatto che la grande maggioranza delle persone destinatarie di un provvedimento di respingimento differito è di nazionalità tunisina.

presso gli *hotspot* «configura un rischio di fuga ai sensi dell'art. 14 d. lgs. 286/98» e, pertanto, giustifica l'adozione di una decisione di trattenimento. Sebbene il dettato della norma sia piuttosto evanescente, pare potersi concludere che la nuova ipotesi detentiva sia applicabile sia ai migranti irregolari sia, per espressa previsione normativa, ai richiedenti protezione internazionale: sin qui nulla di nuovo, se non l'ampliamento della definizione di rischio di fuga. La disposizione di nuovo conio, però, parrebbe potersi applicare anche a quei soggetti il cui *status* giuridico sia in attesa di compiuta definizione e che, in ogni caso, non sono ancora destinatari di un provvedimento di espulsione¹³⁷. La dottrina ha posto in evidenza che la peculiarità di tale *tertium genus* di detenzione amministrativa sarebbe proprio quella di essere svincolato da un provvedimento presupposto, configurando così una «restrizione della libertà finalizzata esclusivamente a sanzionare la condotta di chi rifiuta di sottoporsi all'identificazione»¹³⁸. Il trattenimento dovrà pur sempre essere disposto dal questore, e convalidato dal giudice di pace o, nel caso del richiedente asilo, dalla sezione specializzata del Tribunale ordinario; non potrà aver durata superiore ai 30 giorni, salva la possibilità di 'estensione' del periodo di privazione della libertà in caso di adozione di un provvedimento di espulsione.

La funzione sottesa alla norma di nuovo conio è da leggersi alla luce dei plurimi solleciti operati dalla Commissione europea nei confronti delle autorità italiane affinché assicurino il foto-segnalamento dei migranti che fanno ingresso sul territorio, e la loro registrazione in Eurodac in caso di domanda di asilo. Quest'ultimo passaggio è considerato un presupposto essenziale per il funzionamento del sistema di Dublino e per prevenire i movimenti secondari dei richiedenti protezione verso altri Paesi europei. Per la Commissione, l'Italia avrebbe dovuto «consentire l'uso della forza e prevedere disposizioni in materia di trattenimento a più lungo termine nei confronti dei migranti che rifiutano di fornire le impronte digitali»,¹³⁹ fino ad assicurare che «l'obiettivo del 100% dei migranti in ingresso sottoposti a rilevamento delle impronte sia raggiunto senza ulteriori indugi»¹⁴⁰. Se è chiara l'influenza che i *dicta* dell'istituzione europea possono aver dispiegato sull'esecutivo¹⁴¹, resta da domandarsi se l'introduzione di una nuova fattispecie detentiva fosse giustificata, atteso che tra il 2015 e il 2016 la percentuale di migranti foto-segnalati passa dal 43% all'87%. La nuova tipologia di trattenimento introdotta nel 2017 appare così del tutto sproporzionata, tanto più che si fonda su una presunzione di rischio di fuga (integrata in tutti i casi in cui la persona si sottrae al

¹³⁷ Hanno proposto tale interpretazione L. Masera, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome e aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10.3.2017, e E. Valentini, 2018, p. 82 e ss., sottolineando che, per come è formulata l'intera disciplina del nuovo art. 10 ter d.lgs. n. 286/1998, il trattenimento pare possa essere disposto dal questore anche prima che venga decretata l'espulsione.

¹³⁸ G. Savio, 2017, p. 6.

¹³⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Relazione sui progressi compiuti nell'attuazione dell'approccio basato sui punti di crisi (hotspot) in Italia*, COM/2015/679 def. Dello stesso tenore anche le indicazioni contenute nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione, COM/2016/085 def.

¹⁴⁰ COM/2016/085 final, Allegato 3.

¹⁴¹ È di questo avviso M. Borraccetti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, 2.

rilevamento delle impronte), e non su un accertamento individuale, finendo con l'assumere caratteri essenzialmente punitivi.

2.3.3 Il d.l. 113/2018: l'ampliamento dei luoghi di trattenimento (*hotspot, CPR, strutture idonee*)

Ad appena un anno e qualche mese dagli interventi del 2017, seppur nel contesto di una nuova legislatura, il Governo decide di apportare ulteriori cambiamenti alla disciplina del trattenimento. Ciò avviene ancora una volta per il tramite della decretazione d'urgenza, all'insegna di un approccio emergenziale ai temi dell'immigrazione che si fonda sull'accostamento della materia con quella della sicurezza¹⁴². La politica di espansione del dispositivo della detenzione amministrativa, già avviata l'anno precedente, è fatta propria dal nuovo Governo e si colloca al centro di un più ampio disegno di repressione dei diritti delle persone migranti¹⁴³, tratteggiati come il principale 'nemico' da combattere: e ciò indipendentemente dalla previa commissione di reati, fossero anche quelli caratterizzati dal dispiegamento del diritto penale d'autore¹⁴⁴.

La persona straniera viene raffigurata alla stregua di un rischio per la società non per le sue azioni, ma semplicemente perché è, esiste e si trova sul territorio¹⁴⁵. Compiuta questa parabola, il ricorso al diritto penale non è più funzionalmente necessario. Invece, la progressiva *amministrativizzazione* dei diritti dei migranti¹⁴⁶, e in particolare di coloro che sono privati della libertà, rende più agevole la loro compressione secondo le logiche discrezionali dell'amministrazione, in base alle quali anche i diritti inderogabili della persona umana vengono «banalizzati»¹⁴⁷. L'intervento del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con l. 132 del 1° dicembre 2018 è emblematico di un simile paradigma.

L'art. 3 del d.l. ha comportato la dilatazione dei tempi, dei luoghi e dei casi della detenzione amministrativa, consentendone l'applicazione anche in contesti e con modalità inedite. Quanto

¹⁴² Seppur il connubio immigrazione-sicurezza non sia un fenomeno nuovo nel panorama italiano, ha riguadagnato centralità a partire dal 2015-2016, complice l'insorgere di partiti populistici e anti-migranti. Non è un caso che i decreti-legge adottati in tema di immigrazione nel 2017, 2018, 2019 e 2020 si siano caratterizzati per l'accostamento di temi del tutto eterogenei, ma unificati sotto il cappello immigrazione-ordine pubblico. Sul punto, C. Corsi, *L'incessante disciplina "emergenziale" dell'immigrazione e dell'asilo*, in M. Giovannetti, N. Zorzella, *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, Pisa, 2021, pp. 15-26. Sul *topos* dello straniero quale problema di sicurezza pubblica, A. Algostino, *Il decreto 'sicurezza e immigrazione' (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, 2, pp. 167-199.

¹⁴³ Tra gli interventi più dirompenti del decreto devono essere ricordati l'abrogazione della protezione umanitaria e lo smantellamento del sistema di accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati. Per una analisi dettagliata del contenuto del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, F. Curi (a cura di), *Il decreto Salvini – Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 conv. con mod. in legge 1° dicembre 2018, n. 132*, Pisa, 2019.

¹⁴⁴ Non è indifferente notare che gli interventi ascrivibili alla *crimmigration* nel cd. decreto Salvini non sono soltanto riconducibili alla criminalizzazione diretta, ma riguardano anche gli stranieri irregolari *tout court*, i richiedenti asilo, e coloro che hanno acquisito la cittadinanza italiana. Per una analisi puntuale dei numerosi interventi nei confronti di queste categorie, L. Masera, 2019.

¹⁴⁵ L. Scomparin, G. Torrente, 2020, p. 15.

¹⁴⁶ L. Pepino, *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, in *Questione giustizia*, 12.12.2018.

¹⁴⁷ G. Campesi, 2013, p. 38.

al primo aspetto, si passa da un periodo massimo di trattenimento di 90 giorni a quello di 180 giorni, pur in assenza di qualsivoglia indicazione a favore dell'aumento delle probabilità di esecuzione del rimpatrio in caso di maggiore permanenza all'interno dei centri¹⁴⁸. Inoltre, come osservato dal Garante Nazionale, all'estensione dei tempi di permanenza non si è accompagnata alcuna proposta volta ad assicurare il miglioramento delle condizioni di vita all'interno dei centri: invece, il nuovo capitolato d'appalto riguardante la fornitura di beni e servizi nei CPR, adottato nel dicembre 2018, ha ridotto il monte ore di alcuni servizi essenziali (come quello medico e psicologico), contribuendo a rendere ancor più invivibili i luoghi di trattenimento. Inoltre, secondo parte della dottrina l'innalzamento dei limiti temporali poteva configurare una violazione dell'art. 13 Cost.¹⁴⁹, non essendo proporzionale agli obiettivi perseguiti dal legislatore. La misura pare dunque intrinsecamente afflittiva e mossa unicamente da scopi di deterrenza¹⁵⁰. Per alcuna dottrina l'aumento della durata massima della detenzione amministrativa «diventa insomma un termometro del rigore in tema di immigrazione di un certo intervento di riforma, con una traslazione di significato che da strumento cautelare per l'esecuzione dei rimpatri, trasforma il trattenimento amministrativo degli stranieri irregolari in succedaneo della pena detentiva cui è stato precluso il ricorso dai giudici europei»¹⁵¹.

Dubbi circa la costituzionalità dei tempi di trattenimento possono essere sollevati anche con riferimento ad una ulteriore, specifica, ipotesi di limitazione della libertà personale introdotta *ex novo* dall'art. 3 del d.l. 113/2018. Come con il precedente Decreto Legge, anche in questa sede si interviene sulla disciplina degli *hotspot* e sulle procedure di identificazione. In questo caso, tuttavia, si introduce una tipologia di 'trattenimento per fini identificativi' del richiedente asilo, che può avere luogo «...per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni, in appositi locali presso le strutture di cui all'articolo 10-ter, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286», vale a dirsi all'interno degli *hotspot*. Se la portata innovativa della norma rispetto alla possibilità di qualificare l'*hotspot* come luoghi di trattenimento verrà analizzata nel prossimo paragrafo, occorre fin d'ora chiarire che i presupposti alla base della misura sono «la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza» del richiedente. Sebbene il testo riprenda pedissequamente la formulazione dell'art. 8 (3) lett.a) della dir. 2013/33/UE, merita ricordare che la norma europea prescrive che i motivi di trattenimento debbano essere ulteriormente «specificati nel diritto nazionale», e che la misura debba avere natura eccezionale, pena la violazione del principio di certezza del diritto e di proporzionalità.

¹⁴⁸ Nella relazione al disegno di legge si indica che l'allungamento dei termini si giustifica per il fatto che «le procedure finalizzate all'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio dello straniero richiedono mediamente cinque mesi per il loro completamento», ma tale affermazione non è in alcun modo sostenuta da ulteriori e più precisi dati empirici e pare dissonante con le informazioni disponibili sull'andamento del tasso di rimpatri, rese anche all'interno di relazioni e rapporti adottati dagli organi parlamentari a seguito di approfondite inchieste. Ci si riferisce, in particolare, al Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia del 2014 (poi aggiornato nel 2017) a cura della Commissione straordinaria per la tutela dei diritti umani istituita al Senato.

¹⁴⁹ G. Azzariti, *A proposito della nuova normativa in materia di migrazioni: le incostituzionalità non discusse*, in *Questione Giustizia*, 18.1.2019.

¹⁵⁰ M. Daniele, *La detenzione come deterrente nel decreto sicurezza 2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.11.2018.

¹⁵¹ L. Masera, 2019, p. 30.

La scelta del legislatore di ancorare la detenzione alla sussistenza di una condizione oggettiva (l'esigenza di identificare i richiedenti protezione), indipendente dalla condotta del soggetto, e potenzialmente applicabile in via indiscriminata a tutti coloro che presentano domanda di asilo a seguito di ingresso irregolare non pare in ogni caso conforme al diritto UE. Ancor più critica è la previsione in base alla quale «ove non sia stato possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza» entro i primi giorni in *hotspot*, il richiedente potrà essere trattenuto nei centri di cui all'articolo 14 d. lgs. 286/98 per un periodo massimo di 180 giorni. Tale durata (da intendersi come comprensiva di 30 giorni + 150 giorni all'interno del CPR¹⁵²) appare in ogni caso manifestamente sproporzionata e non strettamente necessaria rispetto agli obiettivi perseguiti, e pertanto in contrasto gli artt. 6 Carta dei diritti fondamentali dell'UE e 13 Cost¹⁵³.

Da ultimo, accanto ai tempi e alle ipotesi del trattenimento, il cd. decreto Salvini è intervenuto anche sui luoghi in cui, legittimamente, si può disporre la privazione della libertà. Fino al 2018, infatti, l'ordinamento ammetteva che una restrizione della libertà personale riconducibile al campo di applicazione dell'art. 13 Cost. potesse avvenire soltanto durante la fase dell'accompagnamento coattivo alla frontiera o, in alternativa, all'interno dei centri *ad hoc* individuati dal Ministero dell'Interno, che hanno camaleonticamente cambiato il proprio nome da CPT, a CIE, a CPR ma si sono sempre caratterizzati per la finalità contenitiva. La dottrina ha individuato, quale tratto di maggiore innovazione del d.l. 113/2018, proprio «l'inedita estensione del novero dei luoghi ove il trattenimento ex art. 14 TUI può essere disposto»¹⁵⁴.

In base alla modifica apportata all'art. 13 co 3 d. lgs. 286/98, infatti, le «strutture diverse ed idonee nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza» potranno sostituirsi ai CPR quale luogo di trattenimento dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento differito fino allo svolgimento dell'udienza di convalida del trattenimento, in caso di indisponibilità di posti nei CPR. Inoltre, anche dopo la convalida, «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 48 ore successive all'udienza di convalida» (art. 13, co 5 *bis* D. Lgs. 286/98). In sostanza, il migrante espellendo potrà essere mantenuto in condizione di trattenimento per un periodo pari a sei giorni (72 ore prima dell'udienza presso le strutture nella disponibilità delle autorità di pubblica sicurezza +

¹⁵² Una diversa interpretazione comporterebbe che il trattenimento del richiedente protezione internazionale per fini identificativi possa estendersi oltre quello del migrante irregolare, destinatario di un provvedimento di espulsione: oltre ad essere illogica, sarebbe anche irragionevole sul piano del rispetto dell'art. 3 Cost. A. Ciervo, *L'art. 3 della legge n. 132/2018: l'introduzione del trattenimento a fini identificativi del richiedente protezione internazionale*, in G. Santoro (a cura di), *I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini*, Roma, 2018, pp. 65-73.

¹⁵³ Sul possibile contrasto con i principi di proporzionalità e necessità anche L. Masera, 2019. Secondo l'autore, tuttavia, una più dettagliata individuazione delle ipotesi in cui il trattenimento si giustifica non potrebbe passare tanto per l'intervento del legislatore, quanto piuttosto da una rigorosa indagine operata in via giurisprudenziale: «Perché tuttavia una formulazione così ampia non risulti latrice di un ricorso indiscriminato al trattenimento dei richiedenti che, oltre ad essere in contrasto con la stessa direttiva, confliggerebbe con le esigenze di proporzionalità e necessità che presidiano anche a livello costituzionale la privazione di libertà, è necessario che nella prassi applicativa della nuova misura il tribunale chiamato a convalidare il provvedimento del questore accerti con rigore la reale necessità del trattenimento nel caso specifico, e l'inadeguatezza di misure meno coercitive» (p. 23).

¹⁵⁴ L. Masera, 2019, p. 32.

48 ore successive presso quelle individuate dalle autorità di frontiera) in luoghi non meglio delineati e la cui precisa individuazione è demandata alle autorità di polizia. Seri dubbi circa la compatibilità con il principio di tassatività circondano la norma di nuovo conio: il Garante Nazionale ha, in proposito, rilevato che «nessun criterio è desumibile dalla norma al fine di individuare tali luoghi e definire il relativo concetto di idoneità, suscettibile quindi di essere variamente interpretato e declinato», intimando in ogni caso all'autorità politico-amministrativa di rendere pubblico l'elenco completo dei locali individuati, «affinché gli organismi di garanzia possano esercitare la loro funzione di controllo indipendente», così da scongiurare l'arbitrarietà del trattenimento¹⁵⁵.

La preoccupazione manifestata dall'autorità di garanzia nei confronti dell'utilizzo delle «strutture idonee» e dei «locali idonei» è ben riposta, se solo si osservano i dati relativi all'utilizzo di detti luoghi: nel rapporto tematico dedicato alle strutture idonee del 2021, si individuavano 13 locali istituiti *ex novo* con questa funzione presso altrettante Questure, l'utilizzo di camere di sicurezza quali strutture idonee da parte di 17 Questure, e l'avvio di specifiche progettualità per l'allestimento di strutture simili da parte di 34 Questure¹⁵⁶. Lo stesso rapporto denuncia il mancato rispetto degli standard internazionali relativi all'adeguatezza degli ambienti (in particolare, quanto a spazio disponibile, apporto di aria e luce naturali, disponibilità di servizi igienici, presenza di attrezzature per il riposo nelle ore notturne)¹⁵⁷.

Quanto ai locali presso le zone di frontiera, il d.l. 113/2018 ha in effetti rappresentato l'occasione di istituzionalizzare una prassi già ampiamente diffusa in precedenza – quella di confinare le persone straniere presso locali appositi all'interno delle zone di transito portuali o aeroportuali¹⁵⁸, con modalità tali da integrare una vera e propria privazione della libertà personale¹⁵⁹. In dottrina è stato osservato, in proposito, che «se il risultato è quello di ricondurre entro una cornice di legalità prassi cui comunque faceva ricorso da anni l'autorità amministrativa, la soluzione di disciplinare espressamente a livello legislativo le ipotesi di trattenimento extra CPR sarebbe comunque da salutare positivamente nell'ottica del rispetto dei diritti fondamentali dei migranti»¹⁶⁰. A distanza di alcuni anni dall'adozione della norma,

¹⁵⁵ Garante Nazionale, *Relazione al Parlamento 2019*, p. 80.

¹⁵⁶ Garante Nazionale, *Rapporto tematico sulle visite alle strutture diverse e idonee utilizzate dall'autorità di pubblica sicurezza per il trattenimento della persona straniera ai sensi dell'art. 13 co 5 bis T.U.IMM.*, 2021. Nella Relazione al Parlamento 2022 si conteggiavano 44 strutture idonee e 50 locali di trattenimento presso i valichi di frontiera. Garante Nazionale, *Rapporto tematico*, 2022.

¹⁵⁷ Garante Nazionale, *Rapporto tematico*, 2021.

¹⁵⁸ Il diritto interno non prevede una definizione puntuale volta ad individuare l'identità e l'estensione delle zone di transito. Nemmeno il decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2019, n. 210, che istituisce le «zone di transito e di frontiera», o le successive circolari emanate in tema di svolgimento delle procedure accelerate per la domanda di asilo presentate in frontiera, forniscono chiarimenti ulteriori: il decreto si limita ad individuare alcune province (Trieste, Gorizia, Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi, Caltanissetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina, Trapani, Agrigento, Cagliari e Sud Sardegna) al cui interno si troverebbero le nuove «zone di frontiera», concetto che peraltro non è sovrapponibile a quello della normativa europea, posto che l'art. 43 della direttiva 2013/32/UE si riferisce in modo più specifico alle domande presentate «alla frontiera o nelle zone di transito». Per una analisi del decreto, ASGI, *Le zone di transito e di frontiera*, settembre 2019; e ASGI, *Aggiornamento scheda ASGI: Le zone di transito e di frontiera*, dicembre 2020.

¹⁵⁹ Diffusamente, sul punto, A. Ammirati, V. Capezio, G. Crescini, A. Massimi, *Le zone di transito aeroportuali: definizione, funzionamento e criticità alla luce delle prassi*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, 3.

¹⁶⁰ L. Masera, 2019, p. 33.

ci si può interrogare circa le conseguenze dell'intervento del governo-legislatore, chiedendosi se abbia effettivamente comportato un aumento delle garanzie: il monitoraggio delle prassi presso le zone aeroportuali restituisce un quadro di perduranti violazioni dei diritti dei migranti, fondato sull'applicazione di una finzione di extraterritorialità¹⁶¹.

Nonostante la giurisprudenza delle Corti europee abbia da lungo tempo chiarito che le zone di transito non sono uno «spazio di eccezione»¹⁶², e tanto la Convenzione EDU quanto la Carta dei diritti fondamentali siano pienamente applicabili¹⁶³, l'informalità e l'inaccessibilità delle aree di attesa consentono all'amministrazione maggiori margini di discrezionalità nell'applicazione delle previsioni di legge. È stato denunciato, ad esempio, che il trattenimento delle persone straniere viene raramente adottato per il tramite di un provvedimento scritto ex art. 13 co 5 bis d. lgs. 286/98, e si configura il più delle volte come detenzione *de facto*¹⁶⁴. In sostanza, mentre i casi di trattenimento aumentano, la gestione delle strutture e i diritti garantiti al loro interno rimangono avvolti da strati di opacità.

2.3.4 Il d.l. 130/2020: la svolta «manageriale»¹⁶⁵ tra continuità e discontinuità con le precedenti riforme

Alcune, minime, garanzie rispetto alle modalità con cui dovrebbe avvenire il trattenimento nelle «strutture diverse e idonee» sono state introdotte con il d.l. 130/2020, il cui art. 3, co 1 ha previsto che all'interno dei locali debba essere fornita la «necessaria assistenza, il rispetto della dignità [della persona] e la libertà di corrispondenza, anche telefonica». La modifica va nel senso di operare una piena equiparazione tra i modi di trattenimento all'interno dei CPR a quelli della detenzione che si realizza in luoghi *altri*, alternativi.

A ciò si aggiunge l'intervento volto ad assicurare che lo straniero sia trattenuto nei CPR «con modalità tali da assicurare la necessaria informazione relativa al suo status, l'assistenza e il rispetto della sua dignità» (art. 14 co 2 d. lgs. 286/98, come modificato dall'art. 3 co 1 d.l. 130/20), cui si accompagna la possibilità di «presentare istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa» agli organi di garanzia (Garante Nazionale e locali per le persone private della

¹⁶¹ A. Ammirati, V. Capezio, G. Crescini, A. Massimi, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, ASGI-Progetto InLimine, 2021.

¹⁶² Ci si rifà alla logica agambiana dei campi come spazi in cui vige uno «stato di eccezione» (G. Agamben, *Homo Sacer: il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005), nella consapevolezza che la teoria del filosofo è solo in parte idonea a descrivere e spiegare le varie manifestazioni della detenzione amministrativa. Sul punto, G. Campesi, 2020.

¹⁶³ CEDU, *Amuur c. France*; CGUE, sentenza del 4 maggio 2017, *El Dakkak*, C-17/16, ECLI:EU:C:2017:341.

¹⁶⁴ A. Ammirati, V. Capezio, G. Crescini, A. Massimi, 2021. Si vedano anche i dati relativi alla permanenza prolungatasi oltre le 72 ore nei locali idonei presso le zone di frontiera (che si qualifica quindi come trattenimento *de facto*), contenuti nel rapporto tematico: Garante Nazionale, *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, 2019, nonché quelli relativi all'anno 2019-2020, disponibili su Garante Nazionale, *Respingimenti effettuati dalla polizia di frontiera e prassi di trattenimento*, 2020.

¹⁶⁵ J.A. Brandariz García, C. Fernández Bessa, *Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación*, in *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, 4.

libertà) in caso di critiche condizioni detentive (art. 14 co 2 *bis* d. lgs. 286/98)¹⁶⁶. La riforma ha altresì previsto un potere del Garante interessato di formulare «specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata, se accerta la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti dai soggetti trattenuti [...] L'amministrazione interessata, in caso di diniego, comunica il dissenso motivato nel termine di trenta giorni» (art. 7, co 5 d.l. 146/2013¹⁶⁷). L'assenza di una maggiore procedimentalizzazione delle modalità di esercizio del diritto, e il carattere non vincolante delle raccomandazioni del Garante gettano però alcune ombre sulla piena effettività dello strumento, tanto che sembra essere rimasta una previsione sulla carta a distanza di due anni dalla sua introduzione¹⁶⁸. Le modifiche apportate dal d.l. 130/2020 al Testo Unico paiono incomplete in assenza di una legge ordinaria volta a fornire una disciplina dettagliata delle modalità di organizzazione dei luoghi di detenzione e dei diritti dei trattenuti: tali indicazioni sono – nuovamente – confluite in una direttiva adottata con decreto del Ministero dell'Interno del 19 maggio 2022¹⁶⁹, testo che rende manifesta la ritrosia del legislatore rispetto al pieno adeguamento alla riserva di legge di cui all'art. 13 Cost.¹⁷⁰.

Più in generale, gli innesti operati dal d.l. 130/2020 sul regime della detenzione non inducono a registrare una inversione di rotta rispetto al potenziamento della misura del trattenimento: accanto alle insufficienti riforme collegate ai modi della detenzione, il Governo ha scelto di intervenire nuovamente sia sul trattenimento del richiedente asilo, sia su quello finalizzato all'esecuzione dell'allontanamento. Per un verso, si ampliano le ipotesi previste

¹⁶⁶ Si rimanda al prossimo paragrafo per una analisi più dettagliata delle ragioni che hanno spinto il legislatore a prevedere lo strumento del reclamo, ma può fin d'ora anticiparsi che, sebbene non esplicitamente contemplato dalla normativa, una interpretazione della nuova previsione conforme ai principi cardine in materia di privazione della libertà e di rimedi effettivi imporrebbe di considerare applicabile il nuovo strumento del reclamo anche al trattenimento nei locali idonei e negli *hotspot*. Sul tema G. Mentasti, *Il decreto 'immigrazione sicurezza' (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, in *Sistema Penale*, 15 gennaio 2021, e B. Giors, L. Scomparin, *Il nuovo reclamo alle Autorità garanti per i migranti trattenuti nel CPR: tra timidezze legislative e necessarie prospettive di implementazione, una proposta dal contesto territoriale piemontese*, in *Piemonte delle autonomie*, 9 dicembre 2021.

¹⁶⁷ Per il tramite del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con l. 21 febbraio 2014, n. 10, la figura del Garante nazionale viene – a seguito di un dibattito parlamentare di ventennale durata - introdotta nel panorama nazionale e riceve una piena regolamentazione quanto ai poteri e competenze. D. Bertaccini, D. Bruno, *I garanti (dalla parte) dei detenuti. Le istituzioni di garanzia per i privati di libertà tra riflessione internazionale ed esperienza italiana*, Bologna, 2018. Per una ricostruzione della funzione delle autorità di garanzia in una ottica di tutela multilivello dei diritti dei trattenuti, E. Celoria. C. De Robertis, 2021.

¹⁶⁸ Non vi sono dati pubblicamente consultabili in merito al numero di reclami proposti, e ricevuti dal Garante Nazionale o dai Garanti locali, né la più recente Relazione al Parlamento (del 2022) contiene specifiche indicazioni su questo tema. Indicazioni tratte dagli interventi dell'Ufficio del Garante Nazionale in recenti convegni attestano che l'efficacia dello strumento è castrata dalla mancata predisposizione di modelli informativi che possano consentire agli stranieri di conoscerne l'esistenza e le modalità di presentazione. Si veda, ad esempio, il Workshop del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale: Le regole delle procedure di rimpatrio forzato nell'ambito della direttiva del Ministero dell'Interno del 19 maggio 2022 (consultabile al link: https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/pages/it/homepage/dettaglio_contenuto/?contentId=CNG14807&modelId=10021).

¹⁶⁹ La direttiva recante *Criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di permanenza per i rimpatri previsti dall'art. 14 del d.lgs. n.286/1998 e successive modificazioni* ha sostituito il precedente Regolamento Unico CIE, adottato anch'esso tramite decreto ministeriale.

¹⁷⁰ Da ultimo, Maserà, cogliendo quale spunto di riflessione la sentenza della Corte Costituzionale in tema di REMS (n. 22/2022), ha sottolineato l'inadeguatezza degli interventi legislativi rispetto alla disciplina dei modi del trattenimento. L. Maserà, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, in *Questione Giustizia*, 10 maggio 2022.

dall'art. 6 d. lgs. 142/2015, al fine di consentire il ricorso allo strumento detentivo anche quando: a) venga adottato il diniego dello *status* di rifugiato, o sia dichiarata l'esclusione della protezione sussidiaria nei casi previsti dall'art. 12, co 1, lett. b) e c) e art. 16 d. lgs. 251/2007¹⁷¹; b) il ricorrente sia considerato un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, da determinarsi avendo riguardo alla irrogazione di una sentenza di condanna (anche non definitiva) per un lungo elenco di reati, tra cui sono comprese anche ipotesi di «non particolare gravità»¹⁷²; c) il richiedente asilo abbia presentato domanda di asilo reiterata in sede di esecuzione di un provvedimento di allontanamento. Si noti che quest'ultimo presupposto non trova alcun fondamento nei casi, tassativi, previsti dall'art. 8(3) dir. 2013/33/UE creando un contrasto apparentemente insanabile con la normativa europea.

Per altro verso, il legislatore ha individuato una scala di priorità rispetto alle persone da trattenere. La precedenza è data a due categorie: i) il cittadino straniero considerato una «minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica» o che sia destinatario di una sentenza condanna anche non definitiva per i reati di cui all'art. 4, co 3, terzo periodo, e all'art. 5, co 5 *bis* del TUI (cd. reati ostativi); ii) il cittadino straniero che provenga da un Paese con cui l'Italia abbia stipulato accordi o intese in materia di rimpatrio. La centralità delle intese di cooperazione con i Paesi terzi è resa evidente anche dalla previsione secondo cui, quando lo straniero provenga da un Paese con cui l'Italia «abbia sottoscritto accordi di rimpatrio» il suo trattenimento è prorogabile di ulteriori 30 giorni, per un totale di 120 giorni nel caso in cui la persona faccia ingresso nel CPR dalla libertà (e di 65 giorni per lo straniero già previamente trattenuto per almeno 90 giorni presso le strutture carcerarie)¹⁷³.

Dette modifiche non sono idonee ad operare una estensione delle circostanze giustificative del trattenimento ex art. 14 d. lgs. 286/98, operazione che del resto sarebbe preclusa dalla formulazione dell'art. 15 Direttiva Rimpatri come interpretato dalla Corte di giustizia. Tuttavia, e pur a fronte di una riduzione dei tempi massimi (riportati da 180 a 90 giorni), il trattenimento si conferma un tassello centrale nelle politiche di rimpatrio secondo una nuova prospettiva «efficientista» (o per riprendere un concetto sviluppato dalla dottrina spagnola «manageriale») che assegna preminenza alla detenzione di chi non è ancora a tutti gli effetti sul territorio ma ne può rapidamente essere allontanato grazie all'efficacia di intese con i Paesi di origine (si tratta in particolare di cittadini tunisini ed egiziani¹⁷⁴) e di chi è etichettato come un pericolo

¹⁷¹ Le norme in esame erano state oggetto di modifica ad opera del d.l. 113/2018, che aveva esteso i casi di diniego o esclusione al fine di ricomprendere, quali reati rilevanti per fondare un giudizio di pericolosità del soggetto per l'ordine pubblico, anche quelli di cui agli «articoli 336, 583, 583 *bis*, 583 *quater*, 624, 624 nell'ipotesi aggravata di cui all'articolo 625, primo comma, numero 3), e 624-*bis*, primo comma». In sostanza, anche reati che non possono essere qualificati come «di particolare gravità» possono giustificare l'applicazione della misura detentiva.

¹⁷² Ancora una volta il richiamo è alle stesse fattispecie di reato di cui all'art. 12, co 1, lett.c) e 16, co 1, lett. d-*bis* d. lgs. 251/07, come modificati nel 2018. Secondo Masera l'inclusione nell'elenco di ipotesi di reato la cui cornice sanzionatoria è particolarmente tenue è da considerarsi in contrasto con la normativa europea in materia di definizione di «pericolo per l'ordine pubblico». L. Masera, 2019, p. 39.

¹⁷³ Art. 14 co 5 d. lgs. 286/98, come modificato dall'art. 3, co 1, lett.c) d.l. 130/20.

¹⁷⁴ Tunisia e Egitto corrispondono sia alle due nazionalità maggiormente rappresentate all'interno dei centri (2.805 tunisini, 515 egiziani), sia ai due Paesi verso i quali sono stati effettuati più rimpatri a seguito di trattenimento (1.818 tunisini, 270 egiziani). Garante Nazionale, Relazione al Parlamento 2022, Mappe e dati, p. 14.

per l'ordine pubblico, sulla base di una tendenza ormai consolidata a reprimere la «pericolosità migrante»¹⁷⁵.

Quest'ultimo intervento ha, per la prima volta, svelato apertamente alcune delle funzioni latenti ricoperte dalla detenzione amministrativa: non soltanto quella «*latu sensu* cautelare» (garantire la disponibilità fisica del trattenuto necessaria a dar esecuzione ad un provvedimento di espulsione o l'esame della domanda di asilo)¹⁷⁶, ma anche quelle di prevenzione speciale e di prevenzione generale, essendo la misura deputata al «controllo e al disciplinamento» degli stranieri¹⁷⁷. Soltanto così si può spiegare l'accento posto sulla necessità di detenere chi costituisce una minaccia per la sicurezza nazionale e per l'ordine pubblico, che si realizza anche quando la persona non è espellibile *de jure* (questo il caso dei richiedenti asilo), o *de facto* (per impossibilità pratica di realizzare il rimpatrio di cittadini provenienti da determinati Stati terzi con i quali non esistono accordi in tal senso).

2.3.5 *Le funzioni del trattenimento: brevi riflessioni a partire dai dati numerici*

I dati empirici relativi agli ultimi anni (2016-2021) mostrano che la media delle espulsioni eseguite a seguito di un periodo di trattenimento non è mai stata superiore al 50%¹⁷⁸. In ogni caso, il numero dei migranti trattenuti è inferiore di decine di migliaia rispetto ai destinatari di un ordine di allontanamento: ad esempio, nel 2016, a fronte di 32.365 ordini di allontanamento, sono stati trattenuti 2984 migranti, e, di questi, 1432 allontanati; nel 2017 si documentano 36.240 provvedimenti di rimpatrio, 4.087 migranti trattenuti e 2.396 allontanati dal CPR; nel 2018, 27.070 rimpatri, 4.092 trattenimenti e 1.768 allontanamenti; nel 2019, anno in cui si raggiungeva il numero più elevato di trattenimenti, a fronte di 26.900 ordini di allontanamento, sono state detenute 6.172 persone, e di queste 2.992 effettivamente espulse; nel 2020 e nel 2021 calano i tassi di decisioni di rimpatrio (rispettivamente 22.785 e 11.095) ma restano stabili quelli dei trattenimenti (4.387 e 5.142) e degli allontanamenti effettivi (2.232 e 2.520)¹⁷⁹.

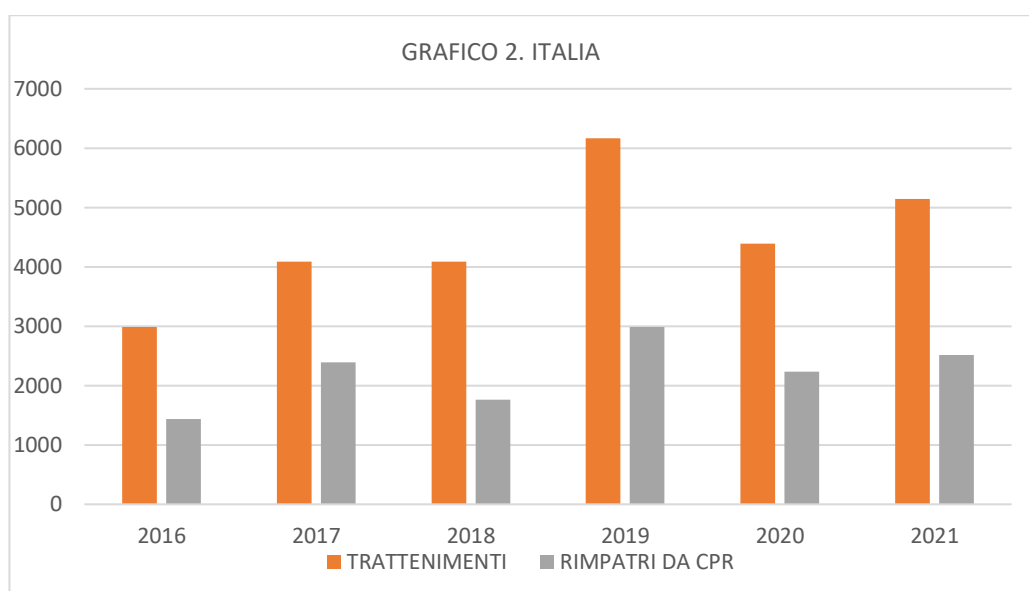
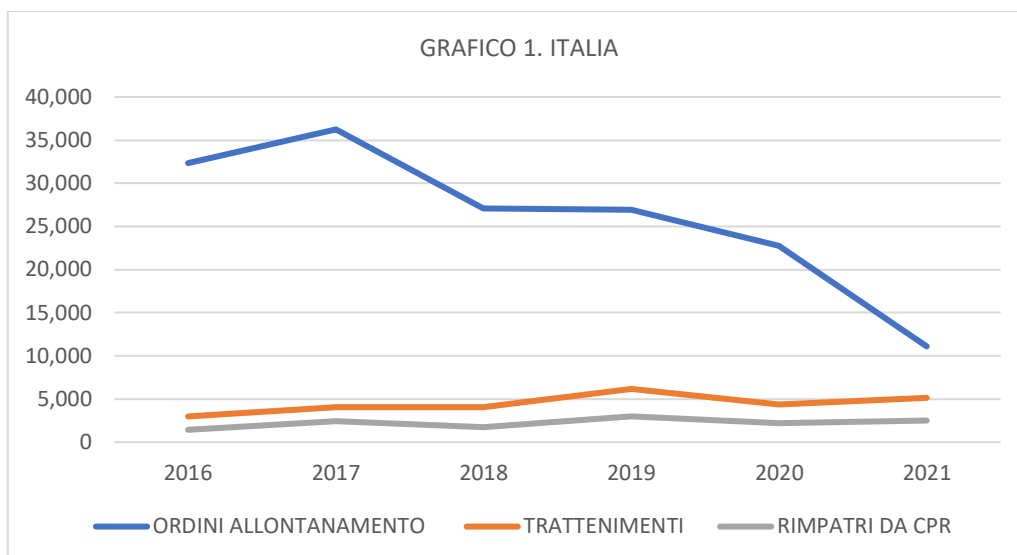
¹⁷⁵ G. Fabini, G. Campesi, *La detenzione della 'pericolosità migrante'*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2017, 2, pp. 515-532.

¹⁷⁶ E. Valentini, 2018, p. 44.

¹⁷⁷ E. Valentini, *Riflessioni sparse sui presupposti applicativi del trattenimento in uscita*, in ADiM Blog, *Analisi e Opinioni*, Novembre 2022.

¹⁷⁸ Si vedano i dati riportati alla nota 96.

¹⁷⁹ I dati relativi ai provvedimenti di allontanamento sono tratti dal sito di Eurostat (Third country nationals ordered to leave - annual data (rounded) [MIGR_EIORD]), mentre i dati relativi ai trattenimenti e agli allontanamenti disposti dai CIE/CPR sono tratti dalle Relazioni Annuali del Garante Nazionale.



Questi dati inducono a ritenere che, per un verso, la funzione dei luoghi di trattenimento non sia soltanto quella di agevolare l'esecuzione del rimpatrio. Invero, a fronte di un rinnovato investimento (politico e strutturale) nello strumento, i numeri non danno conto di un significativo aumento delle percentuali di rimpatrio, ma nemmeno del numero assoluto di allontanamenti. Per altro verso, risulta con tutta evidenza che, non disponendo di un apparato detentivo imponente (la capacità dei centri nel 2021 era pari a 1300 posti distribuiti in 10 CPR)¹⁸⁰, si debba operare una selezione al momento di decidere chi trattenere. Come sostenuto in dottrina, la realtà italiana è quindi ambivalente: di fianco ad «un dispositivo legale

¹⁸⁰ CILD, *Buchi Neri. La detenzione senza reato nei Centri di Permanenza per il Rimpatrio*, 2021. Si noti che in una fase precedente (di normalizzazione della detenzione), nel 2012, la capienza complessiva era di 2000 posti in 10 centri. G. Fabini, 2022, p. 48.

improntato alla volontà di rendere possibile un ricorso imponente alla detenzione», troviamo però «una realtà fattuale tarata su un uso selettivo dello strumento»¹⁸¹.

Che la privazione amministrativa della libertà abbia, storicamente, e non solo in Italia, adempiuto a funzioni altre e diverse rispetto a quella dichiarata di rendere possibile il rimpatrio, è del resto argomento da lungo tempo esplorato in dottrina¹⁸². Si è fatto ad esempio riferimento a funzioni simboliche – di stigmatizzazione del migrante, o manifestazione dell’esercizio del potere di controllo dei confini¹⁸³ – a ragioni di deterrenza¹⁸⁴, o punitive¹⁸⁵. L’innalzamento dei tempi di trattenimento non giustificati da evidenze empiriche sui rapporti con le maggiori probabilità di esecuzione delle espulsioni sono un chiaro esempio di perseguimento di una finalità piuttosto punitiva che cautelare. Una recente ricerca empirica basata sullo studio dei fascicoli del Giudice di pace ha condotto alcuni ricercatori ad ipotizzare che una delle ragioni essenziali del trattenimento in Italia sia quello di «gestione dell’irregolarità», ed in particolare di quei soggetti percepiti come pericolosi, o portatori di rischio: e quindi, sostanzialmente, con funzione di «difesa sociale»¹⁸⁶. Non è un caso, in proposito, che il numero di persone provenienti dal carcere continui a rappresentare una percentuale significativa dei trattenimenti. Vi è poi chi ha osservato come la detenzione amministrativa «consegna alla polizia uno strumento di pronto e facile utilizzo per esigenze di controllo del territorio e di gestione della popolazione che lo abita, più che per il controllo dei confini»¹⁸⁷. L’intervento legislativo del 2020 ha in parte confermato che tra le priorità del decisore vi è quella di trattenere il migrante percepito come pericoloso per l’ordine e la sicurezza pubblica: l’analisi empirica ha dimostrato come tale etichetta non sia unicamente conseguente alla commissione di gravi reati, ma riguardi anche soggetti in condizione di precarietà, povertà e marginalità.

Accanto a tale chiave di lettura delle funzioni della detenzione amministrativa, gli interventi normativi susseguitisi dal 2017 in avanti, e l’ordine di priorità indicato dal d.l. 130/2020 consentono di individuare quantomeno altre due categorie che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero essere intercettate dal dispositivo della detenzione: le persone che provengono da Paesi con cui l’Italia ha sottoscritto accordi di riammissione; e i richiedenti asilo. Quanto alla prima categoria, quella più in linea con la realizzazione della funzione ‘tradizionale’ del

¹⁸¹ E. Valentini, 2022, p. 4.

¹⁸² A. Lennikers, D. Broeders, *A case of mixed motives. Formal and informal functions of administrative immigration detention*, in *British Journal of Criminology*, 2010, 50, pp. 830-850; M. Bosworth, *Immigration detention, punishment and the transformation of justice*, in *Social & Legal Studies*, 2017, 28, pp. 1-19; S. Turnbull, *Immigration detention and punishment*, in *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, Oxford, 2017; C. Fernández Bessa, *Los centros de internamiento de extranjeros (CIE): Una introducción desde las Ciencias Penales*, Madrid, 2021

¹⁸³ N. De Genova, *Spectacles of migrant “illegality”: the scene of exclusion, the obscene of inclusion*, in *Ethnic and Racial Studies*, 2013, 36(7), pp. 1180-1198.

¹⁸⁴ G. Campesi, *Hindering the deportation machine: An ethnography of power and resistance in immigration detention*, in *Punishment & Society*, 2015, 17(4), pp. 427-453.

¹⁸⁵ Per una panoramica, G. Campesi, *Genealogies of immigration detention: migration control and the shifting boundaries between the ‘penal’ and the ‘preventive’ state*, in *Social & Legal Studies*, 2020, 29(49), pp. 527-548; G. Fabini, V. Ferraris e A. Sbraccia, *Migrazioni, criminalità, criminalizzazione*, in T. Pitch, *Devianza e questione criminale*, Roma, 2022, pp. 81-97.

¹⁸⁶ G. Fabini, G. Campesi, *Immigration detention as social defence: policing ‘dangerous mobility’ in Italy*, in *Theoretical Criminology*, 2020, 24, pp. 50-70.

¹⁸⁷ G. Fabini, *Il confinamento della mobilità: innovazioni e continuità nella storia della detenzione amministrativa in Italia*, in F. Esposito, E. Caja, G. Mattiello, 2022.

trattenimento, pare si sia tentato di promuovere una maggiore efficienza del meccanismo espulsivo: ciò ha visto l'aumento esponenziale del numero di trattenimenti selezionati in base alla nazionalità, ed in particolare del numero di cittadini provenienti dalla Tunisia, Paese con il quale le intese (formali ed informali) garantiscono lo svolgimento di un elevato numero di allontanamenti¹⁸⁸.

Quanto alla seconda, il periodo della «reinvenzione» del trattenimento ha coinciso con l'introduzione di nuove ipotesi di detenzione «in ingresso»: come si vedrà nel prossimo paragrafo, è ascrivibile a tale categoria la detenzione – *de iure* o *de facto* – negli *hotspot* o sulle navi quarantena; ma anche quella all'interno delle zone di transito positivizzata ad opera del d.l. 113/2018. Al contempo, nel 2017 e nel 2020 sono state ampliate anche le circostanze che legittimano il trattenimento del richiedente asilo indipendentemente dal momento del suo ingresso sul territorio: tratto comune degli interventi normativi è, pare, la riscoperta del richiedente protezione quale soggetto la cui presenza può essere gestita tramite il ricorso alla privazione della libertà.

Il tratto di congiunzione tra le politiche volte all'efficientamento dei rimpatri (in particolare nei confronti dei cittadini tunisini), all'espansione della detenzione in ingresso e al trattenimento dei richiedenti asilo può essere individuato nella rinnovata attenzione per la gestione dei confini: intesi come confini esterni dello Stato nazionale ma, forse ancor di più, quali frontiere esterne dell'UE. Più voci della dottrina hanno, infatti, sostenuto che a partire dal 2015 «emerge[va] la predisposizione di un sistema volto all'uso della detenzione amministrativa in funzione di contenimento dei massicci flussi migratori, in perfetta sintonia con l'approccio “hotspot”»¹⁸⁹.

Il modello proposto dall'Unione europea per la gestione delle frontiere esterne in Italia e Grecia ha occupato un posto sempre più centrale nelle dinamiche della detenzione amministrativa, funzionale al contenimento dei movimenti dei migranti (siano essi irregolari o richiedenti asilo): le pressioni dell'Unione hanno influenzato anche agli interventi normativi e il riassetto delle prassi che hanno riguardato il trattenimento nei CPR a partire dal 2015 sino al momento attuale. Si noti, tuttavia, che le riforme legislative non sono intervenute al fine di recepire la – o di fornire maggiore aderenza alla – normativa UE: questa è rimasta invariata. Si è trattato piuttosto di una influenza esercitata attraverso documenti programmatici o di *soft-law* (quali le raccomandazioni sull'attuazione dell'approccio *hotspot* susseguitesisi tra il 2016 e

¹⁸⁸ Tra le principali nazionalità dei migranti effettivamente allontanati dal 2016 si riscontrano stabilmente quella tunisina, marocchina, albanese, egiziana e nigeriana. I numeri dei rimpatri dei cittadini tunisini, tuttavia, sono significativamente più elevati rispetto a quello delle altre nazionalità: nel 2017 è stato pari al 58,3% del totale (2.125 su 3.644); nel 2018 pari al 62,5% (2.127 su 3.403); nel 2019 pari al 46,6% (1.609 su 3.449), nel 2020 pari al 59,5% (1.997 su 3.351); nel 2021 pari al 56,8% (1.945 su 3.420). Le percentuali sono frutto dell'elaborazione operata sui dati contenuti nelle Relazioni al Parlamento del Garante Nazionale.

¹⁸⁹ G. Savio, 2015, p. 161. Dello stesso tenore le considerazioni di Campesi, per il quale «pre-removal detention centres are undergoing a reinvention, becoming progressively a part of the new repressive reception model inaugurated with the launch of the hotspot approach» G. Campesi, 2018, p. 68. Da ultimo, Fabini ha sostenuto che «sul piano europeo, nel tempo è diventato sempre più evidente quanto l'Italia non si occupa solo di gestire i flussi migratori sul proprio territorio ma, in quanto confine sud d'Europa insieme a Grecia e Spagna, è chiamata ad essere in prima linea nel “difendere” il continente dall'immigrazione irregolare (irregolarizzata), specie in arrivo dal Mediterraneo centrale». G. Fabini, 2022, p. 73.

il 2018¹⁹⁰) e che però hanno prodotto una incessante attività legislativa e una altrettanto rilevante modificazione delle prassi amministrative, di cui si tenterà di dar conto nel paragrafo che segue.

2.4. L'attuazione dell'approccio *hotspot* e le sue implicazioni sul diritto alla libertà personale

Sull'assenza di basi legali che disciplinino compiutamente l'approccio *hotspot* a livello europeo, si è già detto (cfr. cap. III, par. 3). Volgendo l'attenzione al contesto italiano, si può osservare che, almeno in un primo momento, l'esecutivo ha inteso perseguire un approccio non dissimile a quello fondato sull'utilizzo di fonti di *soft-law*, mirando a mantenere una certa ambiguità intorno al mutevole concetto di *hotspot* di modo che questo potesse configurarsi al contempo quale «assetto di lavoro in comune»¹⁹¹ e «un centro, per forza di cose chiuso, finalizzato esclusivamente all'identificazione»¹⁹².

2.4.1 La prima fase dell'approccio hotspot: atti di soft-law e incerte prassi applicative

Il primo documento di natura programmatica (e dunque sprovvisto di forza di legge) in cui vengono fornite alcune indicazioni più precise sulle modalità di implementazione dell'approccio *hotspot* in Italia è stata la *Roadmap* del 28 settembre 2015, adottata a seguito del Consiglio europeo del 25 e 26 luglio 2015, e poi 'recepita' nell'ordinamento interno per il tramite di una circolare del Ministero dell'Interno del 6 ottobre 2015¹⁹³. Mentre il documento individuava la scansione temporale e operativa delle attività da condurre nel contesto dell'approccio *hotspot*¹⁹⁴, non forniva indicazioni precise sull'assetto spaziale dei centri, né

¹⁹⁰ In proposito Carta ha osservato che gli *hotspot* sono «nati come un prodotto di *soft-law*». In R. Carta, *Il migration management: strumento di gestione o di controllo del fenomeno migratorio?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 30.7.2017, p. 12.

¹⁹¹ Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate (di seguito, Commissione Parlamentare XVII Legislatura), *Audizione del prefetto e capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Mario Morcone*, del 3.12.2015. La definizione verrà ripresa nelle Procedure Operative Standard (SOP) adottate nel marzo 2016, ove l'*hotspot* viene definito «strutturalmente» come «area designata normalmente (ma non necessariamente) in prossimità di un luogo di sbarco», e «dal punto di vista organizzativo», come «metodo di lavoro in team all'interno del quale le autorità italiane [...] lavorano a stretto contatto ed in piena cooperazione con i team europei di supporto, composti da personale incaricato da Frontex, Europol, EASO (Ufficio europeo di supporto per l'Asilo)».

¹⁹² Commissione Parlamentare XVII Legislatura, *Audizione del prefetto di Agrigento, Nicola Diomede*, del 26.1.2016. Sulla natura multidimensionale dell'*hotspot*, M. Leone, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d. lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, 2.

¹⁹³ Circolare del Ministero dell'Interno del 6.10.2015, n. 14106.

¹⁹⁴ Vengono individuate le seguenti fasi: «a) tutte le persone sbarcate saranno sottoposte a screening medico al fine di accertare immediatamente eventuali problemi sanitari di ogni singolo individuo; b) successivamente, saranno intervistate da funzionari degli uffici immigrazione, i quali compileranno il cd. foglio-notizie contenente le generalità, la foto e le informazioni di base della persona, nonché l'indicazione circa la sua volontà o meno di richiedere la protezione internazionale; c) sulla base degli esiti delle interviste di pre-identificazione, le persone potrebbero essere ulteriormente intervistate da funzionari di polizia investigativa con il supporto di funzionari

sulla qualificazione giuridica della permanenza al loro interno. La *Roadmap* identificava «quattro porti individuati come *hotspot*, vale a dire: Pozzallo, Porto Empedocle e Trapani in Sicilia e l'isola di Lampedusa», e precisava che «in ognuno di questi “hotspot” chiusi, sono disponibili strutture di prima accoglienza con una capacità complessiva di circa 1.500 posti».

Allo stesso modo, nelle *Procedure Operative Standard* (SOP) del 2016, altro documento non avente forza di legge, il Ministero dell'Interno si è limitato a prescrivere che «il periodo di permanenza nella struttura deve essere il più breve possibile». Le SOP sanciscono in via definitiva che le funzioni primarie degli *hotspot* sono quelle di identificare e foto-segnalare tutti i soggetti che hanno fatto ingresso via mare, e di distinguere tra le persone ‘meritevoli’ di essere ammesse al procedimento di protezione internazionale e i migranti irregolari¹⁹⁵, ma non operano un inquadramento giuridicamente rilevante del tempo trascorso nei «centri chiusi» durante il quale vengono attuate dette procedure. Nella circolare del 6 ottobre 2015 si indicava che la sequenza di *screening* sanitario, pre-identificazione, registrazione e foto-segnalamento doveva essere condotta in un arco temporale circoscritto tra le 24 e le 48 ore. Il passaggio maggiormente rivelatore è però quello in cui le SOP sanciscono che «la persona può uscire dall'*hotspot* solo dopo essere stata foto-segnalata concordemente con quanto previsto dalle norme vigenti, se sono state completate tutte le verifiche di sicurezza» (p. 8). Gli atti di soft-law consentono di inferire che i punti di crisi funzionavano quali centri chiusi, in assenza di disciplina legislativa che regolasse le modalità di privazione della libertà.

Nel commentare i singolari, e inediti, atti para-normativi qui richiamati la dottrina ha correttamente ritenuto che, in assenza di specifiche norme volte a disciplinare lo stato di privazione della libertà cui la persona è sottoposta a fini di identificazione, fossero destinate ad applicarsi le prescrizioni generali in materia di fermo e identificazione. Si tratta delle norme processuali di cui al codice di procedura penale o rinvenibili in *corpus* normativi settoriali: viene in rilievo l'ipotesi di fermo ai fini identificativi per chi rifiuti di fornire le proprie generalità, o renda generalità o esibisca documenti di cui vi sia motivo di ritenere la falsità (ex

Frontex ed Europol, al fine di acquisire informazioni utili per scopi investigativi e/o di intelligence; d) subito dopo la procedura di pre-identificazione, tutte le persone saranno foto-segnalate, come richiedenti asilo o come ingressi irregolari, a seconda di quanto dichiarato durante l'intervista condotta con i funzionari degli uffici immigrazione (punto b); e) successivamente all'espletamento delle attività di screening sanitario, pre-identificazione, di quelle investigative/intelligence, e sulla base dei relativi esiti, le persone che richiedono la protezione internazionale saranno trasferite nei vari regional hubs presenti sul territorio nazionale; le persone che rientrano nella procedura di ricollocazione saranno trasferite nei regional hubs dedicati; le persone in posizione irregolare e che non richiedono protezione internazionale saranno trasferite nei Centri di identificazione ed espulsione (CIE)». *Roadmap*, p. 14.

¹⁹⁵ La Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato ha messo in evidenza che tale distinzione avviene in un momento particolarmente delicato, e non è circondata da adeguate tutele per le persone interessate: «Questo passaggio fondamentale e necessario a una prima differenziazione tra le persone richiedenti asilo/potenziali ricollocabili e quelle in posizione irregolare – come scritto nella *Roadmap* del Ministero dell'interno – si svolge dunque quando i profughi, soccorsi in mare e appena sbarcati, sono spesso evidentemente ancora sotto shock a causa di un viaggio lungo e rischioso. Non si tratta poi di un colloquio vero e proprio, ma della semplice compilazione di un questionario che risulta formulato in maniera estremamente stringata e poco comprensibile». Senato della Repubblica, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione in Italia*, 2016. Molto critica, sul punto, anche la ONG Amnesty International, *Hotspot Italia: come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, 2016.

art. 11 del d.l. 21 marzo 1978, n. 59¹⁹⁶) e quella di prelievo delle impronte a fini di identificazione delle persone indagate o a conoscenza dei fatti di indagine (ex art. 349 c.p.p.). Trattandosi di operazioni che incidono sulla libertà personale del soggetto, si prevede che il trattenimento al fine dell'identificazione non possa mai protrarsi per un tempo superiore a 24 ore (ai sensi dell'art. 11) o 12 ore (ai sensi dell'art. 349 c.p.p., prorogabili di altre 12 nell'ipotesi di particolare complessità delle operazioni di identificazione)¹⁹⁷. In conformità alla normativa vigente, quindi, il periodo di privazione della libertà ai fini identificativi (anche quando si realizzi all'interno dei punti di crisi) non dovrebbe in ogni caso superare le 24 ore.

I rapporti di monitoraggio adottati da organismi nazionali ed internazionali, e quelli di denuncia della società civile mostrano che, nei fatti, i limiti temporali previsti dal diritto di rango primario non sono mai stati rispettati, pur prospettandosi situazioni in cui le persone non erano autorizzate a lasciare i centri, costantemente sorvegliati. Ad esempio, il Garante Nazionale per i diritti delle persone private della libertà acclarava che nel 2016 i tempi di permanenza medi dell'*hotspot* di Lampedusa erano di circa 8 giorni, ma che molto spesso i minori permanevano nel centro per periodi più estesi, pari a diverse settimane o un mese e non era loro concesso di uscire dalla struttura¹⁹⁸. La dimensione prasseologica restituisce una immagine degli *hotspot*, intesi nella loro dimensione fisica e spaziale, come di centri promiscui e camaleontici, la cui natura giuridica resta incerta «a metà tra i centri di prima accoglienza, dato il tipo di struttura emergenziale, e i centri di identificazione ed espulsione, in quanto luogo di trattenimento dei migranti»¹⁹⁹. Come rilevato dal Garante Nazionale, «si determina quindi per i cittadini stranieri che si trovano a transitare dagli *hotspot*, laddove non è permesso loro di allontanarsi dalla struttura, una prolungata privazione della libertà delle persone non sottoposta

¹⁹⁶ D.l. 21 marzo 1978, n. 59, conv. da l. 18 maggio 1978, n. 191 [Norme penali e processuali per la prevenzione e repressione di gravi reati].

¹⁹⁷ M. Leone, 2017, p. 18. L'autrice chiarisce altresì che il richiamo emerso dalle circolari della PA al termine massimo di 72 ore è ricavabile dalle disposizioni del Regolamento Eurodac (reg. 603/2013/UE) il cui art. 9(1) dispone che i rilevamenti delle impronte digitali devono essere trasmessi al sistema centrale Eurodac al più tardi entro 72 ore (dal momento della domanda di asilo). Tuttavia «siffatta norma non può essere la base legale e temporale certa per giustificare il trattenimento».

¹⁹⁸ Garante Nazionale, *Rapporto sulle visite nei centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia (2016/2017: primo anno di attività)*, 2017, p. 31. Si vedano anche i riscontri del Group of Expert on Action Against Trafficking in Human Beings (GRETA), *Report on Italy under Rule 7 of the Rules of Procedure for evaluating implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, 2017; e della Fundamental Rights Agency (FRA), *Opinion on Fundamental Rights in Hotspot*, 2016. Nello specifico, sulla situazione dei minori nell'*hotspot* di Taranto, è significativo che la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia chiesto chiarimenti al Governo italiano in merito al trattenimento di diversi minori: si veda CEDU, *Trawalli and others v. Italy*, ric. n. 47287/2017, comunicato l'11 gennaio 2018.

¹⁹⁹ B. Gornati, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 2, pp. 471-480, p. 477. Eloquenti sono i diversi posizionamenti dei funzionari pubblici auditi avanti la Commissione Parlamentare di inchiesta sull'accoglienza della XVII Legislatura: ad esempio, il prefetto di Agrigento riferiva che «sotto il profilo dell'assistenza, dei servizi di assistenza generica alla persona e dei servizi di carattere sanitario, nel passaggio da CPSA a hotspot non è cambiato nulla» (Commissione Parlamentare XVII Legislatura, *Audizione del prefetto di Agrigento, Nicola Diomede*, del 26.1.2016), mentre il Capo della polizia riconosceva in maniera contraddittoria che questo «non è un CIE, ma un centro di accoglienza, che in definitiva funziona anche da CIE» (Commissione Parlamentare XVII Legislatura, *Audizione del prefetto e Capo della polizia, Alessandro Pansa*, del 26.1.2016).

al vaglio dell’Autorità giudiziaria e senza possibilità di ricorso, che configura un limbo di tutela giuridica non ulteriormente procrastinabile»²⁰⁰.

Del resto, che anche nei luoghi deputati alla prima accoglienza possa verificarsi una privazione della libertà non è un dato inedito. Già nel 2013 la dottrina, nel classificare i luoghi della detenzione amministrativa, poneva in evidenza la natura ambigua dei centri destinati a svolgere una funzione di primo soccorso e assistenza delle persone intercettate nei pressi della frontiera, ivi collocate nelle more della determinazione della loro posizione giuridica e dell’individuazione di un diverso centro presso cui trasferirle (cd. ‘*pre-admittance detention*’)²⁰¹. Con specifico riguardo alla condizione dei richiedenti asilo, si è ritenuto che i «c.d. centri di accoglienza e detenzione amministrativa seguono normalmente una classificazione fondata non tanto sulla tipologia di centro o sull’autorità che lo gestisce quanto sulla funzione svolta nel quadro della politica migratoria»²⁰², con la conseguenza che i confini tra ‘accoglienza’ in centri aperti e ‘detenzione’ in centri chiusi è per lo più sfumata ed affidata alla momentanea convenienza amministrativa.

2.4.2 La detenzione «in ingresso» nel vuoto normativo: la condanna della CEDU in *Khlaifia*

Trattandosi di una forma di confinamento preliminare all’ingresso sul territorio e all’individuazione dello *status* giuridico del migrante, i luoghi deputati alla «detenzione in entrata»²⁰³ si collocano in aree di frontiera: il caso emblematico è quello delle zone di transito aeroportuali. In Italia, poi, centri con la stessa funzione sono sorti anche in prossimità dei porti di sbarco ove i migranti venivano trasferiti dopo il soccorso (i CDA, centri di accoglienza²⁰⁴, e poi CPSA, centri di primo soccorso e accoglienza²⁰⁵). Detti luoghi sono stati teatro di prassi di detenzione informale, realizzatesi per tempi variabili e al di fuori di un quadro normativo preciso, con conseguente sottrazione della misura a qualsiasi controllo giurisdizionale. Come anticipato nei capitoli precedenti, è dubbia l’applicabilità delle Direttive europee in materia di asilo e di rimpatrio a tali forme di detenzione, ad esempio quando se la persona non abbia ancora presentato o non intenda presentare domanda di protezione.

²⁰⁰ Garante Nazionale, *Rapporto sulle visite nei centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia (2016/2017: primo anno di attività)*, 2017, p. 6.

²⁰¹ G. Campesi, 2013, p. 204 e ss. Sulla tripartizione delle funzioni dei centri di detenzione amministrativa seguita da Campesi si veda anche E. Guild, *A Typology of Different Types of Centres for Third country Nationals in Europe*, Bruxelles, 2005.

²⁰² M. Consito, *Il quadro normativo: la condizione dello straniero fra protezione e controllo*, in G. Mantovani, *Donne ristrette*, 2018, pp. 505-526, p. 511.

²⁰³ Questa formulazione è stata utilizzata, di recente, da G. Fabini, 2022; e G. Fabini, V. Ferraris, A. Sbraccia, 2022.

²⁰⁴ Istituiti in riferimento alla regione Puglia con il d.l. n. 451 del 1995, conv. in l. n. 563/1995 (cd. legge Puglia).

²⁰⁵ La denominazione è stata modificata ad opera del decreto interministeriale 16 febbraio 2006, ma si fa riferimento agli stessi centri istituiti con la legge Puglia. Sempre i medesimi centri sono quelli cui fa riferimento il d. lgs. 142/2015 nel disciplinare l’accoglienza delle persone soccorse in mare: in particolare, l’art. 8, co 2 del decreto dispone che le persone giunte in Italia per via marittima fossero inizialmente accolte e identificate all’interno delle strutture disciplinate dalla d.l. 451/1995, convertito con l. 563/1995 (cd. Legge Puglia), e dunque presso centri di ‘primo soccorso e assistenza’ (CPSA). Le procedure di assistenza iniziale erano rivolte indistintamente a tutti gli stranieri sbarcati sulle coste, o soccorse nell’ambito di operazione SAR, senza alcuna distinzione basata sullo status giuridico della persona.

Il limbo giuridico che caratterizza la *pre-admittance detention* non fa venir meno, tuttavia, l'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali delle persone ivi trattenute. Proprio con riferimento alla contrarietà del confinamento dei migranti in un centro di prima accoglienza con il diritto alla libertà personale, l'Italia ha subito una dura reprimenda da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2016²⁰⁶.

Nell'ormai nota sentenza *Khlaifia*, emessa dalla Grande Camera della CEDU (in parziale riforma della precedente sentenza della seconda sezione della Corte del settembre 2015²⁰⁷) è stata rinvenuta una violazione dell'art. 5 (1) (2) e (4) CEDU in ragione dell'arbitraria privazione della libertà cui i ricorrenti sono stati sottoposti, e dell'assenza di rimedi effettivi. Il caso riguardava tre migranti tunisini sbarcati in Italia a seguito della primavera araba e collocati prima presso il CPSA di Lampedusa e poi su navi militari ormeggiate nel porto di Palermo, per un totale di circa dieci giorni di confinamento, prima del loro rimpatrio verso la Tunisia.

Limitando l'attenzione ai profili riguardanti la privazione della libertà, si può osservare che la Grande Camera – al pari della Camera nel 2015 – ha richiamato la propria costante giurisprudenza in merito ai criteri applicabili per l'individuazione di una ipotesi di privazione della libertà: ciò che conta è la valutazione della situazione in concreto, indipendentemente dalla qualificazione operata dal diritto interno, e dal fatto che il centro ove le persone sono collocate possa avere funzioni di soccorso e assistenza²⁰⁸. Tenendo a mente i fattori tradizionalmente impiegati per valutare la sussistenza di una coercizione assoluta nei confronti della persona (il tipo di misura, i suoi effetti, la durata, e la modalità di attuazione in concreto)²⁰⁹, la Corte ha attribuito rilievo alla impossibilità per i ricorrenti di lasciare il centro a causa della sorveglianza permanente cui era sottoposto, e al materiale isolamento delle navi su cui erano trasferiti, che rendeva impossibile discenderne²¹⁰. La durata relativamente breve della detenzione, invece, non ha rappresentato un elemento ostativo al riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU.

Alla qualificazione delle misure imposte ai ricorrenti alla stregua di una vera e propria detenzione ha fatto immediato seguito la considerazione circa l'assenza di basi legali nell'ordinamento interno, e l'assenza di qualsivoglia procedimentalizzazione legale nell'applicazione delle restrizioni. Non soltanto la privazione della libertà nel CPSA non era normata, ma i ricorrenti non avevano nemmeno ricevuto alcun provvedimento che recasse

²⁰⁶ CEDU [GC], *Khlaifia and others*.

²⁰⁷ CEDU, sentenza dell'1.9.2015, *Khlaifia and others v. Italy*, n. 16483/12. La seconda sezione della Corte aveva anche rinvenuto una violazione degli art. 3 CEDU (quanto alle condizioni di trattenimento) e dell'art. 4, Protocollo 4, in ragione del respingimento collettivo dei migranti. Per un commento relativo a tali profili, M. Savino, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: la sentenza Khlaifia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2015, 3-4, pp. 50-71. A. Giliberto, *La Corte EDU condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16.10.2015.

²⁰⁸ «The Court finds that the classification of the applicants' confinement in domestic law cannot alter the nature of the constraining measures imposed on them (see, mutatis mutandis, Abdolkhani and Karimnia, cited above, §§ 126-27). Moreover, the applicability of Article 5 of the Convention cannot be excluded by the fact, relied on by the Government, that the authorities' aim had been to assist the applicants and ensure their safety (see paragraphs 58-59 above). Even measures intended for protection or taken in the interest of the person concerned may be regarded as a deprivation of liberty». CEDU [GC], *Khlaifia and others*, par. 71.

²⁰⁹ Come anticipato, tuttavia, di recente la Corte ha in parte rivisitato la griglia di criteri da seguire per operare tale giudizio. Cap. II, par. 3.1.

²¹⁰ CEDU [GC], *Khlaifia and others*, par. 65-70.

indicazioni circa i motivi del trattenimento, i mezzi di ricorso o altre informazioni sulla loro situazione in una lingua comprensibile; al contempo, non erano stati messi nelle condizioni di chiedere l'intervento dell'autorità giudiziaria a tutela del proprio diritto alla libertà personale, non esistendo nell'ordinamento un rimedio generale di *habeas corpus*.

Infine, la Corte ha rinvenuto una violazione del diritto ad un rimedio effettivo in relazione alle critiche condizioni di detenzione all'interno del CPSA (art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 CEDU). A differenza di quanto statuito dalla Camera nel 2015, la Grande Camera ha in via preliminare escluso che il trattamento poco dignitoso ricevuto dai migranti avesse raggiunto la soglia minima di gravità che consentiva di qualificarlo come inumano e degradante²¹¹. Tuttavia, ha riconosciuto che i ricorrenti non si erano potuti in alcun modo rivolgere ad un giudice per lamentare le condizioni di trattenimento cui erano stati sottoposti: ciò ha comportato la violazione dell'art. 13, in relazione all'art. 3 CEDU.

La sentenza della Corte EDU è stata la prima pronuncia relativa al regime di trattenimento *de facto* cui sono sottoposti i migranti in frontiera e, di conseguenza, ha necessariamente rappresentato un solido punto di riferimento per valutare la legittimità delle prassi attuate all'interno degli *hotspot*. Benché i fatti di causa fossero risalenti ad un periodo antecedente all'attuazione dell'approccio introdotto con l'Agenda europea, i punti di contatto tra il collocamento dei cittadini tunisini nel CPSA di Lampedusa nel 2011 e il confinamento dei migranti nello stesso centro, trasformato in *hotspot* dal 2015, sono numerosi: la dottrina ha sostenuto a più riprese che, avuto riguardo alle conclusioni della sentenza *Khlaifia*, negli *hotspot* si consumasse una illegittima privazione della libertà personale degli stranieri soccorsi²¹². Lo stesso Governo italiano si è mostrato consapevole della necessità di correre ai ripari di fronte all'assenza di base legale che caratterizzava la permanenza nei punti di crisi, e, nell'ambito della procedura di supervisione dell'esecuzione della sentenza *Khlaifia*²¹³, ha presentato gli interventi legislativi italiani intervenuti tra il 2017 e il 2020 come funzionali a sopperire alle carenze rilevate dalla Corte. Occorre pertanto esaminare le modifiche apportate dal d.l. 13/2017, dal d.l. 113/2018 e relative leggi di conversione alla disciplina dei punti di crisi e ai poteri che possono essere esercitati delle autorità amministrative in tali luoghi, per valutare se il nuovo assetto normativo possa dirsi sufficiente a tutelare in modo adeguato la privazione della libertà «in ingresso».

²¹¹ Si rimanda alle considerazioni operate nel cap. II, par. 3.4.

²¹² M. Benvenuti, 2018; R. Palladino, 2018; D. Loprieno, *Il trattenimento dello straniero alla luce della L. 132 del 2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, 1; F. Cancellaro, *Dagli hotspot ai 'porti chiusi': quali rimedi per la libertà 'sequestrata' alla frontiera?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2020, 3, pp. 428-443; A. Massimi e F. Ferri, *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extra legale continua*, in *Questione Giustizia*, 12.6.2019.

²¹³ Il processo di supervisione della esecuzione della sentenza è durato diversi anni, durante i quali il Comitato dei Ministri ha più volte richiamato l'Italia all'adempimento dei suoi doveri, in particolar modo rispetto al tema del controllo giudiziario sulla legittimità della detenzione e sulle condizioni di vita all'interno degli *hotspot*. La procedura di supervisione si è chiusa il 21 dicembre 2021, con una decisione giudicata quantomeno intempestiva da parte di alcuna dottrina e delle organizzazioni della società civile. Si vedano ASGI, *Trattenimento in hotspot: c'era un giudice a Strasburgo*, 28.1.2022; G. Mentasti, *Si chiude la procedura di monitoraggio della sentenza Khlaifia c. Italia ma permangono criticità sul trattenimento dei migranti negli hotspot*, in *ADiM Blog, Analisi e Opinioni*, Giugno 2022.

2.4.3 La copertura normativa all'approccio hotspot: una fuga dalla realtà

Nel 2017, a pochi mesi dalla sentenza della Corte europea, e ad oltre un anno di distanza dalle sollecitazioni della Commissione europea nel senso di sopperire alla lacunosità della normativa interna in materia di procedure condotte in *hotspot*, l'istituto trovava una prima collocazione nel nuovo art. 10 *ter* d. lgs. 286/98. La norma stabilisce che lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera o giunto sul territorio a seguito di salvataggio in mare «è condotto per le esigenze di soccorso e prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al d.l. 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'art. 9 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142», ove vengono «effettuate le operazioni di foto-segnalamento dattiloscopico e segnaletico [...] ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito». L'articolo in esame cristallizza le funzioni degli *hotspot*, che combinano necessità emerse in una fase emergenziale (il sostegno all'Italia in un momento di incremento significativo degli arrivi) ad altre da lungo tempo presenti nelle politiche migratorie europee (la riduzione dei movimenti secondari).

Le operazioni condotte in *hotspot* sono così catalogabili: i) predisposizione di una prima assistenza sanitaria (che fino a quel momento veniva svolta all'interno dei centri di cui all'art. 9 d. lgs. 142/2015); ii) l'identificazione e il foto-segnalamento; iii) attribuzione dello *status* e l'incanalamento verso una delle tre procedure possibili: asilo, ricollocamento e rimpatrio. È precisamente su tale scansione che si basano le più recenti proposte confluite nel Regolamento cd. *Screening*, presentato dalla Commissione nel 2020 (cfr. cap. III, par. 5). La norma rimane invece ermetica (e così il nuovo Regolamento) circa gli aspetti maggiormente delicati e sensibili del funzionamento degli *hotspot*²¹⁴: la configurabilità delle strutture quali centri chiusi; le garanzie procedurali disponibili per i migranti eventualmente trattenuti, o per lamentare le condizioni di vita all'interno dei luoghi; i rimedi avverso l'erronea identificazione della loro condizione giuridica (e quindi della distinzione, eventualmente arbitraria, tra richiedenti asilo e migranti irregolari). Come da più parti rilevato, il riferimento operato dall'art. 10 *ter* ai locali istituiti dalle normative del 1995 e del 2015 si configura come un «rinvio vuoto»²¹⁵, poiché le disposizioni richiamate non disciplinano né la natura, né l'organizzazione dei centri. Pertanto, la norma di nuovo conio appare inidonea a fornire una base legale per il trattenimento, e, dunque, a soddisfare la riserva di legge imposta dagli artt. 10 co 2, e 13 co 2 Cost. in materia di condizione giuridica dello straniero e di libertà personale²¹⁶.

Il quadro normativo è, poi, ulteriormente complicato dal fatto che lo stesso articolo contempla la possibilità di ricorrere al trattenimento soltanto nel caso in cui lo straniero rifiuti

²¹⁴ Per Leone, «Il legislatore, che aveva la possibilità di intervenire con norma primaria a definire l'equilibrio tra la necessità degli Stati di far fronte all'emergenza degli arrivi dei migranti e il rispetto dei diritti, si mostra insicuro nel disegnare la tutela del migrante all'interno degli *hotspot*, che però, si è detto, deve costituire l'architettura dell'intero mosaico». C. Leone, 2017, p. 23.

²¹⁵ D. Loprieno, 2019, p. 30.

²¹⁶ L. Scomparin, 2017.

di sottoporsi alle operazioni di foto-segnalamento²¹⁷, precisando inoltre che i luoghi deputati all'esecuzione della misura detentiva sono i centri di cui all'art. 14 d. lgs. 286/98. Apparentemente, cioè, nelle intenzioni del legislatore il migrante non dovrebbe essere privato della libertà all'interno degli *hotspot* ma soltanto nei CPR, quasi che si possa determinare la natura della limitazione della libertà *a priori*, sulla base del luogo in cui la persona si trovi: approccio che non tiene conto del doveroso «esame delle circostanze concrete» prescritto dalla Corte europea in *Khlaifia* e nella sua costante giurisprudenza.

Il tentativo del legislatore del 2017 di prescrivere che la detenzione debba avvenire solo nei CPR, poi, non ha dissuaso l'amministrazione e le autorità di polizia dal mantenere in vigore prassi fondate sulla sorveglianza dei centri e sul confinamento dei migranti al loro interno, a seconda delle cangianti esigenze del momento: nella Relazione al Parlamento del Garante Nazionale si legge che «senza una loro chiara definizione normativa e considerate l'estrema varietà di attività che si svolgono al loro interno e l'eterogeneità di vocazioni e compiti dei vari attori, gli *hotspot* rischiano di generare zone d'ombra divenendo di volta in volta strutture aperte o chiuse a seconda delle esigenze dell'Autorità di pubblica sicurezza e delle procedure messe in atto»²¹⁸. Anche il Comitato per la prevenzione della tortura, a seguito della visita in Italia nel giugno 2017, ha chiarito che il trattenimento negli *hotspot* continua(va) ad essere privo di base legale e ha invitato il Governo a definire le circostanze in cui la persona straniera può essere privata della sua libertà²¹⁹.

In questo contesto si colloca l'approvazione del d.l. 113/2018, conv. con l. 132/2018, che, come visto, ha sancito la possibilità di ricorrere al trattenimento del richiedente asilo a fini identificativi all'interno di «appositi locali» siti nei punti di crisi, squarciando il velo di ipocrisia che fino a quel momento aveva avvolto l'*hotspot*²²⁰. Di conseguenza, i centri «assumono una duplice natura: da un lato, possono essere centri chiusi per i richiedenti asilo; dall'altro restano (almeno formalmente) centri aperti per tutti i migranti che invece non hanno richiesto la protezione internazionale»²²¹. L'intervento legislativo, in altre parole, non interviene in modo compiuto e sistemico sulla disciplina dei centri: ad esempio, non viene precisato quali siano le caratteristiche degli «appositi locali» in cui operare il trattenimento, né se i richiedenti asilo debbano/possano essere tenuti separati dagli altri migranti (come prescritto dalla dir. 2013/33/UE). Ancora, la norma non introduce dettagliate garanzie procedurali che dovrebbero approntare un rimedio giurisdizionale di fronte all'applicazione della misura detentiva e alle condizioni di vita. In proposito il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, pur avendo riconosciuto l'esistenza di una base legale per il trattenimento in *hotspot*, chiedeva ulteriori chiarimenti sull'esistenza di un effettivo rimedio contro la privazione della libertà e in

²¹⁷ D. Loprieno, 2019, p. 31.

²¹⁸ Garante Nazionale, Relazione al Parlamento 2018, p. 232. Nel 2017 gli *hotspot* attivi erano quattro: Messina, Trapani, Pozzallo e Lampedusa. Quest'ultimo rimane chiuso diversi mesi nel 2018 in ragione della necessità di ristrutturare alcuni locali danneggiati.

²¹⁹ CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 13 June 2017*, 2017, p. 8.

²²⁰ L. Masera, 2019, p. 30.

²²¹ F. Cancellaro, 2020, p. 432.

merito alla possibilità di detenere i migranti che non avevano – o sino al momento in cui non avessero – presentato domanda di protezione²²².

La mera esistenza di una minima copertura legale alla detenzione dei richiedenti asilo, peraltro basata su presupposti eccessivamente generici e potenzialmente in contrasto con il principio di tassatività, non può dirsi sufficiente a scongiurare il rischio di trattenimenti arbitrari. In concreto, infatti, è necessario che la condizione individuale dei migranti trattenuti sia disciplinata da un provvedimento scritto e motivato adottato dall'autorità amministrativa e convalidato da quella giudiziaria. Ciò non è, di fatto, mai avvenuto: le attività di monitoraggio delle mutevoli prassi realizzate nell'*hotspot* di Lampedusa hanno consentito di appurare che la novella legislativa del 2018 è rimasta inattuata, mentre i trattenimenti *de facto* (sia dei richiedenti asilo, che migranti irregolari) non hanno subito alcun arresto²²³.

Le prassi hanno riguardato, in particolare, due contesti temporali differenti; da un lato, in tutti gli *hotspot* monitorati (Lampedusa, Messina, Taranto e, inizialmente Trapani), la detenzione ha riguardato la fase antecedente all'identificazione conformemente a quanto previsto (ma non *prescritto*) dalle SOP; dall'altro, la detenzione successiva al fotosegnalamento ha seguito dinamiche differenti a seconda dei diversi centri considerati: quantomeno con riferimento a quello di Lampedusa, si sono registrati trattenimenti di richiedenti asilo e migranti irregolari senza alcuna base legale anche dopo l'identificazione dei soggetti²²⁴. Sembra potersi concludere, con autorevole dottrina, che nonostante il susseguirsi 'bulimico' della normativa in materia, gli *hotspot* rimangono un «coacervo indistinto in cui si contiene l'eccedenza migrante»²²⁵.

A ciò si aggiunga che, ad oggi, non è stato introdotto alcuno strumento giurisdizionale volto a tutelare il migrante trattenuto (o anche semplicemente ospitato) in *hotspot* di fronte a condizioni di vita qualificabili come inumane o degradanti o in contrasto con diritti fondamentali quali quello alla salute e all'unità familiare, aspetti questi su cui il Comitato dei Ministri si era mostrato particolarmente sensibile. L'unico intervento normativo ascrivibile alla sfera dei rimedi contro le gravose condizioni detentive è il reclamo all'autorità garante configurato dal d.l. 130/2020, conv. con l. 172/2020. Tuttavia, il rimedio si riferisce *formalmente* solo a quanto accade all'interno dei centri di cui all'art. 14 d. lgs. 286/98 e, in ogni caso, non può ritenersi pienamente efficace alla luce dell'impossibilità di ottenere l'ottemperanza dell'amministrazione in caso di riconoscimento della violazione di un diritto fondamentale.

²²² Consiglio dei Ministri, *1340th Meeting, 12-14 March 2019 (DH)*, CM/Del/Dec(2019)1340/H46-9.

²²³ ASGI, Progetto In Limine, *Il trattenimento dei richiedenti asilo negli hotspot tra previsioni normative e detenzione arbitraria*, settembre 2019. ASGI, nell'ambito del progetto In Limine, ha inviato una serie di accessi agli atti al Ministero dell'Interno e alle Prefetture dei luoghi in cui insistono i centri *hotspot* che, secondo quanto previsto dalla Circolare ministeriale del 27 dicembre 2018²²³, sono competenti a individuare i locali nei quali eseguire il trattenimento dei richiedenti protezione. Dalle risposte ottenute sembrerebbe non solo che il trattenimento dei richiedenti asilo secondo quanto previsto dalla l. 132/2018 non sia mai stato attuato, ma che alcuna Prefettura abbia, ad oggi, individuato i locali ove eseguire il trattenimento. Tali conclusioni sono state confermate nel rapporto a cura di ASGI, *Ombre in frontiera. Politiche informali di detenzione e selezione dei cittadini stranieri*, marzo 2020.

²²⁴ A. Massimi, F. Ferri, *Il trattenimento dei cittadini stranieri alla luce della l. 132/2018: mutamenti nel paesaggio giuridico e persistenza delle violazioni*, in G. Santoro, 2018, pp. 73-81.

²²⁵ D. Loprieno, 2019, p. 31.

Invece, con la decisione di chiudere la procedura di esecuzione della sentenza *Khlaifia*, il Comitato dei Ministri ha sorprendentemente mostrato di ritenere adeguati i rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento: lungi dall'essere riconducibili a recenti e specifici interventi normativi in tema di detenzione amministrativa, i due rimedi cui ha fatto riferimento il Comitato costituiscono previsioni di carattere generale in materia di tutela cautelare (ricorso ex art. 700 c.p.c.²²⁶) e di risarcimento del danno (ex art. 2043 c.c.²²⁷) e sono presenti nel nostro ordinamento sin da prima della pronuncia *Khlaifia*. Il primo è una procedura di urgenza a carattere generale, esperibile a tutela di qualsiasi posizione giuridica soggettiva che, nel tempo richiesto per far valere la pretesa in via ordinaria, possa subire un pregiudizio irreparabile. Si tratta, in sostanza, di un rimedio atipico, norma di chiusura volta a conferire organicità al sistema di protezione dei diritti. Si dubita fortemente che, a fronte di queste caratteristiche, lo strumento possa dirsi idoneo ed effettivo per i migranti trattenuti in *hotspot*: in primo luogo per ragioni sistemiche, posto che l'autorità giudiziaria chiamata a decidere sul ricorso ex art. 700 c.p.c. gode di ampia discrezionalità in sede di decisione sulla sua ammissibilità e potrebbe, di volta in volta, rifiutarsi di esaminarlo. In secondo luogo, poiché proprio la natura di rimedio atipico, ma estremamente diffuso nella prassi, comporta di fatto tempi di trattazione – variabili tra alcune settimane e diversi mesi – che mal si conciliano con l'esigenza di intervenire su una violazione *in fieri* del diritto alla libertà personale. Quanto al secondo rimedio, la Corte EDU si è già espressa sui limiti in termini di effettività delle richieste risarcitorie (si veda il caso *Richmond Yaw and others v. Italy*, cap. II, par. 3.5). Inoltre, non è indifferente notare che l'onere della prova del fatto illecito grava sull'attore, e cioè sul migrante *de facto* trattenuto, per il quale potrebbe essere particolarmente oneroso e difficile operare una ricostruzione dettagliata dei fatti e provare le circostanze – evanescenti – in cui è stato privato della libertà.

Pare, pertanto, quantomeno controverso che i due rimedi cui ha fatto riferimento il Comitato siano qualificabili come adeguati ed effettivi, in base alla costante giurisprudenza della stessa Corte EDU²²⁸. Come opportunamente osservato, poi, proprio il mancato ricorso a detti strumenti da parte dei migranti trattenuti in *hotspot* negli ultimi sette anni ne rileva le criticità e smaschera uno dei punti dolenti dell'ordinamento²²⁹: l'assenza di un rimedio generale e

²²⁶ Ai sensi della norma, «chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito».

²²⁷ In base al quale «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». Si tratta, anche in questo caso, di una norma generalista, idonea a fornire una tutela al di fuori dai casi in cui l'ordinamento preveda la risarcibilità di un fatto illecito. In ogni caso, trattandosi di rimedio ex post, non può certamente ritenersi effettivo rispetto ad un pregiudizio in essere, nemmeno quando il diritto in questione sia dotato di massima copertura costituzionale.

²²⁸ In linea generale perché un ricorso possa essere effettivo deve: essere accessibile; presentare minime garanzie di prontezza; essere "effettivo" sia in teoria che in pratica e presentare ragionevoli prospettive di successo (CEDU, sentenza 11 giugno 2009, *Petkov and others v. Bulgaria*, ric. nn. 77568/01, 178/02 e 505/02; CEDU, sentenza 20 gennaio 2011, *Payet v. France*, ric. n. 19606/08; CEDU, sentenza 28 novembre 1997, *Mentes and others v. Turkey*, ric. n. 23186/94).

²²⁹ Si noti che non si è registrato alcun intervento giurisprudenziale attinente alla legittimità del trattenimento o alle condizioni di vita nei centri dall'introduzione del sistema *hotspot*. Peraltro, anche con riferimento al trattenimento nei CPR il rimedio cautelare ex art. 700 c.p.c. è stato testato una volta soltanto, in merito al diritto alla comunicazione telefonica. Sebbene il rimedio proposto sia stato qualificato come adeguato e ammissibile dal Tribunale interessato, i lunghi tempi di trattazione (anche) dei ricorsi esperiti in via cautelare e la necessità di

tempestivo di *habeas corpus* a tutela dei casi in cui la detenzione non è puntualmente normata, come richiesto dalla riserva di legge di cui all'art. 13 co 2 Cost.²³⁰.

2.4.4 La Corte EDU si pronuncia sulla violazione della libertà personale in hotspot

La insopportabile 'divaricazione' tra norma e prassi nell'ambito dell'approccio *hotspot* è però stata oggetto di un recente intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, tornata a pronunciarsi sulla compatibilità della cd. *pre-admittance detention* con l'art. 5 CEDU²³¹. Il ricorso è stato proposto da quattro cittadini tunisini, detenuti per dieci giorni nell'*hotspot* di Lampedusa tra il 16 e il 26 novembre 2017, in condizioni che venivano lamentate come inumane e degradanti. Durante il periodo di permanenza in *hotspot*, nessuno degli interessati aveva alcun contatto con le autorità. Soltanto in data 26 novembre erano poi prelevati dalle autorità di pubblica sicurezza, trasferiti all'aeroporto di Lampedusa, e di lì a Palermo, dove ricevevano un provvedimento di espulsione e comparivano davanti ad un console tunisino che ne attestava la nazionalità. Lo stesso giorno erano rimpatriati in Tunisia. La vicenda dei ricorrenti, lungi dall'essere un caso isolato, è emblematica di quanto avveniva nell'*hotspot* di Lampedusa nel 2017 e dei tempi di permanenza nei locali fatiscenti del centro, che potevano arrivare anche a 10 giorni o alcune settimane.

La prima sezione della Corte EDU, con sentenza resa il 30 marzo 2023, ha rinvenuto con riferimento a questa vicenda una violazione degli artt. 3, 5 e 13 CEDU e dell'art. 4 Protocollo 4. Prendendo in esame i profili attinenti al diritto alla libertà personale, la decisione appare di interesse sotto plurimi punti di vista. In primo luogo, occorre esaminare la tesi promossa dal Governo, in base alla quale i ricorrenti non avevano esaurito i rimedi interni: essi avrebbero dovuto chiedere un'autorizzazione all'uscita dal centro al Prefetto competente ex art. 10 co 2 d. lgs. 142/2015; in alternativa, le autorità avevano paventato l'utilizzo del rimedio ex art. 700 c.p.c. Inoltre, il Governo ha dimostrato di voler qualificare gli *hotspot* quali centri aperti, equiparati ai centri di accoglienza per richiedenti asilo di cui agli artt. 8, 9, 10 d. lgs. 142/2015. Si esclude categoricamente che i locali possano essere considerati come spazi detentivi (nonostante la loro successiva qualificazione come tali ad opera del d.l. 113/2018, non applicabile però *rationae temporis* al caso in esame).

La Corte EDU rifiuta gli argomenti prospettati dallo Stato italiano rilevando che i ricorrenti, nel caso di specie, non erano richiedenti asilo: né l'art. 6 (trattenimento) né gli art. 8-9 (accoglienza) d. lgs. 142/2015 potevano perciò essere invocati. Inoltre, ai cittadini tunisini non potevano nemmeno applicarsi le norme volte a disciplinare il trattenimento finalizzato all'espulsione dal momento che tra il 16 e il 26 ottobre 2017 (giorno del trasferimento da Lampedusa a Palermo e dell'adozione dei provvedimenti di respingimento differito), il rimpatrio non era ancora stato deciso. Per la Corte si è pertanto di fronte ad una ipotesi di *pre-*

mostrare tanto il *fumus boni iuris* quanto il *periculum in mora* lasciano spazio a dubbi circa la tempestività ed effettività del rimedio. Dal resto, non si ha conoscenza di altra giurisprudenza relativa all'accertamento di violazioni con riguardo alle condizioni detentive nemmeno nei CPR. Sul punto, G. Mentasti, 2022.

²³⁰ F. Cancellaro, 2020.

²³¹ CEDU, sentenza del 30 marzo 2023, *J.A. and others v. Italy*, n. 21392/18.

admittance detention, coperta dall'art. 5, lett. f) primo periodo, poiché preliminare ad una decisione sullo *status* del migrante e quindi sulla sua autorizzazione al soggiorno sul territorio²³².

Quanto alla legittimità della detenzione, viene acclarato che non esiste alcuna base legale che ammetta la possibilità di trattenere i migranti prima della loro identificazione, né la normativa menzionata dal Governo contiene alcuna previsione sostanziale o procedurale sul punto: «the Government have not shown that the Italian regulatory framework, including EU rules that may be applicable, provides clear instructions concerning the detention of migrants in these facilities»²³³. La Corte poi ha attribuito particolare rilevanza, ai fini della prova della detenzione *de facto*, ai rapporti delle autorità indipendenti nazionali e internazionali: sono risultate cruciali le relazioni del Garante Nazionale, il quale a partire dal 2016 ha avviato una azione di puntuale monitoraggio dei luoghi della detenzione amministrativa. Infine, tra gli elementi che, complessivamente considerati, hanno indotto i giudici a riconoscere una privazione arbitraria della libertà dei migranti è stata menzionata anche l'assenza di precisi limiti temporali alla permanenza nel centro, e al fatto che le condizioni materiali dell'*hotspot* fossero da considerarsi, nel 2018, inumane e degradanti.

Rileva poi la Corte che «in respect of the lack of a clear and accessible legal basis for detention, it fails to see how the authorities could have informed the applicants of the legal reasons for their deprivation of liberty or have provided them with sufficient information or enabled them to challenge the grounds for their *de facto* detention before a court»²³⁴. In sostanza i giudici hanno censurato il perdurante difetto, pur a fronte del proliferare di atti di *soft-law* volti a disciplinare il funzionamento degli *hotspot* e dell'intervento normativo del 2017, di norme chiare ed accessibili in merito ai presupposti sostanziali e procedurali che legittimano la detenzione all'interno dei punti di crisi. Pare potersi inferire che, in assenza di un compiuto intervento del legislatore che tenga conto anche della fase di *pre-admittance detention*, e tenuto conto delle prove fornite dagli organismi di monitoraggio indipendente, il confinamento in *hotspot* continuerà a qualificarsi come detenzione *de facto* e pertanto a rappresentare una violazione dell'art. 5 CEDU.

Un secondo profilo di sicuro interesse della decisione in esame è quello attinente al riconoscimento della violazione dell'art. 3 CEDU per le condizioni di vita nel centro. La Corte ha fatto rivivere il proprio orientamento circa la natura assoluta del diritto in esame, ribadendo che «the difficulties deriving from the increased inflow of migrants and asylum-seekers, in particular for States which form the external borders of the European Union, does not exonerate member States of the Council of Europe from their obligations under this provision»²³⁵. I giudici, adottando una motivazione invero piuttosto stringata, si sono richiamati anche in questa sede riferimento a numerosi rapporti (del Garante Nazionale, del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, e del Comitato delle Nazioni Unite per la tortura) in cui si attestano le condizioni critiche dell'*hotspot* nel 2017, in termini

²³² CEDU, *J.A. and others*, par. 83-84.

²³³ CEDU, *J.A. and others*, par. 90.

²³⁴ CEDU, *J.A. and others*, par. 98.

²³⁵ CEDU, *J.A. and others*, par. 65.

di inadeguatezza delle strutture, livelli di igiene insufficienti, assenza di letti e di bagni. La Corte non si dilunga sul raggiungimento o meno di un livello minimo di gravità, né ha ritenuto opportuno operare una distinzione basata sulla condizione di vulnerabilità o meno dei ricorrenti, circostanza che aveva assunto un peso rilevante nella sentenza *Khlaifia*. Nel presente caso le oggettive condizioni critiche dell'*hotspot* sono risultate sufficienti per concludere nel senso di una violazione dell'art. 3 CEDU, indipendentemente dal fatto che i ricorrenti fossero o meno soggetti particolarmente vulnerabili per caratteristiche oggettive o soggettive (sul punto, si rimanda alle considerazioni di cui al cap. II, par. 3.4).

Le relazioni del Garante nazionale, che ricopre il ruolo di meccanismo nazionale di prevenzione (NPM)²³⁶, sono state determinanti ai fini della ricostruzione della situazione fattuale e della prova delle violazioni anche con riferimento alla violazione dell'art 3 CEDU. La sensibilità dell'autorità di garanzia rispetto alle multiformi devianze della detenzione amministrativa può essere considerata come una delle novità più significative degli ultimi anni in un sistema che difetta di rimedi effettivi contro la privazione della libertà personale, soprattutto nelle zone di frontiera. Al netto della funzione, per l'appunto, preventiva e, dunque inadeguata di fronte alla necessità di esperire un rimedio individuale di *habeas corpus*, resta ferma la sua importanza al fine di monitorare con sguardo attento e imparziale i luoghi di privazione della libertà: la sua autorevolezza è stata implicitamente riconosciuta anche dalla Corte europea nella sentenza in commento.

2.4.5 L'attualità della sentenza J.A. and others di fronte alle recenti metamorfosi del dispositivo hotspot

La decisione sul confinamento in *hotspot*, benché riferita a fatti occorsi nel 2017, svela le perduranti incoerenze di un regime a tutti gli effetti detentivo. Le criticità riscontrate dalla Corte EDU non sono state risolte negli ultimi cinque anni: dal punto di vista delle condizioni di vita, è ormai acclarato che le carenze strutturali del centro di Lampedusa si protraggono da decenni (si potrebbe sostenere sin dal 2011). Pur a fronte di una ristrutturazione dei locali nel 2018, ad oggi le condizioni materiali paiono ancora inferiori al livello minimo di dignità, anche in ragione del periodico sovraffollamento del centro²³⁷.

Altrettanto attuale è la questione dell'assenza di base legale per la detenzione in *hotspot* quanto meno nella fase di «pre-ingresso», da intendersi come momento preliminare all'identificazione dello *status* della persona. Il Governo ha mostrato di voler a tutti i costi

²³⁶ Il ruolo di *national preventive mechanism* configurato dal Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti (OPCAT) del 2002 è stato essenzialmente ricoperto dal Garante Nazionale a partire dalla sua istituzione. Nel 2020 la sua funzione viene codificata per via legislativa, tramite l'aggiunta del comma 1-bis all'art. 7 d. l. 146/2013, convertito con l. 10/2014, in base al quale «Il Garante nazionale opera quale meccanismo nazionale di prevenzione ai sensi dell'articolo 3 del Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti». Inoltre, il Garante Nazionale «può delegare i garanti territoriali per l'esercizio delle proprie funzioni relativamente alle strutture sanitarie, sociosanitarie e assistenziali, nonché alle strutture di cui alla lettera e) del comma 5, quando particolari circostanze le richiedano». Sul meccanismo di delega e, più in generale, sulla collaborazione tra autorità di garanzie in un sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali, E. Celoria, C. De Robertis, 2021.

²³⁷ ASGI, Progetto In Limine, *Report sulla visita al centro hotspot di Lampedusa*, Agosto 2022.

qualificare i centri come strutture aperte, ma gli organismi indipendenti hanno a più riprese riconosciuto che l'*hotspot* di Lampedusa si qualifica come una struttura circondata da recinzioni, costantemente sorvegliata e presidiata, e da cui si potrebbe uscire – come implicitamente ammesso dalle autorità statali in *J.A. and others* – solo previa apposita autorizzazione: ciò ne conferma la natura di centro chiuso.

A distanza di otto anni dall'attuazione dell'approccio *hotspot* in Italia, pare potersi concludere che il dispositivo messo in campo per reagire all'aumento significativo del numero di migranti soccorsi nel 2015 si è trasformato in un ambiguo sistema di confinamento, la cui perdurante incompatibilità con il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti coinvolti – primo tra tutti quello alla libertà personale – ha assunto un carattere sistemico. Nonostante i maldestri tentativi di disciplinarli, pare che Governo e Parlamento non intendano riconoscerne la natura di centri chiusi, né vogliano, al contempo, rinunciare al ricorso ad uno strumento funzionale *in primis* all'identificazione e selezione dei migranti, in ossequio alle richieste provenienti dalle istituzioni europee.

La dottrina ha osservato che l'utilizzo del trattenimento in ingresso non è nuovo nella storia italiana, tanto che, come si è visto analizzando la sentenza *Khlaifia*, già i centri di prima accoglienza erano stati utilizzati quali spazi di contenimento. A partire dal 2015, tuttavia, è «diventata evidente [...] la dimensione quantitativa di tale tipo di detenzione rispetto alla detenzione in uscita»²³⁸: i dati contenuti nella Relazione al Parlamento 2022 del Garante Nazionale rivelano che nel 2016 i migranti transitati dagli *hotspot* sono stati 65.295 nel 2016, 40.534 nel 2017, 13.777 nel 2018, 7.757 nel 2019, 24.884 nel 2020 e 44.242 nel 2021, secondo un andamento che ha largamente coinciso con quello dell'arrivo dei migranti via mare²³⁹. I tempi di permanenza nei diversi centri (si fa qui riferimento a Lampedusa, Taranto, Trapani e Pozzallo; nel 2017 veniva aperto anche l'*hotspot* di Messina, mentre a partire dal 2018 quello di Trapani Milo si trasformava ufficialmente in CPR, pur continuando a svolgere informalmente entrambe le funzioni) hanno subito significative variazioni in base al periodo temporale considerato e a seconda del centro. Ad esempio, nel 2019 si andava da 5 giorni di permanenza media nell'*hotspot* di Lampedusa ai 2 di Taranto e Pozzallo, e ai 42 di Messina. Nel 2021, la permanenza media era pari a 7 giorni a Lampedusa, 10 a Pozzallo e 20 a Taranto (mentre l'*hotspot* di Messina non era operativo). Le nazionalità dei migranti transitati dai punti di crisi non sono sempre le stesse, in ragione dei mutamenti che hanno riguardato i flussi migratori nel corso degli ultimi anni: anche in questo caso può rinvenirsi un parallelismo tra gli ingressi in Italia e le principali nazionalità transitate dagli *hotspot* (nel 2017 erano Tunisia, Nigeria, Guinea, Costa d'Avorio e Sudan, nel 2021 Tunisia, Bangladesh, Egitto, Costa d'Avorio e Marocco)²⁴⁰.

²³⁸ G. Fabini, 2022, p. 70.

²³⁹ Il numero di migranti sbarcati a partire dal 2016 anni è stato pari a: 181.436 nel 2016, 119.310 nel 2017, 23.370 nel 2018, 11.471 nel 2019, 34.154 nel 2020, 67.040 nel 2021, 105.129 nel 2022. Fonte: Dipartimento Libertà Civili e Immigrazione, Cruscotto Statistico.

²⁴⁰ Nel 2017 le principali nazionalità dichiarate al momento dello sbarco sono state Nigeria, Guinea, Costa d'Avorio, Bangladesh e Mali (la Tunisia è soltanto all'ottavo posto, benché i cittadini tunisini costituiscano il numero più numeroso degli stranieri transitati dall'*hotspot*); nel 2021: Tunisia, Egitto, Bangladesh, Iran e Costa d'Avorio. Fonte: Dipartimento Libertà Civili e Immigrazione, Cruscotto Statistico.

Una lettura combinata di questi dati e quelli del paragrafo precedente relativo ai CPR mostra che, quantomeno per i cittadini provenienti dalla Tunisia, l'*hotpost* ha verosimilmente rappresentato una anticamera della detenzione all'interno dei CPR. È perciò ragionevole ritenere che il dispositivo *hotspot* abbia stretti legami con l'evoluzione di una politica di rimpatrio in chiave efficientista e con una simbologia legata al mantenimento della persona migrante alla frontiera, al di fuori dello spazio territoriale.

La stessa considerazione si impone per una ulteriore, l'ennesima, forma di confinamento cui si è assistito negli anni più recenti, complice la pandemia e le esigenze di prevenzione del contagio da Covid-19. Si fa riferimento alla detenzione sulle così ribattezzate «navi quarantena», funzionali allo svolgimento della quarantena sanitaria²⁴¹ per le persone soccorse in mare e per le quali non era possibile individuare il “Place of Safety” (luogo sicuro) ove effettuare lo sbarco, e di quelle giunte sul territorio nazionale in modo autonomo²⁴². L'impossibilità di indicare un POS per i migranti soccorsi era stata decretata da un atto ministeriale del 7 aprile 2020: questo rappresenta uno dei «numerossimi provvedimenti di carattere normativo e amministrativo che si sono succeduti nel corso del tempo per il contrasto alla pandemia»²⁴³, molti dei quali hanno comportato una limitazione della libertà di circolazione dei cittadini italiani o stranieri. Nel decreto interministeriale si disponeva che «dalla data della sua adozione e fino alla scadenza dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri (...), i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di Place of Safety»²⁴⁴. L'impossibilità di determinare un porto sicuro per le navi battenti bandiera straniera è stata utilizzata dalle autorità italiane come occasione per prevenire l'ingresso dei migranti soccorsi sul territorio. Le autorità italiane hanno invece scelto di ricorrere a navi ancorate nei pressi dei porti siciliani²⁴⁵, all'interno delle quali i migranti sono stati alloggiati per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria²⁴⁶. L'utilizzo delle navi quarantena ha avuto una estensione temporale pari al mantenimento dello stato di emergenza: dall'aprile 2020 sino al 30 giugno 2022, nonostante nel frattempo le misure

²⁴¹ Non si trattava, cioè, della quarantena imposta ai soggetti portatori della Covid-19, ma quella cd. 'preventiva', cui sono stati assoggettati indistintamente tanto i migranti positivi quanto quelli negativi al tampone.

²⁴² Decreto del Capo Dipartimento n. 1287 del 12 aprile 2020. Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

²⁴³ G. Savio, *L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane: il caso delle «navi quarantena»*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, 2, pp. 61-76.

²⁴⁴ Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri degli affari esteri e della cooperazione internazionale, dell'interno e della salute, n. 150 del 7 aprile 2020.

²⁴⁵ Il bando di gara pubblicato il 19 aprile 2020 per individuare le «unità navali battenti bandiera italiana o comunitaria funzionale all'assistenza e sorveglianza sanitaria dei migranti ...» ha definito le caratteristiche delle navi, che si sono rivelate tutte imbarcazioni passeggeri di grandi dimensioni, con un numero di cabine adatte ad ospitare un numero minimo di 250 migranti. L'erogazione delle misure di assistenza all'interno delle navi è stata svolta dalla Croce Rossa Italiana, identificata soggetto attuatore della misura straordinaria dello svolgimento dell'isolamento fiduciario e della quarantena all'interno delle navi.

²⁴⁶ Nell'autunno 2020 il Governo ha finanche fatto ricorso alle navi per il trasferimento e confinamento di migranti titolari di protezione o richiedenti asilo che si trovavano sul territorio già da un considerevole lasso di tempo. La prassi è cessata poco dopo le denunce pubbliche avanzate dalla società civile. Asgi, *Illegali e discriminatori i trasferimenti coercitivi sulle «navi quarantena»*, 10 ottobre 2020.

di confinamento e isolamento fiduciario dei cittadini italiani e di Stati terzi che hanno fatto ingresso via terra si fossero considerevolmente attenuate.

La misura contenitiva, inizialmente realizzata in un contesto storico caratterizzato da eccezionalità e emergenza (che può spiegare almeno in parte l'utilizzo di mere disposizioni ministeriali quale base normativa) si è tramutata in una tappa ordinaria nella gestione dei flussi in arrivo: ci pare che la funzione svolta dalle navi quarantena sia stata – al pari dell'*hotspot* – quella di mantenere le persone in un limbo giuridico, funzionale alle successive operazioni di identificazione e incanalamento verso la procedura di asilo o di rimpatrio²⁴⁷. Le preoccupazioni espresse dal Garante Nazionale all'indomani della realizzazione della nuova politica²⁴⁸ circa l'impossibilità di chiedere asilo, il mancato riconoscimento e conseguente tutela delle vittime di tratta, di tortura e dei minori non accompagnati hanno accompagnato l'implementazione della misura per i due anni in cui è rimasta in vigore²⁴⁹.

Con riguardo al tema delle restrizioni alla libertà personale conseguenti all'utilizzo delle navi, è stato osservato che «è fuor di dubbio che essere rinchiusi su una nave, ormeggiata in rada, senza poter scendere a terra per un periodo di quindici giorni, costituisca privazione della libertà»²⁵⁰. In diverse occasioni la Corte EDU ha qualificato il mantenimento di soggetti a bordo di navi quale vera e propria restrizione della libertà, idonea ad attivare la protezione di cui all'art. 5 CEDU²⁵¹. Se l'impossibilità fisica di lasciare la nave (se non ponendo a repentaglio la propria vita) e la costante sorveglianza esercitata sui migranti lasciano pochi dubbi quanto alla configurabilità di una ipotesi di privazione della libertà, resta da giudicare se questa potesse considerarsi legittima e non arbitraria. Considerato che la misura restrittiva non si è basata su un provvedimento normativo generale e astratto (non potendosi qualificare come 'legge'

²⁴⁷ Come rilevato da ASGI, in un primo momento era emerso che le procedure di foto-segnalamento avvenivano a bordo della nave, mentre nel corso del tempo è emerso che queste venivano effettuate in *hotspot*, prima del trasferimento sulle imbarcazioni, attraverso la compilazione di un primo 'foglio notizie', a cui seguiva una seconda identificazione funzionale all'indirizzamento dei migranti lungo percorsi distinti a seguito del periodo trascorso sulla nave. ASGI – Progetto In Limine, *Diritti in rotta. L'esperimento delle navi quarantena e i principali profili di criticità*, 2021, p. 6 e ss.

²⁴⁸ Garante nazionale, *Il Garante nazionale nei giorni dell'emergenza Covid-19*, 28 aprile 2020.

²⁴⁹ Sul punto, si veda il rapporto di ASGI – Progetto In Limine, *Diritti in rotta. L'esperimento delle navi quarantena e i principali profili di criticità*, 2021; e, sull'impatto della misura sul diritto di asilo, C. Denaro, *Politiche di (ri)confinamento in tempo di pandemia: l'utilizzo di «navi quarantena» in Italia e l'accesso al diritto di asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, 2, pp. 35-59. Le navi sono state oggetto di attenzione anche a causa degli eventi luttuosi – tre in poco più di due anni – che hanno accompagnato l'implementazione della misura: si tratta della morte di Bilal Ben Massaoud, affogato dopo essersi buttato in mare per tentare di raggiungere la costa; Abdallah Said, di 17 anni, morto a seguito di un malore e del trasferimento dalla nave GNV Azzurra all'ospedale di Catania; e di Abdou Diakité, di 15 anni, anche lui morto a seguito di ricovero di urgenza dopo aver trascorso diversi giorni a bordo della GNV Allegra.

²⁵⁰ G. Savio, 2021, p. 67. Sulla possibilità di qualificare il collocamento sulle navi come detenzione, si veda anche E. Carli, che fa tuttavia riferimento al trattenimento su navi militari italiane o delle ONG nell'ambito dell'applicazione della politica dei cd. 'porti chiusi', così definita a fronte delle decisioni del Ministro degli Interni in carica di ostacolare o ritardare l'attracco al porto di navi italiane o di ONG su cui si trovavano i migranti tratti in salvo nell'ambito di operazioni SAR. E. Carli, *Trattenimento di migranti a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell'Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 14, pp. 689-707. Sullo stesso tema anche F. Cancellaro, 2020, p. 433 e ss.

²⁵¹ Oltre al già citato caso *Khliafia*, si veda CEDU [GC], *Medvedyev and others v. France*. Nella sentenza si sanzionava l'assenza di base legale, nel diritto francese, volta ad autorizzare e a disciplinare le modalità di detenzione di un equipaggio a bordo di una nave battente bandiera straniera (mentre tutte le parti in causa avevano ammesso che la misura fosse qualificabile come privazione della libertà).

l'ordinanza della protezione civile del 12 aprile 2020), né l'amministrazione ha adottato provvedimenti individuali e motivati costituenti titolo esecutivo della misura, e tenendo conto dell'estensione temporale e delle insalubri condizioni di vita sulle navi, pare potersi concludere che la privazione *de facto* della libertà sulle navi sia stata arbitraria²⁵². È meno agevole rinvenire una violazione dell'art. 6 della Carta poiché ci si trova al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto UE (tenuto conto del fatto che lo *status* delle persone migranti non era compiutamente individuato).

Alla luce delle considerazioni svolte, si prospetta un corto circuito tra i principi espressi dalla Corte europea e l'interpretazione operata dalla Corte di Cassazione nella recente sentenza n. 21715/2022, ove i giudici ritenevano che « la normativa emergenziale adottata per far fronte alla situazione epidemiologica da Covid '19 - con la quale è stata imposta la quarantena precauzionale ai cittadini entrati nel territorio nazionale da aree ubicate al di fuori del territorio italiano - non abbia introdotto una misura limitativa della libertà personale, bensì della circolazione sul territorio dello Stato, libertà che, a norma dell'art. 16 della Costituzione, può essere limitata per motivi di sanità (come nel caso di specie) o di sicurezza», escludendo che l'ipotesi del trattenimento sulle navi quarantena potesse ricondursi alla privazione della libertà personale di cui all'art. 13 Cost.

La Corte ha operato, a sostegno della propria tesi, un richiamo alla sentenza n. 127/2022 della Consulta, avente ad oggetto l'incostituzionalità della quarantena obbligatoria (per i soggetti positivi al Covid-19) e delle relative sanzioni penali in relazione all'art. 13 Cost. La Corte Costituzionale dismetteva le censure del giudice *a quo*, qualificando la misura come mera restrizione alla libertà di movimento. Tuttavia, ci pare che l'equiparazione tra la quarantena precauzionale per i migranti giunti via mare e la quarantena obbligatoria operata dalla Corte di Cassazione si sia fondata su un parallelismo meramente formale. I giudici non hanno approfondito l'indagine circa il grado di incisività della misura sulla condizione della persona e, soprattutto, sulla effettiva limitazione al movimento determinata dalle due previsioni (amministrativa, nel primo caso, e legislativa, nel secondo)²⁵³.

In sostanza, come osservato proprio dalla Corte Costituzionale, la quarantena intesa come obbligazione a non uscire dalla propria abitazione sino al termine della malattia non poteva

²⁵² Simili considerazioni si sono imposte anche con riguardo al trattenimento operato a bordo della nave Diciotti e Gregoretti (della Guardia Costiera Italiana), e delle navi delle ONG. Con riferimento al caso Diciotti, è stato lo stesso Tribunale di Catania a riconoscere che la condotta del Ministero dell'Interno ha determinato «la forzosa permanenza dei migranti a bordo dell'unità navale 'U. Diciotti', con conseguente illegittima privazione della loro libertà per un arco temporale giuridicamente apprezzabile e al di fuori dei casi consentiti dalla legge» (Trib. Catania, sez. Reati Ministeriali, Relazione del 7.12.2018 (dep. 22.1.2019). Per una ricostruzione della vicenda, F. Cancellaro, 2020.

²⁵³ Sono pienamente condivisibili le osservazioni operate da Ciervo, per il quale il Collegio giudicante ha «minimamente tenuto in considerazione le due circostanze fattuali presuntive che distinguono l'incidenza di una misura sanitaria sulla libertà di circolazione piuttosto che sulla libertà personale del destinatario della stessa: in questo senso, il rinvio alla sent. n. 127/2022 appare meramente formale, una sorta di motivazione *per relationem* – se non addirittura apparente –, dietro la quale si cela la mancata consapevolezza da parte dei magistrati della grande questione costituzionale sottesa al giudizio, ossia la lesione sistematica delle garanzie minime connesse all'art. 13 Cost. subita dai migranti giunti sulle coste italiane durante l'emergenza pandemica». A. Ciervo, *Limitazioni alla libertà personale e garanzia della riserva di giurisdizione nella recente giurisprudenza costituzionale: due precedenti importanti anche per il diritto dell'immigrazione?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2023, 1, pp. 256-278, p. 272.

realizzare una «degradazione giuridica» del soggetto poiché non accompagnata da alcuna coercizione fisica operata dall'autorità di pubblica sicurezza. Al contrario, affinché si ricada entro il campo di applicazione dell'art. 13 Cost., è necessario che si verifichi un «assoggettamento fisico all'altrui potere» e la concretizzazione di una «forma di sorveglianza in grado di prevenire la violazione» della misura da parte del suo destinatario²⁵⁴. Una attenta ricostruzione della realtà delle navi quarantena consente di individuare entrambe le circostanze fattuali: l'assoggettamento fisico è connaturato alla impossibilità di lasciare le navi (che non erano attraccate al porto, ma poste in rada, ad una distanza considerevole dalla banchina), la sorveglianza costante può essere rinvenuta nella presenza delle forze di polizia e del personale della Croce Rossa (soggetto attuatore della misura che agisce nell'interesse e per conto del Ministero dell'Interno, giusta convenzione appositamente stipulata) a bordo delle imbarcazioni.

In sostanza, proprio la fedele applicazione dei principi espressi dalla Corte Costituzionale²⁵⁵, a seguito della dovuta considerazione delle circostanze fattuali indicate in sentenza, avrebbe consentito di superare un parallelismo meramente nominale tra le due tipologie di quarantena e di qualificare il confinamento sulle navi come limitazione della libertà personale, la cui contrarietà all'art. 13 Cost. è innegabile alla luce della violazione della riserva di legge e di giurisdizione.

Al pari di quanto osservato con riferimento agli *hotspot*, la detenzione *de facto* sulle navi non ha rappresentato un fenomeno del tutto nuovo, tanto che aveva già formato oggetto del giudizio della Corte EDU in *Khlaifia*. L'elemento di novità è piuttosto da identificarsi, anche in questo frangente, nella dimensione quantitativa e nella centralità occupata dalla detenzione informale nel quadro degli strumenti sviluppati per gestire i flussi migratori in ingresso: mai, sino a questo momento, la detenzione all'arrivo si era dimostrata un tassello *strutturale* nelle politiche di controllo e rimpatrio. Con l'istituzione del trattenimento sulle navi quarantena si è compiuto un ulteriore passo in avanti nel processo di normalizzazione del trattenimento *extra ordinem* quale mezzo di gestione non tanto del rischio pandemico, ma dei flussi migratori *tout court*²⁵⁶. Nel 2021 sono transitati dalle navi, per un periodo pari, in media, a 11 giorni, 35.304 stranieri; a questi se ne devono aggiungere per lo meno 10.000 ivi transitati nel 2020, mentre i dati relativi al 2022 non sono ancora disponibili. Tra le persone trattenute sulle navi nel 2021, la sorte dell'immediato trasferimento in un CPR e del ritorno forzato a chi era appena giunto in Italia è toccata quantomeno a 1.221 persone, per lo più di nazionalità tunisina (1.049) o

²⁵⁴ Corte Costituzionale, sent. n. 127/2022.

²⁵⁵ Secondo una lettura che tenga conto anche della sentenza n. 105/2001, il cui tenore era stato «perentorio nell'affermare che le “forme” della restrizione sono del tutto indifferenti, ed ancor meno importa la relativa etichettatura: si tratti di «detenzione», qualunque forma essa assuma; si tratti di restrizione, «qualsiasi altra» forma essa assuma. La norma costituzionale, dunque, considera decisiva, ai fini dell'operare della garanzia, una valutazione dell'effetto (di restrizione della libertà personale), indipendentemente dallo strumento con cui l'effetto è conseguito». A. Di Martino, 2014, p. 31.

²⁵⁶ L'accento in questa sede è stato posto sulle navi quarantena, piuttosto che sulle navi della Guardia Costiera e delle ONG perché ritengo che la funzione delle prime sia più contigua a quella degli *hotspot*, sia in termini di 'filtro' tra i migranti meritevoli di accedere alla protezione internazionale, sia per la stretta connessione registrata tra il passaggio sulla nave e il trasferimento in CPR, sia in ragione della dimensione quantitativa del fenomeno.

egiziana (170)²⁵⁷: questi numeri sono significativi se letti congiuntamente al numero complessivo dei migranti trattenuti in CPR nello stesso anno (5.142), costituendo quasi ¼ delle persone che hanno fatto ingresso nei centri.

Le numerose variabili emerse dai dati riportati, unite all'assenza di informazioni strutturate e omogenee sugli spazi dedicati al trattenimento informale, ed alle difficoltà nel condurre ricerche empiriche al loro interno rende particolarmente complesso formulare ipotesi definitive circa la funzione e il ruolo occupati dall'approccio *hotspot* all'interno del sistema della detenzione amministrativa²⁵⁸. In primo luogo, è ancora forte l'ostinazione da parte degli organi statali a non qualificare la permanenza nei centri come detenzione; al contempo, di fronte alle mutevoli prassi dell'amministrazione non è detto che il transito per i centri sia sempre accompagnato dalla coercizione: il Garante Nazionale ha osservato che negli *hotspot* di Lampedusa e Trapani i migranti sono «sostanzialmente reclusi», mentre a Taranto e a Pozzallo «sono liberi di uscire e entrare»²⁵⁹. Come per il caso delle navi quarantena, poi, non è nemmeno scontato che la condizione dei migranti venga unanimemente qualificata come privazione della libertà dalle autorità giudiziarie.

In assenza di una base legale che caratterizzi una determinata misura come detentiva, il confine tra assoggettamento e mera limitazione della libertà di movimento è insito nell'intensità della misura, da valutarsi in base alle circostanze del caso concreto: pertanto, assumerà estrema rilevanza l'interpretazione operata dal giudice eventualmente interpellato. Senonché, proprio quando «il tasso di arbitrarietà è più accentuato, l'accesso ai rimedi giurisdizionali capaci di accertare l'illegittimità della detenzione risulta particolarmente complesso»²⁶⁰: come anticipato, la posizione isolata dei centri, il rifiuto opposto dalle autorità alle richieste di visita da parte di ONG, l'assenza di previsioni relative al diritto di assistenza legale durante le prime fasi di identificazione²⁶¹, e la mancata previsione ordinamentale di un rimedio giurisdizionale tipico e di carattere generale di fronte alla privazione della libertà, hanno comportato che nel corso degli anni di realizzazione dell'approccio *hotspot* alcun caso relativo alla illegittimità della detenzione *de facto* sia mai approdato di fronte ad una autorità giudiziaria.

L'istituto dell'*hotspot* permane dunque in una condizione di limbo, brulicante di contraddizioni: è stato sdoganato, per il tramite del d.l. 113/2018, che all'interno dei centri possa realizzarsi un trattenimento, ma le prassi di limitazione della libertà continuano ad essere attuate in via informale; i confini tra mera limitazione ed effettiva privazione della possibilità di movimento sono continuamente sfumati e confusi; le concrete modalità e tempistiche della permanenza in *hotspot* rimangono sfornite di copertura legale, né sono mai stati previsti limiti massimi alla applicazione della misura; non è dato individuare un rimedio effettivo di *habeas corpus*, né un giudice competente al suo esame. Eppure, nonostante il lungo elenco di criticità,

²⁵⁷ Garante Nazionale, Relazione al Parlamento, 2022, p. 63.

²⁵⁸ G. Fabini, V. Ferraris, A. Sbraccia, 2022.

²⁵⁹ Garante Nazionale, Relazione al Parlamento 2018, p. 106.

²⁶⁰ F. Cancellaro, 2020, p. 429.

²⁶¹ L'assenza di supporto e assistenza legale è stata oggetto di severe critiche da parte della Agenzia Europea dei diritti fondamentali, in ragione dello stretto legale esistente tra supporto legale e diritto ad un rimedio effettivo ex art. 47 Carta. FRA, 2016.

il transito per gli *hotspot* è diventato passaggio necessario ed essenziale nella gestione dei flussi in arrivo. Da risposta ad una situazione di emergenza, si è trasformato, anche a seguito della riduzione del numero di sbarchi dal 2018 in avanti, in strumento di gestione ordinaria del confine. Nel vuoto della riserva di legge e di giurisdizione, le prassi diverse e camaleontiche di confinamento negli *hotspot* sono proliferate, sempre nel segno dell’informalità: ne è un esempio significativo la recente qualificazione del centro sito nell’ex caserma ‘Barone’ di Pantelleria quale *hotspot*, in perfetta assonanza con quanto anticipato nella Road map circa l’uso di «hotspot mobili»²⁶².

In questo quadro, le interferenze tra *hotspot* e sistema detentivo si collocano su due livelli: da un lato, sul piano ontologico l’*hotspot* è detenzione (*de facto*), ed è funzionale a impedire l’accesso al territorio, a «disciplinare» i migranti rispetto a istanze autodeterministiche, e a isolarli al momento dell’arrivo sul territorio, per periodi flessibili e indeterminati²⁶³. Dall’altro lato, è agevole riscontrare un nesso strumentale tra *hotspot* e CPR, nella misura in cui il primo è utilizzato per rendere possibile il trasferimento dei migranti irregolari, e più facilmente rimpatriabili, verso i centri di detenzione ove viene realizzata la detenzione *de iure*. Questa interessa generalmente i migranti irregolari; non è escluso però che possa anche operarsi il trattenimento del richiedente asilo, a seguito di proposizione della domanda da parte di chi si trovi già nel CPR, trattandosi del primo momento in cui la persona entra in contatto con soggetti diversi dalle forze di polizia – quali difensore e giudice.

A questo proposito la dottrina ha paventato che, a seguito dell’approccio *hotspot*, « Italy might shift from the policy of selective control of irregular migrants implemented until 2016 to a more extensive use of detention to control the thousands of asylum seekers arriving by sea»²⁶⁴. Ciò si è avverato in parte, ed era forse stato auspicato dal Governo nel 2018 ma, in realtà, il confinamento è rimasto caratterizzato da una costante informalità e dall’estensione temporale relativamente ridotta (che però si dilata progressivamente in corrispondenza dell’aumento degli sbarchi) al punto che permane una certa ambivalenza rispetto all’affermazione di pratiche di detenzione massive. In conclusione, pare che, nonostante i numerosi interventi normativi, la sentenza della Corte europea nel caso *Khlaifia* e la relativa procedura di supervisione, le denunce delle autorità di monitoraggio e della società civile, i centri, e con essi il diritto fondamentale alla libertà personale, rimangano ancora oggi ostaggio della discrezionalità amministrativa.

²⁶² La *Road map* si riferisce all’«uso di *hotspot* mobili, ovvero di team che, lavorando in mobilità, garantiscono il funzionamento dell’*hotspot approach* anche in relazione a sbarchi avvenuti in porti distanti dagli *hotspot* operativi» (p. 7). Nel 2021 ASGI rilevava che presso il centro di Pantelleria (per anni considerato un centro di accoglienza informale, ove i migranti venivano fatti sostare in attesa del trasferimento verso la Sicilia) si sono realizzate le stesse pratiche di identificazione, foto-segnalamento e arbitraria distinzione tra richiedenti asilo e migranti irregolari operata tramite il ‘foglio notizie’ che avvengono negli *hotspot* (ASGI, *La frontiera di Pantelleria: una sospensione del diritto*, maggio 2021). Nell’agosto del 2022 veniva ufficializzata la presa in gestione da parte della Prefettura del ‘centro di crisi’, tramite l’allestimento di nuovi moduli abitati finanziati dall’EUAA presso l’ex caserma Barone (si veda la notizia pubblicata sul sito ‘Pantellerianotizie.it’).

²⁶³ L. Scomparin, G. Torrente, 2020, p. 29.

²⁶⁴ G. Campesi, *The reinvention of immigration detention*, 2020, cit, p. 403.

3. Grecia. La detenzione sistemica e gli incerti confini tra privazione e limitazione della libertà personale.

3.1 L'eterogenea infrastruttura della detenzione amministrativa e le implicazioni sui diritti umani

È stato sostenuto in dottrina che la detenzione amministrativa è una delle questioni più spinose nel panorama del diritto dell'immigrazione greco, tanto che ha stimolato per anni un fervente attivismo da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e del Consiglio d'Europa in tema di diritto alla libertà personale e con riferimento alle condizioni detentive²⁶⁵. Ripercorrere le tappe fondamentali della nascita e del consolidamento dell'istituto del trattenimento nel contesto nazionale può essere utile per comprendere le ragioni di un verdetto così categorico.

3.1.1. La fenomenologia dei centri: una evoluzione storica

La Grecia è uno dei Paesi alle frontiere esterne dell'Unione che, sin dagli anni Novanta, ha fronteggiato considerevoli arrivi di cittadini provenienti da Stati terzi²⁶⁶ (dall'Albania, prima, e dal Medio Oriente poi) al punto da essere considerata una delle principali «porte di ingresso in Europa»²⁶⁷. Alla fine del secolo scorso lo *status* dei migranti presenti sul territorio, o in transito verso altri Paesi europei, era principalmente quello di irregolarmente soggiornanti. A partire degli anni Duemila aumentò il numero di richiedenti asilo e di rifugiati, sebbene le autorità nazionali fossero state a lungo riluttanti a dar pieno riconoscimento degli *status* legati alla protezione internazionale²⁶⁸. Con l'incremento degli arrivi da est, la frontiera (sia marittima che terrestre) con la Turchia divenne uno spazio ostile, ove furono realizzate pratiche di confinamento e detenzione dei cittadini stranieri: è documentato che vi fossero strutture di detenzione sull'isola di Lesbos sin dal 2003²⁶⁹. In corrispondenza di quella stessa frontiera si riproducono ancora oggi meccanismi di privazione e di limitazione della libertà personale, lungo uno spettro connotato da ampia fluidità che rende impervio distinguere le ipotesi di vera e propria detenzione da quelle di violazione del diritto alla libertà di movimento.

La fenomenologia della detenzione ha origine nel collocamento dei migranti all'interno delle stazioni di polizia, in particolare nell'area metropolitana di Atene (1990-2001)²⁷⁰. Si

²⁶⁵ A. Papapanagiotou, S. Kofinis, *Can the Return directive contribute to protection for rejected asylum seekers and irregular migrants in detention? The case of Greece*, in P. De Bruyker, G. Cornelisse, M. Moraru, 2020, pp. 281-300.

²⁶⁶ A. Triandafyllidou, *Immigration to Greece: problems and prospects*, in U. Segal, D. Elliott, N. Mayadas (a cura di) *Immigration worldwide: policies, practices, and trends*, New York, 2010, pp. 191-207.

²⁶⁷ L. Cheliotis, *Punitive inclusion: the political economy of irregular migration at the margin of Europe*, in *European Journal of Criminology*, 2017, 14, pp. 78-99, p. 86.

²⁶⁸ L. Cheliotis, *Behind the veil of philoxenia: the politics of immigration detention in Greece*, in *European Journal of Criminology*, 2013, 10(6), pp. 641-795.

²⁶⁹ S. Georgoulas, D. Sarantidis, *Migration and State crimes. A critical criminological approach and a case study in Greece*, in *Antigone*, 2013, pp. 92-110.

²⁷⁰ D. Castiglione, *Reconstructing the expansion and consolidation of immigration detention infrastructure in Greece (1993-2018)*, in *REMHU, Revista Interdisciplinar de Movilidad Humana*, 2022, 64, pp. 81-100.

trattava, in questa fase, di un utensile squisitamente poliziesco e funzionale al rimpatrio di migranti provenienti per lo più dall'Albania, il cui allontanamento poteva avvenire entro termini relativamente brevi²⁷¹. In quegli anni, l'apparato normativo non disciplinava né i tempi, né i presupposti, né le modalità della detenzione, limitandosi ad ammetterla quale strumento esecutivo dell'espulsione²⁷²; l'istituto non era ricondotto al campo della legge e delle norme, ma relegato alle prassi di polizia²⁷³. Mentre i flussi migratori in ingresso andavano modificandosi e si prospettava l'esigenza di un maggior controllo dei confini orientali, le postazioni deputate al trattenimento presso gli uffici della polizia di frontiera si unirono alle stazioni di polizia come spazi di detenzione. Le strutture erano similmente connotate da una deliberata informalità: emblematico è il caso della stazione di Alexandropolis, al confine con la Turchia, con riferimento alla quale il Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) denunciava la presenza di richiedenti asilo più volte officiosamente respinti dalla Grecia verso il Paese di transito²⁷⁴, secondo uno schema evocativo dei *pushbacks* documentati soprattutto dal 2020 in avanti²⁷⁵.

A partire dagli anni 2000, inoltre, vennero creati veri e propri centri di detenzione finalizzati al trattenimento pre-espulsivo (denominati PROKEKA in greco, o con la sigla PRDC dall'inglese «pre-removal detention centre»), la cui capacità aumentò progressivamente a partire dal 2012 (da 200 a 4.000 posti)²⁷⁶. Non è casuale che detti centri si siano sorti in prossimità degli snodi della mobilità (Atene e Corinto) e nella regione della Tracia (Xanthi, Komotini e Paranesti), situata tra il confine terrestre con la Turchia e il confine con la Macedonia, dove si continuavano a registrare i numeri più elevati di ingressi e transiti²⁷⁷. Nel 2010, la Grecia adottava, d'accordo con la Commissione europea, il suo primo «Action Plan for Migration», che impegnava il Governo alla costruzione di locali deputati all'identificazione ed all'accoglienza di migranti e richiedenti asilo, nonché strutture di detenzione finalizzate al rimpatrio: tra il 2010 e il 2015 si assistette alla istituzionalizzazione e capillarizzazione del sistema detentivo, solo parzialmente – e fulmineamente – messo in discussione nel corso del 2015. Un apparato che verrà poi ulteriormente rafforzato, ed anzi eletto a strumento principale della politica di controllo dei flussi migratori negli ultimi anni. Nel 2016, con l'attuazione della

²⁷¹ Per una approfondita ricostruzione storica dell'insorgere della detenzione amministrativa A. Fili, *Documenting Immigration Detention in Greece: A Continuum of Extreme Violence and Complicity* [PhD Thesis], 2023, pp. 65 e seguenti.

²⁷² L. 1975/1991, Gov. Gazzette 184/A/04-12-1991.

²⁷³ Fin dall'inizio degli anni Novanta l'immigrazione – principalmente irregolare – era stata considerata un tema di sicurezza pubblica e affrontata attraverso l'apparato di polizia. Sul ruolo della polizia e dell'esercito nel controllo e nella gestione del fenomeno migratorio, G. Karyotis, *Securitization of migration in Greece: process, motives, and implications*, in *International Political Sociology*, 2012, 6(4), pp. 390–408. Sullo stesso tema, S. Georgoulas, D. Sarantidis, 2013.

²⁷⁴ Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT), *CPT Report, Periodic visit: 23/09/2001 - 05/10/2001*, CPT/Inf (2002) 31.

²⁷⁵ L. Karamanidou, B. Kasperek, S. Campbell, *Spaces of Detention at the Greek-Turkish Land Border*, 2021, Border Criminologies Blog, 24.5.2021.

²⁷⁶ E. Katsouraki, *The indefinite detention of undesirable and unreturnable irregular third-country nationals in Greece*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2017, 36, pp. 85-106.

²⁷⁷ Negli stessi anni in cui fu significativamente innalzato il numero di posti nei centri di detenzione, si assistette alla costruzione di una recinzione al confine di Evros, interamente finanziata dallo Stato greco, nel pieno degli effetti drammatici della crisi economica. D. Angeli, A. Dimitriadi, A. Triandafyllidou, *Assessing the Cost-Effectiveness of Irregular Immigration Control Policies in Greece*. *Midas Report*, 2014.

strategia *hotspot* si afferma una nuova tendenza, caratterizzata dalla combinazione di differenti pratiche di confinamento sulle isole del Mar Egeo che alternano la completa privazione della libertà ad altre forme di limitazione del movimento. Allo stato attuale, come si vedrà, la detenzione avviene indistintamente all'interno del Paese e alla frontiera²⁷⁸, in rispondenza a funzioni riadattate a seconda del contesto geografico ma tese in ogni caso al controllo, alla deterrenza dei movimenti dei migranti sul territorio, e, secondo parte della dottrina all'esercizio del potere punitivo da parte dello Stato sovrano²⁷⁹.

3.1.2. I migranti (non) rimpatriabili e la loro criminalizzazione

Dal punto di vista normativo, la base legale del trattenimento funzionale al rimpatrio è ancora oggi la l. 3907/2011²⁸⁰, Legge con cui venne istituito un sistema nazionale di asilo e fu recepita la Direttiva Rimpatri. In tale occasione il periodo massimo di trattenimento venne alzato, in linea con la durata prevista dalla Direttiva, a 18 mesi: seppur superiore a quanto previsto in precedenza (il limite era di 6 mesi), il termine categorico contribuì a limitare i casi di illegittima privazione della libertà poiché prima dell'intervento la detenzione poteva arrivare fino a 24 mesi o oltre²⁸¹. L'art. 30 l. 3907/2011, riprendendo testualmente la formulazione della dir. 2008/115/CE, prevede che il trattenimento possa essere applicato soltanto come *extrema ratio*, quando altre misure meno coercitive non siano disponibili²⁸². I presupposti che lo legittimano sono: a) la sussistenza di un rischio di fuga; b) il comportamento non collaborativo del migrante (quando ostacoli o impedisca il rimpatrio); e c) la sussistenza di motivi legati alla

²⁷⁸ Sono sette i centri di detenzione attualmente operativi (Amygsaleza - Atene, Petrou Ralli, Corinto, Paranesti, Xanthi, Fylakio, Kos), con una capacità di 2900 posti. ECRE-AIDA, *Country Report: Place of Detention*, Greece, 2022.

²⁷⁹ Si fa riferimento principalmente alle teorie della dottrina anglosassone, da ultimo sviluppate nel contesto della cornice teorica sulla «border criminology»: M. Bosworth, *Immigration Detention, Punishment and the Transformation of Justice*, in *Social & Legal Studies*, 2019, 28 (1), pp. 81-99; M. Bosworth, K. Franko, S. Pickering, *Punishment, globalization and migration control: "Get them the hell out of here"*, in *Punishment & Society*, 2018, 20(1), pp. 34-53; V. Barker, *Penal power at the border: realigning state and nation*, in *Theoretical Criminology*, 2017, 4, pp. 417-570; K.F. Aas, M. Bosworth, *The Borders of Punishment: migration, citizenship, and social exclusion*, London, 2013.

²⁸⁰ L. 3907/2011 «on the establishment of an Asylum Service and a First Reception Service, transposition into Greek legislation of Directive 2008/115/EC "on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals" and other provisions», Gov. Gazette 7/A/26-01-2011, consultabile in inglese al seguente link: <http://bit.ly/1KH9dV>. La legge non esaurisce i casi in cui è possibile disporre il trattenimento: vi sono altre ipotesi disciplinate dalla l. 3386/2005, precedente all'adozione della dir. 2008/115/CE. Il legislatore nazionale ha preferito recepire la norma UE senza intaccare il precedente testo dell'art. 76 l. 3886/2005, che consentiva il ricorso al trattenimento per ragioni legate alla commissione di reati o all'esistenza di un pericolo per l'ordine pubblico. Le previsioni normative vengono pertanto applicate in alternativa l'una all'altra, a seconda del provvedimento presupposto (di rimpatrio o di espulsione). Si veda l. 3886/2005 «Entry, Residence and Social Integration of Third Country Nationals on the Greek Territory», Gov. Gazette 212/A/23-08-2005, consultabile in inglese al link: <http://bit.ly/1Pps1eO>.

²⁸¹ European Migration Network (EMN), *Focused Study on Detention and Alternative to Detention*, 2014.

²⁸² Lo studio dello EMN ha appurato che la previsione normativa è rimasta lettera vuota, poiché in concreto il legislatore non ha disciplinato alcuna misura alternativa alla detenzione. L'osservazione prasseologica ha registrato casi in cui le autorità di polizia impongono la presentazione alle autorità o la permanenza domiciliare in seguito al rilascio del cittadino straniero, per il raggiungimento del termine ultimo di rimpatrio: tale applicazione delle «misure alternative» appare in netto contrasto con le previsioni della dir. 2008/115/CE. EMN, 2014. Sull'illegittimità della prassi, Greek Refugee Council (GRC), *Indefinite detention: a direct infringement of national, European and international law*, 9 aprile 2014.

sicurezza nazionale. Detta ultima circostanza che si pone in contrasto con le attuali previsioni della Direttiva, come interpretata dalla Corte di giustizia, posto che non si fa mai riferimento alla sicurezza quale presupposto indipendente che possa legittimare l'applicazione della misura. L'art. 30 prevede altresì che il trattenimento debba cessare quando non sussiste più alcuna ragionevole prospettiva di espulsione. La misura è applicata dall'autorità di polizia, e non è immediatamente soggetta a controllo giurisdizionale: l'intervento del giudice amministrativo può però essere richiesto, su istanza di parte, in qualsiasi momento durante la pendenza del trattenimento²⁸³.

La formulazione normativa, fedele ai principi della Direttiva Rimpatri, non ha impedito la moltiplicazione dei casi di trattenimento dei migranti «indeportabili»²⁸⁴: in cui, cioè, i soggetti detenuti non potevano essere rimpatriati verso il Paese di origine. Trattasi di un fenomeno in crescita a partire dal 2012-2013, in parallelo con l'aumento del numero di trattenuti. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto l'arbitrarietà di questo approccio, condannando lo Stato greco per la violazione dell'art. 5 CEDU²⁸⁵. Anche l'autorità nazionale di garanzia (*Greek Ombudsman*) ha denunciato a più riprese la detenzione *contra legem* di cittadini provenienti da Paesi con i quali non vi era alcun accordo di rimpatrio (Somalia, Eritrea, Siria)²⁸⁶. Venendo meno le prospettive di rimpatrio, è possibile spiegare il ricorso all'uso del trattenimento soltanto inquadrandolo tra gli strumenti impiegati dalle autorità di polizia a scopo di «difesa sociale»²⁸⁷: sia la clausola relativa ai «motivi di sicurezza nazionale» (art. 30, co 1, lett.c) l. 3907/2011), che la menzione del «pericolo per l'ordine pubblico» contenuta in altro testo legislativo ove si prevedono cause di giustificazione del trattenimento (precedente alla Legge del 2011, ma mai abrogato)²⁸⁸ sono state strumentalmente utilizzate dall'apparato amministrativo per contenere i migranti ritenuti «socialmente pericolosi»²⁸⁹. La normativa nazionale non dettaglia i criteri che consentono di ritenere il migrante un pericolo per l'ordine pubblico o per la sicurezza nazionale: ad esempio, non si fa riferimento alla commissione di specifici reati previamente individuati, ma nemmeno al dovere di operare un giudizio fondato sui principi di proporzionalità ed attualità del pericolo. La selezione dei migranti

²⁸³ Si tratta dell'istituto delle *objections*, di cui all'art. 76, co 3 l. 3386/2005). Ai sensi dell'art. 30, co 3 l. 3907/2011 è invece demandato al potere giudiziario il controllo sulla proroga del trattenimento *ex officio*: l'autorità amministrativa deve trasmettere la richiesta di proroga al Tribunale Amministrativo, che si pronuncia sulla legittimità della detenzione a distanza di 3 mesi dall'avvio del trattenimento, e con cadenza trimestrale.

²⁸⁴ Concetto utilizzato anche dalla dottrina italiana, ad es. G. Fabini, *Internal bordering in the context of undeportability: border performances in Italy*, in *Theoretical Criminology*, 2019, 23(2), pp. 175-193.

²⁸⁵ CEDU, *Tabaesh v. Greece*, Si veda anche: Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Report by Nils Muiznieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Following his Visit to Greece from 28 January to 1 February 2013*, Aprile 2013.

²⁸⁶ Inoltre, aggravandosi sempre più la crisi economica in cui si trovava il Paese, e considerato gli alti costi dell'esecuzione delle espulsioni, nel 2014 il Governo smise di realizzare rimpatri. Ageli et al., 2014.

²⁸⁷ La nozione è stata ricondursi a E. Ferri (*Sociologia criminale*, Torino, 1930, p. 28 e ss.), ma viene ripresa, nell'ambito della detenzione amministrativa, da G. Campesi, G. Fabini, *Immigration detention as social defence: policing 'dangerous mobility' in Italy*, in *Theoretical Criminology*, 2020, 24(1), pp. 50-70.

²⁸⁸ Art. 76 co 3 l. 3386/2005.

²⁸⁹ Molto spesso, poi, le due nozioni vengono sovrapposte: l'Ombudsman greco ha evidenziato che i provvedimenti di trattenimento spesso contengono un riferimento sia alla l. 3907/2011, sia alla l. 3386/2005 e menzionano in generale l'«ordine pubblico», collocando tutti i migranti entro la stessa macro-categoria dai contorni indefiniti. Συνηγόρος του Πολίτη (Greek Ombudsman), Report n. 175063/49247/2013, 19.11.2013, di cui si può leggere un estratto in inglese in E. Koutsouraki, 2017, p. 100.

«indesiderabili» spetta così alle autorità di polizia, che hanno fatto applicazione di una concezione particolarmente ampia di pericolosità, fondata non soltanto su una precedente sentenza definitiva per un grave reato, ma anche su mere denunce o precedenti penali legati alla criminalizzazione dell'ingresso irregolare. La dottrina ha osservato che «the broad and vague construction of the 'national security' and 'public order' detention ground has the potential to lead to arbitrary detention related mostly to the breach of immigration legislation rather than to an individual applicant's conduct being such as to present a genuine, present and sufficiently serious threat»²⁹⁰.

Una simile tendenza si è accompagnata all'arresto e alla carcerazione dei migranti, soprattutto in fase precautelare, per condotte attinenti ad illeciti amministrativi quali l'ingresso o il soggiorno irregolare. L'intervento penale riguardava potenzialmente la maggioranza dei migranti presenti sul territorio, molti dei quali sospesi in un limbo: perché non rimpatriabili e poiché vi erano severe limitazioni all'accesso alla domanda di asilo²⁹¹; non potendo formalizzare l'istanza, ed essere formalmente riconosciuti quali richiedenti protezione, i cittadini di Paesi quali Somalia, Eritrea, Afghanistan, o Iraq erano costretti al soggiorno irregolare nel territorio. La detenzione amministrativa e quella penale sono state, in particolare negli anni della crisi economica (2008-2015)²⁹², due sfaccettature dello stesso fenomeno di criminalizzazione e 'punizione' del migrante irregolare, di valenza fortemente simbolica²⁹³.

3.1.3. Eterogeneità degli spazi detentivi e condizioni di trattenimento

Accanto al trattenimento del migrante irregolare – non sempre, come si è detto, finalizzato unicamente all'espulsione della persona – il diritto interno contempla una base legale anche per il trattenimento di chi fa ingresso irregolarmente nel Paese (a fini identificativi) e dei richiedenti asilo²⁹⁴. La prima ipotesi riguarda le persone fermate in occasione dell'entrata

²⁹⁰ E. Koutsouraki, 2017, p. 94.

²⁹¹ Quando, a partire dall'inizio degli anni 2000, il numero di domande di asilo presentata nel Paese aumenta considerevolmente emerge con tutta evidenza l'assenza di un effettivo sistema di accoglienza e tutela dei richiedenti protezione. Nel 2009 la Grecia fu il quarto Paese nel mondo per numero delle domande di asilo registrate, ma i tassi di riconoscimento della protezione rimanevano molto bassi, nonostante la provenienza dei richiedenti da paesi quali Afghanistan, Iran e Iraq, Somalia ed Eritrea (UNHCR, 2009 Global Trends Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons., 2010). Sulle criticità del sistema di asilo greco, ex multis, A. Skordas, N. Sitaropoulos, *Why Greece is Not a Safe Host Country for Refugees*, in *International Journal of Refugee Law*, 2004, 16(1), pp. 25-52.

²⁹² Nel 2009 una riforma del codice penale trasformava alcune offese in materia di immigrazione (come il favoreggiamento dell'immigrazione o dell'emigrazione irregolare) da contravvenzioni a delitti, con il conseguente aggravamento del trattamento sanzionatorio. Per una ricostruzione del ricorso al diritto penale nei confronti dei migranti, N. Chatzinikolaou, *Crimmigration in Greece: a story of exceptional derogation from the rule of law within a permanent situation of emergency*, in G.L. Gatta, V. Mitzilegas, S. Zirulia, *Controlling Immigration through Criminal Law*, 2021, pp. 165-192.

²⁹³ L. Cheliotis, 2013. Sullo stesso tema anche A. Triandafyllidou, D. Angeli, A. Dimitriadi, *Detention as Punishment: Can indefinite detention be Greece's main policy tool to manage its irregular migrant population?*, MIDAS Policy Brief, 2014.

²⁹⁴ Sino agli anni più recenti, la disciplina era contenuta, rispettivamente, nell'art. 13, co 1, l. 3907/2011, e negli art. 13 co. 2, decreto presidenziale 114/2010 and art. 12, co 2 b decreto presidenziale 113/2013. Entrambe le previsioni verranno riformate nel 2016 (*infra*, par. 3.2.1).

irregolare e collocate nei «centri di identificazione ed accoglienza» (cd. RIC)²⁹⁵: la norma prevede espressamente che i migranti, soggetti ad una condizione di «restrizione della loro libertà», non possano lasciare il centro a meno di ottenere una specifica autorizzazione. La formulazione è sempre stata particolarmente ambigua, perché non si parla di vera propria ‘detenzione’, ma l’incisività della misura ammonta, di fatto, a privazione della libertà.

Il richiedente asilo, invece, può essere trattenuto solo quando si trovi già in stato di detenzione nelle seguenti ipotesi: allo scopo di determinare la sua identità o provenienza e le circostanze del suo ingresso irregolare; se il trattenimento è ritenuto necessario per un completo esame della domanda; quando la persona costituisce un pericolo per l’ordine pubblico e la sicurezza nazionale. La formulazione dei tre casi, contenuta in decreti presidenziali risalenti al 2012, è piuttosto ampia, mentre resta fermo il divieto di trattenere il richiedente che avesse presentato la domanda da ‘libero’. Tuttavia, le inefficienze sistemiche legate all’accesso alla procedura di asilo che si erano verificate dai primi anni Duemila in avanti hanno reso estremamente probabile che, prima di riuscire a formalizzare la propria domanda, i richiedenti venissero arrestati e ricevessero un provvedimento di rimpatrio e conseguente trattenimento²⁹⁶.

La normativa greca qui descritta ammette, poi, che i richiedenti asilo siano collocati sia nei centri di trattenimento, sia in ulteriori luoghi di trattenimento quali le celle all’interno delle stazioni di polizia o i locali presso le strutture della polizia di frontiera. Questi spazi non sono deputati unicamente al trattenimento amministrativo, potendo (*rectius*, dovendo) ospitare in via prioritaria i cittadini greci o stranieri arrestati in ragione della commissione di un reato. La privazione della libertà dei migranti al loro interno non è mai stata compiutamente regolata nel corso degli anni. Nonostante ciò, le stazioni di polizia hanno rappresentato e costituiscono tutt’oggi parte integrante del regime detentivo delle persone straniere²⁹⁷. Il ricorso sistemico alla detenzione nelle stazioni di polizia²⁹⁸, o di polizia di frontiera, ha caratterizzato in modo particolare la frontiera terrestre di Evros (tra Grecia e Turchia), più volte oggetto delle preoccupazioni e denunce della società civile e del Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Nel 2012 il CPT criticava la deliberata scelta delle autorità greche di mantenere le persone fermate in condizioni inumane, con lo scopo di limitare i loro movimenti: «the conditions in which irregular migrants are held would appear to be a deliberate policy by the

²⁹⁵ I RIC sono disciplinati dalla l. 4375/2016, e costituiscono i luoghi, situati nei pressi di «aree di confine» (border area), ove i migranti che hanno appena fatto ingresso nel Paese vengono inizialmente accolti per lo svolgimento delle procedure di identificazione. Di norma si configurano come centri aperti e possono accogliere i migranti per un breve periodo iniziale, funzionale all’identificazione o i richiedenti asilo, se questi presentano domanda di asilo e sono sottoposti alla procedura di frontiera (artt. 10 l. 4375/2016).

²⁹⁶ A. Skordas, N. Sitaropoulos, 2004, pp. 32 e ss.

²⁹⁷ Sull’eterogeneità dei luoghi di detenzione e sul numero complessivo di strutture di contenimento della libertà di movimento dei migranti: D. Castiglione, 2022. L’autrice identifica 92 luoghi di detenzione dei migranti attivi nel 2018.

²⁹⁸ Si tratta di una vera e propria scelta politica, che può farsi risalire agli anni Novanta, ma che diventò sistemica dopo il 2012: secondo Human Rights Watch, nel 2013 la polizia greca ha detenuto circa 85.000 persone straniere a scopo di identificazione. Tale strumento, per esplicito riconoscimento delle autorità greche, era usato «to warn all immigrants who do not fall under the status of international protection that they will be arrested, detained and returned to their country of origin». Human Rights Watch, *Unwelcome guests: Greek police abuses of migrants in Athens*, 2013.

authorities in order to deliver a clear message that only persons with the necessary identity papers should attempt to enter Greece»²⁹⁹.

L'eterogeneità degli spazi detentivi, caratteristica peculiare del regime detentivo greco, si lega strettamente al tema delle condizioni di detenzione³⁰⁰. La loro contrarietà con la dignità umana e con il diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti ha destato l'allarme delle Corti (internazionali), delle organizzazioni deputate alla tutela dei diritti fondamentali,³⁰¹ e suscitato ampio dibattito in dottrina³⁰². Nel 2011, il CPT adottava una dichiarazione pubblica, la prima indirizzata ad uno Stato europeo, per denunciare le inumane condizioni di vita delle persone assoggettate al potere coercitivo dello Stato e private della libertà³⁰³. In molti centri o locali di polizia sono state registrate situazioni di severo sovraffollamento, carenza dei servizi di base (materassi e coperte, bagni e docce), insalubrità dell'acqua e del cibo: la negligenza dello Stato greco rispetto all'adeguatezza delle condizioni detentive ha configurato, per diversi anni e con riferimento a plurimi luoghi (strutture di identificazione, locali di accoglienza, celle di polizia, locali presso la polizia di frontiera) una condotta contraria al diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti anche secondo la giurisprudenza CEDU³⁰⁴. Ad esempio, è significativo il numero di sentenze della Corte europea in cui è stata riconosciuta una violazione dell'art. 3 CEDU in ragione del trattamento inferiore al livello minimo di dignità ricevuto dai migranti all'interno delle stazioni di polizia³⁰⁵, a partire dalla sentenza *Dougoz v. Greece* del

²⁹⁹ Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT), *CPT Report, Ad hoc visit: 20/01/2011 - 27/01/2011*, CPT/Inf (2012) 1.

³⁰⁰ S. Georgoulas, D. Sarantidis, 2013.

³⁰¹ Sono numerosi i rapporti del CPT, dell'Ombudsman greco, dell'Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione europea, e di numerose organizzazioni non governative (Human Rights Watch, Amnesty International, Medecins Sans Frontières) che si sono occupati delle condizioni di vita all'interno dei luoghi di detenzione, con forti critiche rivolte alle condizioni in cui si trovavano persone particolarmente vulnerabili. *Ex multis*, CPT/Inf (2010) 33; CPT/Inf (2012) 1; CPT/Inf (2017) 25; Amnesty International Greece, *Irregular Migrants and Asylum-Seekers Routinely Detained in Substandard Conditions*, 27.7.2010; Human Rights Watch, *End Inhuman Detention Conditions for Migrants*, 6.12.2010; Medecins Sans Frontières, *Invisible suffering. Prolonged and systematic detention of migrants and asylum seekers in Greece*, 1.4.2014.

³⁰² L. Cheliotis, 2013.

³⁰³ Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT), *Public statement concerning Greece*, CPT/Inf (2011) 10.

³⁰⁴ *Ex multis*, con riferimento soltanto alle decisioni adottate dalla Corte negli ultimi 10 anni, CEDU, sentenza del 12 dicembre 2013, *Khuroshvili v. Greece*, ric. n. 58165/2010; CEDU, sentenza del 31 luglio 2014, *F.H. c. Grèce*, ric. n. 78456/2011; CEDU, sentenza del 4 febbraio 2016, *Amadou v. Greece*, ric. n. 37991/2011; CEDU, sentenza del 21 gennaio 2016, *H.A. c. Grèce*, ric. n. 58424/2011; CEDU, sentenza del 15 gennaio 2015, *Mahammad et autres c. Grèce*, ric. n. 48352/2012.

³⁰⁵ *Ex multis*, CEDU, sentenza del 4 giugno 2009, *Siasios and Others v. Greece*, ric. n. 30303/07; CEDU, sentenza del 2 luglio 2009, *Vafiadis v. Greece*, ric. n. 24981/07; CEDU, *Tabesh v. Greece*; CEDU, sentenza del 21 giugno 2011, *Efremidi v. Greece*, no. 33225/08; CEDU, sentenza del 17 ottobre 2013, *Aslanis v. Greece*, ric. n. 36401/10; CEDU, sentenza del 17 aprile 2014, *Kavouris and Others v. Greece*, ric. n. 73237/12; CEDU, sentenza del 27 febbraio 2015, *A.E. v. Greece*, ric. n. 46673/2010.

2001³⁰⁶, fino ai più recenti casi *S.Z. v. Greece*³⁰⁷, e *H.A. and others v. Greece* del 2019³⁰⁸. Ai problemi strutturali si sommava quello delle violenze subite da parte delle forze di polizia, documentate da accademici e dalla società civile, ma su cui alcuna Corte ha mai potuto esprimersi compiutamente a causa dell'ineffettività delle indagini interne e del clima di forte omertà istituzionale che circonda le responsabilità delle forze dell'ordine³⁰⁹.

Le critiche condizioni di vita nei centri di detenzione, combinate con la sostanziale inesistenza di un apparato capillare di accoglienza per richiedenti asilo, sono state anche alla base della giurisprudenza formatasi in tema di limiti al mutuo riconoscimento nel settore dell'asilo³¹⁰. Prima la Corte EDU, e a seguire anche la Corte di giustizia hanno riconosciuto che è precluso ad uno Stato membro il rimpatrio del richiedente asilo verso il Paese competente per l'esame della domanda, in ossequio al Regolamento Dublino, quando vi sia il pericolo di esporre la persona a trattamenti inumani e degradanti³¹¹. A seguito delle decisioni delle Corti i trasferimenti verso la Grecia sono rimasti bloccati per diversi anni, a testimonianza della perduranti criticità dell'apparato dell'accoglienza. La Commissione europea ha proposto di riprendere i rimpatri dei richiedenti asilo 'dublinati' soltanto nel 2016, a fronte di una riduzione degli arrivi nel Paese, senonché diversi dei profili su cui si era soffermata la Corte europea dei diritti dell'uomo (condizioni detentive, condizioni di accoglienza e accessibilità del sistema di protezione) rimangono ancora oggi attuali³¹².

Mentre le Corti sovranazionali focalizzavano la loro attenzione sulle gravi violazioni dei diritti umani prodotte dal dispositivo di detenzione e di accoglienza greco, senza che ciò conducesse ad un sensibile miglioramento delle stesse³¹³, le istituzioni europee invocavano il

³⁰⁶ CEDU, sentenza del 6 marzo 2001, *Dougoz v. Greece*, ric. n. 40907/98.

³⁰⁷ CEDU, sentenza del 21 giugno 2018, *S.Z. v. Greece*, ric. n. 66702/13. Il caso è emblematico dell'approccio delle autorità greche durante il periodo 2012-2015: il ricorrente era un cittadino siriano, il cui rimpatrio era impraticabile, ma accusato di essere in possesso di documentazione falsa e, pertanto, qualificato come pericoloso per l'ordine pubblico. Egli è stato detenuto per 52 giorni in una cella di polizia situata in un seminterrato: il locale non era adeguato al collocamento di persone per un periodo superiore a pochi giorni, non vi era illuminazione e ventilazione adeguata, e non era stato garantito l'accesso all'aria aperta.

³⁰⁸ CEDU, *H.A. and others v. Greece*. Più in generale, sull'elevato numero di condanne per violazione dell'art. 3 legate al contesto detentivo, S. Xenakis, L. Cheliotis, *Carceral Moderation and the Janus Face of International Pressure: A Long View of Greece's Engagement with the European Convention of Human Rights*, in *Crime, Law and Social Change*, 2018, 70(2), pp. 37-56.

³⁰⁹ A. Fili, 2023, in particolare da pp. 138 e ss.

³¹⁰ *Ex multis*, S. Montaldo, *On a collision course! Mutual recognition, mutual trust and the protection of fundamental rights in the recent case-law of the Court of Justice*, in *European Papers*, 2016, 1, pp. 965-996; E. Xanthopoulou, *Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust*, in *Common Market Law Review*, 2018, 55, pp. 489-509.

³¹¹ CEDU, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ric. n. 30696/2009. CGUE, sentenza del 21 dicembre 2011, *N.S.*, C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865. In tema, A. Di Stasi, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: verso nuovi limiti o "confini" tra ordinamenti?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, Napoli, 2014, p. 165 ss.; G. Morgese, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, 1, pp. 147-169.

³¹² B. Gotsova, *Rules over rights? Legal aspects of the European Commission recommendation for resumption of Dublin transfer of asylum seekers to Greece*, in *German Law Journal*, 2019, 20 (5), pp. 637-659.

³¹³ Sull'ineffettività delle pressioni esercitate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dal CPT sul governo greco, con riguardo al miglioramento delle condizioni detentive dei migranti, S. Xenakis, L. Cheliotis, 2018. Secondo gli autori: «Given the exceptionally high levels of nationalism, racism and punitiveness against foreign lawbreakers amongst Greeks (including amongst the judiciary), the fact that migrants have come to be the primary targets of state punitiveness in the country appears closely interrelated with the fact that successive governments

rafforzamento dei confini esterni, legittimando implicitamente le pratiche di «bordering» poste in essere dalle autorità nazionali con l'obiettivo di fortificarli³¹⁴. La dottrina ha osservato come «Greece's European counterparts have played a key role in making contravention of ECHR provisions on conditions of detention practically more likely [...] EU migration management has continued to channel irregular migrants to Greece despite awareness of the poor and worsening conditions of immigrant detention in the country, and without taking adequate steps to remedy them»³¹⁵. Al netto del ruolo politico giocato dagli altri Stati e istituzioni europee nella gestione dei flussi migratori, può in ogni caso osservarsi che il recepimento delle Direttive europee da parte del legislatore greco è avvenuto – similmente all'esperienza italiana – in senso unidirezionale, principalmente quale occasione di ampliare i presupposti del trattenimento e per consentire l'estensione della misura coercitiva fino a 18 mesi. Di conseguenza, le prassi in vigore si sono rivelate inconciliabili con alcune previsioni cardine del diritto UE: si pensi al trattenimento di coloro che non potevano essere allontanati; all'assenza di misure alternative alla detenzione; al collocamento degli stranieri nei locali di polizia (prassi indiscriminata e non eccezionale, in chiaro contrasto con l'art. 16 della dir. 2008/115/CE)³¹⁶. Ancora, i principi di proporzionalità e necessità, che dovrebbero informare l'adozione delle decisioni di trattenimento, sono sempre stati estranei alle motivazioni dei provvedimenti delle autorità di polizia, o delle corti amministrative chiamate a decidere sul riesame della misura³¹⁷. Si tornerà sul tema nei paragrafi successivi, per esaminare più nel dettaglio l'attuale compatibilità del sistema normativo interno con quello sovranazionale.

3.1.4. *L'habeas corpus migrante al vaglio delle Corti*

Merita anticipare fin d'ora che l'effettività dei rimedi giudiziari a tutela della libertà personale è da sempre stato un tema connotato da particolare criticità, al pari del ruolo del sistema giudiziario nell'avanzamento dei diritti dei detenuti: parte della dottrina ha inquadrato «[the] judges as conservative agents of social control»³¹⁸.

have failed to comply with ECHR provisions regarding conditions of imprisonment and immigrant detention», op. cit., p. 51. L'unico segnale significativo è sopravvenuto nel 2015, quando l'esecutivo adottava una riforma del sistema penitenziario, con l'obiettivo di ridurre il sovraffollamento delle carceri e, al contempo, riduceva significativamente anche i numeri dei migranti in detenzione amministrativa.

³¹⁴ A. Fili, 2023, p. 75 e ss.

³¹⁵ S. Xenakis, L. Cheliotis, 2018, p. 52. Sullo stesso tema anche E. Psychogiopoulou, *Does Compliance with the Jurisprudence of the European Court of Human Rights Improve State Treatment of Migrants and Asylum Seekers? A Critical Appraisal of Aliens' Rights in Greece*, in *Journal of International Migration and Integration*, 2017, 16(3), pp. 819–840.

³¹⁶ La norma si applica in forza dell'art. 4(4) lett.a) Direttiva anche alla detenzione 'in entrata', e prevede che il trattenimento debba avvenire «di norma in appositi centri di permanenza temporanea». Il trattenimento 'in entrata', disposto nei confronti di chi abbia fatto irregolarmente ingresso sul territorio rimane al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 15 Direttiva Rimpatri che disciplina i presupposti sostanziali e procedurali del trattenimento, poiché la Grecia si è avvalsa della clausola di cui all'art. 2(2) lett.a). Tuttavia, anche tale forma di trattenimento è coperta dalle previsioni di cui all'art. 16.

³¹⁷ D. Angeli, D. Anagnostou, *A shortfall of rights and justice: judicial review of immigration detention in Greece*, in *European Journal of Legal Studies*, 2022, pp. 97-131.

³¹⁸ A. Fili, 2023, p. 135. L'autrice ha, di conseguenza, osservato che «Indeed, lawyers' limiting belief in systematic change is deeply-rooted». Sulla ritrosia delle Corti nazionali nell'accettare e adeguarsi alle decisioni della Corte EDU, anche E. Psychogiopoulou, *Does compliance with the jurisprudence of the European Court of Human*

In linea del tutto teorica³¹⁹, la Costituzione prevede importanti garanzie a tutela dell'*habeas corpus*, estese a qualsiasi forma di privazione della libertà. Ai sensi dell'art. 6, co 1 del testo costituzionale «nessuna persona può essere arrestata o detenuta senza un mandato giudiziario motivato che deve essere notificato al momento dell'arresto o della detenzione in attesa di giudizio, tranne quando viene colta nell'atto di commettere un reato»³²⁰. Tale disposizione ha comportato la dichiarazione di illegittimità costituzionale della reclusione, di natura amministrativa, imposta ai cittadini che non erano in grado di estinguere i propri debiti. *A contrario*, non è mai stata avanzata una questione di incostituzionalità del trattenimento amministrativo – misura disposta dall'autorità di polizia e non da quella giudiziale – per violazione della riserva di giurisdizione. Secondo la dottrina «there is no a distinguishable relationship between the tacit circumvention of the Constitution and the constitutional theory's hesitation to face this problem: even though the protection of individual freedom is not an issue of different theoretical domains, one should at least expect that this problem of great importance that affect vulnerable portion of the population would concern legal theory as much as the problem of civil imprisonment of debtors»³²¹. Una simile aspettativa rimane frustrata, alla luce della ridotta considerazione attribuita dalla giurisprudenza al tema della tutela della libertà dello straniero. La conseguenza è la contrazione *ab origine* del diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo contro la detenzione amministrativa.

A ciò deve aggiungersi che le corti greche non hanno mai interrogato la Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale per vagliare la compatibilità del diritto interno con le norme UE, e più in generale hanno raramente fatto riferimento alla giurisprudenza europea in materia di trattenimento³²². In sostanza, i giudici di merito non si sono fatti promotori di un processo finalizzato a verificare la compatibilità delle norme in tema di detenzione ed effettività dei rimedi con il contenuto del diritto fondamentale alla libertà personale di cui all'art. 6 Costituzione greca e art. 6 Carta dei diritti fondamentali dell'UE. I soli casi di intervento di una Corte superiore e competente in materia di tutela dei diritti umani sono stati quelli della Corte EDU, intervenuta a seguito di ricorsi individuali proposti dagli stessi migranti.

Passando dal piano della *law in the book* alla *law in action*, è agevole riscontrare una diffusa ineffettività dei rimedi previsti dal diritto primario o secondario a disposizione degli stranieri³²³. Uno degli ostacoli principali è quello dell'assenza di informazioni su mezzi di ricorso in una lingua comprensibile al trattenuto, posto che molto spesso i provvedimenti non sono tradotti, e nei centri non sono sempre presenti interpreti o mediatori. Inoltre, l'accesso al rimedio giurisdizionale è ostacolato dall'assenza di una previsione generalizzata in materia di assistenza e rappresentanza legale gratuita, mentre i fondi cui hanno accesso le organizzazioni

Rights improve state treatment of migrants and asylum seekers? A critical appraisal of aliens' rights in Greece, in *Journal of International Migration and Integration*, 2015, 16, pp. 819-840, in particolare p. 833 e ss.

³¹⁹ N. Chatzinikolaou, 2021, p. 186. Secondo l'autore non vi sono dubbi circa l'incostituzionalità delle disposizioni in materia di privazione della libertà dello straniero. Aggiunge che vi è un «tacit denial by both judges and lawmakers to acknowledge the dimension of this problem», *ibidem*.

³²⁰ Il testo della Costituzione è stato consultato in inglese. La traduzione è a cura dell'autrice.

³²¹ N. Chatzinikolaou, 2021, p. 187.

³²² A. Papapanagiotou, S. Kofinis, 2020.

³²³ E. Koutsouraki, 2017; S. Georgoulas, D. Sarantidis, 2013.

non governative per garantire i diritti umani sono limitati³²⁴. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato a più riprese, accanto a profili di illegittimità ex art. 5 (1) (in ragione dell'arbitrarietà o assenza di base legale della detenzione) anche una violazione dell'art. 5 (4) per l'ineffettività dei rimedi a disposizione dei detenuti. Il primo caso in cui si palesò la violazione del diritto all'*habeas corpus* fu *Dougoz v. Greece*,³²⁵ risalente al 2001: in quell'epoca, il rimedio delle *objections* non era ancora stato introdotto nell'ordinamento, e i migranti trattenuti non avevano alcun rimedio a loro disposizione. La sentenza della Corte europea convinse il legislatore ad introdurre il riesame su istanza di parte che, tuttavia, nei casi successivi, non fu considerato un rimedio adeguato³²⁶: i giudici amministrativi, infatti, ritenevano che l'art. 76, co 3 l. 3386/2005 non consentisse al tribunale di disporre l'immediata liberazione dello straniero, anche a seguito del riconoscimento dell'illegittimità sostanziale o procedurale del provvedimento di trattenimento. Tale potere fu introdotto soltanto a partire dal 2010 in avanti. L'impianto complessivo del sistema di tutele giurisdizionali è poi indebolito dall'assenza di un doppio grado di giudizio: anche quando la persona trattenuta presenta una richiesta di riesame avverso il trattenimento (*objection*), il caso è sottratto all'esame collegiale del Tribunale amministrativo competente ed è trattato unicamente dal Presidente della sezione. La decisione non è in alcun modo appellabile, né nel merito né in punto di legittimità. Oltre a privare la persona di una importante garanzia, questo sistema ha determinato una forte disparità e disomogeneità negli orientamenti giurisprudenziali in tema di legittimità della detenzione, la cui valutazione è sostanzialmente rimessa alla sensibilità del singolo giudice. L'ineffettività dei rimedi giurisdizionali costituisce una ulteriore tessera che si aggiunge al mosaico di sistemiche carenze in materia di diritti fondamentali dei migranti detenuti nei plurimi spazi di trattenimento greci.

3.2 L'espansione (nel diritto e nella prassi) dei casi di trattenimento: recepimento delle Direttive o contrarietà con il diritto sovranazionale?

Nel 2015 l'apparato detentivo greco contava nove PROKEKA sul continente, due sulle isole di Chios e Samos e uno al confine di Evros, per una capienza detentiva pari ad almeno 5000 posti. Ai centri ufficiali, come detto, si sommavano le numerose stazioni di polizia all'interno del territorio e alla frontiera. La detenzione veniva ampiamente utilizzata dalle autorità amministrative quale strumento di controllo sociale e di deterrenza. In quello stesso anno, la campagna elettorale del partito di ispirazione socialista Syriza aveva adottato un approccio in chiara controtendenza con la criminalizzazione dei migranti e la diffusa retorica xenofoba dei

³²⁴ Per una panoramica delle criticità scaturenti non tanto dalla formulazione, quanto dalla (mancata) implementazione delle norme: A. Fili, *Immigration detention in Greece: contemporary challenges: a briefing paper, Criminal Justice, Border and Citizenship Research Paper n. 3299551*, 11.12.2018.

³²⁵ CEDU, *Dougoz v. Greece*, cit;

³²⁶ CEDU, *S.D. v. Greece*; CEDU, *Tabesh v. Greece*, cit; CEDU, *Rahimi v. Greece*, cit; CEDU, sentenza del 7 settembre 2011, *RU v. Greece*, ric. n. 2237/2008; CEDU, sentenza del 31 luglio 2012, *Mahmudi and others v. Greece*, ric. n. 14902/2010. In particolare, nel caso *Housein v. Greece*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che il rimedio della *objection*, di cui si era servito il ricorrente, non poteva considerarsi effettivo per la composizione della Corte e l'impossibilità di appellare la decisione in primo grado. CEDU, sentenza del 24 ottobre 2013, *Housein v. Greece*, ric. n. 71825/11.

governi precedenti: la promessa della chiusura dei centri di detenzione faceva parte di questo posizionamento. In seguito alle elezioni si assistette, effettivamente, ad una politica di superamento del trattenimento generalizzato: fu revocata la decisione ministeriale che aveva esteso a 18 mesi il termine di trattenimento (sia per i migranti in fase di espulsione, sia per i richiedenti asilo), e la durata massima venne riportata a 6 mesi; si impose l'immediata liberazione delle persone che erano già state detenute per detto periodo e quella di persone vulnerabili e richiedenti asilo; si affermò la volontà di rendere operative misure alternative alla detenzione. Il risultato di queste politiche fu che soltanto 324 persone si trovavano in stato di trattenimento nel giugno 2015³²⁷.

Tuttavia, appena un anno dopo, i centri di detenzione erano nuovamente al limite della loro capacità e la Grecia «was fast becoming a containing space of the thousands of refugees trapped in its islands and mainlands»³²⁸: l'incremento significativo degli arrivi conseguente al conflitto siriano e le pressioni delle istituzioni e degli Stati membri dell'Unione per fermare il flusso di rifugiati – in arrivo in Grecia, e da lì, in Europa – plasmarono in modo significativo le politiche degli anni successivi con il paradossale risultato della riemersione di un sistema centrato sulla detenzione (o quantomeno sul confinamento) generalizzati.

3.2.1. *L'accordo UE-Turchia come fil-rouge delle riforme*

Nel 2015 circa 860.000 migranti e rifugiati (per lo più siriani, iracheni e afgani) fecero ingresso in Grecia dalla Turchia³²⁹, principalmente via mare, con l'obiettivo di dirigersi verso l'Europa continentale. La consapevolezza dell'impossibilità, per la Grecia da sola, di accogliere adeguatamente tutte le persone in fuga, spinse la Commissione europea ad adottare l'Agenda sulla migrazione e a prospettare la ricollocazione dei rifugiati all'interno dell'Unione europea quale soluzione alle pressioni sui confini esterni. Mentre il Consiglio approvava, il 14 settembre 2015, la *relocation* di 40.000 rifugiati da Italia e Grecia, le persone migranti si erano mobilitate in autonomia, muovendosi lungo la rotta balcanica per raggiungere i Paesi del nord Europa e, in particolare, la Germania, che adottò una politica di apertura nei confronti dei rifugiati e accolse circa un milione di persone durante il 2015. Quello stesso anno, come detto, calarono sensibilmente i tassi di detenzione.

L'aumento del numero di persone migranti trattenute fu invece registrato durante l'anno successivo: lungi dall'essere determinata dal numero di rifugiati presenti nel Paese, dunque, la tendenza è frutto delle decisioni squisitamente politiche – promosse a livello europeo e a livello interno – volte a gestire (ma, soprattutto, a prevenire) l'arrivo dei rifugiati attraverso³³⁰. Nel 2016 la Commissione europea aveva criticato l'insufficiente utilizzo da parte delle autorità

³²⁷ All'interno dei centri di detenzione ufficiali. Come osservato dal CPT: «As a consequence of this change of policy, the number of persons held in the pre-departure centres has been reduced dramatically. (...) Nevertheless, another 2,000 irregular migrants were being held in police stations and special holding facilities around the country for a nominal capacity of little more than 5,500». Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT), *CPT Report, Ad hoc visit: 14/04/2015-23/04/2015* (CPT/Inf (2016) 4, p. 65).

³²⁸ A. Fili, 2023, p. 115.

³²⁹ UNHCR, *Operational Portal: the Mediterranean situation*, 2015.

³³⁰ V. Moreno-Lax, *The informalisation of the external dimension of EU asylum policy: the hard implications of soft-law*, in P. De Bruycker, L. Tsourdi, *Research Handbook on migration and asylum law*, 2022, pp. 282-304.

nazionali delle potenzialità offerte dal trattenimento disciplinato dalla Direttiva Rimpatri, proponendo che la Grecia facesse «full use of the possibilities offered by the Greek legislation in line with the Return Directive to maintain irregular migrants in detention up to 18-months maximum limit to avoid that detention is ended before effective removal»³³¹. Non può, perciò, sorprendere che le pressioni europee abbiano segnato una inversione di rotta.

L'espressione più evidente dell'influenza dispiegata dalle politiche unionali sullo Stato greco può probabilmente identificarsi con l'intesa EU-Turchia del 18 marzo 2016, caratterizzata da una «cornice giuridica evanescente, sfuggente, informata alla massima informalità e flessibilità pur di raggiungere il risultato»³³². L'accordo, poi qualificato dalla Corte di giustizia come intesa multilaterale e pertanto non pienamente riconducibile all'operato delle istituzioni europee³³³, fu adottato in un contesto di capillari carenze del sistema di asilo greco e di inosservanza dei principi europei in materia di rimpatrio (primo tra tutti, quello di *non-refoulement*)³³⁴. L'obiettivo primario della dichiarazione era senz'altro da individuarsi nel contenimento dei flussi migratori e nella cooperazione della Turchia alla riammissione dei rifugiati sulla base della sua qualificazione come «Paese terzo sicuro»³³⁵.

Un mese dopo l'entrata in vigore dell'accordo il Parlamento greco adottava la L. 4375/2016³³⁶ al fine di recepire le dir. 2013/32/UE e 2013/33/UE e di riorganizzare le procedure di asilo anche per adeguarsi al recente accordo³³⁷. La novella legislativa introduceva anche alcune modifiche al precedente assetto in materia di detenzione dei richiedenti protezione, e ritoccava la norma relativa alla 'restrizione della libertà' disposta nei RIC nei confronti dei migranti in ingresso a fini identificativi (su cui si tornerà, *infra*, par. 3.3.2). Limitandoci, per ora, all'esame del primo profilo, si può osservare che la riforma seguiva due direttrici, parzialmente contraddittorie. Da un lato, ampliava i presupposti della misura

³³¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, COM (2016) 85 final, 10.2.2016.

³³² C. Favilli, *Nel mondo dei 'non accordi': protetti sì, purché altrove*, in *Questione giustizia*, 2020, 1, pp. 143-154. Sull'accordo UE-Turchia e sulla sua natura giuridica, anche M. den Heijer, T. Spijkerboer, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in *EU Law Analysis Blog*, 07.04.2016; M. Gatti, A. Ott, *The EU-Turkey statement: legal nature and compatibility with EU institutional law*, in S. Carrera, J.S. Vara, T. Strik (a cura di), *Constitutionalising the external dimension of EU migration policies in times of crisis*, 2019, pp. 175-200.

³³³ Ordinanze del Tribunale del 28 febbraio 2017, *NF c. Consiglio europeo*, C-T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128, *NG c. Consiglio europeo*, C-T-193/16, ECLI:EU:T:2017:129, *NM c. Consiglio europeo*, C-T-257/16, ECLI:EU:T:2017:130. Sul punto, E. Cannizzaro, *Denialism as the supreme expression of realism – a quick comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, 2017, 2, pp. 251-257.

³³⁴ Council of Europe, Parliamentary Assembly, *The Situation of Refugees and Migrants under the EU-Turkey Agreement of 18 March 2016*, 19.4.2016; UNHCR, *Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the safe third country and first country of asylum concept*, 23.3.2016.

³³⁵ Sugli effetti dell'accordo: C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405-421; M. Marchegiani, L. Marotti, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2016, 1-2, pp. 59-82.

³³⁶ L. 4375/2016 «Organisation and functioning of the Asylum Service, Appeals Authority, Reception and Identification Service, establishment of General Secretariat for Reception, transposition of Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council 'on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast)' (L 180/29.6.2013), provisions on employment of beneficiaries of international protection" and other provisions», Gov. Gazzette 51/A/3-4-2016, consultabile in inglese al seguente link: <http://bit.ly/2kKm2cu>.

³³⁷ A. Papapanagiotou, N. Garipidis, *Implementing the "hotspot approach" on the Greek Islands: legal and operational aspects*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, 1.

coercitiva; dall'altro, perseguiva una maggiore aderenza al dettato legislativo europeo, ad esempio tramite il riferimento espresso alla valutazione della proporzionalità del trattenimento e alla previa esperibilità delle misure alternative. In base al nuovo art. 46 l. 4375/2016 non è ammesso il trattenimento del richiedente giustificato unicamente dalla presentazione di una domanda di asilo (art. 46, co 1) e quello disposto nei confronti di un richiedente protezione che non si trovi *già* in stato di detenzione. Se, tuttavia, questa è l'ipotesi, sarà possibile mutare il titolo di trattenimento (in precedenza finalizzato al rimpatrio) quando:

- a) è necessario determinare l'identità o nazionalità della persona (art. 46, co 2, lett.a));
- b) devono essere individuati gli elementi su cui si fonda la domanda e lo stesso risultato non sia conseguibile tramite misura meno coercitiva, in particolare se esiste un rischio di fuga (art. 46, co 2, lett.b));
- c) è stato accertato, sulla base di elementi oggettivi, che la domanda è stata presentata al solo scopo di eseguire l'espulsione, se è probabile che il rimpatrio possa essere eseguito (art. 46, co 2, lett.c));
- d) la persona costituisce un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico, sulla base di un provvedimento adeguatamente motivato (art. 46, co 2, lett.d));
- e) sussiste un serio rischio di fuga nell'ambito dell'esecuzione di un trasferimento ex art. 18 reg. 2013/604/UE (art. 46, co 2, lett.e)).

I presupposti che legittimano la detenzione, che ricalcano in gran parte quelli della Direttiva Accoglienza, sono formulati in maniera più dettagliata delle previsioni precedenti, sì da aumentare lo spettro di garanzie a tutela del richiedente asilo. Resta però problematica la definizione del rischio di fuga, operata *per relationem* alle norme della l. 3907/2011. L'art. 46 prevede inoltre che la detenzione sia mantenuta per il più breve tempo possibile, e non possa estendersi oltre i 90 giorni³³⁸. I provvedimenti di applicazione e di proroga della misura detentiva devono essere trasmessi al Tribunale amministrativo territorialmente competente per il controllo della legalità, da svolgersi con tempestività: la norma configura un controllo di legittimità *ex officio* sia al momento nel momento iniziale, sia in sede di estensione del trattenimento (pur sempre disposto dall'autorità di pubblica sicurezza), cui si aggiunge il preesistente rimedio delle *objections* per il tramite del rimando all'art. 76 l. 3386/2005.

L'articolo di nuovo conio contiene anche alcune garanzie procedurali, quali il diritto ad essere informati nella lingua compresa dal detenuto sulle ragioni della detenzione e sulle modalità di ricorso; il diritto all'assistenza e alla rappresentanza legale gratuite; l'onere di fornire immediata comunicazione all'autorità competente in materia di asilo dell'adozione del provvedimento di trattenimento, posto che ai richiedenti asilo trattenuti si applica la procedura accelerata. Infine, si prevede un divieto di detenzione delle donne in stato di gravidanza e, in via generalizzata, dei minori non accompagnati. Tuttavia, la norma ammette anche una parziale deroga a detta preclusione nel caso in cui il minore che già si trovava in detenzione al momento della presentazione della domanda di asilo debba essere trasferito presso una struttura di accoglienza in condizioni di sicurezza.

³³⁸ Per la precisione, nelle ipotesi di cui alle lett. a), b), e c), la detenzione può essere applicata per un periodo iniziale di 45 giorni, prorogabili, al massimo, di ulteriori 45. Nella ipotesi di cui alla lett. d) ed e) non può superare i 90 giorni.

A contrario, dal testo dell'articolo si può inferire come accettabile il trattenimento dei minori non accompagnati *non* richiedenti asilo³³⁹. L'intervento legislativo non ci pare sufficiente a fornire una effettiva protezione ai minori, indipendentemente dal loro *status*, tenuto conto delle numerose violazioni dei loro diritti, riconosciute estensivamente dalla Corte EDU in ragione delle degradanti condizioni detentive in cui erano mantenuti³⁴⁰. Ancora oggi i minori stranieri non accompagnati possono essere legittimamente detenuti in casi eccezionali, sebbene gli interventi normativi del 2016 e degli anni successivi abbiano rafforzato il sistema di tutela e abolito una delle forme più odiose di trattenimento³⁴¹, quello disposto per ragioni di 'tutela' all'interno delle stazioni di polizia (si tratta del cd. istituto della «protective custody», definitivamente abrogato a seguito di numerose pressioni da parte delle istituzioni internazionali)³⁴².

Quanto ai luoghi in cui può avvenire la limitazione della libertà personale, l'art. 46 l. 3475/2016 richiama il contenuto dell'art. 31 l. 3907/2011, in base al quale devono essere preferiti, quale regola generale, i centri di detenzione. Il collocamento dei richiedenti asilo nelle stazioni di polizia, però, continua ad essere la norma, soprattutto nei dintorni di Atene e sulle isole greche in cui non vi è un PROKEKA operativo³⁴³. Anche i locali nei pressi delle stazioni della polizia di frontiera vengono utilizzati per trattenere le persone in ingresso anche quando presentino immediatamente domanda di asilo: con l'aumento del numero degli ingressi via terra dalla Turchia (nel 2016 prima, e soprattutto a partire dal 2020) i luoghi di trattenimento *de facto* si sono moltiplicati per rispondere alle esigenze delle forze di pubblica sicurezza³⁴⁴. Un esempio per tutti è il centro detentivo di 'Poros', la cui natura «semi-formale» ha consentito alle autorità greche di utilizzarlo per trattenere informalmente i migranti prima di respingerli illegalmente verso la Turchia³⁴⁵.

³³⁹ I minori non accompagnati non richiedenti asilo possono rimanere nei centri di detenzione finché non si trovi un posto nelle strutture di accoglienza dedicate, teoricamente per un periodo massimo di 25 giorni (prorogabile di ulteriori 20 giorni in circostanze eccezionali, quali l'incremento significativo dei flussi migratori in ingresso).

³⁴⁰ Ad es. CEDU, *Rahimi c. Grèce*; CEDU, *Mohamad c. Grèce*.

³⁴¹ Con la l. 4554/2018 veniva rafforzato il sistema di tutela nei confronti dei minori non accompagnati (l. 4554/2018 «On the regulatory framework for the guardianship of unaccompanied migrants», Gov. Gazette 130/A/18-7-2018), mentre l'art. 41 della l. 4760/2020 abrogava le disposizioni sulla *protective custody* (l. 4760/2020 «Regulations of penitentiary legislation, provisions for the Welfare Fund for Employees of the Security Forces and other provisions under the jurisdiction of the Ministry of Citizen Protection and the Ministry of Immigration and Asylum», Gov. Gazette 247/A/11-12-2020).

³⁴² Ci si riferisce ai più recenti casi *H.A. and others v. Greece*, e *Sh.D. et autres c. Grèce*, ma anche alla decisione del Comitato per i diritti sociali dell'Unione Europea (CESD, Decisione sul merito del 21 gennaio 2021, *International Commission of Jurists (ICJ) and European Council for Refugees and Exiles (ECRE) v. Greece*, reclamo n. 173/2018). Sia consentito rimandare a E. Celoria, *L'effettività dei diritti sociali dei minori stranieri: la decisione del Comitato europeo per i diritti sociali sul reclamo collettivo contro la Grecia*, in *ADiM Blog*, Agosto 2021.

³⁴³ ECRE – Greek Refugee Council, *AIDA Country Report Greece, Update 2020*. Sull'utilizzo delle stazioni di polizia, si vedano anche le recenti raccomandazioni del Comitato per la prevenzione della tortura: CPT, *Report to the Greek Government on the Visit to Greece carried out from 13 to 17 March 2020*, CPT/Inf (2020) 35.

³⁴⁴ Sulla geografia degli spazi di confinamento lungo il confine greco-turco, L. Karamanidou, B. Kasperek, S. Campbell, *Spaces of Detention at the Greek-Turkish Land Border*, in *Border Criminologies*, 24.5.2021, e L. Karamanidou, B. Kasperek, *Hidden Infrastructures of the European Border Regime: the Poros Detention Facility in Evros, Greece*, Blog/Respond, 8.3.2020.

³⁴⁵ Il CPT ha rilevato che «the complete absence of any registration of detention at the Poros detention centre is extremely worrying. The Poros centre falls under the jurisdiction of the Feres Police and Border Guard Station and, at least since 29 February 2020, it was officially being used for holding migrants for several hours prior to

L'esame del testo normativo del 2016 restituisce una configurazione dell'assetto in materia di trattenimento del richiedente protezione conforme agli *standards* europei ed improntato al rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali in materia di privazione della libertà. Se confrontato con le norme in materia di trattamento dei migranti irregolari, la disciplina appare maggiormente ispirata alla tutela della persona detenuta. Tuttavia, l'ampliamento dello spettro dei casi di cui all'art. 46 ha costituito l'occasione, per le autorità di polizia, di fare un uso ancor più disinvolto dello strumento, ignorando la portata maggiormente garantista delle norme. Numerose organizzazioni non governative hanno testimoniato che nemmeno dal 2016 gli ordini di trattenimento si sono basati su un esame individuale della situazione dei richiedenti; che i provvedimenti spesso non sono tradotti in lingua conosciuta ai detenuti; che l'accesso alla difesa e alla rappresentanza legale sono ancora fortemente limitati; o ancora, che la detenzione dei minori – soprattutto all'interno delle stazioni di polizia – è rimasta la prassi quantomeno sino al 2020³⁴⁶.

3.2.2. L'aumento esponenziale della detenzione dal 2016 in avanti: analisi dei dati disponibili

Rimandando al paragrafo successivo per un esame dettagliato della configurazione degli ingranaggi detentivi all'interno dell'approccio *hotspot*, si può fin d'ora anticipare che l'incremento dei tassi di detenzione dei richiedenti asilo, la cui base normativa è il nuovo art. 46 l. 4375/2016, si è registrato tanto sulle isole dell'Egeo, quanto sulla terraferma. I dati disponibili, sebbene incompleti, non sempre omogenei e non riconducibili a statistiche governative ufficiali, confermano tale tendenza. In particolare, secondo le informazioni rese dal *Greek Refugee Council*³⁴⁷ alla fine del 2017 il numero di persone detenute era aumentato del 60% rispetto al 2016, in corrispondenza anche dell'aumento del numero dei centri (da 6 a 9)³⁴⁸.

L'andamento nei tassi di detenzione può essere calcolato facendo riferimento sia al numero di provvedimenti di trattenimento complessivamente adottati dal 2016 in avanti, sia alle cifre relative ai trattenuti presenti nei centri per il rimpatrio: nel 2016, ai 14.864 ordini di trattenimento (di cui 4.072 adottati nei confronti dei richiedenti asilo) corrispondevano circa 2.000 persone trattenute nei PRDC³⁴⁹; nel 2017, gli ordini di trattenimento sono 25.810 (di cui

their transport to another detention facility. The delegation was told that all persons were recorded upon entry to the facility but that at the end of each day the form containing the information on these persons was simply thrown away. Such a practice lends credence to the very detailed allegations that the Poros detention facility was used to hold persons arbitrarily without any access to their rights, and that it served as a staging post for the pushback of migrants to Turkey». CPT, *Report to the Greek Government on the Visit to Greece carried out from 13 to 17 March 2020*.

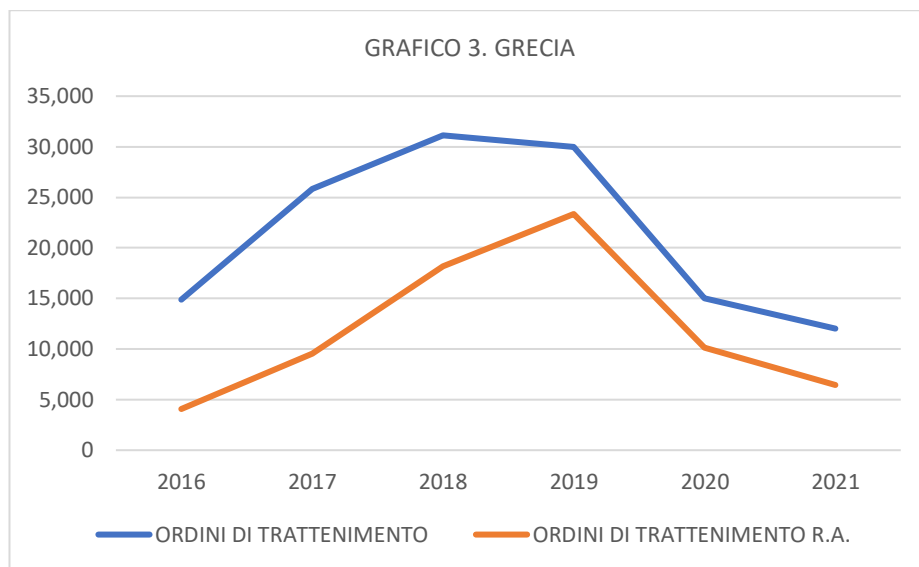
³⁴⁶ Equal Rights Beyond Borders, *Still detained and forgotten*, Maggio 2023; RSA, *Persisting systematic detention of asylum seekers in Greece*, Giugno 2022; Greek Refugee Council, *Detention as the default: how Greece, with the support of the EU, is generalizing the administrative detention of migrants*, Novembre 2021.

³⁴⁷ Questi dati possono considerarsi ragionevolmente affidabili, poiché rilevazioni dell'ONG si basano su dati richiesti e trasmessi dal Ministero dell'Interno.

³⁴⁸ Greek Refugee Council, *Administrative detention in Greece: findings from the field (2018)*, 2019, consultabile al link: https://www.gcr.gr/media/k2/attachments/GCR_Leaflet_ENGL_small_v1.pdf.

³⁴⁹ ECRE – Greek Refugee Council, *AIDA Country Report Greece, Update 2017*, consultabile al link: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2018/03/report-download_aida_gr_2017update.pdf.

9.534 rivolti a richiedenti asilo) e i detenuti a fine anno 2.213³⁵⁰; nel 2018 vi sono stati 31.126 ordini di trattenimento (di cui 18.204 indirizzati a richiedenti asilo) e il numero di trattenuti ammontava a 2.923³⁵¹; nel 2019, l'anno in cui si è toccato il numero più elevato di decisioni di trattenimento, si contavano 30.007 provvedimenti (di cui 23.348 aventi come destinatari i richiedenti asilo) e 2.848 persone private della libertà a fine anno³⁵². A partire da questo anno si assiste ad una contrazione della capacità detentiva dei centri (le strutture passano da 9 a 8 e poi a 6), che si accompagna, nei due anni successivi, alla riduzione dei numeri complessivi relativi al trattenimento: la misura coercitiva viene adottata in 14993 casi (10.130 dei quali relativi a richiedenti asilo) nel 2020 e in 12.020 casi (di cui 6.447 per richiedenti asilo) nel 2021³⁵³. Il numero di persone trattenute resta stabile, pari a 2.408 a fine 2020 e 2.335 a fine 2021, mentre la percentuale di richiedenti asilo tra i trattenuti rimane sempre superiore al 50%.³⁵⁴



Le cifre qui riportate non lasciano spazio a dubbi in merito all'aumento considerevole dello spazio occupato dalla detenzione nel sistema di controllo di migranti in Grecia, al netto delle conseguenze dovute alla pandemia da Covid 19, e pur a fronte di una complessiva riduzione

³⁵⁰ ECRE – Greek Refugee Council, *AIDA Country Report Greece, Update 2018*, consultabile al link: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2018/03/report-download_aida_gr_2017update.pdf.

³⁵¹ ECRE – Greek Refugee Council, *AIDA Country Report Greece, Update 2019*, consultabile al link: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2019/03/report-download_aida_gr_2018update.pdf.

³⁵² ECRE – Greek Refugee Council, *AIDA Country Report Greece, Update 2020*, consultabile al link: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/06/AIDA-GR_2020update.pdf.

³⁵³ ECRE – Greek Refugee Council, *AIDA Country Report Greece, Update 2021*, consultabile al link: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2022/05/AIDA-GR_2021update.pdf. I numeri riportati nel report AIDA sono però inferiori rispetto a quelli calcolati, ad esempio, dalla ONG Refugee Support Aegean (di seguito, RSA), per la quale nel 2021 sarebbero state adottati 21.044 provvedimenti di trattenimento: RSA, *Persisting systematic detention of asylum seekers in Greece*, giugno 2022.

³⁵⁴ ECRE – Greek Refugee Council, *AIDA Country Report Greece, Update 2021*.

degli arrivi nel Paese³⁵⁵. Inoltre, risulta immediatamente percepibile come il dispositivo detentivo sia rivolto in misura significativa ai richiedenti protezione internazionale (che nel 2019 sono stati oltre la metà delle persone private della libertà) e si basi su diverse strutture ancillari agli ‘speciali’ PROKEKA destinati all’esecuzione del rimpatrio. Per completare il quadro delle risultanze quantitative in merito al funzionamento del sistema di detenzione, si può segnalare che i numeri dei rimpatri effettuati sono in netta diminuzione a partire dal 2017 in avanti.³⁵⁶

In perfetta continuità con quanto già registrato negli anni della crisi economica, questo dato fa emergere con maggior chiarezza le storture del regime detentivo, o quantomeno la sua distonia rispetto ai principi discendenti dall’art. 5 CEDU e 6 Carta: l’esecuzione del rimpatrio *non* può considerarsi la principale finalità che giustifica la detenzione generalizzata. Diverse ipotesi possono essere avanzate circa le reali funzioni del trattenimento. A quanto già osservato *supra* in merito alla detenzione come modalità di «controllo della (presunta) pericolosità sociale» si sommano riflessioni scaturenti dall’elevato numero di richiedenti asilo trattenuti e dalla sempre maggiore centralità degli spazi detentivi in prossimità delle frontiere.

Le finalità del regime detentivo, dunque, possono variare in ragione della collocazione geografica dei centri: gestione della frontiera in chiave strumentale alla realizzazione di respingimenti illegittimi (*pushbacks*)³⁵⁷; contenimento sulle isole per prevenire i movimenti secondari, con particolare riguardo ad alcune specifiche nazionalità di richiedenti asilo sottoposti a procedura di frontiera e nell’ambito dell’approccio *hotspot*³⁵⁸; controllo sociale preventivo esplicito nei confronti dei soggetti considerati una minaccia per l’ordine pubblico, cui si accompagna l’irrinunciabile funzione simbolica e di deterrenza, il cui *target* sono i migranti ‘indesiderati’.

3.2.3. Lungo la slippery slope: successive riforme e la loro compatibilità con il diritto UE

La dottrina osservava come, tra la fine del 2016 e l’inizio del 2017, a poco più di un anno dall’inversione di rotta in materia di utilizzo dei mezzi coercitivi «administrative detention is systematically imposed on TCNs apprehended in the islands, at the land border with Turkey and in the Greek mainland»³⁵⁹. Paradossalmente, in quegli anni, l’impronta securitaria e le finalità di deterrenza perseguite dalle autorità greche non avevano ancora raggiunto la loro massima espressione. Si è già illustrato che, da un punto di vista formale, la legge del 2016

³⁵⁵ Gli arrivi lungo la rotta del Mediterraneo orientale (che tengono conto degli ingressi irregolari in Grecia, effettuati sia via mare che via terra) sono stati: 18.2227 nel 2016, 42.319 nel 2017, 56.561 nel 2018, 83.333 nel 2019, 20.283 nel 2020, 20.567 nel 2021. Fonte: *Frontex*.

³⁵⁶ I rimpatri eseguiti sono stati 13437 nel 2017, 7767 nel 2018, 4868 nel 2019, 3660 nel 2020, 3276 nel 2021. Fonte: *Eurostat*.

³⁵⁷ L. Karamanidou, B. Kasperek, *From exception to extra-legal normality: pushbacks and racist State violence against people crossing the Greek-turkish land border*, in *State Crime Journal*, 2022, 11(1), pp. 12-32.

³⁵⁸ A. Dimitriadi, *Governing irregular migration at the margins of Europe. The case of hotspots on the Greece islands*, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 2017, 1, pp. 76-95; M. Tazzioli, G. Garelli, *Containment beyond detention: the hotspot system and disrupted migration movements across Europe*, in *Environment and Planning D: Society and Space*, 2018, pp. 1-19

³⁵⁹ E. Koutsouraki, 2017, p. 99.

configurava il trattenimento come ipotesi eccezionale e prevedeva plurime garanzie procedurali. La conseguenza era un considerevole divario tra *law in the book* e *law in action*, posto che le modalità di esercizio della legge da parte delle autorità di polizia contrastavano severamente con i principi normativi. A partire dal 2019, si assistette ad un allineamento tra norma e prassi: entrambe prefigurano la detenzione come «default measure»³⁶⁰, strumento privilegiato di gestione dell'immigrazione. L'obiettivo è stato realizzato anche per il tramite della riscrittura delle norme sul trattenimento, ad opera di una serie di interventi susseguiti negli ultimi quattro anni.

Nel novembre 2019, a pochi mesi di distanza dall'insediamento della nuova maggioranza, il Parlamento greco varava una prima riforma del quadro legislativo in materia di asilo. Gli artt. 46, 47 e 48 della l. 4636/2019 (ribattezzata IPA, «international protection act»³⁶¹) intervenivano sulla materia del trattenimento sostituendo le previsioni della l. 4375/2016 e introducendo *ex novo* la possibilità di trattenere il richiedente che non fosse già detenuto al momento della presentazione della domanda³⁶². I presupposti che legittimano l'adozione della misura coercitiva sono ripresi fedelmente dal testo dell'art. 8 (3) dir. 2013/33/UE: tutte le ipotesi contemplate dall'articolo sono riversate nella normativa interna³⁶³. Vengono anche mantenute le precedenti circostanze in base alle quali era possibile mutare il titolo del trattenimento della persona già collocata nel centro. In sostanza, sulla base degli stessi motivi, si apre la strada al trattenimento indifferente di coloro che erano in stato di libertà e di chi era già detenuto a fini di espulsione. Inoltre, la legge eleva i termini di trattenimento: ad un periodo iniziale di 50 (e non più 30) giorni, si aggiunge la possibilità di disporre ulteriori proroghe di 50 giorni. La durata massima è (così come per i migranti irregolari) innalzata a 18 mesi. Ancora, viene eliminata la previsione, introdotta nel 2016, secondo cui la detenzione del richiedente doveva essere preceduta dalla valutazione dell'Autorità territoriale competente per l'esame della domanda di asilo: il potere è deferito in via esclusiva all'autorità di polizia. Per altro verso, può riconoscersi che la norma impone che la vulnerabilità del richiedente, l'assenza di posti nei centri deputati al trattenimento e l'impossibilità di garantire un livello adeguato delle condizioni di detenzione debbano essere tenuti in considerazione al momento dell'applicazione

³⁶⁰ Greek Refugee Council, Oxfam, *Detention as the default: how Greece, with the support of the EU, is generalizing the administrative detention of migrants*, 2021.

³⁶¹ L. 4636/2019 «on international protection and other provisions», Gov. Gazette 169/A/1-11-2019, consultabile in greco al seguente link: <https://bit.ly/2Q9VnFk>.

³⁶² Nel giugno 2022 interveniva una nuova legge al fine di ricodificare la l. 4636/2019 e gli interventi normativi degli anni successivi. La maggior parte degli articoli contenuti nella legge del 2019 sono stati ripresi fedelmente e sono convogliati in nuovi articoli. Le norme sulla detenzione, che non hanno subito modifiche significative, sono oggi contemplate negli artt. 50 e ss della l. 4939/2022. L. 4939/2022 «Legal code on reception, international protection for applicants of international protection/stateless persons and temporary protection in case of mass influx of displaced persons» Gov. Gazette 111/A/10-06-2022, consultabile in greco al seguente link: <https://migration.gov.gr/wp-content/uploads/2022/07/%CE%A6%CE%95%CE%9A-%CE%91-111-2022.pdf>.

³⁶³ Più precisamente, i casi contemplati dall'art. 46 co 2 sono i seguenti: «(a) al fine di determinare o verificare la sua identità o nazionalità o origine; (b) al fine di determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero essere ottenuti in assenza di trattenimento, in particolare quando sussiste il rischio di fuga del richiedente; (c) quando sussiste un rischio per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico; (d) quando esiste un rischio significativo di fuga ai sensi dell'articolo 2, lettera n), del regolamento. 2, lettera n), del regolamento 604/2013 e al fine di garantire l'attuazione della procedura di trasferimento in conformità con il regolamento di Dublino; (f) per decidere, nell'ambito di una procedura, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio».

della misura. Si tratta di una importante garanzia in termini astratti, che però non è stata sufficientemente valorizzata né dalle autorità amministrative né da quelle giudiziali. Appare invece critica la previsione di cui all'art. 47, co 6 l. 4636/19, che consente di derogare all'obbligo di fornire adeguate informazioni sulle ragioni del trattenimento e sui mezzi di ricorso in una lingua comprensibile quando la persona sia trattenuta in una postazione di frontiera o in una zona di transito. Preoccupa che una simile deroga riguardi precisamente quei contesti in cui l'isolamento e la celerità delle procedure dovrebbero imporre un più elevato livello di attenzione per le garanzie a tutela della libertà personale.

A distanza di pochi mesi dall'adozione della l. 4636/2019, fortemente criticata dalle organizzazioni internazionali e dalla società civile³⁶⁴, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla regolamentazione del regime detentivo. La l. 4686/2020 viene adottata nel pieno dell'emergenza pandemica nel maggio 2020³⁶⁵, a seguito della decisione del Governo greco³⁶⁶ di sospendere l'acquisizione delle domande di asilo in risposta alla decisione della Turchia di «lasciar passare (o addirittura agevolare il transito de) i richiedenti asilo verso il confine con la Grecia»³⁶⁷. Nel marzo 2020 si aprì, dunque, una fase di eccezionale compromissione del diritto all'accesso alla domanda di protezione, in contrasto con i principi e le previsioni di diritto internazionale ed europeo sul diritto di asilo, cui si accompagnò una politica violenta e sempre meno mascherata di respingimenti adottati in violazione del principio di *non refoulement*³⁶⁸.

Sulla scia del deterioramento delle garanzie in materia di asilo, la l. 4686/2020 introduce ulteriori limitazioni con riguardo ai termini di impugnazione e alle modalità di notifica delle decisioni³⁶⁹, ed amplia le ipotesi in cui può essere dichiarata la manifesta infondatezza della domanda di asilo. Come sostenuto dall'Alto Commissariato ONU per i rifugiati «the combination of reduced procedural safeguards with provisions related to the detention of asylum seekers and to the detention of those under forced return procedures, compromises the credibility of the system and is of high concern to UNHCR. The current Draft Law further extends the practice of detention, which is essentially turned into the rule while it should be the

³⁶⁴ UNHCR Greece, *UNHCR urges Greece to strengthen safeguards in draft asylum law*, 24.10.2019; ECRE – Greek Refugee Council, *AIDA Country Report Greece, Update 2020*; Equal Rights Beyond Borders, *Detained and Forgotten at the Gates of the EU Detention of Migrants on the Island of Kos*, 2021; RSA, *RSA Comment on the national protection bill*, 21.10.2019. Si veda anche il commento di M. Mouzourakis, *All but last resort: the last reform of detention of asylum seekers in Greece*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 18.11.2019.

³⁶⁵ L. 4686/2020 «Improvement of the migration legislation, amendment of l. 4636/2019 (A' 169), 4375/2016 (A' 51), 4251/2014 (A' 80) and other provisions», Gov. Gazette 96/A/12-05-2020.

³⁶⁶ La decisione è confluita nel decreto legislativo di emergenza (Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου) del 2 marzo 2020, adottato in conformità all'art. 44, co 1 Cost. Gov. Gazette 45/A/2-3-2020. Per un commento, A. Di Pascale, *La situazione alla frontiera Greco-Turca e la (continua mancata) reazione dell'Unione Europea*, in *Eurojus*, 14.9.2020.

³⁶⁷ Per una ricostruzione della vicenda e dei profili di diritto internazionale rilevanti, A. Spagnolo, *Un gioco delle parti sulla pelle delle persone. L'insostenibilità delle ragioni greche, europee e turche nella crisi migratoria in corso*, in *SIDIBlog*, 14.3.2020. Sulla strumentalizzazione dei migranti ai confini europei, anche L. Marin, *The Covid-19 crisis and the closure of external borders: another stress-test for the challenging construction of solidarity within the EU?*, in *European Papers*, 2020, n. 2, pp. 1071-1086, e F. Peerboom, *Protecting Borders or Individual Rights? A Comparative Due Process Rights Analysis of EU and Member State Responses to 'Weaponised' Migration*, in *European Papers*, 2022, 7, pp. 583-600.

³⁶⁸ L. Karamanidou, B. Kasperek, 2022.

³⁶⁹ Per una analisi dettagliata degli emendamenti, si rimanda a ECRE – Greek Refugee Council, *AIDA Country Report Greece, Update 2019*, pp. 195 e ss.

exception, both for asylum seekers and those under return»³⁷⁰. In particolare, l'art. 21 della l. 4686/2020 disponeva che, a seguito di rigetto della domanda di asilo in prima istanza – e in assenza di effetto sospensivo del ricorso eventualmente presentato – il richiedente *dovesse* rimanere in stato di detenzione ai fini dell'esecuzione del rimpatrio, o fino all'accoglimento. Si è dunque introdotto un automatismo fondato sul rigetto del riesame della domanda di protezione, che non ammette alcuna eccezione e pare in aperta contraddizione con il principio di proporzionalità.

Inoltre, la stessa legge ha modificato l'art. 30 l. 3907/2011 in materia di trattenimento del migrante irregolare. Dal 2015 in avanti la maggior parte dei migranti in condizione di soggiorno irregolare corrispondeva ai richiedenti protezione che avevano visto la loro domanda rigettata in via definitiva. In base alla nuova formulazione della norma «i cittadini di stati terzi destinatari di un ordine di rimpatrio *sono* trattenuti al fine di preparare il rimpatrio e portare a termine il processo di allontanamento». Soltanto nel caso in cui il funzionario di polizia competente ritenga che: «a) non vi sia alcun rischio di fuga o b) il cittadino di un Paese terzo interessato sia collaborativo e non ostacoli la preparazione del rimpatrio o il processo di allontanamento o, oppure c) non vi siano motivi di sicurezza nazionale, si applicano altre misure meno coercitive [...]» potranno essere disposte misure alternative al trattenimento. L'intervento inverte il rapporto regola/eccezione nell'applicazione delle misure coercitive in fase di espulsione, in solare contrasto con l'art. 15 dir. 2008/115/UE³⁷¹. Inoltre, l'applicazione combinata delle nuove norme in materia di trattenimento del richiedente protezione e del migrante irregolare è suscettibile di comportare un *continuum* di privazione della libertà, la cui durata può in linea teorica raggiungere i 36 mesi (posto che entrambi i titoli detentivi prevedono la possibilità di proroga fino al termine massimo di 18 mesi, ma i due periodi sono cumulabili).

Infine, nel 2021 è intervenuta una ulteriore legge volta a riformare il quadro normativo in materia di ingresso, soggiorno e rimpatri³⁷², ad opera della quale i casi in cui le autorità possono ricorrere al respingimento (ex art. 76 l. 3386/2005) in luogo del rimpatrio disciplinato dalla l. 3907/2011 sono aumentati. Le riforme dunque hanno ampliato il margine di manovra a disposizione delle autorità amministrative, in modo da consentire loro di aggirare i principi previsti dalla Direttiva Rimpatri e recepiti nella Legge del 2011. Mentre, in precedenza, le autorità di polizia adottavano provvedimenti di espulsione riferendosi anche cumulativamente alle l. 3386/2005 e l. 3907/2011, con la riforma viene favorita l'applicabilità della prima cornice normativa, soprattutto per i provvedimenti adottati subito dopo l'ingresso irregolare dei migranti. Di conseguenza, tutti i migranti che fanno ingresso dalla Turchia, tramite il confine di mare o di terra, sono attinti da un provvedimento di respingimento prima di poter presentare

³⁷⁰ UNHCR, *UNHCR's Intervention at the hearing for actors to the Standing Committee of Public Administration, Public Order and Justice of the Hellenic Parliament regarding the Draft Law on the Improvement of Migration Legislation*, 9.5.2020.

³⁷¹ Dello stesso avviso: D. Angeli, D. Anagnostou, 2022, pp. 97-131.

³⁷² L. 4825/2021 «Reform of deportation and return procedures of third country nationals, attracting investors and digital nomads, issues of residence permits and procedures for granting international protection, provisions within the competence of the Ministry of Migration and Asylum and the Ministry of Citizen Protection and other emergency provisions», Gov. Gazette 157/A/4-9-2021.

domanda di asilo e, quantomeno in un primo momento, non ricadono entro l'ambito di applicazione delle Direttive 2008/115/CE o 2013/32/UE e 2013/33/UE³⁷³.

Le riforme legislative intervenute tra il 2019 e il 2022 tratteggiano un quadro in cui la detenzione non è più soltanto privilegiata dalle autorità di polizia in sede di esecuzione degli indirizzi amministrativi, ma viene consapevolmente eletta del legislatore come pietra miliare della politica di espulsione. Ciò è avvenuto nonostante i tassi di allontanamento fossero in costante calo, principalmente per il rifiuto della Turchia di riammettere i richiedenti asilo e migranti partiti dal proprio territorio a seguito della pandemia e del deterioramento delle relazioni politiche tra i due Paesi³⁷⁴. L'oggettiva e prolungata impossibilità di eseguire i rimpatri non ha spinto l'amministrazione a modificare le proprie prassi, né le corti interessate tramite *objections* ad assumere un orientamento unanime nel senso di dichiarare l'illegittimità della detenzione³⁷⁵. Soltanto l'Ombudsman greco ha pubblicamente affermato la contrarietà della politica detentiva con i principi fondamentali in materia di privazione della libertà, dapprima denunciando la mancata corrispondenza tra aumento della detenzione e (auspicato) incremento dei tassi di espulsione³⁷⁶, e, appena un anno dopo, raccomandando alle autorità amministrative di rilasciare alcuni detenuti sull'isola di Kos: tuttavia, la raccomandazione è rimasta inascoltata³⁷⁷.

3.2.4. Ancora: sulle irrisolte debolezze strutturali del sistema di tutela giurisdizionale

Lo scarto tra la palese incompatibilità della normativa greca, come modificata nel 2020 e nel 2021, con le Direttive (in particolare con la Direttiva Rimpatri) e con la giurisprudenza della

³⁷³ Per un approfondimento si rimanda a RSA, *Greek Refugee Council, HIAS, Danish Refugee Council, Comments on the Bill amending deportation and return procedures, residence permits and asylum procedures*, Giugno 2021.

³⁷⁴ Le prassi poste in essere sull'isola di Kos, una delle isole dell'Egeo interessate dall'attuazione dell'approccio *hotspot* rappresentano la raffigurazione empirica delle previsioni normative: a partire dalla metà del 2020, si attua una politica di detenzione sistemica di tutti i richiedenti asilo sbarcati sull'isola, senza prevedere alcuna eccezione per categorie vulnerabili, donne e famiglie con minori (l'unico gruppo sfuggito al trattenimento è stato quello dei minori non accompagnati, salvo illegittime attribuzioni dell'età). Nonostante la compresenza del RIC (centro di identificazione ed accoglienza), i migranti erano prioritariamente detenuti nel PRDC e costretti a rimanere in stato di trattenimento anche a seguito del rigetto della domanda di asilo, nonostante non venisse eseguito nessun rimpatrio. Di conseguenza, diverse persone sono reclusi nel centro per periodo superiore all'anno, sebbene in assenza di alcuna concreta prospettiva di rimpatrio. Sul punto, Equal Rights Beyond Borders, *Detained and Forgotten at the Gates of the EU Detention of Migrants on the Island of Kos*, 2021.

³⁷⁵ Una delle caratteristiche più evidenti del *case law* greco in materia di detenzione è l'ampia divergenza e finanche contraddittorietà tra le pronunce delle diverse corti territoriali: non essendo previsto un grado di appello davanti ad una corte superiore, non vi è alcun organo che possa garantire una maggiore uniformità. A partire dal 2021 la ONG Equal Rights Beyond Borders ha assistito diversi migranti trattenuti a Kos nella presentazione di *objections* avanti il Tribunale amministrativo di Rodi: in 5 casi su 11 la Corte ha disposto la liberazione dei detenuti per l'assenza di ragionevoli prospettive di rimpatrio. Al tempo stesso, in altri casi la Corte ha rifiutato di dichiarare l'illegittimità della detenzione sulla scorta della mancata allegazione di un domicilio idoneo sull'isola da parte degli stranieri: tuttavia, come acclarato dalla Corte di giustizia in *FMS*, l'assenza di un alloggio non costituisce un presupposto legale per il mantenimento di una misura coercitiva, soprattutto a fronte dell'impossibilità di rimpatrio. Equal Rights Beyond Borders, *'Still detained and forgotten' – Update on Detention Policies, Practices, and Conditions on Kos 2022/23*, 1.5.2023.

³⁷⁶ Greek Ombudsman ([Συνήγορος του Πολίτη](#)), *Special Report on return or third country nationals*, Settembre 2018.

³⁷⁷ Equal Rights Beyond Borders, *Greek Police refuse Ombudsman's request to lift the administrative detention of six Egyptian citizens*, 11.11.2022.

Corte europea dei diritti dell'uomo, fa riaffiorare il tema dell'effettività dei rimedi. Come visto *supra*, la questione non è nuova: l'apparato di tutele giurisdizionali presenta numerose debolezze strutturali sin dall'inizio degli anni Duemila (*infra*, par. 3.1.3). Eppure, colpisce come nemmeno le riforme legislative che hanno comportato una evidente 'divaricazione' del diritto interno con i principi europei siano divenute oggetto di scrutinio critico da parte della magistratura, funzionale alla messa in discussione delle prassi in atto³⁷⁸.

L'organizzazione *Refugee Support Aegean* (RSA) ha in proposito richiamato l'attenzione su un duplice ordine di problemi³⁷⁹: l'ineffettività del rimedio *ex officio* – introdotto nel 2016 – e la difficoltà di accedere all'assistenza e alla rappresentanza legale, che potrebbero incidere sul positivo esito della presentazione di *objections*. Quanto al primo aspetto, si rileva che a fronte di 8.492 provvedimenti *ex officio* decisi dalle corti greche, soltanto in 52 casi l'esito è stato nel senso dell'accertamento dell'illegittimità della proroga del trattenimento. Con riferimento alle *objections*, invece, RSA denuncia che nel corso del 2021 ne sono state presentate appena 2803, pur a fronte di oltre 20.000 provvedimenti di applicazione o proroga della misura detentiva. Sebbene nei casi in cui i detenuti ricevono l'assistenza di un difensore le richieste di riesame portino all'immediata liberazione nel 39% dei casi, il numero ridotto di *objections* denota le criticità nell'accesso al rimedio previsto dal legislatore. Alla luce di questi dati, non sorprende che le prime due raccomandazioni avanzate dal Consiglio dell'UE in sede di valutazione dell'applicazione dello Schengen *aquis* alla Grecia, operata nel 2021, abbiano riguardato precisamente la necessità di garantire l'accesso all'assistenza linguistica e all'assistenza legale gratuita, trattandosi di componenti sostanziali del «rimedio effettivo» cui fa riferimento l'art. 47 Carta³⁸⁰. Nello stesso rapporto il Consiglio denunciava la diffusa pratica di proroga dei trattenenti anche in caso di assenza di ragionevoli prospettive di allontanamento; il perdurante collocamento delle persone nelle celle all'interno di stazioni di polizia; e il trattenimento di minori non accompagnati per ragioni ultronee rispetto alla necessità di eseguire il rimpatrio³⁸¹. È ormai evidente che tali criticità sono strutturali e sistemiche nel panorama greco.

Larga parte della dottrina – sia giuridica che sociologica – è concorde nel muovere una critica circa la ridotta volontà e capacità di mobilitazione del diritto in senso garantista da parte del potere giudiziario³⁸². Si prendano due profili chiave per l'argomentazione in esame: quelli

³⁷⁸ Deve essere menzionata però la presa di posizione del Consiglio di Stato greco, che si è pronunciato sul doveroso rispetto del principio di proporzionalità e sull'applicazione delle misure alternative in un caso in cui era stato chiamato a decidere sulla revoca della protezione internazionale di un rifugiato posto in stato di detenzione. La Corte di ultima istanza, infatti, non ha mai avuto numerose occasioni di pronunciarsi sulle misure detentive, dal momento che le pronunce delle corti di primo grado non sono appellabili. Nel 2018, tuttavia, nel valutare la decisione di revoca della protezione, precisò in via incidentale che il trattenimento del ricorrente era illegittimo, poiché l'attore era da considerarsi, fino all'esaurimento dei mezzi di ricorso, quale rifugiato e non mero richiedente asilo o migrante irregolare. Inoltre, il Tribunale richiamava espressamente le misure alternative quali soluzioni adeguate alla gestione del fenomeno migratorio, ricordando che la detenzione deve essere applicata soltanto quale *extrema ratio*. Consiglio di Stato, decisione n. 97/2018. Si vedano sul punto D. Angeli, D. Anagnostou, 2022.

³⁷⁹ RSA, *Persisting systematic detention of asylum seekers in Greece*, Giugno 2022.

³⁸⁰ Consiglio dell'Unione Europea, *Council Implementing Decision setting out a recommendation on addressing the deficiencies identified in the 2021 evaluation of Greece on the application of the Schengen acquis in the field of return*, Interinstitutional File: 2021/0321(NLE), 10.11.2021.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 10 e ss.

³⁸² D. Angeli, D. Anagnostou, 2022, p. 111. Di simile tenore anche le considerazioni di A.Papapanagiotou, S. Kofinis, 2020, e A. Fili, 2023 nonché degli autori citati nei lavori cui si fa riferimento.

dell'ordine pubblico e delle condizioni di detenzione. Quanto al primo, si è già detto che le norme interne consentono di ancorare l'ordine di trattenimento alternativamente al rischio di fuga, alla mancata cooperazione nel rimpatrio o all'ipotesi di minaccia per l'ordine o per la sicurezza pubblica. Di per sé, la previsione appare in contrasto con la dir. 2008/115/CE; eppure, nessun tribunale ha mai sollevato un rinvio pregiudiziale in merito ed anzi le motivazioni su cui si basano i provvedimenti di proroga fanno largo uso di riferimenti alla pericolosità dei migranti, desunta dall'esistenza di precedenti penali o di polizia: ancora una volta, in violazione dei principi affermati dalla Corte di giustizia.

Quanto al secondo ambito, la formulazione della legge greca appare invece tutelante: si prevede, infatti, che al momento di valutare l'applicazione o la proroga della misura coercitiva le autorità debbano tenere in considerazione a) la disponibilità di strutture idonee e b) l'adeguatezza delle condizioni di vita rispetto al parametro della dignità umana. Cionondimeno, alcune corti hanno escluso di poter estendere la propria cognizione alle condizioni materiali di vita nei centri, mentre altre non hanno riconosciuto che le stesse assurgessero al rango di trattamento inumano e degradante³⁸³. L'atteggiamento dei giudici interni spiega l'ampio ricorso alle misure cautelari previste dall'art. 39 CEDU da parte di avvocati e ONG specializzate nell'assistenza legale. La richiesta di intervento indirizzata alla Corte EDU ha comportato un maggiore livello di tutela per i singoli detenuti che presentavano un altro grado di vulnerabilità (ad es. minori e donne incinte) ma non ha influito significativamente sulle prassi messe in atto da parte delle autorità di polizia³⁸⁴.

A quelle sin qui evidenziate, si aggiunge quantomeno un'altra criticità legata al vuoto normativo creatosi a seguito del recepimento delle Direttive nel 2011 e poi nel 2016. In base al rimando operato dalle leggi in materia di rimpatrio e asilo all'art. 76 l. 3386/2005, le *objections* possono sempre essere presentate dal migrante irregolare trattenuto a fini di espulsione, e dal richiedente asilo a partire dal momento di formalizzazione della domanda di protezione (ma non da quello di manifestazione della volontà, che spesso avviene contestualmente all'ingresso). Infatti, nessun rimedio è contemplato dalla legge a favore dei migranti che, a seguito dell'ingresso irregolare sul territorio, siano trattenuti per un periodo iniziale presso un centro di identificazione ed accoglienza (RIC) a fini di identificazione, anche quando abbiano chiesto protezione. Il nodo dirimente riguarda essenzialmente il momento in cui la persona acquisisce lo *status* di richiedente asilo³⁸⁵: al momento della manifestazione (oralmente o per iscritto) della sua volontà, o in sede di registrazione formale della domanda? La questione non è nuova ed è stata ampiamente affrontata nel corso dell'esame della disciplina europea in tema di trattenimento 'in frontiera' (*infra*, cap. I, par. 7; cap. II, par. 4.4). Se si segue l'interpretazione proposta dalla Corte di giustizia in *VL* e in *M.A.*, l'ultimo caso andrebbe va

³⁸³ Decreto del Presidente del Tribunale amministrativo di Atene, n. 127/2013; decreto del Presidente del Tribunale amministrativo di Salonicco, n. 187/2015; decreto del Presidente del Tribunale amministrativo di Corfu, n. 55/2016; decreto del Presidente del Tribunale amministrativo di Atene, n. 280/2016; decreto del Presidente del Tribunale amministrativo di Kavala, n. 468/2017.

³⁸⁴ ECRE – Greek Refugee Council, *AIDA Country Report Greece, Update 2021*.

³⁸⁵ Aspetto di estremo rilievo anche per l'individuazione della normativa applicabile quando il richiedente era precedentemente trattenuto a fini di espulsione. Anche su questo punto l'interpretazione giurisprudenziale è variegata e, di conseguenza, ambigua. D. Angeli, D. Anagnostou, 2022, in particolare pp. 118 e ss.

ricondotto entro la cornice di applicazione della Direttiva Accoglienza e art. 46 l. 4375/2016. Tuttavia, l'orientamento delle corti amministrative greche non è unanime sul punto³⁸⁶: mentre alcune si sono rifiutate di esaminare le istanze di riesame proposte in questa fase, altre hanno acclarato l'impossibilità di applicare le previsioni delle l. 3907/2011 o l. 4375/2016 (poi l. 4636/2019 ed oggi l. 4939/2022) ma, al contempo, hanno sostenuto anche si dovessero estendere le garanzie di *habeas corpus* a qualsivoglia modalità o fase di privazione della libertà, e pertanto hanno applicato per analogia il rimedio delle *objections*³⁸⁷. Quest'ultima soluzione, seppur non in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, pare in ogni caso un passo avanti di fronte all'apparente vuoto di tutele.

Ci pare che i profili di (il)legittimità su cui le corti greche siano state chiamate a pronunciarsi siano numerosi, e che un intervento volto a disapplicare le norme maggiormente in contrasto con il diritto UE, o quantomeno a fornire una interpretazione 'costituzionalmente' orientata sia doveroso. Tuttavia, ciò può avvenire soltanto se i giudici nazionali realizzano l'importanza del proprio ruolo, superando l'atteggiamento di indifferenza o di aperta deferenza per le ragioni dell'amministrazione, così dimostrando la loro piena indipendenza.

3.2.5. Una «longstanding policy of generalised immigration detention»

Per concludere, la dottrina è pressoché unanime nel tratteggiare una «longstanding policy of generalised immigration detention»³⁸⁸, frutto delle scelte di politica legislativa che hanno ampliato i presupposti per la detenzione a partire dal 2016 sia nel caso dei richiedenti asilo sia in quello dei migranti irregolari. Nella prima ipotesi, il testo normativo pare *prima facie* compatibile con la dir. 2013/33/UE, la cui formulazione testuale è spesso ripresa e traslata nel diritto interno, sebbene le singole ipotesi non vengano ulteriormente circoscritte attraverso norme dal contenuto più puntuale. Le conseguenze in termini fattuali della scelta del legislatore comportano, tuttavia, l'opposto di quanto prescritto dal diritto sovranazionale: mentre la misura detentiva dovrebbe essere eccezionale e proporzionata, in Grecia è utilizzata indiscriminatamente. Nel caso della dir. 2008/115/CE, poi, si palesano evidenti e inconciliabili contraddizioni tra i presupposti di cui all'art. 15 Direttiva e quelli contemplati all'art. 30 l. 3907/2011 e, più in generale, una volontà di rifuggire dall'ambito di applicazione della stessa. Inoltre, le misure alternative non sono mai state implementate, i luoghi detentivi continuano ad essere vari e disparati, e l'elencazione delle criticità in materia procedurale consente di concludere che i rimedi a disposizione dei trattenuti non possono dirsi accessibili, rigorosi ed effettivi.

Benché, dunque, il diritto UE abbia significativamente influenzato le riforme nazionali e, in alcuni casi, sia stato invocato e usato come occasione di estensione del perimetro di applicazione del trattenimento, permangono evidenti contrasti tra le fonti interne e quelle sovranazionali, ed è possibile concludere nel senso della contrarietà della prassi con i principi

³⁸⁶ Per una ricostruzione: A. Papapanagiotou, S. Kofinis, 2020.

³⁸⁷ Decreto del Presidente del Tribunale amministrativo di Kavala n. 430/2017, tratto da A. Papapanagiotou, S. Kofinis, 2020.

³⁸⁸ D. Angeli, D. Anagnostou, 2022.

degli artt. 5 CEDU e 6 Carta. Non può stupire, dunque, la pendenza di due procedure di infrazione (al momento solo avviate tramite lettera di messa in mora) nei confronti del Paese, con riferimento alle Direttive Rimpatri e Accoglienza³⁸⁹.

Il nuovo quadro normativo che si prefigura all'orizzonte – sia sul piano interno, sia su quello europeo – appanna però le prospettive più ottimistiche rispetto alla capacità trasformativa delle iniziative sovranazionali: se sinora né il diritto europeo, né la giurisprudenza della Corte EDU hanno potuto esercitare una influenza positiva ad ampio raggio, si dubita che ciò potrà avvenire in caso di adozione degli emendamenti proposti nel 2018 e nel 2020 (su cui diffusamente cap. II, par. 4 e 5). Con la conseguenza, ineluttabile, dell'ulteriore inquinamento dei principi in materia di libertà personale e tutela dei diritti fondamentali.

3.3 Le «isole hotspot»: lo spettro delle misure incidenti sulla libertà personale

All'interno del quadro generale sin qui descritto, il regime del trattenimento ha assunto tratti peculiari e caratteristici, benché variabili a seconda dell'isola e del periodo storico, all'interno dei meccanismi legati all'approccio *hotspot*.

Mentre in Italia la cornice legale del dispositivo introdotto dall'Agenda europea è stata adottata con considerevole ritardo ed è rimasta lacunosa, il legislatore greco ha provveduto a disciplinare (attraverso la già citata l. 4375/2016) le procedure di registrazione ed identificazione, asilo e rimpatrio da realizzarsi all'interno delle isole dell'Egeo (Lesbos, Chios, Leros, Samos e Kos), che hanno rappresentato il campo di attuazione dell'approccio *hotspot* nel Paese. Un'ulteriore differenza con l'Italia è che, nel contesto greco, il concetto di *hotspot* non fa riferimento soltanto ad una area circoscritta (o ad una struttura), né ad una specifica modalità organizzativa della fase di primo ingresso via mare. L'*hotspot* è, invece, un complesso apparato geografico e giuridico, la cui estensione spaziale può farsi coincidere con le isole settentrionali dell'Egeo, e che racchiude in sé una serie di procedure eccezionali rispetto a quelle che sono condotte sulla terra ferma: la procedura di asilo ivi seguita è una procedura di frontiera ove trovano largo spazio l'applicazione dei concetti di «Paese di primo asilo» e di «Paese terzo sicuro»³⁹⁰; quella di rimpatrio è scandita dall'attuazione dell'accordo UE-Turchia. Come analizzato in precedenza, infatti, uno dei momenti spartiacque nelle politiche migratorie

³⁸⁹ Nel settembre 2022 la Commissione ha riattivato la procedura di infrazione INFR(2014)2231, in materia di mancato rispetto della dir. 2008/115/CE. Nel gennaio 2023 è stata aperta la procedura INFR(2022)2156 in relazione alla dir. 2013/33/UE. ECRE ha riportato che uno dei temi su cui si è concentrata la Commissione sarebbe l'arbitraria detenzione dei richiedenti asilo durante l'iniziale procedura di screening presso i nuovi centri chiusi presenti sulle isole greche (su cui *infra*, par. 2.3.3.): ECRE, Greece: Infringement Letters from the European Commission, NGOs Urge More Oversight on Greek Islands, Joint Civil Society Rule of Law Submission, Hundreds of Thousands 'Prevented' Entry, 3.2.2023.

³⁹⁰ La nozione di «Paese terzo sicuro» fu in un primo momento applicata soltanto nei confronti dei richiedenti asilo siriani, in ossequio alle disposizioni dell'accordo UE-Turchia. Nel 2021 un decreto ministeriale congiunto del Ministro degli affari esteri e del Ministro delle migrazioni decretò che la Turchia fosse da considerarsi «Paese terzo sicuro» anche per tutti i richiedenti provenienti da: Afghanistan, Pakistan, Bangladesh e Somalia (oltre che Siria). Di conseguenza, le domande di asilo proposte dai richiedenti provenienti da questi paesi furono da quel momento in avanti trattate in punto ammissibilità. RSA, Equal Rights Beyond Borders, HIAS Greece, *The state of border procedure on the Greek islands*, settembre 2022.

greche degli ultimi anni è stato quello dell'adozione dell'intesa con la Turchia, le cui sorti sono indissolubilmente legate alle metamorfosi dell'approccio *hotspot*, diventato il «main tool to implement and sustain the Statement»³⁹¹. Lo scarto si produceva dopo il 18 marzo 2016, a poco meno di un anno di distanza dall'adozione della Agenda europea.

3.3.1. La natura ibrida degli hotspot e la giurisprudenza della CEDU

Nella prima fase di implementazione delle politiche europee, invece, l'approccio *hotspot* era stato concepito dall'esecutivo greco come uno strumento funzionale alla gestione degli arrivi, e non invece unicamente alla protezione dei confini. Nel 2015 non esisteva una chiara cornice normativa ispirata all'eccezionalità delle procedure, e i centri da subito operativi (a Lesbos³⁹², Samos e Leros³⁹³) erano nati come strutture temporanee ed emergenziali, chiaramente non destinate ad accogliere i migranti per lunghi periodi. I RIC operavano in sostanza come centri di transito³⁹⁴, ove le persone rimanevano pochi giorni a fini identificativi e, una volta registrate, potevano viaggiare verso il continente. Nella sua Relazione al Parlamento e al Consiglio sui progressi compiuti nell'attuazione dell'approccio *hotspot* in Grecia di inizio 2016, tuttavia, la Commissione evidenziava la necessità di incrementare il numero di posti disponibili nei centri di accoglienza, nonché di migliorare le condizioni di trattenimento sulle isole, per fare in modo che potessero ospitare i migranti «in vista di una rapida riammissione in Turchia»³⁹⁵. Seppur antecedente al 18 marzo 2016, la relazione della Commissione lascia intravedere la funzione che assumeranno gli *hotspot* negli anni futuri: il controverso accordo con il Paese terzo contemplerà, infatti, il rimpatrio verso la Turchia di tutti i migranti entrati via mare sulle isole dell'Egeo dopo il 20 marzo 2016, e che non avessero presentato domanda di asilo o la cui domanda fosse stata dichiarata inammissibile. Inoltre, era previsto che la Grecia interrompesse il trasferimento dei richiedenti protezione dalle isole alla terra ferma: la possibilità di circolare liberamente sul territorio può far seguito unicamente al riconoscimento della protezione. A partire da quel momento, l'approccio *hotspot* si trasforma in un inedito meccanismo di immobilizzazione delle persone migranti, realizzato mettendo a sistema le caratteristiche spaziali delle isole greche, le quali hanno storicamente rappresentato uno tra i più delicati e simbolici confini esterni dell'Unione (insieme, non a caso, ad altre isole

³⁹¹ A. Dimitriadi, 2017, p. 80.

³⁹² Quello di «Moria» a Lesbos fu il primo centro ad essere aperto: soltanto tra settembre e novembre vi transitarono più di 140.000 migranti in arrivo sull'isola. UNHCR, *UNHCR Operational Portal: the Mediterranean situation*, 2015.

³⁹³ I successivi *hotspots* di Chios e Kos aprirono rispettivamente nel febbraio e marzo 2016.

³⁹⁴ L'art. 10 l. 4375/2016 precisa che accanto ai RIC vengono istituite anche strutture ricettive aperte (Open Temporary Reception Structure), deputate in via principale all'accoglienza dei richiedenti protezione: ne deriva che i RIC dovrebbero essere residuali nel sistema di accoglienza. Ciononostante, i RIC presenti sulle isole dell'Egeo hanno rappresentato il principale luogo di permanenza – che poteva estendersi a diversi mesi o alcuni anni – dei richiedenti asilo. Emblematico è il caso del RIC di Lesbos, 'Moria', il cui sovraffollamento e le condizioni di vita degradanti e pericolose sono state denunciate in più occasioni. *Ex multis*, RSA, *Briefing: Moria nightmare*, 24.1.2020.

³⁹⁵ Commissione europea, *Relazione al Parlamento e al Consiglio sui progressi compiuti nell'attuazione dell'approccio hotspot in Grecia*, 4.3.2016, COM/2016/141 def.

quali le Canarie in Spagna e Lampedusa in Italia)³⁹⁶. Lo spazio di attuazione del modello *hotspot* diventa l'isola, e l'isola si tramuta essa stessa in *hotspot*.

Nel periodo immediatamente successivo all'accordo, i RIC da poco inaugurati sulle isole di Lesbos, Chios e Samos si trasformano in centri di trattenimento: per alcune settimane, l'obiettivo del confinamento dei richiedenti asilo viene perseguito attraverso la privazione della libertà personale. È quanto riconosciuto anche dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT)³⁹⁷ e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *J.R. et autres c. Grèce*³⁹⁸, riguardante tre ricorrenti afgani accompagnati dai figli minori e collocati nell'*hotspot* di Chios dal 21 marzo 2016 (data di sbarco sull'isola) fino al 5 luglio (data di avvenuta formalizzazione della loro domanda di asilo). La famiglia era inizialmente sottoposta ad una misura di 'restrizione della libertà' della durata iniziale di 3 giorni, presso il RIC dell'isola, in forza dell'art. 11 co 5 l. 3907/2011 (le disposizioni dell'art. 11 verranno da lì a poco sostituite dall'art. 14 l. 4375/2016³⁹⁹). Si tratta della norma che contempla la possibilità di trattenere (benché la formulazione della legge non parli mai di 'detenzione') i migranti entrati irregolarmente sul territorio a fini identificativi. I ricorrenti ricevevano poi un provvedimento di respingimento in data 24 marzo 2016 e il titolo del trattenimento era ricondotto all'art. 76 l. 3386/2005 (dunque, a fini espulsivi). I cittadini stranieri manifestavano quindi la volontà di chiedere asilo e (soltanto il 7 maggio 2016) le autorità di polizia sospendevano l'esecuzione dell'espulsione. I richiedenti asilo rimanevano però all'interno del RIC *Vial* di Chios, tanto più che la loro domanda non era formalmente registrata fino al 5 luglio 2016. Nel corso del giudizio, il Governo greco tentava di sostenere che i centri RIC fossero sempre state strutture aperte e che l'articolo 5 CEDU non potesse ritenersi applicabile.

La Corte europea non ha accolto l'argomento di parte e ha riconosciuto che, almeno nella prima fase successiva all'adozione dell'accordo con la Turchia, il centro di *Vial* abbia operato precisamente come un centro di trattenimento: chiuso, costantemente controllato dall'esercito e dal quale le persone non potevano liberamente allontanarsi. A partire dal 21 aprile 2016, come ammesso dagli stessi ricorrenti, mutavano le modalità di gestione della struttura, che si trasformava in un centro semi-aperto, da cui le persone potevano uscire durante il giorno: pur sfuggendo all'ambito di applicazione dell'art. 5 CEDU, nella sentenza si riconosce che i ricorrenti erano in ogni caso stati soggetti ad una restrizione della loro libertà di movimento.

³⁹⁶ A. Mountz, *The death of asylum: hidden geographies of the enforcement archipelago*, Minneapolis, 2020, in particolare pp. 93 e ss.

³⁹⁷ Il CPT ha notato che «Initially, four of the five 'hotspots' were operated as open reception centres. Once fully operational, refugees, asylum seekers, and other migrants were generally processed swiftly, and usually did not stay for more than a few days before they continued their journey to mainland Greece. However, as from 20 March 2016, the Greek authorities transformed all existing 'hotspots' into closed detention facilities and all new arrivals were effectively deprived of their liberty». CPT/Inf (2017) 25, p. 11.

³⁹⁸ CEDU, *J.R. et autres c. Grèce*.

³⁹⁹ L'art. 14 prevede che i cittadini di Paesi terzi o gli apolidi che entrano irregolarmente nel Paese sono condotti direttamente, sotto la responsabilità della polizia o delle autorità portuali, in un «centro di accoglienza e identificazione». Qui, sono sottoposti a uno stato di «restrizione della libertà» con decisione del responsabile del centro, da emettere entro tre giorni dal loro arrivo. Se, allo scadere dei tre giorni, le procedure di cui sopra non sono state completate, il direttore del centro può decidere di estendere la restrizione della libertà delle persone di cui sopra fino al completamento di tali procedure e per un periodo non superiore a venticinque giorni dal loro ingresso. La disciplina in esame è oggi confluita nell'art. 40 l. 4969/2022, che ha esteso il termine iniziale di «restrizione» della libertà personale da 3 a 5 giorni.

La Corte EDU è pervenuta alle stesse conclusioni anche nel successivo caso *Kaak et autres c. Grèce*⁴⁰⁰, deciso nel 2019, ma riferito al collocamento di 49 cittadini afgani, siriani e palestinesi presso il centro di *Vial* tra marzo e maggio 2016. In entrambe le decisioni la Corte, pur riconoscendo l'iniziale carattere coercitivo della misura, non ha rinvenuto una violazione dell'art. 5 (1) CEDU poiché, ad avviso dei giudici, il diritto interno prevedeva una base legale sufficientemente chiara per l'applicazione della misura detentiva (applicata prima a fini di identificazione e poi in vista della riammissione verso la Turchia). Tuttavia, sono state valorizzate le doglianze relative alla mancata comunicazione dei provvedimenti di trattenimento in una lingua conosciuta dai ricorrenti, e l'assenza di qualsivoglia forma di assistenza e rappresentanza legale gratuita: ciò ha indotto la Corte a rinvenire una violazione dell'art. 5 (2) (4) CEDU, in ragione dell'impossibilità per i migranti di venire a conoscenza dei mezzi di rimedio (pur in astratto presenti)⁴⁰¹.

I ricorrenti, in entrambi i casi, avevano anche prospettato una violazione dell'art. 3 CEDU per le gravose condizioni di vita nel centro, caratterizzato da sovraffollamento, da condizioni igieniche inadeguate e dall'impossibilità di accedere alle cure mediche. Si tenga anche a mente che in *Kaak et autres* alcuni ricorrenti erano minori non accompagnati, parimenti trattenuti e privati delle misure di protezione specificamente previste per questa categoria. La Corte europea non ha però ritenuto di aderire alla tesi dei migranti: come analizzato in precedenza (cfr. cap. II, par. 3.4), in queste decisioni il carattere assoluto dell'art. 3 CEDU sembra cedere terreno a considerazioni legate alle difficoltà logistiche dalla Grecia nel fronteggiare «l'arrivo in massa dei migranti». I giudici si appellano poi alla brevità della detenzione (30 giorni) e all'insufficiente allegazione delle condizioni di sovraffollamento (i ricorrenti non avrebbero indicato, ad esempio, il numero di metri quadrati disponibili nei container in generale o nel container occupato dai ricorrenti)⁴⁰² per concludere che la soglia minima di gravità necessaria per identificare una violazione dell'art. 3 CEDU non era stata raggiunta⁴⁰³.

I casi qui esaminati consentono di far luce su alcune caratteristiche peculiari della conformazione dell'approccio *hotspot* sulle isole dell'Egeo. In primo luogo, le diverse procedure (di identificazione, asilo e rimpatrio) si svolgono tutte nello stesso luogo, in una postazione di frontiera⁴⁰⁴. Inoltre, uno stesso centro può essere qualificato come aperto, chiuso

⁴⁰⁰ CEDU, *Kaak et autres c. Grèce*.

⁴⁰¹ CEDU, *J.R. et autres c. Grèce*, par. 117 e ss; CEDU, *Kaak et autres c. Grèce*, par. 119 e ss.

⁴⁰² CEDU, *J.R. et autres c. Grèce*, par. 141 e ss; CEDU, *Kaak et autres c. Grèce*, par. 65 e ss.

⁴⁰³ Per un commento critico dell'orientamento della Corte EDU in questi casi, G. Mentasti, per la quale «la Corte non ha affrontato nel merito le condizioni critiche nei centri, limitandosi a dire che nel corso delle due visite nel 2016 del CPT questi non aveva accennato al sovraffollamento del campo, senza dare invece peso alle critiche che lo stesso CPT aveva mosso con riferimento alle carenze sanitarie, all'assenza di informazioni e assistenza giuridica adeguati nonché alla cattiva qualità del cibo e dell'acqua forniti ai migranti. Dall'altro lato, anche l'asserita 'brevità' del trattenimento avrebbe potuto stimolare qualche ulteriore riflessione della Corte che – in altri casi – aveva parlato di 'breve durata del trattenimento' facendo riferimento a ben diversi lassi temporale: tre o quattro giorni, non trenta, come nel caso in esame». G. Mentasti, *Hotspot, trattenimento e diritti: una sentenza della Corte di Strasburgo condanna la Grecia per violazione dell'art. 5, par. 4 della Convenzione*, in *Sistema Penale*, 10.12.2019.

⁴⁰⁴ La l. 4375/2016, poi riformata dalla l. 4636/2019 (IPA) ha delineato una «fast-track border procedure» destinata ad applicarsi a tutti i richiedenti presenti sulle isole di Lesbos, Samos, Chios, Leros e Kos. La disciplina, oggi confluita nell'art. 95 l. 4939/2022, è così delineata: si applica in ogni caso una procedura accelerata, con tempi di trattazione ridotti (7 gg. per l'adozione della decisione in primo grado, 10 giorni per presentare appello, e 7 gg per

o semi-chiuso a seconda delle esigenze organizzative e logistiche, rivelando tutta la fluidità dei meccanismi di controllo della mobilità. Emergono poi le criticità legate all'insufficienza e all'ineffettività dei rimedi a disposizione delle persone private della libertà personale o di movimento; e, da ultimo, le inadeguate e carenti condizioni di vita all'interno degli *hotspot*: sebbene la Corte EDU sia stata restia a riconoscere una violazione dell'art. 3 CEDU, le denunce del CPT e della società civile non lasciano spazio a dubbi in merito alla sofferenza cui sono stati sottoposti i migranti costretti a rimanere per mesi – o, a volte, anni – sulle «isole *hotspot*».

In merito a quest'ultimo profilo gli stessi giudici di Strasburgo hanno seguito un diverso orientamento nel caso *A.D. v. Greece*, in cui una ricorrente, incinta di sei mesi era stata sottoposta alla misura della restrizione geografica e collocata nel RIC di Samos per due mesi e mezzo, fino al suo trasferimento in ospedale pochi giorni prima della nascita della figlia⁴⁰⁵. Nel periodo in cui la donna si trovava presso l'*hotspot* (autunno 2019), questo si configurava come struttura aperta, fortemente sovraffollata, con sole 35 strutture igieniche per una popolazione di circa 4.000 persone; l'insufficienza di letti nel RIC aveva costretto le autorità ad installare delle tende di fianco alla struttura, che ospitavano la maggioranza dei migranti e richiedenti asilo accolti. Di fronte alle allegazioni della ricorrente, e richiamandosi alle posizioni della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa e dell'*Ombudsman* greco, la Corte ha da ultimo riconosciuto la violazione dell'art. 3 CEDU. Nella sua brevità, la sentenza della Corte sembra confermare lo stesso orientamento già prefiguratosi in sede di decisione sulle istanze cautelari, ed in base al quale particolare rilevanza è attribuita alle condizioni di vulnerabilità soggettiva del o della ricorrente. In ogni caso, viene riaffermato il carattere assoluto dell'art. 3 CEDU, e i giudici non lasciano spazio a considerazioni legate alla pressione cui è stata sottoposta la Grecia in ragione della 'crisi migratoria', rigettando di fatto l'argomento avanzato dal Governo greco. È poi interessante evidenziare che la Corte europea ha ritenuto ammissibile il caso nonostante la ricorrente non avesse presentato alcun ricorso avanti i giudici nazionali, prospettando che non vi fosse alcun rimedio specifico ed effettivo a sua disposizione⁴⁰⁶.

Sebbene tra il 2016 e il 2020 le strutture di ingresso e accoglienza (i RIC) fossero, in via di principio, aperte⁴⁰⁷, come confermato dalla giurisprudenza sovranazionale, la finalità di

decidere sull'appello); la registrazione delle domande di asilo può essere demandata, in via eccezionale, alle autorità di polizia o all'esercito (anziché al personale del Servizio regionale d'asilo); anche le interviste funzionali all'esame della domanda possono, eccezionalmente e in circostanze d'urgenza, essere svolte dalle autorità di polizia purché queste siano adeguatamente formate; la presentazione dell'appello non ha effetto automaticamente sospensivo. Le ONG che si occupano di tutela legale hanno però denunciato che le strette tempistiche previste dalla norma si applicano soltanto ai richiedenti ai fini della presentazione del ricorso, mentre le autorità impiegano anche diversi mesi per l'esame delle domande. La procedura accelerata si è applicata indistintamente a tutti i richiedenti asilo presenti sull'isola fino a gennaio 2022. RSA, Pro Asyl, Médecins Sans Frontières, *Border procedures on the Greek islands violate asylum seekers' right to special procedural guarantees*, 15.2.2021; RSA, Equal Rights Beyond Borders, HIAS Greece, *The state of border procedure on the Greek islands*, Settembre 2022.

⁴⁰⁵ CEDU, sentenza del 4 aprile 2023, *A.D. v. Greece*, ric. n. 55363/2019.

⁴⁰⁶ I giudici sostengono che «the “rule of exhaustion of domestic remedies must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism”» e che l'onere di dimostrare il mancato esperimento dei rimedi incomba sul governo («It is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that the remedy was an effective one available in theory and in practice at the relevant time, that is to say, that it was accessible and capable of providing redress in respect of the applicant's complaints, and offered reasonable prospects of success»). CEDU, *A.D. v. Greece*, par. 24-25.

⁴⁰⁷ La dottrina ha puntualizzato che le strutture svolgevano al contempo la funzione di centri di identificazione ed accoglienza, e di centri di accoglienza e soggiorno: nonostante idealmente fossero destinate ad un breve soggiorno,

confinamento spaziale e l'immobilizzazione temporale delle persone migranti non ha mai cessato di essere al centro dell'approccio *hotspot*⁴⁰⁸. Inoltre, se pure la detenzione non è stata l'unica modalità di perseguimento di detti obiettivi, l'applicazione di altre misure limitative della libertà di circolazione non ha mai comportato il definitivo superamento del ricorso al trattenimento.

3.3.2. *Le forme di limitazione della libertà di movimento sulle isole*

L'impalcatura giuridica che ha sostenuto l'approccio *hotspot* è fatta, in sostanza, di plurime strutture dal diverso contenuto coercitivo, sovrapposte le une alle altre. Partendo dalle misure che assurgono a mera restrizione della libertà di movimento, incontriamo prima di tutto quella della «restrizione geografica» adottata indiscriminatamente nei confronti di tutti i migranti sbarcati sulle isole greche (a seguito del famigerato accordo con la Turchia) da parte del direttore del Servizio di asilo territoriale⁴⁰⁹. La possibilità di limitare la circolazione del richiedente asilo ad una «parte del territorio greco» fa introdotta dall'art. 41, co 1, lett.d), n. iii della l. 4375/2016. La norma non specificava se la decisione dovesse essere adottata in via individuale o potesse essere generalizzata, né menzionava specifici mezzi di ricorso contro la decisione che impatta sulla libertà di movimento.

La prima «restrizione geografica» ordinata nel 2017 dal Servizio di asilo⁴¹⁰, che imponeva ai richiedenti protezione di non allontanarsi dalle isole dell'Egeo, conteneva unicamente un riferimento alla base normativa (l'art. 41 l. 4375/2016) ma non era ulteriormente motivata quanto alla sua necessità in concreto. Inoltre, si riferiva indistintamente a tutti i richiedenti asilo senza operare alcun giudizio di proporzionalità rispetto alle condizioni individuali. In conformità al principio di necessità, invece, l'art. 7(2) dir. 2013/33/UE (recepito dall'art. 14 l. 4375/2016) prescrive che l'obbligo di residenza in un determinato luogo possa essere imposto solo per «motivi di pubblico interesse, ordine pubblico o, ove necessario, per il trattamento rapido e il controllo efficace della domanda di protezione internazionale». Sulla scorta di tali osservazioni il Consiglio di Stato greco decise di annullare l'iniziale decisione di limitazione

di fatto i migranti vi rimanevano per mesi e finanche anni prima del loro trasferimento sulla terraferma (che avveniva a seguito del riconoscimento della protezione) o dell'intimazione di lasciare la struttura se divenuti irregolari. V. Papadopoulos, Νόμιμοι περιορισμοί ελευθερίας αιτούντων άσυλο πέραν της κράτησης' [*Lawful Restrictions on Asylum-seekers' Liberty Other Than Detention*], in *Greek Refugee Council*, 15.1.2018 (tradotto tramite Deepl.it).

⁴⁰⁸ M. Tazzioli, G. Garelli, 2018. Le autrici sottolineano la come l'attuazione dell'approccio *hotspot* abbia creato non soltanto confini spaziali, ma anche temporali, plasmando il tempo del soggiorno sulle isole, che poteva estendersi per anni senza che le persone potessero avere pieno accesso all'accoglienza e alle misure di integrazione.

⁴⁰⁹ In realtà, questo provvedimento, di carattere generale, si affianca ad un altro decreto adottato dalle autorità di polizia e notificato in via individuale ad ogni migrante che faccia ingresso irregolare sulle isole: si tratta di una misura adottata sulla base dell'art. 78 l. 3386/2005, che consente di imporre delle prescrizioni agli stranieri destinatari di un provvedimento di espulsione per ingresso irregolare. La prassi ha mostrato che al momento dello sbarco sulle «isole hotspot» i migranti ricevevano immediatamente un provvedimento di espulsione giustificato dalle previsioni dell'accordo con la Turchia, cui faceva seguito una sospensione dell'esecutività dell'espulsione e l'imposizione della restrizione geografica. A seguito, poi, della presentazione della domanda di asilo, alla prima restrizione si sommava quella generalizzata adottata dalle autorità competenti in materia di asilo. ECRE – Greek Refugee Council, *AIDA Country Report Greece, Update 2020*.

⁴¹⁰ Decisione del direttore del Servizio di asilo n. 10464/2017, Gov. Gazzette 10464/B/31-5-2017.

geografica⁴¹¹. La Corte ha sanzionato soprattutto il mancato riferimento in motivazione ad una specifica esigenza riconducibile a quelle contenute nella norma.

Tuttavia, immediatamente dopo l'intervento dell'autorità giudiziaria, il Servizio di asilo adottava un nuovo provvedimento di limitazione della libertà di movimento⁴¹², ancorandolo alla necessità di garantire l'attuazione delle previsioni contenute nell'accordo UE-Turchia. Ulteriori «restrizioni geografiche» sono state ordinate nel 2019⁴¹³ dal Ministero dell'immigrazione, poiché con la riforma del sistema di asilo veniva anche rivista la competenza in materia⁴¹⁴. Ad oggi, tutte le decisioni si rivolgono generalità dei richiedenti protezione sbarcati sulle isole, e non dipendono da un provvedimento individuale che, in ossequio al principio di proporzionalità, tenga in considerazione le circostanze del caso concreto. Nonostante il Consiglio di Stato greco non sia più intervenuto in merito, pare possibile dubitare delle compatibilità di detti provvedimenti con i principi di proporzionalità e necessità di cui all'art. 52 Carta e 45 Carta⁴¹⁵, codificati dall'art. 7 dir. 2013/33/UE e con il contenuto dell'art. 2, Protocollo 4 CEDU (applicabile *rationae personae* poiché i richiedenti asilo sono stranieri regolarmente soggiornanti)⁴¹⁶.

Da ultimo, pare necessario puntualizzare che la violazione dell'ordine di restrizione geografica (e quindi lo spostamento del richiedente asilo sul continente) comporta l'automatica adozione di un provvedimento di trattenimento nei suoi confronti, in assenza di alcun riferimento ad una simile circostanza che possa legittimare la sua adozione nell'art. 46 l. 4375/2016. La sola base legale di tale prassi è da individuarsi in una circolare del Dipartimento di pubblica sicurezza del 18 giugno 2016⁴¹⁷, sulla scorta della quale le autorità di polizia che fermano (in Grecia continentale) un richiedente asilo inottemperante alla restrizione geografica possono trasferirlo nuovamente sulle isole e adottare un ordine di trattenimento.

Una ulteriore forma, più velata ma certamente più incisiva, di confinamento è quella applicata in tutti i RIC presenti sulle cinque isole al momento dell'arrivo ai sensi dell'art. 11 co 5 l. 3907/2011 prima, e dell'art. 14 l. 4375/2016 poi (oggi la previsione è confluita nell'art. 40 l. 4969/2022). Come accennato, a partire dal 20 marzo 2016 ai migranti sbarcati sulle isole di Lesbos, Samos, Chios, Leros e Kos viene notificato un provvedimento di respingimento in ragione del loro ingresso irregolare, contestualmente sospeso; parallelamente, si svolgono le procedure di identificazione, registrazione e *screening* medico all'interno dei RIC, secondo un

⁴¹¹ Consiglio di Stato, provvedimento n. 97/2018 del 17 aprile 2018.

⁴¹² Decisione del direttore del Servizio di asilo n. 269/2018, Gov. Gazette 1366/B/20-04-2018.

⁴¹³ Decisione Ministeriale, n. 1140/2019, Gov. Gazette 4736/B/20-12-2019.

⁴¹⁴ Art. 7 l.4540/2018, come modificato dalla l. 4609/2019.

⁴¹⁵ Non può non rilevarsi che il diritto alla libertà di circolazione è sancito, nella Carta, in via preferenziale per i cittadini dell'Unione. Per quanto riguarda i cittadini di Stati terzi, ivi compresi i richiedenti asilo, si ammette che «La libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro». Risulta evidente la differenza di trattamento, che del resto si pone in linea con l'obiettivo di limitazione dei movimenti secondari dei migranti già connaturato alla Convenzione Schengen e alla Convenzione di Dublino. Al contempo, quando il diritto secondario ammetta la libertà di movimento (sul territorio nazionale, come nel caso dei richiedenti asilo) o tra gli Stati (come nel caso dei titolari di protezione internazionale), questo dovrà essere garantito in conformità alle previsioni generali della Carta.

⁴¹⁶ In base alla previsione convenzionale soltanto «chi si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente».

⁴¹⁷ Circolare 1604/16/1195968/18-6-2016.

regime definito di «restrizione della libertà»: come anticipato, benché la norma non qualifichi la condizione del migrante alla stregua della privazione della libertà, di questo si tratta. La misura coercitiva, inoltre, si fonda su un provvedimento scritto, individuale e notificato alla persona al momento dell'ingresso nel RIC, e può estendersi fino dai 5 ai 25 giorni. È poi prevista la possibilità di richiedere al direttore del RIC un permesso per lasciare la struttura in via eccezionale e per gravi motivi: sulla base di tale circostanza (e del fatto che non viene attuata all'interno di un PROKEKA) la misura si differenzerebbe formalmente dal trattenimento. A differenza di quest'ultimo, nel caso della restrizione ai fini identificativi non è poi previsto (come esaminato *supra*) un riesame giurisdizionale.

Nonostante il Governo greco abbia sempre promosso una lettura in base alla quale la norma configura una mera limitazione della libertà di movimento, i confini tra questa e la privazione della libertà paiono inesistenti. Perciò, la negazione di un rimedio giurisdizionale si pone in contrasto con l'art. 5 (4) CEDU e con l'art. 47 Carta. La mancata previsione di un controllo giudiziale ha avuto quale ulteriore conseguenza l'inerzia delle corti, in seno alle quali non si è sviluppata una linea interpretativa chiara che operi un discrimine tra detenzione e mera limitazione della libertà di movimento (sebbene, nella realtà, alcuni giudici abbiano accettato di esaminare le *objections* loro presentate). L'incertezza legale di questa fase non è sorprendente, se solo si pensa alle contraddizioni emerse anche nella giurisprudenza delle stesse Corti europee che, per situazioni simili, hanno fornito letture distinte dei principi a tutela della libertà personale (cfr. cap. II, par. 4.4, 5). Ne deriva, però, una perdurante fumosità dello *status* dei migranti e dei richiedenti asilo e delle garanzie a loro disposizione, del tutto assimilabile a quella che si è prospettata in sede di analisi della procedura configurata dalla proposta di Regolamento *Screening* (cfr. cap. III, par. 5).

Infine, tra il 2020 e il 2022, alle misure restrittive fin qui descritte si aggiungeva in via preliminare (prima, cioè, del confinamento nei RIC a fini identificativi), l'obbligatorio svolgimento di un periodo minimo di quarantena, a prescindere dal risultato del test per Covid-19 cui venivano sottoposti⁴¹⁸. La misura è stata applicata indistintamente a tutti i migranti sbarcati sulle isole fino al novembre 2022, nonostante le restrizioni fossero state allentate nel 2021 e poi completamente revocate dal maggio 2022 per i turisti, anche cittadini di Stati terzi. Sebbene la dottrina non si sia diffusamente occupata di questo specifico meccanismo di limitazione della libertà, e nessun Tribunale si sia pronunciato sul punto, ci pare che anche in questo frangente i confini tra compressione della libertà di circolazione o della libertà personale siano particolarmente sfumati.

3.3.3. *Il trattenimento de iure dentro e fuori i centri per il rimpatrio*

⁴¹⁸ Decreto Ministeriale recante misure urgenti per prevenire e limitare la diffusione del coronavirus del 25.2.2020. Gov. Gazette 42/A/25-2-2020. Per una analisi delle implicazioni della misura della quarantena sui diritti dei richiedenti asilo: RSA, Equal Rights Beyond Borders, HIAS Greece, *The state of border procedure on the Greek islands*, Settembre 2022; e Equal Rights Beyond Borders, *Submission to the United Nations Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants regarding the human rights impact of COVID-19 protocols on asylum seekers arriving to Kos and Chios*, 10 marzo 2022.

Uno degli elementi che desta maggior preoccupazione in relazione all'alternativa tra restrizione della libertà di movimento e detenzione *de facto* è la tendenza del sistema greco ad ammettere che vere e proprie forme di privazione della libertà possano avvenire anche al di fuori dei centri a ciò deputati. Ancora una volta, alcune delle prassi attuate nell'ambito dell'approccio *hotspot* sono rivelatrici. Formalmente, infatti, gli unici luoghi deputati al trattenimento sulle isole erano i PROKEKA sulle isole di Lesbos e di Kos: il primo cessava di essere operativo nel settembre 2020, a seguito dell'incendio che coinvolgeva tutte le strutture dell'*hotspot*; il secondo è sempre stato aperto sin dal 2016. Tuttavia, le prassi in materia di detenzione sono state caratterizzate da una forte disomogeneità, orientamenti altalenanti, decisioni che appaiono come arbitrarie in merito alle categorie dei richiedenti asilo passibili di trattenimento, che variavano a seconda dell'isola e del periodo storico.

Il CPT osservava nel 2017 che il funzionamento del RIC di Moria era connotato da estrema flessibilità «allowing [it] to operate as traditional detention centers, depending on context or on an ad hoc evaluation of a combination of nationality, gender, age, and “low/high refugee recognition rates”: (...) adults deprived of their liberty in the closed Section B of the Moria Centre – mostly Pakistanis – were *de facto* held in pre-removal detention, although the section was not officially operating as a pre-removal centre»⁴¹⁹. I meccanismi detentivi furono cioè, tra il 2017 e il 2020, adattati ad una nuova *policy* implementata dalle autorità di pubblica sicurezza e fondata sulla nazionalità dei richiedenti asilo: sebbene non vi fosse alcuna norma di legge, né decisione ministeriale a fondamento della distinzione arbitraria tra i migranti in ragione del Paese di origine, la misura detentiva venne applicata soltanto nei confronti di uomini adulti – e perciò solo automaticamente esclusi dalle categorie dei soggetti vulnerabili – provenienti da Paesi rispetto ai quali il tasso di riconoscimento della protezione internazionale da parte degli Stati europei era, in media, inferiore al 33% (da qui la definizione di «low profile detention scheme»⁴²⁰). I migranti, immediatamente detenuti con la finalità di eseguire l'espulsione verso la Turchia, adottata sulla scorta del loro ingresso irregolare, potevano presentare domanda di asilo ma venivano mantenuti in stato di trattenimento sulla base di provvedimenti per lo più carenti di motivazione e di riferimenti alle circostanze individuali del caso concreto. La maggioranza delle persone sottoposte a questa particolare politica proveniva dal Pakistan o dal Bangladesh, ma nel corso del 2018 sono stati detenuti anche siriani, eritrei o somali. Inoltre, il trattenimento poteva avvenire tanto all'interno del PRDC, quanto, qualora non vi fossero stati sufficienti posti nel centro e a seconda della «convenienza amministrativa» del momento, in altri locali del RIC, come attestato dalle osservazioni del CPT.

Una simile tendenza fu osservata anche sull'isola di Kos tra il 2018 e il 2019, periodo in cui erano trattenuti principalmente i migranti provenienti da Pakistan, Bangladesh e Afghanistan e Africa subsahariana⁴²¹. Al contrario, negli anni successivi la prassi predominante fu quella dell'automatica detenzione di *tutti* i richiedenti asilo sbarcati sull'isola, indipendentemente

⁴¹⁹ CPT/Inf (2017) 25, p. 17.

⁴²⁰ HIAS Greece, *Locked up without rights. Nationality based detention in the Moria refugee camp*, dicembre 2019.

⁴²¹ Greek Refugee Council, Oxfam, *Detention as the default: how Greece, with the support of the EU, is generalizing the administrative detention of migrants*, 2021.

dalla nazionalità, dal genere, o dalle condizioni di vulnerabilità. Nonostante il PROKEKA fosse attiguo al RIC, la maggioranza dei richiedenti asilo che riuscivano a raggiungere l'isola venivano di *default* collocati nel centro di trattenimento invece che in quello di accoglienza, al punto che il primo aveva raggiunto livelli di sovraffollamento pur a fronte di diversi posti disponibili all'interno del secondo. Le conseguenze di questa *policy* ebbero gravi ripercussioni sulle condizioni di vita delle persone trattenute, ed in particolare sul loro diritto alla salute: l'assenza di interpreti o mediatori e la ridotta disponibilità oraria di un medico all'interno del centro di detenzione hanno causato ostacoli e ritardi nell'accesso alle cure⁴²². Per stessa ammissione del medico impiegato nel centro, non vi era un adeguato servizio di assistenza psicologica e psichiatrica⁴²³. Nel marzo 2021 il mancato tempestivo intervento a fronte di un malessere lamentato da giorni causava la morte di Macky Diabate, un cittadino guineano trattenuto da diverse settimane e in condizioni sanitarie già precarie al momento del suo ingresso⁴²⁴. Come già anticipato, inoltre, il trattenimento era applicato durante tutte le procedure che coinvolgevano i migranti: dall'iniziale momento dell'identificazione, all'esame della domanda di asilo, alla fase di rimpatrio, nonostante in quegli anni le riammissioni verso la Turchia fossero sospese. L'orientamento delle autorità di polizia – oggetto di numerose denunce da parte della società civile – è poi mutato nel corso del 2022, e prevede attualmente la sottoposizione a trattenimento dei soli uomini adulti provenienti da determinati Paesi di origine⁴²⁵.

La discrepanza tra le varie politiche detentive può essere spiegata tenendo in considerazione le caratteristiche strutturali dei centri e delle isole stesse; il numero di arrivi (relativamente contenuti quelli di Kos, significativamente superiori quelli di Lesbos, al punto da essere incompatibili con l'attuazione di una politica di detenzione indiscriminata); la presenza e l'incisività dell'operato delle organizzazioni della società civile (fino alla fine del 2020 sull'isola di Kos non vi erano organizzazioni che svolgevano supporto e consulenza legale in modo strutturale). Tali valutazioni, tuttavia, confermano che le condizioni di vita e l'incisività delle misure di limitazione della libertà personale sono lasciate in balia di decisioni contingenti e transitorie, permeate da un alto grado di informalità e non in linea con il principio secondo cui la detenzione dovrebbe essere necessaria e proporzionale.

3.3.4. Verso un modello uniforme di limbo giuridico: i «Closed Controlled Access Centres»

Il quadro sin qui descritto è parzialmente mutato negli anni più recenti. In parallelo con l'estensione normativa dei presupposti per la detenzione, si è registrato il tentativo di armonizzare le modalità di privazione – o limitazione – della libertà dei migranti sulle isole greche, anche in ragione dei finanziamenti devoluti a tale scopo da parte della Commissione

⁴²² Equal Rights Beyond Borders, *Detained and Forgotten at the Gates of the EU Detention of Migrants on the Island of Kos*, 2021.

⁴²³ *Ibidem*.

⁴²⁴ *Ibidem*.

⁴²⁵ Equal Rights Beyond Borders, *Still detained and forgotten*, maggio 2023.

europea. Il momento spartiacque della nuova fase deve ricondursi all'incendio che, nel settembre 2020, distruggeva l'*hotspot* di Moria, il quale aveva assunto nel tempo la qualifica di «single most worrying fundamental rights issue that we are confronting anywhere in the European Union»⁴²⁶.

Quello stesso mese veniva predisposta una speciale «Task Force Migration Management» per la Grecia, presentata contestualmente all'adozione del Patto europeo sulla migrazione e l'asilo⁴²⁷. La nuova modalità di intervento proposta dalla Commissione si inserisce nella consolidazione di un modello in cui la frontiera diventa «spazio di cooperazione inter-amministrativa» tra organismi europei e nazionali⁴²⁸. Poco dopo seguiva l'adozione di un *Memorandum of Understanding* tra la Commissione, le Agenzie europee competenti in materia di asilo e migrazione e il Governo greco, finalizzato alla creazione di un «*Multi-Purpose Reception and Identification Centre*» a Lesbos⁴²⁹. L'introduzione della apparentemente innovativa tipologia di struttura ad opera della Commissione è in realtà coincisa con l'implementazione dei cosiddetti *Closed Controlled Access Centres* (CCAC), secondo quanto previsto dalla l. 4686/2020. L'art. 30, co 4 della Legge delineava in realtà due distinte tipologie di centri: le «strutture di accoglienza temporanea chiuse» destinate – in chiaro contrasto con la definizione formale – al collocamento dei richiedenti asilo destinatari di un ordine di trattenimento sul continente; e le «strutture controllate chiuse» da erigersi sulle isole dell'Egeo.

La disposizione normativa non chiarificava la natura dei centri, né disciplinava ulteriormente il regime di funzionamento, le ragioni che potevano legittimare il collocamento in dette strutture, le procedure di ingresso e uscita, il periodo massimo di permanenza. Alcuna norma introduceva un rimedio giurisdizionale avverso le decisioni di collocamento nella struttura. Nonostante la fumosità della cornice legale, e le iniziali proteste degli abitanti delle isole greche ove sarebbero dovute sorgere le nuove strutture, nel 2021 vengono inaugurati i CCAC di Samos, Kos e Leros, mentre i centri sono in fase di costruzione sulle isole di Lesbos e Chios (gli attuali RIC stanno parallelamente assumendo le fattezze dei CCAC, secondo uno schema di riconversione delle strutture esistenti)⁴³⁰. La realizzazione dei nuovi centri chiusi coincide con un periodo di flessione del numero degli arrivi via mare verso la Grecia⁴³¹, da

⁴²⁶ M. O'Flaherty, Speech in front of the European Parliament on the 6th November 2019, in *EU Observer*, 7.11.2019.

⁴²⁷ Commissione europea, *Migration: a European taskforce to resolve emergency situation on Lesbos*, 23.9.2020.

⁴²⁸ D. Vitiello, *Le frontiere esterne dell'Unione Europea*, Bari, 2020, p. 336 e ss.

⁴²⁹ Commissione europea, *Memorandum of Understanding between the European Commission, the European Asylum Support Office, the European Border and Coast Guard Agency, Europol and the Fundamental Rights Agency, of the one part, and the Government of the Hellenic Republic, of the other part, on a Joint Pilot for the establishment and operation of a new Multi-Purpose Reception and Identification Centre on Lesbos*, 2.12.2020, COM/2020/8657 final.

⁴³⁰ RSA, *What is happening today in the refugees structure on the Aegean islands*, maggio 2023. Sorprende, in particolare, la vicenda legata al nuovo CCAC in via di costruzione nel mezzo di una area naturale protetta sull'isola di Lesbos: nonostante il Consiglio di Stato abbia adottato un provvedimento cautelare che vieta l'ulteriore edificazione fino all'adozione della decisione nel merito, in ragione al mancato esperimento di una valutazione di impatto ambientale del progetto, i lavori sono proseguiti incessantemente. RSA, 2023, p. 25 e ss.

⁴³¹ In base ai dati di UNHCR, nel 2020 sono arrivate complessivamente 15.696 persone migranti (di cui 9.714 via mare e 5.892 via terra), mentre nel 2021 gli arrivi sono stati 9157 (di cui 4.331 via mare e 4.826 via terra), a fronte di numeri più elevati negli anni precedenti (74.613 nel 2019, 50.508 nel 2018). UNHCR, *Data portal: the Mediterranean situation*, 2022.

leggersi anche alla luce delle numerose denunce di respingimenti illegittimi operati dalla Guardia Costiera greca nell'Egeo⁴³².

Le strutture fanno formalmente capo all'unità ministeriale competente per i servizi di identificazione e accoglienza e sono state ideate allo scopo di contenere, entro la recinzione esterna, diversi locali: alcuni deputati all'identificazione iniziale, altri all'accoglienza dei richiedenti asilo, altri al trattenimento, altri ancora all'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati⁴³³. Tutti i locali sono posti all'interno di un unico sito, difficilmente raggiungibile perché lontano dagli agglomerati urbani, circondato da recinzioni metalliche e sottoposto a sorveglianza continua. In base ad un regolamento generale uniforme per tutti i CCAC, adottato dalla Direzione generale per l'accoglienza (che fa capo al Ministero per la migrazione e l'asilo), l'allontanamento per oltre un giorno dal centro comporta in via automatica la revoca delle misure di accoglienza⁴³⁴. All'ingresso delle strutture sono stati installati sistemi di vigilanza quali tornelli, cancelli magnetici, raggi X, accesso a due fattori (identità e impronte digitali) che devono essere superati per consentire ai migranti di entrare e uscire dalla struttura. L'intero campo è sottoposto a videoregistrazione costante, monitorata dal personale di sicurezza, che occupa anche postazioni sopraelevate di sorveglianza degli ingressi⁴³⁵. Il controllo di tutte le persone che lavorano all'interno della struttura avviene tramite sistemi informatici e automatizzati, ed è chiaramente vietato l'accesso a chi non abbia titolo (di fatto, sia sprovvisto di card magnetica consegnata alle persone registrate).

In seguito alla stipula del *Memorandum* tra Commissione, le Agenzie europee e il Governo greco per la costruzione di un centro sul modello CCAC a Lesbos, l'Agenzia per i diritti fondamentali (FRA) adottava una nota di indirizzo contenente alcune raccomandazioni ritenute importanti per prevenire una violazione dei diritti umani all'interno del centro⁴³⁶. La nota auspicava la collocazione delle strutture in zone che garantissero l'accessibilità dei servizi e la facilitazione degli spostamenti dei migranti sia all'interno del campo sia in entrata e uscita (anche attraverso la predisposizione di servizi di trasporto pubblico), al fine di evitare restrizioni della libertà non necessarie o sproporzionate; inoltre, suggeriva di evitare la progettazione di un impianto architettonico simile a quello di una prigione e di non usare

⁴³² *Ex multis*, Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Letter to the to the Minister for Citizens' Protection, the Minister of Migration and Asylum, and the Minister of Shipping and Island Policy of Greece*, 3.5.2021; Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT), *Report on the visit to Greece carried out from 13 to 17 March 2020*, CPT/Inf (2020) 35. Si veda anche M. Cometti, *La risposta della Commissione europea al 'deterioramento' del diritto di asilo in Grecia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 3, pp. 175-210.

⁴³³ I minori non accompagnati sono collocati in locali *ad hoc*, ma sono ugualmente sottoposti, secondo le denunce delle associazioni, a situazioni di trattenimento *de facto* e condizioni di vita degradanti. Inoltre, spesso il sistema di tutela non è effettivo e non hanno accesso all'istruzione. Still I Rise & I Have Rights, *Greece's Compliance with the Convention on the Rights of the Child. Additional Submissions Report for the 90th Session of the Committee on the Rights of Child*, maggio 2022.

⁴³⁴ Regolamento generale per il funzionamento dei centri controllati chiusi sulle isole, Decisione N. 25.0/118832 (ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ Αριθμ. 25.0/118832, Γενικός Κανονισμός Λειτουργίας Κλειστών Ελεγχόμενων Δομών Νήσων).

⁴³⁵ Greek Refugee Council, Oxfam, *Briefing: Update on Lesbos and the Aegean Islands*, marzo 2022.

⁴³⁶ Fundamental Rights Agency, *Establishment of Multipurposed Reception and Identification Centres: aide-memoir on issues to consider from a fundamental rights point of view*, febbraio 2021. Le indicazioni sono coerenti con le linee guida adottate poco dopo, volte a fornire alcune raccomandazioni generali nell'implementazione di nuove strutture di accoglienza alla frontiera. FRA, *Initial reception facilities at external borders: fundamental rights issues to consider*, marzo 2021.

recinzioni in filo spinato. La FRA, infine, raccomandava esplicitamente che le persone non fossero detenute all'interno delle strutture. Il divario tra le raccomandazioni dell'Agenzia europea e le caratteristiche strutturali dei CCAC nella loro attuale conformazione non potrebbe essere più profondo: anche ammettendo che i centri siano aperti, come sostenuto dal Governo greco, l'impronta strutturale di stampo squisitamente carcerario e la costante sorveglianza cui i migranti sono sottoposti costituiscono di per sé elementi associabili ai medesimi intenti punitivi e repressivi che spesso connotano altre misure privative della libertà⁴³⁷. Inoltre, l'uso di apparecchiature di videosorveglianza, schedatura e controllo dell'identità può comportare una violazione della sfera privata e del diritto alla riservatezza ed una illegittima registrazione e conservazione di dati personali⁴³⁸ e implica una spersonalizzazione dei migranti. Numerose caratteristiche dei CCAC evocano i connotati dell'«istituzione totale»⁴³⁹, quali l'impermeabilità dei centri rispetto all'esterno, il loro isolamento e l'impossibilità di accedervi per chi non sia previamente autorizzato (personale impiegato nelle strutture e difensori dei migranti). Nel maggio 2021 anche la Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa si rivolgeva al Ministero per la migrazione e l'asilo esprimendo forti preoccupazioni per il rischio che le nuove politiche di accoglienza sulle isole potessero tradursi in forme di privazione della libertà su larga scala⁴⁴⁰.

Per quanto attiene al profilo del loro impatto sul diritto alla libertà personale, alcune organizzazioni non governative hanno denunciato che tra novembre 2021 e aprile 2022 i migranti il cui *status* non era ancora formalmente quello di richiedente asilo, in ragione del mancato rilascio di un permesso recante tale qualifica, non erano autorizzati ad uscire dal CCAC di Samos⁴⁴¹: *de facto* soggetti ad una misura inquadabile come divieto di allontanamento, o di uscita dal centro, a costoro non veniva rilasciato alcun provvedimento scritto e motivato – in fatto e in diritto – a fondamento della restrizione della libertà. La loro condizione pare assimilabile a quella dei migranti trattenuti nell'*hotspot* di Lampedusa, per i quali la Corte EDU ha riconosciuto la condizione di privati della libertà personale. Sulla scorta di simili considerazioni, il Tribunale amministrativo di Syros, interrogato per il tramite di una *objection* ex art. 76 l. 3386/2005, confermava che le persone cui era stampo impedita l'uscita

⁴³⁷ M. Bosworth, *Immigration detention and penal power: a criminological perspective*, in M.J. Flynn, M.B. Flynn, *Challenging immigration detention*, Cambridge, 2017, pp. 52-65.

⁴³⁸ *Ex multis*, FRA, *Fundamental rights implications of storing biometric data in identity document and residence cards*, 2018. La base normativa per il rispetto della privacy nel trattamento dei dati personali nell'Unione Europea è il Regolamento 2016/679/UE (GDPR), destinato ad applicarsi anche nei confronti dei cittadini di stati terzi presenti sul territorio dell'Unione. Sul rapporto tra la protezione dei dati e il controllo delle migrazioni, M. Forti, *Blockchain-Driven Identification Procedures in the Migration Context: Regulatory Challenges and Fundamental Rights Issues*, in *Diritti Fondamentali.it*, 2021, 2, pp. 144-169.

⁴³⁹ E. Goffman, *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, London, 1961, C. Davies, *Goffman's Concept of the Total Institution: Criticisms and Revisions*, in *Human Studies*, 1989, 12(1-2), pp. 77-95.

⁴⁴⁰ Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Letter*, 3.5.2021.

⁴⁴¹ RSA & HIAS, *Submission to the European Ombudsman's own-initiative inquiry OI/3/2022 MHZ*, 9.3.2023; Greek Council for Refugees(GCR) & Oxfam, *Contribution to the European Ombudsman's own-initiative inquiry OI/3/2022 MHZ*; 9.3.2023.

dal CCAC erano stato sottoposti a detenzione arbitraria, qualificando come illegittimo il divieto di uscita dal campo⁴⁴².

Con l'instaurazione dei CCAC, dunque, così come avvenuto con i precedenti RIC, i migranti sono inizialmente sottoposti ad una «restrizione della libertà» che può estendersi tra i 5 e i 25 giorni. Quando questa coinvolga i migranti (irregolari) prima dell'identificazione o eventuale adozione di un decreto di respingimento assurge senz'ombra di dubbio a detenzione *de facto*⁴⁴³. Allo stato attuale, deve ritenersi che anche quando la limitazione riguardi i richiedenti asilo (sin dalla fase della manifestazione della volontà di chiedere protezione) si traduca in una detenzione arbitraria. La situazione di questa categoria rientra pacificamente entro l'ambito di applicazione della dir. 2013/33/UE, ma il trattenimento non è disciplinato dalla legge nazionale, in violazione del principio di legalità, e si applica indistintamente dalle circostanze soggettive e da uno specifico presupposto, configurandosi perciò come detenzione automatica. Pare particolarmente interessante osservare che detta forma di confinamento è stata criticata anche dalla Commissione europea in quanto ritenuta incompatibile con l'art. 8 dir. 2013/33/UE: «The Commission considers that the provisions of Article 40 of (Greek) Law 4939/2022 [...] do not comply with the requirements of Articles 8 and 9 of the Directive. The detention of (asylum) applicants should be implemented in accordance with the basic principle that a person should not be detained simply because he seeks international protection, in particular in accordance with the international legal obligations of states and Article 31 of the Geneva Convention. Detention of applicants should only be possible in clearly defined, exceptional circumstances provided for in this Directive and governed by the principle of necessity and proportionality as regards both the manner and purpose of said detention»⁴⁴⁴.

L'attività di monitoraggio e di denuncia svolta dalle associazioni della società civile e dalle istituzioni del Consiglio d'Europa ha portato anche all'avvio di una indagine da parte della Mediatrice europea (*Ombudsman*) circa le modalità con cui la Commissione europea intende garantire il rispetto dei diritti fondamentali presso le strutture (i CCAC) finanziate con fondi europei⁴⁴⁵. L'autorità di garanzia si è avvalsa dei contributi e delle osservazioni operati da diverse ONG attive sul campo⁴⁴⁶, che hanno denunciato numerose violazioni dei diritti fondamentali all'interno dei nuovi centri chiusi e che, per quanto interessa la presente analisi, restituiscono un quadro dal sapore impressionista in cui i confini tra limitazione e privazione della libertà sono oltremodo sfumati. Anche nell'indagine della Mediatrice si acclara che «i migranti nei CCAC sono sottoposti a varie forme di detenzione in condizioni inadeguate. I

⁴⁴² Greek Refugee Council, *The Administrative Court of Syros ruled unlawful the measure of prohibiting the exit of an Afghan asylum seeker from the new Closed Controlled Access Facility of Samos*, 20.12.2021 [la decisione è consultabile in greco].

⁴⁴³ I Have Rights, *The EU-Funded Closed Control Access Centre. The de facto detention of people seeking protection on Samos*, febbraio 2023.

⁴⁴⁴ Le dichiarazioni tratte dalla lettera indirizzata dalla Commissione europea al governo greco, presumibilmente nell'ambito della procedura di infrazione avviate nel gennaio 2023 (cfr. nota n. 122) sono tratte dal rapporto di I Have Rights, 2023, p. 44.

⁴⁴⁵ Mediatore europeo, Case OI/3/2022/MHZ, 11.7.2022.

⁴⁴⁶ Gli interventi delle seguenti associazioni sono consultabili sulla pagina dell'indagine: Médecins sans Frontières (MSF), HIAS Greece, RSA, International Rescue Committee, I Have Rights, Danish Refugee Council, Greek Refugee Council, Oxfam.

nuovi arrivati non possono lasciare il sito e sono quindi trattenuti ai fini della identificazione/registrazione per un periodo di 25 giorni o più»⁴⁴⁷. Non solo potrebbe derivarne una violazione dell'art. 5 CEDU e 6 Carta, qualora il «grado e l'intensità» della misura, avuto riguardo per le circostanze del caso concreto, integrino un assoggettamento pieno al potere statale. Il fatto che la normativa greca non abbia espressamente qualificato il collocamento nei CCAC (nemmeno) come misura limitativa della libertà di movimento prefigura una possibile violazione dell'art. 7 dir. 2013/33/UE e dell'art. 2, Protocollo 4 CEDU⁴⁴⁸.

Le conclusioni dell'indagine sono importanti non solo perché confermano le denunce delle ONG sul campo, ma anche rispetto agli input formulati dalla Mediatrice nei confronti della Commissione europea: dal momento che i centri sono finanziati dall'Unione europea, si impone che le istituzioni europee abbiano un ruolo attivo nel garantire il rigoroso rispetto dei diritti fondamentali durante lo svolgimento delle procedure al loro interno. La Mediatrice ha osservato, in proposito, che le condizioni effettive dei CCAC non sono conformi al quadro normativo e agli standard su cui la Commissione e le autorità greche si erano accordati nell'ambito della *Task Force*. Pertanto, ha formulato una serie di raccomandazioni per garantire maggior trasparenza nel processo di *decision making* della Commissione in merito alla gestione dei centri, suggerendo in particolare che l'istituzione pubblichi i documenti relativi alle attività della *Task Force* sulla sua pagina web dedicata, compresi tutti gli accordi di sovvenzione firmati con la Grecia sui CCAC o le loro sintesi e che conduca una valutazione dell'impatto sui diritti fondamentali degli attuali CCAC, definendo anche misure di 'attenuazione' della situazione, laddove individua problemi. L'impatto sui diritti fondamentali dovrebbe essere valutato periodicamente nel corso del funzionamento dei centri.

Per concludere, ci pare che i CCAC rappresentino l'ultima sperimentazione di un approccio, quello realizzato sulle «isole *hotspot*», caratterizzato da plurimi livelli di limitazioni della libertà personale, dalla più blanda restrizione geografica, alle camaleontiche modalità di confinamento che possono assurgere a detenzione *de facto*, per giungere infine alla detenzione *de iure* nei centri, o, dal 2021, nei locali deputati al trattenimento finalizzato al rimpatrio (collocati a loro volta all'interno dei CCAC). Si configura così un reticolo di misure che impattano in vario modo sulla libertà personale, le cui maglie più o meno fitte spesso dipendono da indirizzi politici cangianti e non sono quasi mai tradotti in legge. Tratto comune a tutte le misure coercitive (che non siano espressamente qualificate come trattenimento) è la fuggevolezza ad un sistemico vaglio dell'autorità giurisdizionale.

Tutte le persone migranti, indipendentemente dallo *status* giuridico, dal genere, dall'età o dalla nazionalità che si trovano sulle isole sono soggette ad una forma – più o meno intensa – di confinamento. Mentre in Italia l'approccio *hotspot* ha (fino ad oggi) riguardato soltanto la fase iniziale, dello sbarco e dell'ingresso sul territorio, il modello sperimentato sulle isole greche comporta che la privazione o limitazione della libertà – tanto per legge, quanto per prassi – attenga alle fasi di identificazione, asilo e rimpatrio, che si susseguono senza soluzione di continuità: un simile approccio è stato utilizzato quale modello di riferimento dalla

⁴⁴⁷ Mediatrice europea, *Decision in strategic inquiry OI/3/2022/MHZ on how the European Commission ensures respect for fundamental rights in EU-funded migration management facilities in Greece*, 7.6.2023, par. 26.

⁴⁴⁸ CEDU, *De Tommaso v. Italy*.

Commissione europea al momento di riscrivere le norme del Regolamento Procedure del 2020. La funzione del ricorso alla limitazione e, sempre più di frequente, alla privazione della libertà è stata binaria: per un verso, l'immobilizzazione dei migranti e la prevenzione dei movimenti secondari (dalla Grecia continentale ad altri Stati europei)⁴⁴⁹; per altro verso, la deterrenza rispetto a futuri arrivi (che ha carattere altamente simbolico e scarsa efficacia pratica)⁴⁵⁰.

Infine, il modello *hotspot* qui esaminato integra e si accompagna ad una politica legislativa che promuove con sempre maggior fermezza la detenzione automatica, anche sul territorio: le isole sono parte di un più complesso arcipelago politico-giuridico ove il *trait d'union* è la privazione della libertà. Altri punti di contatto sono la tensione con i diritti fondamentali delle persone migranti e l'incompatibilità delle norme e prassi greche con diversi principi e disposizioni del diritto sovranazionale, ancora oggi non pienamente affrontata. L'inadeguatezza del sistema dei rimedi giurisdizionali e la ridotta incisività dell'operato di monitoraggio dell'Ombudsman greco contribuiscono all'inattaccabilità del regime detentivo. Le preoccupazioni circa i presupposti e le condizioni di detenzione amministrativa in Grecia sono oggetto dell'attenzione delle autorità deputate a garantire il rispetto dei diritti fondamentali da quasi vent'anni. Sebbene possano essere colti parziali miglioramenti, in particolare per quanto riguarda le condizioni di sovraffollamento o la detenzione dei minori, il quadro generale continua ad essere punteggiato di numerose criticità. Il carattere sistemico della detenzione, l'informalità dei luoghi detentivi e le critiche condizioni dei centri (ancora) sono ad oggi un tratto marcante del regime detentivo. Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura, a seguito di una delle ultime visite di monitoraggio condotte in Grecia, ha dichiarato «The CPT has over the years been extremely critical of the way in which the Greek authorities treat migrants who enter the territory in an irregular manner. It has advocated that any immigration detention facilities established are not punitive and meet basic minimum standards. Regrettably, despite repeated recommendations by the Committee, the approach of the Greek authorities has not evolved substantially»⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ M. Tazzioli, G. Garelli, 2018.

⁴⁵⁰ A. Dimitriadi, 2017, p. 85.

⁴⁵¹ Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT), *Report on the visit to Greece carried out from 13 to 17 March 2020*, CPT/Inf (2020) 35, p. 7.

4. Spagna. La «plasticità» della detenzione amministrativa: un approccio hotspot ‘de facto’⁴⁵²?

4.1 I centri di detenzione nel meccanismo della deportazione: cornice giuridica, attuazione e garanzie

Come in numerosi altri Stati europei, anche in Spagna la detenzione amministrativa rappresenta un tassello essenziale delle politiche di controllo dei flussi migratori e di rimpatrio⁴⁵³. Le funzioni della misura non possono essere pertanto esaminate senza tenere in considerazione il «dispositivo della deportazione» entro cui la stessa si inserisce⁴⁵⁴. Le politiche migratorie spagnole si sono tradizionalmente caratterizzate per la predominanza degli obiettivi di controllo e gestione dell’immigrazione irregolare, in un contesto in cui le frontiere sono state qualificate come discontinue, frammentate e dispersive⁴⁵⁵. In questo quadro l’apparato amministrativo volto a potenziare il meccanismo di ‘deportazione’ si è fortemente dilatato, ed uno dei suoi ingranaggi fondamentali è sempre stato il trattenimento. Al contempo, come si vedrà, il sistema giuridico nel quale gli strumenti coercitivi sono stati disciplinati ha assicurato che vi fosse una costante supervisione dell’attuazione delle politiche espulsive da parte dell’autorità giudiziaria.

4.1.1. Il trattenimento nel «dispositivo della deportazione»

Il trattenimento amministrativo è applicabile ogni qualvolta lo Stato intenda eseguire un provvedimento di rimpatrio, che può far seguito ad una decisione di divieto di ingresso, di respingimento (*devoluciones*) o di espulsione (*expulsiones*). Secondo le riflessioni di ampia parte della dottrina spagnola, le gravi implicazioni della ‘detenzione senza reato’ sul diritto alla libertà e su altri diritti fondamentali della persona straniera non sono il risultato di un occasionale cortocircuito del sistema, ma discendono dalla configurazione del trattenimento come tratto della *penalidad contemporánea*⁴⁵⁶, caratterizzata dall’intreccio del binario penale

⁴⁵² Ha parlato di «plasticità della detenzione» Ana Ballestreros Pena, in E. Caja, F. Esposito, G. Mattiello, *Corpi reclusi in attesa di espulsione. La detenzione amministrativa in Europa al tempo della sindemia*, Torino, 2022, p. 197. Il concetto di «plasticità» è stato teorizzato da Trillo-Figueroa con riferimento ai confini e alle frontiere, per sottolinearne il carattere fluido e resistente allo stesso tempo (J. Trillo-Figueroa, *Los centros de internamiento de extranjeros: en los confines de lo carcelario*, in P. Oliver (a cura di), *El siglo de los castigos: prisión y formas carcelarias en la España del siglo XX*. Barcelona, 2013, pp. 299-320.

⁴⁵³ M. Martínez Escamilla, *Centros de Internamiento de extranjeros: estado de la cuestión y perspectivas de futuro*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, pp. 18-23; C. Fernández Bessa, *El panorama dei centri di internamento per stranieri in Spagna: dal controllo delle frontiere alla gestione della criminalità*, in *Antigone. Semestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, 2013, 1, pp. 78-91.

⁴⁵⁴ C. Fernández Bessa, *Los centros de internamiento de extranjeros (CIE): Una introducción desde las Ciencias Penales*, Madrid, 2021, p. 16.

⁴⁵⁵ A. López-Sala, D. Godenau, *El estudio del control migratorio en España*, in *ID. Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, 2017, pp. 5-53.

⁴⁵⁶ *Ibidem*. Per una prospettiva criminologica sul sistema della detenzione amministrativa spagnola, insieme all’autrice citata, anche: A. José Brandariz, *Sistema penal y control de los migrantes: gramática del migrante como infractor penal*, Granada, 2011.

con quello deputato alla gestione della mobilità⁴⁵⁷. Sulla scorta di tale prospettiva, è stato teorizzato che la detenzione amministrativa, in Spagna, si qualifica al contempo come uno strumento di controllo delle frontiere e di criminalizzazione della persona straniera⁴⁵⁸. Le occasioni in cui si realizza una privazione della libertà personale dello straniero sono sostanzialmente tre:

- a) la detenzione «di polizia» (*detención policial*), che ha luogo all'interno dei commissariati di polizia, può protrarsi per un massimo di 72 ore ed è fondamentalmente funzionale all'identificazione del soggetto e all'indagine circa il suo *status* giuridico;
- b) il trattenimento all'interno dei *Centros de internamiento de extranjeros* (CIE), che può avere una durata massima pari a 60 giorni;
- c) il trattenimento all'interno delle zone di transito aeroportuali (*salas de inadmitidos*), la cui natura giuridica è identica a quella della privazione della libertà nei CIE, ma è limitata dal punto di vista temporale (ad un massimo di 8 giorni).

Le misure si qualificano in tutti i casi menzionati per la loro natura preventiva e cautelare⁴⁵⁹, essendo unicamente finalizzate all'esecuzione del rimpatrio dello straniero. Merita precisarsi fin d'ora che non è ammesso il trattenimento del richiedente protezione internazionale, qualora la sua domanda sia ritenuta ammissibile. Il trattenimento è, dunque, misura che può venire in rilievo sostanzialmente in due momenti: quello immediatamente successivo all'ingresso sul territorio, sia che la persona faccia ingresso via mare (si applicherà l'ipotesi di cui alla lett.a), sia quando l'ingresso avvenga tramite vie aeree (in questo caso la misura è quella della lett.c); e quello di arresto e avvio delle procedure di allontanamento in senso lato (che comprendono espulsioni amministrative e giudiziarie) quando la persona si trovi sul territorio: in questi casi la persona viene generalmente sottoposta ad accertamenti presso le stazioni di polizia e, qualora sia impossibile eseguire l'allontanamento entro le prime 72 ore, condotta presso un CIE (lett. a) e b)).

Il riconoscimento della natura detentiva delle misure sopra citate è però compiutamente inquadrata solo per quanto riguarda i CIE, descritti dall'articolo 1, co 2 del cd. Regolamento CIE del 2014⁴⁶⁰ come «strutture pubbliche di natura non penitenziaria, dipendenti dal Ministero

⁴⁵⁷ Per una analisi dell'emergente filone teorico della *border criminology*, K. Franko, M. Bosworth, S. Pickering, *The criminology of mobility*, in S. Pickering e J. Ham (a cura di), *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*, Abingdon, 2015, pp. 382-395; M. Bosworth, *Border criminology: How migration is changing criminal justice*, in M. Bosworth, C. Hoyle, L. Zedner (a cura di), *Changing contours of criminal justice*, Oxford, 2016, pp. 213-226.

⁴⁵⁸ C. Fernández Bessa, 2021; C. Fernández Bessa, C. Orgaz Alonso, *Historias interrumpidas y fragmentos de castigos: el CIE como institución punitiva*, in I. Mendiola Gonzalo, D. Oviedo Silva (a cura di) *Relatos infames: breves historias de crimen y castigo*, Barcelona, 2017, pp. 309-332. La dottrina ha poi, in via alternativa, sottolineato soprattutto l'aspetto «punitivo» (A. Daunis Rodríguez, *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Granada, 2009; A. Daunis Rodríguez, *Las cárceles de los excluidos y marginados. Situación de los centros de internamiento de extranjeros tras la aprobación de su reglamento*, in *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, 2016, 40, pp. 33-61) o quello «contentitivo» dei centri di trattenimento (I. Barbero, *Los Centros de Atención Temporal de extranjeros como nuevo modelo de control migratorio: situación actual, (des)regulación jurídica y mecanismos de control de derechos y garantías*, in *Derechos y Libertades: Revista De Filosofía Del Derecho Y Derechos Humanos*, 2021, 45, pp. 267-302, e D. Boza Martínez, e D. Pérez Medina, *New Migrant Detention Strategies in Spain: Short-term Assistance Centres and Internment Centres for Foreign Nationals*, in *EuroMediterranean Journal of International Law and International Relations*, 2019, 7, pp. 261-277.

⁴⁵⁹ M. Martínez Escamilla, 2016, p. 19.

⁴⁶⁰ Real Decreto 162/2014 del 14 marzo 2014, BOE-A-2014-2749.

dell'Interno, destinate alla custodia preventiva e cautelare degli stranieri per garantirne l'espulsione, il rimpatrio o il rientro per i motivi e nei termini previsti dalla normativa sugli stranieri, nonché degli stranieri che hanno subito la sostituzione della pena detentiva con la misura dell'espulsione ai sensi dell'art. 89 CP». Qualora si osservi il dispositivo della detenzione con le lenti del diritto sovranazionale, risulta evidente che le uniche ipotesi in cui questa è ammessa sono quelle di cui all'art. 5 (1) lett.f) secondo periodo, nonché più dettagliatamente regolamentate nella dir. 2008/115/CE. La detenzione, cioè, non sarebbe mai legittima (in base alle disposizioni del diritto interno) per decidere sul diritto all'ingresso sul territorio, né più in generale nell'ambito della procedura di asilo.

Per comprendere appieno l'interazione tra le diverse modalità di privazione della libertà, così come le garanzie di cui è titolare lo straniero trattenuto, è utile esaminare i presupposti legittimanti la misura. La legge organica in materia di diritto dell'immigrazione (LO 4/2000, o, di seguito LOEX)⁴⁶¹ prevede distinte tipologie di rimpatrio. Occorre in primo luogo distinguere tra espulsioni (in senso lato) adottate nell'ambito di un procedimento amministrativo; e espulsioni 'penali' cosiddette, che vengono disposte dall'autorità giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale e sostituiscono in tutto o in parte l'esecuzione di una pena (art. 89 CP) o sono applicate in qualità di misura di sicurezza (art. 108 CP). La LOEX disciplina soltanto le ipotesi amministrative, che si distinguono in: rifiuto di ingresso sul territorio (artt. 26 e 60 LOEX), respingimento (ex art. 58 LOEX, cd. 'generico')⁴⁶², respingimento in frontiera (istituto introdotto nel 2015 ed applicabile soltanto alla frontiera di *Ceuta e Melilla*, art. 10 disposizioni aggiuntive LOEX)⁴⁶³, e, in ultimo, espulsione (art. 57 LOEX). Sebbene tutti gli istituti siano riconducibili all'attivazione di un potere dell'autorità di polizia, soltanto l'ultimo è formalmente considerato alla stregua di una sanzione amministrativa comminata in risposta ad un illecito di cui il migrante si rende responsabile. Nella maggior parte dei casi, gli illeciti amministrativi sono qualificati dal punto di vista soggettivo, poiché possono essere commessi soltanto dalle persone straniere⁴⁶⁴; l'infrazione di gran lunga più contestata è quella della presenza irregolare sul territorio dello Stato⁴⁶⁵. Pare

⁴⁶¹ L'assetto normativo di disciplina dell'allontanamento e del trattenimento è il risultato della legge adottata nel 2000 e delle modifiche successivamente intervenute, tra cui assumono particolare rilevanza quelle introdotte dalla Legge Organica 2/2009, tramite la quale veniva anche recepita la dir. 2008/115/CE. All'intervento del 2009 ha fatto seguito, due anni più tardi, il Real Decreto 557/2011 del 20 aprile 2011, tramite il quale si approva il Regolamento della LOEX, come modificata dalla LO 2/2009.

⁴⁶² La decisione di respingimento può essere adottata nei confronti di coloro che fanno ingresso a seguito di una precedente espulsione (art. 58, co 1) o che attraversano irregolarmente i confini esterni del territorio e sono intercettati «alla frontiera o nelle sue prossimità» (art. 58, co 2).

⁴⁶³ In base alla norma, è possibile il «rechazo» dei migranti intercettati sulla linea di confine della demarcazione territoriale di Ceuta o Melilla mentre cercano di superare i sistemi di contenimento della frontiera per attraversarla irregolarmente. Sul punto, M. Martínez Escamilla, J.M. Sánchez Tomás, *La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera*, in *Revista Crítica Penal y Poder*, 2019, 18, pp. 28-39.

⁴⁶⁴ L'elenco delle infrazioni è dettato dagli artt. 53 e 54 LOEX.

⁴⁶⁵ Tra il 2008 e il 2014 il 99% delle espulsioni fondate sulla commissione di un illecito amministrativo riguardavano il soggiorno irregolare in Spagna (C. Fernández Bessa, A. J. Brandariz, *Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación*, in *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, 4, pp. 1-25). L'art. 57 LOEX prevede, in aggiunta al presupposto già menzionato, la possibilità di adottare una espulsione amministrativa (e dunque non giudiziaria) quando lo straniero sia gravato da precedenti penali o di polizia: tale ulteriore ipotesi di rimpatrio risponde ad una

evidente fin d'ora che l'approccio teorico adottato dal legislatore (e dalla maggioranza della dottrina) è stato quello di assumere il diritto dell'immigrazione come un ibrido tra diritto penale e diritto amministrativo: le misure espulsive vengono considerate alla stregua di una sanzione ad una condotta *latu sensu* irregolare dello straniero, e se letto attraverso questa lente anche il trattenimento assume una valenza intrinsecamente punitiva. Parallelamente, la stretta contiguità tra la privazione della libertà 'amministrativa' e quella riconducibile alla commissione di reati ha spinto il legislatore a configurare un sistema di tutela modellato su quello previsto nella sfera penale: anche l'autorità giudiziaria competente per l'esame della legittimità della detenzione è la stessa chiamata a decidere sulle misure cautelari nell'ambito del processo penale. Merita menzionare, tuttavia, che a differenza delle espulsioni il divieto di ingresso e il respingimento alla frontiera non avrebbero alcuna finalità sanzionatoria⁴⁶⁶: in particolare, secondo il Tribunale Costituzionale l'ingresso irregolare di per sé non contravviene ad una disposizione legislativa e pertanto il provvedimento dell'autorità di polizia non implicherebbe «l'esercizio di uno *ius puniendi*» ma sarebbe meramente finalizzato a «ristabilire l'ordine giuridico turbato»⁴⁶⁷. Da ciò deriva l'inapplicabilità della sanzione aggiuntiva del divieto di ingresso ma, al contempo, una contrazione delle garanzie procedurali (quali quella al contraddittorio) nel corso del procedimento di impugnazione.

4.1.2. La privazione della libertà migrante e la sua copertura costituzionale

Tanto nel caso del respingimento, quanto in quello delle espulsioni, la polizia può disporre l'iniziale detenzione dello straniero senza che sia necessaria la convalida giudiziaria della misura: in questa fase il giudice interviene soltanto se sollecitato attraverso un procedimento di *habeas corpus*, secondo le garanzie previste, in generale, per tutti gli individui – cittadini o stranieri – sottoposti ad un iniziale fermo di polizia⁴⁶⁸. La detenzione preventiva, pur costituendo una misura eccezionale, non avviene nel vuoto normativo. L'art. 17 della Costituzione spagnola, nel tutelare il diritto alla libertà personale, prescrive l'osservanza dei principi di legalità e di tassatività, il diritto all'assistenza legale, e quello di attivare un procedimento di *habeas corpus* al fine di far valere l'illegittimità della misura (per

finalità evidentemente punitiva, configurandosi come una doppia sanzione. Sebbene il Tribunal Constitucional (sent. n. 236/2007) non abbia riscontrato alcuna violazione del principio di *ne bis in idem*, in dottrina ne è stata riaffermata la natura intrinsecamente afflittiva e discriminatoria rispetto al godimento della finalità rieducativa della pena: M. Martínez Escamilla, 2016; D. Boza, *Perspectivas postpenitenciarias de las personas extranjerias privadas de libertad: entre la expulsión y el arraigo*, in Acale, M. Acale Sánchez, R. Gómez López, *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada, 2015, pp. 261-282.

⁴⁶⁶ Tribunal Supremo, sentenza del 28.2.2007, R.G. 10263/2003; sentenza del 27.09.2007, R.G. 1830/2004; sentenza del 18.10.2007, R.G. 2298/2004. Tribunal Constitucional, sentenza 31.1.2013, n. 17/2013.

⁴⁶⁷ Tribunal Constitucional, sentenza 31.1.2013, n. 17/2013.

⁴⁶⁸ I poteri delle forze dell'ordine di applicare tale forma di privazione della libertà sono stati circoscritti dalla legge organica 4/2015 del 30 maggio 2015, in base alla quale il fermo può avvenire a fini identificativi solo quando vi sia il sospetto che la persona abbia commesso un reato o per prevenirne la realizzazione. Diversi autori hanno fatto notare, in proposito, come le prassi di identificazione degli stranieri nell'ambito di attività di ordine pubblico siano da considerarsi illegittime, poiché in contrasto con il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità e della razza.

insussistenza dei presupposti o per violazione dei diritti fondamentali del detenuto) avanti l'autorità giudiziaria⁴⁶⁹. In conformità all'art. 17 Cost., l'art. 61 co 1 LOEX stabilisce espressamente che gli stranieri coinvolti in un procedimento di allontanamento possano essere sottoposti ad una misura di polizia, cui si estendono tutte le garanzie previste dalla *lex generalis*⁴⁷⁰. In ogni caso, affinché sia legittima, la *detencion policial* non può estendersi oltre le 72 ore.

Allo spirare del termine, l'autorità amministrativa è tenuta a porre lo straniero in libertà o, in alternativa, a chiederne il trasferimento nel CIE. In questo caso, la decisione in merito alla limitazione della libertà spetta al giudice penale del luogo in cui si trova lo straniero, che non si limita a convalidare la misura *ex post* la misura detentiva, ma la applica *ex novo*. Anche in questo caso (come per l'*habeas corpus*) l'autorità giudiziaria competente a pronunciarsi sulla detenzione della persona è il giudice penale, nella qualità di Giudice istruttore (*Juez de Instrucción*). La garanzia dell'intervento giudiziale è il tassello che ha consentito di ricondurre la misura della «detenzione senza reato» entro i canoni della legittimità costituzionale. Il *Tribunal Constitucional* fu, infatti, chiamato in causa immediatamente dopo l'approvazione della Legge Organica 7/1985, il cui art. 26 stabiliva la possibilità di privare gli stranieri della loro libertà durante la procedura di espulsione. Il Difensore Civico (*Defensor del Pueblo*⁴⁷¹) aveva presentato un ricorso di fronte alla Corte lo stesso anno dell'adozione della Legge, al fine di sollevare alcuni dubbi circa la costituzionalità della misura⁴⁷². Il *Tribunal* riconosce la legittimità costituzionale della detenzione amministrativa, ma la subordina alla sua applicazione in istituti diversi da quelli penitenziari e, soprattutto, ad opera dell'autorità giudiziaria. In altre parole, il trattenimento deve sottostare al requisito di piena giurisdizionalità e i giudici sono tenuti, al momento di autorizzare la misura, a ponderarne la proporzionalità⁴⁷³.

In realtà, la compatibilità dei CIE con il dettato costituzionale è tutt'ora oggetto di dibattito da parte della dottrina, trattandosi di misura amministrativa disposta al di fuori del circuito

⁴⁶⁹ Le garanzie connesse all'*habeas corpus* sono state dettagliate dalla legge organica 6/1984 del 24 maggio 1984. La legge impone, in particolare, che la misura sia illegittima quando (i) avviene in uno stabilimento o in un luogo che non soddisfa le condizioni legali o materiali richieste; (ii) per un periodo superiore alle settantadue ore; o (iii) se non vengono rispettati i diritti che la Costituzione e le leggi procedurali garantiscono a qualsiasi persona detenuta. Sul punto, J.M. Sánchez Tomás, *La repatriaciones desde comisaria sin internamiento judicial: algunas estrategias de defensa*, in *Revista Crítica Penal y Poder*, 2019, 18, pp. 40-49.

⁴⁷⁰ Il principio è stato più volte riaffermato dal *Tribunal Constitucional* sia nei casi di respingimento (sentenze n. 315-321/2005; n. 169/2006; n. 201-213/2006; 354-356/2006; n. 19 e 20/2007; n. 172/2008; n. 173/2008 e n. 84/2009), sia con riferimento alle espulsioni (sentenza n. 169/2006).

⁴⁷¹ Il Difensore Civico non è competente soltanto in materia di privazione della libertà (tanto che questa avvenga nell'ambito del circuito penitenziario o in quello amministrativo), ma ha fin dalle origini ricoperto un ruolo centrale nel monitorare le pratiche delle amministrazioni. Questa stessa autorità ricopre il ruolo di meccanismo di prevenzione nazionale (NPM) ai sensi del Protocollo OPCAT per la prevenzione della tortura.

⁴⁷² I profili di incostituzionalità non si ponevano tanto rispetto al diritto alla libertà personale (art. 17 Cost.), quanto in riferimento all'art. 25, co 3 Cost., in base al quale l'amministrazione non può imporre sanzioni dirette, o che implicitamente comportino, alla privazione della libertà personale. Il *Tribunal Constitucional* ha però ritenuto che la detenzione amministrativa non si ponga in contrasto con l'art. 25, co 3 se solo l'autorità che dispone la privazione della libertà è quella giudiziaria (e non l'autorità amministrativa); così facendo, però, la Corte non ha preso in considerazione l'anomalia insita nella creazione di una misura privativa della libertà, di natura preventiva e cautelare, non inserita nel campo di applicazione del diritto penale. Sul punto, M. Monclús Masó, *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Buenos Aires, 2008, pp. 452 e ss.

⁴⁷³ Sentenza 115/1987 del 7.7.1987.

penale e in ragione del suo considerevole impatto sui diritti fondamentali degli stranieri: ciò confliggerebbe *ab origine*, per parte della dottrina, con il rispetto del principio di proporzionalità⁴⁷⁴. Non può, al contempo, sottovalutarsi l'importanza del controllo svolto dall'autorità giudiziale nel sistema spagnolo. Il giudice, infatti, non è soltanto un presidio a garanzia dell'assenza di arbitrarietà della misura nel momento iniziale, ma svolge altresì un ruolo cruciale nel garantire il rispetto dei diritti delle persone straniere durante il periodo di detenzione⁴⁷⁵.

Quanto al primo aspetto, l'art. 61 e 62 LOEX impongono al Giudice istruttore di adottare una decisione in merito al trattenimento tenendo conto dei seguenti principi: a) principio di eccezionalità, in base al quale la misura rappresenta l'*extrema ratio* e deve essere previamente valutata l'applicabilità di misure alternative⁴⁷⁶; b) principio di proporzionalità tra la compressione del diritto alla libertà personale e l'obiettivo conseguito (il rimpatrio): il *Tribunal Constitucional* ha affermato che la proporzionalità non è *in re ipsa*, e il provvedimento dovrà dar conto delle circostanze del caso concreto e delle caratteristiche soggettive del migrante; c) principio di necessità rispetto alla finalità stabilita dalla legge, che impone una valutazione circa la sussistenza del *fumus boni iuris* in relazione alle ragionevoli prospettive di rimpatrio⁴⁷⁷.

I principi enucleati dal diritto spagnolo, la cui affermazione è dovuta principalmente all'intervento delle giurisdizioni superiori, paiono perfettamente allineati con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia alla Direttiva Rimpatri, nella misura in cui questa pone l'accento sul carattere eccezionale della misura e sul doveroso rispetto dei requisiti di necessità e proporzionalità. Anche con riguardo alla cognizione del Giudice istruttore chiamato ad ordinare il trattenimento, la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* (la corte suprema spagnola) ha fornito una interpretazione assai ampia dei poteri di cui disporrebbe l'autorità giudiziaria: oltre a quello di indagare il rispetto dei principi menzionati, vi sarebbe anche quello di valutare la compatibilità della detenzione con le condizioni di salute soggettive dell'individuo, nonché quello di sindacare l'esistenza di cause di inespellibilità⁴⁷⁸. Anche per tale ragione, come si avrà modo di osservare, l'impatto della Direttiva Rimpatri è stato complessivamente ridotto sul sistema spagnolo, quantomeno con riferimento alle garanzie sostanziali volte a limitare l'uso della misura.

⁴⁷⁴ M. Martínez Escamilla, 2016; E. García España, *Enfoque criminológico de las migraciones*, Madrid, 2018.

⁴⁷⁵ M. Martínez Escamilla, *Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE: análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2009, 62, p. 253-281 e *Id.*, *Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Las funciones del juez de Instrucción*, in *Id.* (a cura di), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Madrid, 2015, pp. 29-58.

⁴⁷⁶ L'art. 61, co 1 contiene un elenco non esaustivo di misure alternative (quali il ritiro del passaporto, l'obbligo di presentazione avanti le autorità, l'obbligo di dimora): l'elencazione è aperta, e consente al giudice di individuare qualsiasi altra misura da lui ritenuta idonea.

⁴⁷⁷ Sul contenuto dei principi indicati, e sugli orientamenti dell'autorità giudiziale, la letteratura spagnola è molto ampia. *Ex multis*, si rimanda a M. Martínez Escamilla, 2015; J.A. Tomé García, *La autorización del internamiento: principios rectores* e P. Fernández Olalla, *El Fiscal ante la solicitud de internamiento y el art. 57.7 LOEx*, in M. Martínez Escamilla (a cura di), 2015, *cit.*, pp. 165-182 e 235-245.

⁴⁷⁸ J.A. Tomé García, in M. Martínez Escamilla (a cura di), 2015, *cit.*, pp. 170 e ss.

4.1.3. Le garanzie in tema di condizioni detentive

Un ulteriore elemento di estremo interesse del sistema di tutela della libertà personale nel contesto della detenzione amministrativa è quello riguardante la garanzia a tutto tondo del cittadino straniero mentre si trova nei CIE. A partire dalla LO 2/2009 è stata attribuita al Giudice istruttore una funzione di «giudice di controllo» delle condizioni detentive all'interno dei CIE e delle zone di transito. L'art. 62, co 6 LOEX prevede il diritto dei detenuti di formulare istanze e reclami aventi ad oggetto le lesioni dei propri diritti fondamentali e di indirizzarli al Giudice istruttore del Tribunale del luogo in cui è ubicato il CIE. Il giudice è tenuto a pronunciarsi sui reclami e ha il potere di visitare i centri senza necessità di previa autorizzazione. L'intervento della magistratura è stato proliferato e, a fronte di condizioni di vita degradanti e contrarie alla dignità umana, ha parzialmente contribuito al miglioramento della realtà detentiva nei centri⁴⁷⁹. Molte delle indicazioni formulate dai Giudici istruttori, unitamente alle raccomandazioni dell'autorità di Garanzia, sono confluite nel *Real Decreto* 162/2014 adottato il 14 marzo 2014 e che disciplina il funzionamento e il regime interno dei CIE (cd. Regolamento CIE o, di seguito, RCIE). Fino a quel momento, come evidenziato in dottrina, l'assetto della detenzione amministrativa non poteva dirsi pienamente conforme al principio di legalità⁴⁸⁰.

Il Regolamento, adottato con forte ritardo, presenta l'indubbio aspetto positivo di regolare in modo organico, per il tramite di un atto avente forza di legge, le condizioni di vita nei CIE. Tuttavia, l'intervento del legislatore ha soddisfatto solo in parte le aspettative della dottrina, della società civile e del *Defensor del Pueblo*, dal momento che alcuni aspetti cruciali dell'organizzazione delle strutture e delle prerogative dei detenuti non vengono affrontate in modo dettagliato, lasciando ampi margini di manovra alla discrezionalità amministrativa⁴⁸¹. Gli articoli del RCIE dettano prescrizioni in merito: alla natura dei centri; al riparto di competenze tra le autorità interessate e all'organizzazione istituzionale e interna; ai diritti dei trattenuti, ivi compreso in materia di comunicazioni, colloqui, corrispondenza, e accesso alla difesa; al sistema di controllo e ispezioni e alle misure di tutela dell'ordine pubblico che possono essere attuate. Tra gli aspetti accolti con maggior favore dalla dottrina vi sono l'attribuzione dell'incarico di direzione ad un profilo amministrativo e non appartenente alle forze dell'ordine e la previsione che la responsabilità sui servizi sanitari sia trasferita in capo ad un medico del servizio sanitario nazionale (benché l'assistenza sia in concreto fornita da personale privato). Con il Regolamento si è, da ultimo, imposto alle autorità che gestiscono i

⁴⁷⁹ C. Manzanedo, *Las calamitosas condiciones de internamiento en los CIE españoles*, in M. Martínez Escamilla, *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Madrid, 2015, p. 249-269.

⁴⁸⁰ A. Daunis Rodríguez, *Las cárceles de los excluidos y marginados. Situación de los centros de internamiento de extranjeros tras la aprobación de su reglamento*, in *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2015, 40, pp. 33-61.

⁴⁸¹ *Ex multis*, C. Manzanedo, 2015. Sono significative le parole di un Giudice del Tribunale di Madrid con funzioni di giudice del controllo della detenzione «las esperanzas que se pusieron en un reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIE, se han visto frustradas, ya que el modelo policial de los CIE no se ha visto alterado, y ni tan siquiera suavizado o corregido». R. Garcia de Dios Ferreiro, *Los juzgados de control del Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid: creación, trayectoria y retos*, M. Martínez Escamilla (a cura di), 2015, pp. 269-279, p. 276.

centri (afferenti al Ministero dell'interno) un dovere di fornire servizi sociali e culturali, di assicurare l'accesso alle pratiche religiose e di garantire l'assistenza legale tramite il coordinamento con i Consigli dell'Ordine degli Avvocati locali. L'anno successivo all'adozione dell'RCIE è intervenuto il *Tribunal Supremo* con una articolata sentenza di annullamento di tre precetti del Regolamento. Il Tribunale, in particolare, censurava la norma che autorizzava le perquisizioni attuate attraverso l'imposizione di spogliarsi integralmente; la clausola dell'art. 7 co 3 RCIE nella parte in cui non assicurava che i detenuti facenti parte dello stesso nucleo familiare potessero rimanere insieme durante la detenzione e in condizioni tali da garantire la loro intimità; e l'articolo in base al quale era ammesso che la stessa persona potesse essere più volte reclusa sulla base dello stesso provvedimento fino al compimento dei sessanta giorni. Quest'ultimo intervento è stato necessario al fine di limitare una pratica amministrativa tanto risalente quanto criticata⁴⁸². L'intervento del *Tribunal* conferma poi l'attenta supervisione operata dalle autorità giurisdizionali in merito alla detenzione amministrativa. Una delle principali criticità legate all'entrata in vigore del Regolamento resta, tuttavia, il mancato adeguamento da parte dell'amministrazione delle norme ivi previste⁴⁸³: la denuncia in tal senso arriva dal *Defensor del Pueblo* e da diverse associazioni non governative⁴⁸⁴.

4.1.4. L'impatto delle Direttive europee sull'istituto del trattenimento

A fronte di questo quadro normativo, consolidatosi a seguito dell'adozione del RCIE, l'impatto della normativa europea in materia di trattenimento è stato relativamente modesto⁴⁸⁵. Occorre, infatti, tenere in considerazione che il diritto spagnolo, sin dalla LOEX del 2000 e grazie alle pronunce del *Tribunal Constitucional*, prevedeva numerose garanzie di natura sostanziale e procedurale per gli stranieri detenuti, a partire dall'applicazione del principio del *favor libertatis*⁴⁸⁶, da cui discendono quelli di eccezionalità, necessità e proporzionalità: questi ultimi vengono affermati molto meno timidamente nel diritto nazionale rispetto a quanto operato nella dir. 2008/115/CE.

Il sistema spagnolo si è quindi mostrato pienamente compatibile con le previsioni della Direttiva Rimpatri in materia di trattenimento, nonché con i principi generali derivanti dall'art.

⁴⁸² M. Martínez Escamilla, 2016.

⁴⁸³ Defensor del Pueblo Español, *Mecanismo nacional de prevención de la tortura: Informe Anual 2014*, disponibile al link: <http://bit.ly/1mr4TC8>; Pueblos Unidos-Servicio Jesuita a Migrantes, *Situación actual de los centros de internamiento de extranjeros en España y su adecuación al marco legal vigente*, 2015, disponibile al link: <http://bit.ly/1DqdrL6>.

⁴⁸⁴ Ad esempio, con la decisione (auto) del 31 luglio 2015, adottato dalla Magistrada Juez del Juzgado de Instrucción Núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria, si attesta il mancato adeguamento del centro con le regole del RCIE rispetto al diritto alla difesa, all'intimità familiare e all'assistenza sociale.

⁴⁸⁵ D. Fernandez-Rojo, *La detención de extranjeros en situación irregular: impacto de la Directiva 2008/115/CE y la jurisprudencia del TJUE en la legislación española*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, pp. 233-258.

⁴⁸⁶ «Este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del favor libertatis, lo que significa que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o prevención», *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 115/1987.

6 e 52 della Carta; anzi, l'incisività del controllo giudiziale e le garanzie in relazione alle condizioni detentive configurano un più elevato livello di tutela – almeno sul piano del 'dover essere' – della persona straniera. Anche sul piano delle garanzie in materia di condizioni detentive, le previsioni del RCIE paiono certamente più dettagliate e garantiste degli standard dettati dal diritto UE. Uno dei pochi emendamenti significativi frutto del recepimento dell'art. 16 della Direttiva è stata la maggiore apertura dei CIE alla società civile: l'accesso ai centri per le associazioni che si occupano di tutela degli stranieri è stato affermato come un diritto soltanto a partire dal 2009, seppur sia ancora sottoposto a condizioni per il suo esercizio (quali il rilascio di autorizzazione). Al contempo, la dottrina ha denunciato che l'adozione della normativa europea ha avuto quale risvolto negativo l'innalzamento del periodo massimo di detenzione (da 40 a 60 giorni)⁴⁸⁷.

Complessivamente, l'adeguamento alla dir. 2008/115/CE si è riflessa piuttosto sui presupposti che possono legittimare la detenzione che non sulla misura stessa e ha interessato soprattutto l'estensività dei poteri dell'amministrazione in merito all'adozione di provvedimenti di espulsione. Nello specifico, la pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Zaizoune*⁴⁸⁸ ha comportato l'ampliamento dei casi in cui i giudici sono stati chiamati a censurare la correttezza dell'operato della PA in merito alla scelta tra rimpatrio volontario e rimpatrio coattivo: anche nel sistema spagnolo la preferenza delle autorità di polizia è sempre ricaduta sulla seconda ipotesi. In *Zaizoune* la Corte di giustizia aveva acclarato che la normativa interna che prevedeva quale conseguenza alla permanenza irregolare sul territorio, in via alternativa, l'espulsione o la multa fosse incompatibile con la Direttiva. Secondo i giudici europei la possibilità di applicare indifferentemente l'una o l'altra sanzione avrebbe pregiudicato l'effettività della politica europea di rimpatrio. Per la Corte la dir. 2008/115/CE impone che in *tutti* i casi in cui la persona straniera sia fermata e si attesti la sua presenza irregolare sul territorio, le autorità sono tenute ad adottare un provvedimento di rimpatrio: tuttavia, deve essere attribuita una netta preferenza all'allontanamento volontario. In seguito alla pronuncia della CGUE sono aumentati i casi in cui l'amministrazione ha adottato provvedimenti di espulsione (in luogo della multa) unicamente basati sul presupposto del soggiorno irregolare del cittadino di Stato terzo. In queste ipotesi, i giudici hanno imposto con maggior frequenza che fosse concesso il rimpatrio volontario.

Da ultimo, poi, la stessa Corte di giustizia ha sancito che l'autorità amministrativa non può basarsi direttamente sulle disposizioni della Direttiva UE per adottare *in via automatica* un provvedimento di allontanamento fondato sull'irregolarità della persona, senza che vengano allegati ulteriori elementi aggravanti legati alle circostanze personali del soggetto⁴⁸⁹. Di conseguenza, il *Tribunal Supremo* ha chiarito che l'espulsione può essere adottata quale

⁴⁸⁷ A. Baldaccini, *The EU Directive on returns: principles and protests*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2009, 28, pp. 114-138; M. Martínez Escamilla, *Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE. Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2009, 1, pp. 253-281. Si noti, al contempo, che il periodo massimo di trattenimento non è mai stato innalzato oltre i 60 giorni.

⁴⁸⁸ CGUE, sentenza del 23 aprile 2015, *Zaizoune*, C-38/16, EU:C:2015:260, commentata da D. Acosta Arcarazo, A. Romano, *The Return Directive and the expulsion of migrants in an irregular situation in Spain*, in *EU Law Analysis*, 202.5.2015.

⁴⁸⁹ CGUE, sentenza dell'8 ottobre 2020, *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*, C-568/19, ECLI:EU:C:2020:807.

sanzione amministrativa per il soggiorno irregolare soltanto quando vi siano circostanze aggravanti e quindi si siano verificate ulteriori infrazioni della normativa: in caso contrario, la mera permanenza irregolare non può che essere priva di sanzione. Il *Tribunal* ha, al contempo, ricordato che l'amministrazione e eventualmente il giudice devono dar conto dell'applicazione del criterio di proporzionalità in motivazione, pena l'illegittimità del provvedimento⁴⁹⁰.

Detti approdi giurisprudenziali, se pure non incidono direttamente sul trattenimento, possono parzialmente contribuire a limitare la platea di persone trattenute nei CIE. Come si vedrà, in realtà, nel corso degli anni i centri hanno assolto funzioni ben determinate, e l'individuazione delle persone destinatarie di un provvedimento di trattenimento è stata operata avendo riguardo per la finalità delle politiche di gestione e controllo dei flussi migratori, mutevoli in base ai periodi storici. Una delle categorie maggiormente esposta alla detenzione è sempre stata quella degli stranieri intercettati al momento dell'ingresso irregolare sul territorio: ad essi si applica, come visto, una procedura di respingimento (*devolución*) e non di espulsione. Dal momento che la Spagna, al momento del recepimento della Direttiva Rimpatri, si è avvalsa della clausola ivi prevista (art. 2 co 2 lett.a)) le procedure di frontiera sfuggono al suo ambito di applicazione. Perciò le garanzie in materia di rimpatrio volontario, rimedi giurisdizionali e limiti sostanziali e procedurali al trattenimento non si estendono alle *devoluciones*⁴⁹¹, sia che queste avvengano in Spagna continentale, sia che siano dirette ai migranti che fanno ingresso attraverso Ceuta e Melilla: l'inapplicabilità della Direttiva, soprattutto in quest'ultimo contesto fortemente caratterizzato da respingimenti immediati e violenti (cd. *devoluciones en caliente*)⁴⁹², accresce le difficoltà di garantire l'operabilità e l'effettività dei meccanismi di tutela dei diritti dei migranti coinvolti nelle azioni di contrasto dei flussi migratori ai confini esterni europei⁴⁹³.

Ancor più limitato è stato l'impatto delle recenti Direttive che disciplinano il trattenimento dei richiedenti asilo. L'ultima riforma di ampio respiro dell'istituto del trattenimento è infatti avvenuta nel 2009, mentre gli interventi successivi, anche in materia di asilo, non hanno sostanzialmente intaccato quello che è un divieto generale: i richiedenti protezione internazionale non possono essere trattenuti. Come noto, infatti, l'art. 8 (2) dir. 2013/33/UE contempla una mera facoltà, e non un obbligo, di sottoporre il richiedente ad una misura limitativa della libertà, fatto salvo il rispetto delle ipotesi in cui può procedersi in tal senso che

⁴⁹⁰ *Tribunal Supremo*, sentenza n. 337/2022 del 16 marzo 2022.

⁴⁹¹ I. Majcher, *Evaluation of the implementation of the Return Directive: Part II*, in European Parliamentary Research Service (EPRS), *The Return Directive 2008/115/EC. European Implementation Assessment*, Bruxelles, 2020, p. 50 e ss.

⁴⁹² Per una analisi della genesi del fenomeno, *ex multis*, M. Martínez Escamilla, J.M. Sánchez Tomás, *Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas 'de voluciones en caliente'*, in Maqueda Abreu, Martín Lrenzo, Ventura Püschel (a cura di), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid, 2015, pp. 1081-1103, e M. Martínez Escamilla, J.M. Sánchez Tomás, 2019. Sul posizionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *N.D. and N.T. v. Spain*, S. Cuadrón Ambite, *Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿Quebrantamiento de un derecho fundamental?*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, 73 (2), pp. 381-388; e F.L. Gatta, *Recenti sviluppi nelle politiche di controllo migratorio in Europa*, in *Eurojus*, 2020, 1, pp. 123-144.

⁴⁹³ T. Strik, *Fundamental Rights as the Cornerstone of Schengen*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021, 23(4), pp. 508-534.

sono tassative. A seguito dell'adozione della Direttiva Accoglienza la Spagna non ha ritenuto di dover emendare il proprio diritto interno, di talché non si prevede attualmente alcuna ipotesi in cui il richiedente può essere trattenuto nei CIE.

Le ragioni del regime di particolare favore nei confronti dei richiedenti asilo può spiegarsi tenendo in considerazione il dato relativo al numero di richieste di asilo presentate nel Paese, relativamente contenuto fino agli anni più recenti; a ciò si aggiunge che storicamente la maggioranza delle domande di protezione vengono presentate da soggetti già presenti sul territorio perché entrati, ad esempio, in un regime di esenzione del visto (trattasi principalmente di cittadini centro e sud americani)⁴⁹⁴. La detenzione amministrativa, invece, è stata da sempre concepita come strumento funzionale alle deportazioni (siano esse eseguite alla frontiera o sul territorio) e, in ultima analisi, alla gestione dei flussi migratori irregolari. In base all'art. 18 co 1, lett. d) della legge organica in materia di asilo (LO 12/2009), il richiedente asilo non può essere destinatario di una decisione volta al rimpatrio e qualsiasi procedimento di allontanamento è sospeso a seguito della presentazione della domanda di protezione. Se, dunque, il richiedente non può – anche soltanto temporaneamente – essere allontanato, egli non potrà nemmeno essere detenuto. Tale previsione è accompagnata dalle indicazioni di carattere generale della LOEX: l'art. 58, co 4 stabilisce che le persone sottoposte alla procedura semplificata di respingimento non possono essere allontanate fino all'esito della valutazione della domanda di asilo; allo stesso modo l'art. 64 co 5 preclude l'esecuzione di qualsiasi provvedimento di rimpatrio già adottato, finché la domanda di asilo non è stata dichiarata inammissibile o è stata rigettata.

È bene precisare, tuttavia, che la procedura di asilo spagnola prevede numerose ipotesi di valutazione preliminare dell'ammissibilità della domanda di asilo⁴⁹⁵: il cortocircuito del sistema di tutela dei richiedenti risiede precisamente nella fase preliminare di ammissibilità, durante la quale soggetti che hanno presentato la domanda dal CIE (poiché già trattenuti sulla base di un titolo ablativo) rimangono internati⁴⁹⁶. Può qui identificarsi una antinomia con l'ordinamento europeo e con l'interpretazione delle Direttive Rimpatri e Accoglienza fornita dalla CGUE (in *Arslan* e, da ultimo in *VL*): la persona straniera assume lo status di richiedente

⁴⁹⁴ I. Barbero, *Refugiados en contención: lógicas de (in)movilidad en materia de derecho de asilo en la Frontera Sur*, in *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2021, 129, pp. 179-202.

⁴⁹⁵ L'articolo 20 l. 12/2009 disciplina la procedura di ammissibilità della domanda di asilo, prevedendo diverse ipotesi in cui la stessa può essere dichiarata inammissibile, tra cui anche la provenienza da un Paese terzo sicuro (art. 20, co 1, lett. c-e). Si prevede anche che se il provvedimento di inammissibilità non è notificato entro un mese dalla domanda, si procederà con l'esame ordinario della domanda. L'inammissibilità produce gli stessi effetti del rigetto. Un provvedimento di inammissibilità può anche essere adottato nell'ambito di una procedura di frontiera, cioè quando il richiedente non abbia i requisiti per fare ingresso regolare in Spagna (art. 21 LO 12/09). La stessa procedura può essere adottata anche al ricorrere di ulteriori presupposti (ad esempio, quando i motivi della domanda non siano riconducibili ai presupposti per il riconoscimento della protezione, o per provenienza da un Paese di origine sicuro, o se la domanda è stata presentata dopo un mese dall'ingresso senza giustificabili motivi). In questo caso, la decisione dovrà essere notificata entro quattro giorni e la persona ha diritto a chiedere un riesame della decisione entro 10 giorni: durante il periodo del riesame, ha diritto a rimanere sul territorio. Anche nel caso della procedura di frontiera il mancato rispetto dei termini comporta l'applicazione della procedura ordinaria.

⁴⁹⁶ Global Detention Project, *Spain: Country Profile*, 2013, p. 2 e Comisión Española de Ayuda Refugiado (CEAR) e Forum Réfugiés (FR), *DUBLIN II regulation & asylum in Spain- guide for asylum seekers*, 16 marzo 2011; Defensor del Pueblo, *Solicitantes de Protección Internacional en los CIE*, 22.5.2018, disponibile al link: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/proteccion-internacional-cie/>.

protezione internazionale sin dal momento della manifestazione della volontà di chiedere asilo. A partire da quel momento il regime a lei applicabile sarà quello della dir. 2013/33/UE e non più quella del migrante irregolare, motivo per cui i presupposti del trattenimento dovranno essere in linea con quanto prescritto dall'art. 8 (3) Direttiva. Il sistema attualmente in vigore in Spagna, che non ha mai, di fatto, recepito tale norma nell'ordinamento interno, è tale per cui la distinzione tra migrante irregolare e richiedente asilo (quantomeno in riferimento alle conseguenze sulla libertà personale) viene operata dopo la fase della valutazione dell'ammissibilità della domanda. Peraltro, la percentuale di domande di asilo proposte da chi si trova trattenuto e che non supera l'esame preliminare di ammissibilità è significativa. Ad esempio, secondo i dati raccolti dalla ONG *Servicio Jesuita Migrantes* (SJM) nel 2019, a fronte di 2.164 domande di asilo presentate dal CIE, ne sono state ammesse all'esame nel merito soltanto 326 (il 15% del totale); nel 2021 le domande di asilo sono state 626, di cui ammesse all'esame 169 (il 27,35%)⁴⁹⁷.

A ben vedere, dunque, si profilano situazioni in cui i richiedenti protezione, pienamente qualificabili come tali sin dal momento della presentazione della domanda, sono trattenuti al di fuori di una delle ipotesi previste dall'art. 8 (3) dir. 2013/33. La Corte di giustizia ha già chiarito, proprio in riferimento al sistema detentivo spagnolo⁴⁹⁸, che i motivi indicati nella Direttiva sono tassativi e che, salvo che non sia dimostrato che la misura risponda ad una delle finalità previste dall'articolo – e tenuto conto che «i motivi di trattenimento sono specificati nel diritto nazionale», – questa sarà illegittima. Sebbene la rigida separazione tra procedura di asilo e procedure di allontanamento, e il generale divieto del trattenimento dei richiedenti rappresenti un presidio significativo di tutela dell'asilante, negli interstizi tra le due discipline si annidano prassi in contrasto con il diritto alla libertà personale dei richiedenti protezione: l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia in *VL* assume particolare importanza perché preclude il trattenimento del richiedente in *qualsiasi* fase della procedura, non essendovi una legge nazionale volta a disciplinarlo.

4.2 La realtà della detenzione tra efficientismo e dinamismo delle politiche migratorie

Le previsioni della LOEX e le procedure dettagliate all'interno del RCIE costringono la detenzione amministrativa – sia essa quella applicata in via preventiva nelle stazioni di polizia per non più di 72 ore, sia quella che si realizza all'interno dei CIE – entro uno stretto reticolo di principi e garanzie, con l'obiettivo espresso di circoscrivere l'arbitrarietà dell'amministrazione e le violazioni dei diritti fondamentali delle persone trattenute. Lo iato tra normativa e realtà è, però, significativo: si riproducono anche in questo contesto geografico quelle 'divaricazioni' tra livelli dell'ordinamento (Costituzione, legge ordinaria, circolari di polizia e prasseologia) già riscontrate anche con riferimento all'Italia e alla Grecia. Le visite

⁴⁹⁷ Dati tratti dai rapporti annuali del *Servicio Jesuits Migrantes* e consultabili al link: <https://sjme.org/en/cie-en/>. Nel 2020 i CIE sono stati chiusi tra marzo e settembre, in ragione della pandemia da Covid-19, e non sono disponibili elaborazioni di dati in merito alle domande di protezione internazionale presentate.

⁴⁹⁸ Così ha sancito la CGUE in *VL*, *infra*, cap. II, par. 4.4.

svolte dalle ONG e, soprattutto, il costante monitoraggio condotto dal Difensore Civico restituiscono un quadro preoccupante rispetto alle compressioni dei diritti fondamentali dei migranti, se pure queste non possano dirsi sistemiche come quelle osservate, ad esempio, nel contesto greco⁴⁹⁹. In ogni caso, la dottrina ha evidenziato che sebbene la legge proclami che i CIE non debbano avere carattere penitenziario, l'architettura dei luoghi li avvicina molto ad istituti di pena e le modalità di internamento sono intrinsecamente punitive⁵⁰⁰. L'esperienza soggettiva dei detenuti conferma che sono strutture «peggiori delle carceri»⁵⁰¹ e che gli ostacoli pratici nell'accesso ai diritti e alla giustizia continuano ad essere elevati. In ogni caso, è evidente che si tratta di strutture securitarie⁵⁰², ove l'ordine pubblico è assicurato da agenti armati (art. 11 RCIE), i quali possono applicare misure di contenimento e di isolamento (artt. 53-57 RCIE): in proposito uno dei profili di maggior preoccupazione sollevati da società civile, ricercatori e Difensor del Pueblo è quello del controllo sulle violenze ad opera delle forze di polizia.

4.2.1. Condizioni materiali di detenzione e tutela giurisdizionale

Le criticità periodicamente riscontrate e denunciate sono numerose, sia da un punto di vista strutturale che in termini di effettività dei diritti⁵⁰³. Le strutture del CIE – mense, alloggi per i detenuti, servizi igienici e docce, sale visita e cortile – sono inadeguate e fatiscenti; la manutenzione è insufficiente e gli interventi di ristrutturazione degli edifici solo occasionali; mancano attività ricreative organizzate, spazi di socialità e luoghi in cui praticare sport: di conseguenza, i detenuti passano la maggior parte del tempo nelle loro stanze, e spesso si alimentano tensioni tra loro. Una carenza maggiormente riscontrata riguarda l'assenza di informazioni e l'indisponibilità di documenti/opuscoli informativi che rechino indicazioni sulla possibilità e sulle modalità di presentare istanze, reclami o ricorsi al 'giudice di controllo'⁵⁰⁴. A ciò si aggiunge l'assenza di adeguata tutela del diritto alla salute, cui si aggiunge il fatto che

⁴⁹⁹ Il Defensor del Pueblo è anche il meccanismo nazionale di prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (o *National Preventive Mechanism*, NPM), e, in questa sua veste, ha sin dalla creazione dei CIE, ricoperto un ruolo essenziale nel denunciarne le illegittimità. C. Fernández Bessa, 2021, p. 27 e ss.

⁵⁰⁰ M. Monclús Masó, 2008; A. Daunis Rodríguez, 200; L. Pernía Ibáñez, J. L. Rodríguez Candela, G. Ruiz Enciso, *Centros de internamiento de extranjeros. Cárceles encubiertas*, Donosti, 2011.

⁵⁰¹ M. Martínez Escamilla, 2016.

⁵⁰² D. Fernandez-Rojo, 2016; C. Manzanedo, D. Izuzquiza, *Expulsiones forzosas de Españoles centros de intercambio de extranjeros (CIE)*, in *Documentación social*, 2011, 61, pp. 153-172.

⁵⁰³ *Ex multis*, si vedano, il rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa (CPT) sulla visita in Spagna dal 14 al 18 luglio 2014 (CPT/Inf (2015) 19); le Osservazioni del sesto rapporto periodico sulla Spagna del Comitato ONU per i diritti umani (CCPR/C/ESP/6) del 14 giugno 2015, i rapporti annuali del Servicio Jesuita Migrantes (SJM).

⁵⁰⁴ Provvedimento (Auto) del Juzgado de Control de Murcia (14/03/2012), ove si impone all'amministrazione di inserire nel modulo informativo il diritto di presentare reclami e istanze al giudice e l'indicazione delle modalità di trasmissione; provvedimento (Auto) del Juzgado de Control de Madrid (04/04/2011), che ordina all'amministrazione di tradurre il manuale dei diritti e delle norme del centro in arabo, turco, kurdo, farsi, wolof, mandinga, cinese, bengalese e urdu; provvedimento (Auto) del Juzgado de Control de Barcelona (23/06/2014) con cui si dispone che nel centro siano sempre disponibili moduli informativi tradotti nelle lingue ufficiali o parlate per un'alta percentuale della popolazione e che, in caso di persone analfabete, la comunicazione venga fatta anche per via orale.

– contrariamente a quanto previsto dal Regolamento – le cure sono appaltate a servizi privati; inoltre, l’assistenza medica non è quasi mai assicurata in orari serali e nei fine settimana e ai colloqui con i medici raramente sono presenti mediatori⁵⁰⁵. Associazioni e organismo di garanzia hanno anche registrato numerosi ostacoli nell’accesso alla difesa e ai colloquio con i familiari in condizioni di intimità⁵⁰⁶. Simili denunce evidenziano il mancato adeguamento dell’organizzazione interna dei centri alla normativa, ed infatti vi sono stati numerosi interventi giudiziali finalizzate a garantire il rispetto delle disposizioni in materia di comunicazione con difensore, familiari e altre persone⁵⁰⁷.

Alle violazioni sin qui tratteggiate si aggiungono, come detto, le denunce di violenze, maltrattamenti e percosse subite dai trattenuti ad opera della polizia⁵⁰⁸. Si tratta di un tema di perenne attualità, idoneo, per la dottrina a configurare ipotesi di vera e propria tortura, sebbene non si sia mai pervenuti ad una imputazione in tal senso. Uno dei maggiori limiti è quello legato alla difficoltà di condurre indagini approfondite in assenza di prove, posto che le video registrazioni non sono spesso disponibili e/o le vittime sono celermente rimpatriate: Ad esempio, nel 2019 il *Juez Instructor* con funzione di controllo di Madrid ha ritenuto che fossero emersi plurimi indizi di commissione del delitto di tortura da parte di un agente di polizia nei confronti di uno straniero trattenuto all’interno del CIE, ma i fatti non si erano potuti ulteriormente indagare in ragione dell’espulsione della persona interessata, con la conseguente archiviazione del procedimento⁵⁰⁹.

Il disallineamento tra la norma e le prassi (illegittime) è ulteriormente accresciuto dal fatto che ciascun CIE è un mondo a sé: ogni centro ha caratteristiche proprie, frutto della combinazione di diversi fattori. Tra questi, i più influenti sono l’estensione e l’incisività delle pronunce giudiziali (dei cd. giudici di controllo)⁵¹⁰, e le condizioni giuridiche e sociali della popolazione detenuta, frutto anche delle diverse funzioni assolve dai CIE: in alcuni centri, che sorgono in prossimità delle principali città spagnole, i detenuti sono soprattutto cittadini cd. *over-stayers*, che hanno importanti legami sociali e familiari sul territorio e la cui espulsione

⁵⁰⁵ Si veda, in questo senso, la denuncia del Procuratore generale di Stato nella *Memoria 2013 del Fiscal General del Estado*.

⁵⁰⁶ Defensor del Pueblo, Recomendación 68/2013, del 22 maggio 2013 «sobre el funcionamiento de los Centros de Internamiento» (12007051); Provvedimento (Auto) del Juzgado de Control n° 1 y 7 de Barcelona (15/01/2014); SJM, *Informe CIE 2019: Diez años mirando a otro lado*, 2020, pp. 42 e ss.

⁵⁰⁷ C. Manzanedo, 2015, p. 250 e ss; C. Fernández Bessa, 2021, p. 109 e ss.

⁵⁰⁸ Le forze di polizia che svolgono funzione di mantenimento dell’ordine pubblico all’interno dei CIE possono, in base alle disposizioni del RCIE, ricorrere alla contenzione o all’isolamento dei trattenuti, al fine di prevenire o interrompere condotte violente nei confronti di cose o persone all’interno dei centri (art. 57 RCIE). Tuttavia, in assenza di una elencazione chiara di condotte vietate, e di una stretta regolamentazione dell’uso dell’isolamento, la polizia può adottare comportamenti altamente discrezionali. Inoltre, benché sia previsto un dovere di registrazione degli eventi critici all’interno di appositi registri, questi sono stati istituiti soltanto in quattro CIE e non sono sempre utilizzati. Le implicazioni del mancato rispetto delle disposizioni di legge sono il moltiplicarsi di condotte arbitrarie e il mantenimento di un clima di diffusa impunità. Per una analisi approfondita, J.C. Ríos Martín, *Garantías jurídicas frente al maltrato en los centros de internamiento de extranjeros (CIE)*, in *Crítica Penal y Poder*, 2019, 18, pp. 50-67

⁵⁰⁹ Provvedimento (Auto) del Juzgado de Instrucción n° 19 con funzioni di giudice del controllo del CIE di Madrid, del 10 giugno 2019.

⁵¹⁰ Ad esempio, sono particolarmente numerosi gli interventi del *Juez de control* di Barcellona, Madrid, Murcia, Las Palmas, mentre più ridotti quelli dei Tribunali di Algaciras o Tenerife. C. Fernández Bessa, 2021, p. 112.

può essere determinata dal soggiorno irregolare e dall'esistenza di precedenti penali⁵¹¹. In altri CIE la composizione della popolazione detenute riflette le politiche di controllo della frontiera: ad esempio, nei centri che sorgono nel sud della Spagna o sulle isole Canarie le persone trattenute hanno fatto da poco ingresso nel Paese e sono spesso destinatarie di provvedimenti di respingimento. Simili circostanze incidono anche sulle violazioni che i giudici sono chiamati a verificare e che possono formare oggetto della loro giurisprudenza, influenzando così in modo differenziato sulle pratiche di gestione dei CIE. L'esito della disparità nel trattenimento della popolazione detenuta rappresenta una minaccia al rispetto del principio di uguaglianza, posto che il trattamento di soggetti in una identica situazione è differenziato in ragione del luogo in cui si trovano, delle attitudini più o meno favorevoli dell'autorità di polizia e della portata dell'intervento giudiziale⁵¹². Si badi che, in ogni caso, i soggetti detenuti (a vario titolo) sono principalmente uomini adulti: per un verso, i minori non vengono trattenuti⁵¹³; per altro verso, le donne non hanno mai rappresentato più del 7% delle persone detenute nei CIE e, negli ultimi anni, l'unico centro con una sezione femminile si trova a Madrid e si è caratterizzato per numeri molto contenuti.

Può, infine, evidenziarsi che pur a fronte di una perdurante criticità delle condizioni detentive, non vi sono mai stati interventi delle Corti sovranazionali e, in particolare, della Corte EDU che abbiano sanzionato la Spagna per la violazione dell'art. 3 CEDU in relazione alle condizioni degradanti di detenzione (a differenza, ad esempio, di quanto esposto per la Grecia). Una delle spiegazioni che può essere fornita al mancato intervento della Corte europea si radica nello strutturato sistema di tutela giurisdizionale prevista sul piano interno, sia per quanto concerne la tutela rispetto all'arbitrarietà della detenzione, sia rispetto ai profili materiali.

4.2.2. L'evoluzione del ruolo del trattenimento nelle prassi: la contrazione dei numeri e il simbolismo della detenzione

⁵¹¹ L'articolo 89 del codice penale spagnolo prevede che possano essere trattenuti nei CIE, con la finalità di eseguire il rimpatrio, anche i destinatari di una espulsione quale misura sostitutiva della pena (quando questa sia contenuta entro i sei mesi) o quale misura alternativa di esecuzione della pena (quando resti da eseguirsi parte della pena residua). Sulle espulsioni giudiziali ex art. 89 c.p. nella loro conformazione attuale, E. García España, *La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código penal de 2015: ¿De la discriminación a la reinserción?*, in *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2016, 18.

⁵¹² M. Gonzalez Beilfuss, *El régimen jurídico de los centros de internamiento de extranjeros. Evolución normativa y cuestiones pendientes*, in M. Revenga Sánchez, J. J. Fernández Alles (a cura di), *Los centros de internamiento de extranjeros: régimen jurídico tras el Reglamento de 2014 y la STS de 10 de febrero de 2015*, 2016, pp. 59-104.

⁵¹³ L'art. 62, co. 4 dispone che è vietato l'ingresso dei minori nei CIE, fatto salvo il caso in cui sia nell'interesse dell'unità familiare mantenere i figli insieme al genitore che fa ingresso nel centro, a condizione che il nucleo possa essere alloggiato in una sistemazione separata e idonea (art. 62 bis, lett.i). In ogni caso, i minori stranieri non accompagnati non possono mai essere detenuti. Il Defensor del Pueblo ha riscontrato in diverse occasioni che era stato ordinato il trattenimento di minori, solo successivamente sottoposti ad accertamento dell'età e poi rilasciati (nel 2021, ad esempio, 11 minori sono stati trattenuti nei CIE: Defensor del Pueblo, Informe anual 2021, Anexo B, consultabile sul sito: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-mnp/mecanismo-nacional-prevencion-informe-anual-2021/>).

Come osservato in dottrina, tra il 2003 e il 2008 i CIE hanno avuto un ruolo cardine nelle politiche di controllo dell'immigrazione irregolare proveniente dalla frontiera meridionale. Merita evidenziare che, da un punto di vista strettamente normativo e a differenza di quanto osservato per l'Italia e la Grecia, non si è assistito a significative riforme nel senso dell'espansione dei casi in cui è ammessa la privazione della libertà in sede di ingresso, allontanamento o procedura di asilo. Il quadro giuridico è rimasto improntato all'eccezionalità dello strumento e alla previsione di significative garanzie a disposizione dei detenuti, soprattutto con riguardo ai profili procedurali e al diritto ad un rimedio effettivo.

Merita, pertanto, esaminare quali sono state le evoluzioni sul piano prasseologico. In una prima fase, all'interno dei CIE si operava l'identificazione dei migranti sbarcati via mare: questi ultimi erano trasferiti nei vari centri di detenzione sul territorio, e, una volta rilasciati al termine della durata massima del trattenimento, restavano in una situazione di «a-legalità», vale a dirsi in un limbo in cui non avevano pieno accesso all'esercizio dei diritti sociali e civili⁵¹⁴. A partire dal 2009, invece, in un contesto di flessione degli ingressi e di crisi economica, aumento della disoccupazione e indebolimento della rete di supporto sociale, il numero di persone coinvolte nel «meccanismo della deportazione» si è complessivamente ridotto. Al contempo, i CIE hanno occupato un posto rilevante nel sistema di gestione della criminalità, articolatosi anche sulla progressiva criminalizzazione dei migranti. L'analisi dei dati numerici relativi alle espulsioni (in senso lato) realizzate, e al trattenimento dei migranti rende evidente come la misura non fosse strettamente funzionale all'espulsione, trasformandosi in una vera e propria sanzione extra-penale⁵¹⁵.

A partire dal 2008 è stata data priorità all'internamento nei CIE degli stranieri destinatari di espulsioni giudiziarie e di espulsioni amministrative fondate sull'esistenza di precedenti penali, accorpate entro l'ambiguo concetto di espulsioni qualificate (*expulsiones cualificadas*)⁵¹⁶, adottate sostanzialmente nei confronti degli stranieri con precedenti penali, e pertanto considerati una minaccia per l'ordine pubblico. Queste ultime sono aumentate esponenzialmente tra il 2011 e il 2015, al punto da rappresentare l'85% delle tipologie espulsive nel 2014 e 2015⁵¹⁷. L'individuazione di un ordine di priorità nelle categorie di stranieri da allontanare, e più specificatamente, da trattenere, è espressione di quello che la dottrina ha definito come approccio efficientista o «manageriale» nella gestione

⁵¹⁴ C. Fernández Bessa, 2013, p. 88.

⁵¹⁵ J.A. Brandariz García, *Controllo dei migranti e diritto (penale) del nemico. Note su esclusione e inclusione in Spagna*, in *Studi sulla questione criminale*, 2012, 2, pp. 31-54. Sulle cifre relative ad espulsioni e trattenimenti sino al 2011, anche C. Fernández Bessa, 2013.

⁵¹⁶ Il concetto non discende da una previsione normativa (la cornice legale di riferimento resta l'art. 57 LOEX relativo alle espulsioni amministrative), ma è stato coniato dal Ministero dell'Interno nell'ambito di una conferenza stampa del 29 aprile 2014, ove viene operato un collegamento tra le politiche di rimpatrio e la supposta minaccia all'ordine pubblico posta dalle persone straniere irregolarmente soggiornanti. Si noti, tuttavia, che il Ministero dell'Interno ha incluso tra i destinatari delle espulsioni qualificate anche coloro che erano gravati unicamente da segnalazioni di polizia. J.A. Brandariz García, C. Fernández Bessa, *La crimigración en el contexto español: el creciente protagonismo de lo punitivo en el control migratorio*, in A.M. López Sala, D. Godenau (a cura di) *Estados de contención, estados de detención: el control de la inmigración irregular en España*, Barcellona, 2017, pp. 119-143, p. 129.

⁵¹⁷ *Ibidem*. Sullo stesso fenomeno, anche M. Martínez Escamilla, 2016.

dell'immigrazione irregolare⁵¹⁸, fondato sulla moltiplicazione di sforzi statali nel senso dell'effettività delle politiche di rimpatrio, in piena continuità con gli indirizzi politici europei⁵¹⁹. Il tentativo di rendere più efficienti i CIE è altresì testimoniato, dal punto di vista prettamente legale, dall'adozione della circolare della Direzione Generale di polizia dell'11 luglio 2014: obiettivo esplicito della circolare è quello dell'ottimizzazione delle presenze nei CIE, e a tal fine si impone che le autorità di polizia indaghino, prima della richiesta di trattenimento, quali siano le reali prospettive di rimpatrio e si assicurino che non vi siano impedimenti giuridici o pratici all'espulsione avuto riguardo alle circostanze individuali⁵²⁰.

Un ulteriore fenomeno amplificatosi a partire dal primo decennio degli anni Duemila, ed espressione della medesima logica manageriale, è quello delle *expulsiones exprés*, che si concretizzano nel rimpatrio eseguito prima del trasferimento del migrante dalla stazione di polizia al CIE. L'allontanamento, dunque, avviene entro le 72 ore dall'arresto dello straniero e si caratterizzano per una compressione del diritto ad un rimedio effettivo. La logica delle espulsioni *exprés* fa perno sull'esistenza di accordi di riammissione con i Paesi di origine che consentano di addivenire ad una rapida identificazione degli stranieri e al rimpatrio degli stessi sulla base di procedure semplificate⁵²¹. Il confronto tra il numero complessivo di rimpatri⁵²² e il numero di rimpatri realizzati a partire dai CIE negli ultimi dieci anni dimostra che la detenzione non è più, a discapito dei proclami pubblici, lo strumento principe attraverso cui realizzare il rimpatrio: se nel 2011 il 60% degli allontanamenti faceva seguito al transito da un CIE, nel 2021 le percentuali si abbassavano al 27,79%⁵²³. Verosimilmente, dunque, la maggior parte dei rimpatri è operato a seguito di un trattenimento 'di polizia' di breve durata.

⁵¹⁸ J.A. Brandariz García, C. Fernández Bessa, *Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación*, in *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, 4.

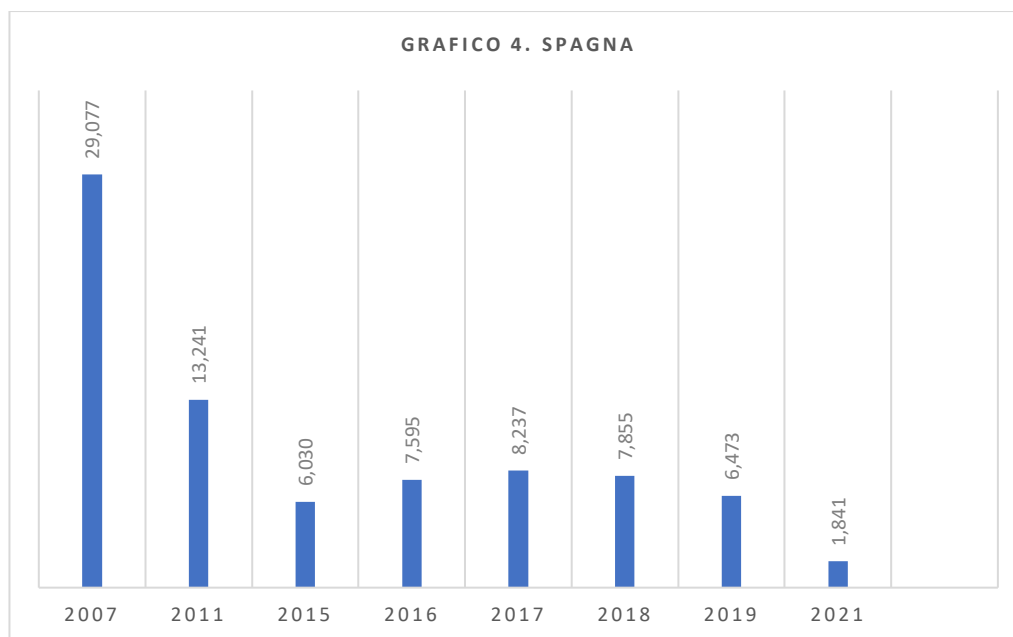
⁵¹⁹ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sul Piano di Azione UE sul rimpatrio*, COM/2015/0453 def.

⁵²⁰ Ciò dovrebbe avvenire, ad esempio, consultando preventivamente le note informative adottate dall'Alto Commissariato per i rifugiati sulla situazione dei Paesi di provenienza, «con el fin de conocer la situación (de conflicto bélico o de otra índole) del al que van a ser repatriados, o que la repatriación al mismo no implica para dicha persona riesgo para su vida o integridad física, o que no será objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes o torturas». Circolare DGP 6/2014.

⁵²¹ L'esistenza di intese con i Paesi di origine ha consentito di incrementare il tasso dei rimpatri soprattutto con Marocco e Algeria: non è casuale che i cittadini provenienti dai due Paesi del Maghreb rappresentino il 62,8% dei destinatari di un provvedimento di allontanamento che sono stati effettivamente rimpatriati. C. Fernández Bessa, 2021, p. 122 e ss.

⁵²² I dati sono contenuti nei rapporti annuali del Difensore civico e includono sia le espulsioni sia i respingimenti (9241 nel 2016; 9326 nel 2017; 11384 nel 2018; 11153 nel 2019): i numeri sono aumentati sino al 2019, mentre i numeri dei trattenuti è rimasto sostanzialmente stabile (cfr. nota 69).

⁵²³ Dati tratti dal rapporto annuale del NPM relativo agli anni 2011 e 2021.



È poi significativo che il numero di trattenuti nei centri di identificazione sia gradualmente diminuito nel corso degli anni⁵²⁴, fino a raggiungere livelli minimi negli anni del Covid-19⁵²⁵. I dati degli ultimi anni danno conto del quadro eccezionale che si è prodotto nel contesto della pandemia: la Spagna ha rappresentato un'anomalia nel panorama europeo delle prassi in materia di detenzione amministrativa⁵²⁶. L'attività di *advocacy* delle associazioni, unitamente all'affermazione di un orientamento giurisprudenziale favorevole alla liberazione dei trattenuti per assenza di adeguate condizioni sanitarie, ha condotto il Ministero dell'Interno ad ordinare la chiusura dei CIE, e la conseguente liberazione dei migranti detenuti, nel maggio 2020⁵²⁷. Le ragioni della scelta spagnola – in netta controtendenza con l'approccio seguito dagli altri Paesi europei – vanno individuate nelle peculiarità del sistema nazionale: assumono particolare rilevanza la brevità del periodo massimo di detenzione e il generalizzato divieto di detenzione dei richiedenti asilo, fattore che implica che i cittadini presenti nei CIE fossero trattenuti all'unico scopo di eseguirne il rimpatrio entro il termine di 60 giorni. I CIE sono rimasti chiusi per quattro mesi, ma già a partire dall'autunno dello stesso anno le strutture detentive riaprivano i loro cancelli, in un contesto di crescenti arrivi di migranti via mare, ed in particolare verso le isole Canarie.

⁵²⁴ Nel 2007 i trattenuti erano 29.077; nel 2011 erano meno della metà (13.241) e negli anni successivi i numeri si riducevano significativamente (60.30 nel 2015; 75.97 nel 2016; 8.237 nel 2017; 7.855 nel 2018; 6.473 nel 2019). I dati sono tratti da C. Fernández Bessa, 2021, p. 130, e si basano su informazioni ottenute attraverso richiesta di informazioni tramite il 'Portale della Trasparenza'.

⁵²⁵ I dati sono incompleti sotto questo profilo: i rapporti del Difensore civico per gli anni 2020 e 2021 danno conto dei numeri di stranieri rimpatriati dai CIE (rispettivamente 927 nel 2021 e 1214 nel 2020), ma non del numero complessivo dei migranti trattenuti nei centri. Il rapporto annuale del SMJ rivela che nel 2021 sono stati complessivamente detenuti 1841 stranieri (di cui 1824 uomini e 17 donne), ma non contiene lo stesso dato per il 2020, anno in cui il Ministero dell'Interno non ha comunicato le cifre complessive dei trattenuti.

⁵²⁶ Nonostante i numeri di rimpatri e di trattenimenti si fondamentalmente contratti nei primi mesi del 2020: J. A. Brandariz, C. Fernández Bessa, *Coronavirus and immigration detention in Europe: the short summer of abolitionism?*, in *Social Sciences*, 12.6.2021.

⁵²⁷ A. Ballestreros Pena, 2022, pp. 197-219.

Per un verso, gli eventi eccezionali legati al Covid-19 hanno disvelato che, in caso impossibilità di realizzare i rimpatri, la misura detentiva perde di legittimità e legittimazione, in piena conformità con le disposizioni dell'art. 15 Direttiva Rimpatri e secondo le interpretazioni fornite dalla giurisprudenza della CGUE e della CEDU. Per altro verso le diverse forme e modalità di privazione della libertà consolidatesi negli anni più recenti rivelano come anche in Spagna la detenzione amministrativa continui a rappresentare un tassello chiave delle politiche di controllo delle migrazioni e dei confini, all'interno di un sistema che si fonda su un *continuum* della detenzione, dall'arrivo in frontiera fino alla (eventuale) espulsione. Nonostante gli ostacoli creati dalla pandemia, infatti, i centri di detenzione sono pienamente rientrati in funzione conformandosi, ancora una volta, alle esigenze ondivaghe legate alla gestione dei flussi migratori. La tendenza che si è andata da ultimo affermando risale, in realtà, ad un momento precedente al 2020: in dottrina è stato evidenziato come, sin dal biennio 2015/2016 – in corrispondenza della cd. crisi dei rifugiati – i cambiamenti prodottisi nella composizione dei flussi in arrivo (l'aumento dei migranti provenienti dall'Africa subsahariana, l'aumento dei richiedenti asilo, l'incremento delle partenze) si riflettevano sulla funzione dei CIE e dei meccanismi detentivi satelliti (su cui si tornerà a breve)⁵²⁸.

Uno dei cambiamenti più rilevanti ha riguardato l'aumento delle richieste di asilo provenienti da migranti irregolarmente approdati alle coste spagnole, fattore che ha influenzato il dibattito pubblico e le politiche di accoglienza e di controllo della mobilità.⁵²⁹ In un mutato clima politico, lo stretto legame tra immigrazione e criminalità – enfatizzato tra il 2008 e il 2015 – ha cessato di essere al centro dell'attenzione mediatica e politica e, di conseguenza, le misure di gestione dei migranti irregolari già presenti sul territorio quali le *expulsiones cualificadas* si sono rivelate recessive rispetto alle nuove necessità di controllo delle frontiere esterne, in particolare quella meridionale (in prossimità dello stretto di Gibilterra) e quella insulare delle Canarie⁵³⁰.

In questo contesto, cambia anche la composizione dei migranti internati: questi sono principalmente di origine africana (sia magrebina che subsahariana) e vengono trattenuti in quanto destinatari di un provvedimento di respingimento motivato dall'ingresso irregolare, mentre il numero di trattenimenti ancorati alla necessità di eseguire una espulsione basata su infrazioni amministrative è progressivamente calato, insieme a quello degli stranieri con precedenti penali⁵³¹. Una simile tendenza è in linea con quella riscontrata anche in Grecia, con la sensibile differenza che, nel panorama spagnolo, la detenzione riguarda in ogni caso soltanto

⁵²⁸ J.A. Brandariz, C. Fernández-Bessa, *A changing and multi-scalar EU borderscape: The expansion of asylum and the normalisation of the deportation of EU and EFTA citizens*, in *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 2020, 9, pp. 21-33.

⁵²⁹ Occorre tener conto del fatto che fino al 2017 la Spagna non è mai stato un Paese in cui il sistema di asilo ha occupato un posto centrale, in termini numerici, nel quadro di gestione delle politiche migratorie, soprattutto se confrontato con altri Paesi europei. Il contesto si è andato modificando a partire dal 2018, con l'aumento delle richieste di asilo e la predisposizione di meccanismi di tutela aventi quali destinatari principalmente i richiedenti protezione provenienti dal Medio Oriente (siriani e, in misura minore, afgani). *Ibidem*.

⁵³⁰ C. Fernández-Bessa, 2021, p. 123.

⁵³¹ Tra il 2015 e il 2018, il 93% dei migranti che hanno fatto ingresso a seguito di respingimento erano africani: la nazionalità più rappresentata è quella algerina, seguita da quella guineana nel 2015, da quella ivorinese nel 2016 e 2017, e da quella marocchina nel 2018 e 2019. *Ivi*, p. 138-140.

i migranti che non presentano domanda di asilo (o la cui istanza non supera il vaglio dell'ammissibilità). Più in generale, a partire dal 2016, i rimpatri portati a termine appaiono in gran parte conseguenza dell'esecuzione di provvedimenti di respingimento (immediato alla frontiera, o differito, a seguito di ingresso irregolare), anziché di decisioni di espulsione (amministrative). Se nel 2015 il rapporto tra le due tipologie vedeva una prevalenza delle seconde (4.520) sui primi (3.725), nel 2018 questo è completamente ribaltato, con 7.203 (respingimenti) contro 2.753 (espulsioni)⁵³². Infine, tra il 2017 e il 2019 aumenta significativamente anche il numero di domande di asilo formulate dai migranti trattenuti nei CIE: (1783 nel 2017, a fronte di 2155 nel 2019)⁵³³.

Il *focus* della macchina della deportazione si sposta quindi, inesorabilmente, sull'elemento della frontiera, in quanto l'obiettivo è impedire l'ingresso e la libera circolazione dei migranti sul territorio. Ciò comporta che la più parte delle procedure di allontanamento non rientrano entro l'ambito di applicazione della Direttiva Rimpatri: sebbene, come visto, le garanzie predisposte dal diritto interno quanto all'applicabilità della misura detentiva nei CIE nel contesto dell'allontanamento siano più tutelanti rispetto agli standard minimi fissati dalla Direttiva, ne possono derivare conseguenze in termini di disomogeneità del trattamento dei cittadini stranieri e di incisività della protezione offerta contro l'allontanamento.

Inoltre, come si vedrà, la privazione della libertà nel contesto dei respingimenti non si svolge unicamente nei CIE. La prima sede in cui si attua la detenzione degli stranieri è quella dei CATE, centri dai connotati multiformi e cangianti e che, anche in ragione della brevità della detenzione e dell'incertezza circa lo *status* legale dei soggetti che vi sono trattenuti, si sottraggono all'applicazione del diritto UE. L'apertura dei centri si colloca entro un nuovo modello di gestione dei flussi che presenta numerosi elementi di affinità con l'approccio *hotspot*, come si avrà modo di illustrare nel paragrafo che segue. I CATE non rappresentano una realtà isolata: al contrario, come rilevato in dottrina, i nuovi centri di detenzione hanno influito anche sulle funzioni e sul funzionamento di quelli 'tradizionali', secondo un meccanismo di *continuum* detentivo che rappresenta una cifra costante delle politiche europee e statali affermatesi a seguito delle cd. 'crisi migratorie'.

4.3 L'avvento dei CATE tra incertezza normativa e contiguità funzionale con i CIE

L'emersione di nuovi luoghi, e di nuovi modelli operativi, funzionali alla detenzione delle persone migranti è andata di pari passo con gli aumenti degli arrivi via mare nel 2018 e nel 2020: inizialmente i migranti si dirigevano verso la frontiera meridionale continentale, mentre tra il settembre 2020 e il 2022 la rotta migratoria maggiormente battuta è stata quella delle Canarie. L'articolazione della mobilità lungo distinte rotte è un tratto caratteristico delle migrazioni verso la Spagna, le cui politiche migratorie sono considerate «a reaccion dinamica» proprio in ragione della plasticità delle «rutas» percorse e delle differenti relazioni messe in

⁵³² Elaborazione propria sui dati riportati nelle relazioni annuali del Difensore civico e NPM.

⁵³³ Dati tratti dai rapporti annuali del Difensore civico.

campo dalle autorità con i Paesi di origine e di transito⁵³⁴. Nel 2018, l'anno in cui gli ingressi per via marittima hanno riguardato 56.480 persone, la regione maggiormente interessata è stata quella dello stretto di Gibilterra: i numeri, seppur non esorbitanti in senso assoluto, superavano quelli degli arrivi via mare nei sette anni precedenti, ma anche quelli del picco degli arrivi durante la «crisis de los cayocos» del 2006⁵³⁵. Due anni più tardi, la chiusura di altre rotte (ad esempio, il Marocco aveva intensificato i controlli delle partenze e dell'attraversamento delle enclave di Ceuta e Melilla) ha portato all'innalzamento del numero degli arrivi verso le isole Canarie, che hanno rappresentato la destinazione del 55% dei migranti approdati via mare del 2020 (in totale, 42.097)⁵³⁶.

4.3.1. L'inaugurazione del modello «CATE» e l'evanescenza della cornice normative

In entrambi i momenti di 'crisi umanitaria' legato all'aumento del numero di ingressi via mare si è assistito a soluzioni del tutto precarie e improvvisate di gestione dei flussi: le persone migranti erano collocate in stazioni di polizia, casali abbandonati, tensostrutture, ex prigionie, o mantenute a bordo delle navi – come accaduto nel porto di Algeciras – in un contesto di pressoché totale assenza di assistenza e di tutela⁵³⁷. Di fronte all'impreparazione logistica, e ad un «certo livello di improvvisazione, che ha comportato una flagrante violazione dei diritti fondamentali»⁵³⁸ del 2018, il Governo socialista ha approvato l'apertura di centri dalla dubbia funzionalità, inizialmente definiti dall'autorità garante «Centros de Primera Asistencia y Detención de Extranjeros» e poi qualificati come «Centros de Atención Temporal de extranjeros» nei discorsi pubblici, a partire dall'inaugurazione del centro di *Crinavis*, presso il porto di Algeciras⁵³⁹. Successivamente, vennero istituiti alcuni CATE lungo la costa meridionale in prossimità dei porti di San Roque-Algeciras (Cadice), Motril (Granada), Almeria, Malaga. Il Difensore civico dava conto dell'apertura di due strutture denominate formalmente 'CATE' anche sulle isole di Gran Canaria e di Tenerife, osservando al contempo che la necessità e l'urgenza di abilitare nuove «aree di custodia per detenuti stranieri» aveva

⁵³⁴ A. M. López Sala, *Política migratoria y inmigración irregular a través de embarcaciones: el caso del archipiélago canario*, in *Anuario CIDOB de la inmigración*, 2007, pp. 226-244, p. 226.

⁵³⁵ Su cui, per una prospettiva storica, J.M. Martín Ruiz, *El modelo migratorio de Canarias en el contexto español: el proceso migratorio actual*, in F. Morales Padrón, *XV Coloquio de historia canario-americana*, 2004, pp. 44-69.

⁵³⁶ Defensor del Pueblo, 2021.

⁵³⁷ Si veda, in proposito, I. Barbero, *Los Centros de Atención Temporal de extranjeros como nuevo modelo de control migratorio*, 2021; e Defensor del Pueblo, *Ficha de seguimiento de la visita realizada por el MNP*, 2018, disponibile al link: www.defensordelpueblo.es/gestionDocumentalWS/rest/matrizSeguimientoMNP/18012926.

⁵³⁸ I. Barbero, *Los Centros de Atención Temporal de extranjeros como nuevo modelo de control migratorio*, 2021, p. 275.

⁵³⁹ Dichiarazioni del Ministero dell'Interno nella seduta della Camera dei deputati del 29 agosto 2018 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 2018, No. 577, pp. 5 and ss). Un anno dopo, a seguito dell'interrogazione formulata dal parlamentare Jon Iñarritu, il Governo ha dichiarato che i CATE di Motril e Almeria erano già in funzione dal 2017, benché non fossero stati definiti con tale nome. Risposta del 26 luglio 2019 all'interrogazione parlamentare n. 184/481 del 21 giugno 2019 dal parlamentare Jon Iñarritu. Per un approfondimento sulla genesi dell'istituto, D. Boza Martínez, D. Pérez Medina, *New Migrant Detention Strategies in Spain: Short-term Assistance Centres and Internment Centres for Foreign Nationals*, in *EuroMediterranean Journal of International Law and International Relations*, 2019, 7, pp. 261-277.

portato ad attribuire l'etichetta di CATE a luoghi precari che, invece, «non soddisfano le condizioni minime per poter essere considerati tali»⁵⁴⁰.

La confusione concettuale e terminologica che ha circondato i CATE sin dal loro inserimento nell'arsenale delle misure di gestione dell'immigrazione è da ricondursi al carattere improvvisato dell'intervento e all'assenza di una cornice legale che regolamentasse compiutamente detti centri e li riconducesse a quelli gestiti dal Ministero dell'Interno (CIE) o, invece, a quelli di pertinenza del Ministero delle politiche sociali (centri di accoglienza per richiedenti asilo o emergenziali). Sebbene, come più volte sancito dalla Corte EDU, la privazione della libertà possa avvenire in qualsiasi luogo, ed anche all'interno di centri di prima assistenza e accoglienza (*ex multis, Khlaifia and others*), l'ordinamento spagnolo aveva sino a quel momento chiaramente individuato i casi e i luoghi in cui i migranti potevano essere privati della libertà. Questi si esaurivano nella detenzione preventiva presso le stazioni di polizia, e nell'internamento cautelare nei CIE⁵⁴¹.

La creazione dei CATE ha rappresentato, per questo motivo, un passaggio significativo nelle pratiche di *bordering* e ha generato ampie critiche in dottrina circa l'ambiguità giuridica dell'istituto e l'assenza di una chiara cornice normativa⁵⁴²: tuttavia, appare ormai chiara la funzione contenitiva delle strutture, testimonianza del prevalere delle esigenze securitarie – rispetto a quelle umanitarie – nella gestione dei flussi. Il fatto che, a distanza di cinque anni dalla formale apertura dei CATE, non vi sia una legge sufficientemente «accessibile, precisa e prevedibile» volta a regolamentare i «modi» della detenzione nei centri può indurre a qualificare la detenzione come arbitraria ai sensi dell'art. 5 (1) CEDU. Invece, non vi è dubbio alcuno che si tratti di una ipotesi di privazione (e di non mera limitazione) della libertà personale: ciò non soltanto alla luce degli indici sviluppati dalla Corte EDU, ma ancor prima perché la natura detentiva è stata riconosciuta dalle stesse autorità pubbliche spagnole, al punto che vi si applicano pacificamente i rimedi di *habeas corpus*.

Emblematica è, in proposito, la definizione fornita dal Ministero dell'Interno avanti la Camera dei Deputati il 29 agosto 2018, in base alla quale i CATE sarebbero una «stazione di polizia in cui sono forniti una serie di servizi tra cui interpretariato, assistenza medica per chi ne ha bisogno, e supporto da parte di ACNUR tramite l'associazione CEAR»⁵⁴³. Inoltre, il Ministro ha ammesso che nei centri sono presenti organi di polizia e di Frontex, mentre EASO (oggi EUAA) avviava una attività di supporto nei centri delle isole Canarie a partire dal 2021⁵⁴⁴. Infine, si chiarifica che la loro funzione è quella di agevolare la «rapida identificazione e

⁵⁴⁰ Defensor del Pueblo, *Migraciones en Canaria*, Madrid, 2021, consultabile al link: https://www.defensordelpueblo.es/en/wp-content/uploads/sites/2/2021/04/INFORME_Canarias-EN.pdf.

⁵⁴¹ Alcune autrici hanno, in realtà, evidenziato che vi è almeno un'altra tipologia di centri in cui si opera una sovrapposizione tra finalità umanitarie e finalità detentive o quantomeno contenitive: si tratta dei *Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes* (CETI) istituiti presso le enclavi di Ceuta e Melilla rispettivamente nel 1999 e nel 2000. Sul punto, C. Fernández-Bessa, 2021; A. Ballestreros-Pena, 2022; I. Barbero, *Refugiados en contención: lógicas de (in)movilidad en materia de derecho de asilo en la Frontera Sur*, in *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2021, 129, pp. 179-202.

⁵⁴² D. Boza Martínez, D. Pérez Medina, 2019; I. Barbero, *Los Centros de Atención Temporal de extranjeros como nuevo modelo de control migratorio*, 2021; A. Ballestreros-Pena, 2022.

⁵⁴³ Dichiarazioni del Ministero dell'Interno nella seduta della Camera dei deputati del 29 agosto 2018 (nota 539).

⁵⁴⁴ Por-Causa, *Informe 2021: Frontex: El guardián descontrolado*, 2021, consultabile al link: https://porcausa.org/wp-content/uploads/2021/06/Frontex_2021.pdf.

rilevazione delle impronte, prima che le persone siano indirizzate ad un CIE o indirizzate alle NGO». Al contempo, le dichiarazioni ministeriali contengono alcune precisazioni importanti: ad esempio, quella secondo cui i migranti non possono rimanere nelle strutture oltre 72 ore; da ciò discende, per il Ministero, che i CATE non possano essere assimilati ai CIE: piuttosto, i nuovi centri costituiscono, in sostanza, pertinenze delle stazioni di polizia⁵⁴⁵. In termini formali, risulta evidente che le dichiarazioni ministeriali non possono in alcun modo essere considerate una base giuridica sufficientemente certa e prevedibile per legittimare la privazione della libertà: pare, quindi, che possano sollevarsi dubbi sulla compatibilità della detenzione nei CATE con i principi di legalità ed arbitrarietà contemplati dall'art. 5 CEDU (e di conseguenza dall'art. 6 Carta).

In termini sostanziali, le implicazioni delle dichiarazioni sono duplici. Per un verso, l'equiparazione alle stazioni di polizia consente di inferire che si possano (e si debbano) applicare le garanzie generalmente previste in tema di *habeas corpus*. Per altro verso, i chiarimenti operati in relazione alla funzione svolta dai CATE configurano, sostanzialmente, un nuovo regime di detenzione preventiva avente quali destinatarie unicamente le persone straniere che abbiano fatto ingresso irregolare via mare. A ciò si aggiunga che la detenzione non ha funzione meramente cautelare rispetto ad un futuro allontanamento, poiché l'attività principale ivi svolta è quella dell'identificazione e incanalamento dei migranti lungo distinti percorsi giuridici: tale dato rappresenta una novità significativa per il sistema spagnolo, visto che alla base della giustificazione della privazione della libertà vi è sempre (e solo) stato lo stretto nesso funzionale tra trattenimento e allontanamento.

4.3.2. *Le procedure di identificazione e accesso alla domanda di asilo: parallelismi tra CATE e hotspot?*

Dal punto di vista operativo, è stato documentato che sono transitati dai CATE soltanto i migranti soccorsi in mare, o sbarcati autonomamente, e il cui arrivo è stato qualificato alla stregua di un ingresso irregolare sul territorio (ai sensi dell'art. 25 co 1 LOEX). Al momento dell'identificazione e del fotosegnalamento, pertanto, gli stranieri vengono automaticamente etichettati come migranti irregolari, con conseguente adozione di un provvedimento di respingimento ex art. 58 co 3 LOEX. Generalmente, non viene fatta applicazione dell'art. 25, co 3 LOEX (norma che detta una deroga alle regole generali in materia di ingresso irregolare quando sia stata presentata una domanda di asilo in frontiera). Le difficoltà nell'accesso alla procedura di asilo derivano anche dalle carenze nel sistema di informazione in merito alla protezione internazionale e nell'accesso alla difesa: la mancata conoscenza circa la possibilità di richiedere asilo in frontiera fa sì che i migranti, anche quando si trovino in condizioni tali da poter essere riconosciuti come titolari di protezione (l'esempio emblematico è quello dei

⁵⁴⁵ Nel 2019 il governo precisa che «la naturaleza jurídica de dichos centros es la misma que la dependencia policial a la que se encuentran adscritos». Risposta del Governo all'interrogazione parlamentare n. 184/481, del 21 luglio 2019.

cittadini maliani) siano incanalati entro il canale della deportabilità⁵⁴⁶. Il Difensore Civico, nel suo rapporto dedicato alle isole Canarie, ha identificato alcune criticità macroscopiche con riguardo alla fase immediatamente successiva allo sbarco (durante la quale erano coinvolti polizia nazionale, ufficiali di frontiera, personale di Frontex): assenza di indicazioni circa le modalità di ricerca dei familiari dispersi, mancanza di supporto adeguato per i minori stranieri non accompagnati⁵⁴⁷, e ostacoli nell'accesso alla procedura di asilo strettamente legati ad un sistema di informativa legale inappropriato e non effettivo⁵⁴⁸.

Il rapporto dell'autorità garante sottolinea le responsabilità delle autorità di polizia nei ritardi nella registrazione della domanda, e le difficoltà incontrate dai difensori nel rappresentare adeguatamente i propri assistiti: merita, in ogni caso, sottolinearsi che il sistema spagnolo prevede un generale diritto all'assistenza legale per tutti i migranti nei procedimenti che potrebbero esitare in una decisione di respingimento, espulsione, o trattenimento e nell'ambito della procedura di asilo (art. 22 LOEX)⁵⁴⁹. Tuttavia, nei momenti di crisi umanitaria, le garanzie minime affinché l'assistenza legale (tanto nell'ambito della procedura di respingimento, quanto in quella di asilo) possa dirsi efficace si sono affievolite: l'*Ombudsman* ha registrato situazioni in cui i legali non avevano accesso ai CATE; altri in cui l'informativa veniva effettuata oralmente per gruppi molto numerosi di stranieri, senza una traduzione e senza un colloquio individuale⁵⁵⁰.

Le stesse circostanze da cui si è originato il rinvio pregiudiziale avanti alla CGUE nel caso VL ben rappresentano come, in pratica, le informazioni in merito all'accesso alla procedura di asilo (non) venivano fornite al momento dello sbarco o dell'iniziale trattenimento nei CATE. Nel caso di specie, infatti, era stato il *Juez Instructor* competente per la convalida della misura

⁵⁴⁶ Consejo General de la Abogacía Española, *Guía práctica asistencia jurídica en llegadas marítimas*, 2021. Si vedano anche le denunce del Defensor del Pueblo, 2021; Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *Migración en Canarias, la emergencia previsible*, 2021; D. Lo Coco, S. Ladan, D. Cardona, A. G. Berrio, *Vulneraciones de Derechos en la Frontera Sur: Gran Canaria y Melilla*, 2021.

⁵⁴⁷ La cd. crisi migratoria che ha interessato le Canarie nel 2020 e 2021 ha visto una elevata presenza di minori stranieri non accompagnati: il Difensore civico ha registrato la presenza di 2.666 minori presi in carico dall'autorità locale o da quella statale e ha evidenziato severe criticità nell'attivazione di procedure volte all'accertamento dell'età. Inoltre, secondo le indicazioni ministeriali per il 'Plan Canaria' minori e categorie vulnerabili avrebbero dovuto essere sbarcati in via prioritaria ed essere accolti in centri appositi, entrambe le categorie sono rimaste trattenute all'interno dei CATE, anche per durata superiore alle 72 ore. Defensor del Pueblo, 2021, pp. 39 e ss.; CEAR, 2021, p. 23 e ss.

⁵⁴⁸ Per il Difensore civico, «Access to the asylum procedure for all the individuals who may be in need of international protection is one of the biggest challenges faced by the Spanish and European system (...) Provision of this information in a manner that is incomprehensible for individuals who are undocumented and arrive by sea is an issue that is repeatedly detected by the Ombudsman's Office during visits. The way in which information about asylum is provided when individuals arrive by sea must undergo a serious review». Defensor del Pueblo, 2021, p. 51.

⁵⁴⁹ La Guida pratica di assistenza allo sbarco a cura del Consiglio nazionale forense precisa che «i cittadini stranieri soggetti alla procedura di respingimento hanno il diritto fondamentale alla difesa e all'assistenza legale. Di conseguenza, né i funzionari della Polizia Nazionale né il Consiglio dell'ordine hanno alcun potere di disporre di questi diritti. Pertanto, l'assistenza legale nel contesto del respingimento deve necessariamente essere svolta nei termini previsti dalla legge, sia presso il CATE che presso la Stazione di Polizia Nazionale». Consejo General de la Abogacía Española, 2021, p. 29.

⁵⁵⁰ Il Difensore civico, pur prendendo atto delle difficili condizioni in cui i legali erano chiamati a garantire il rispetto del diritto alla difesa, ha esortato i Consigli dell'ordine interessati (in particolare quello di Gran Canaria) ad identificare strategie più efficaci per garantire un livello adeguato di tutela. Defensor del Pueblo, 2021, *cit.*, p. 53.

del trattenimento presso un CIE a fornire indicazioni sulle modalità di presentazione e valutazione dell'ammissibilità della istanza: ciò è avvenuto, di fatto, in un momento successivo al passaggio del richiedente nel CATE (che nel 2019 già attivo nel porto di Arguineguín, Gran Canaria).

La possibilità di presentare domanda di protezione all'interno dei CATE, anziché al momento dell'(eventuale) trasferimento nei CIE non è priva di implicazioni pratiche e normative, posto che nel secondo caso la richiesta è – senza possibilità di deroga – sottoposta a procedura accelerata e, come visto, spesso capita che lo straniero rimanga trattenuto durante la fase preliminare di valutazione dell'ammissibilità. Al contrario, quando la volontà di chiedere asilo è registrata in sede di detenzione nei CATE, vi sono maggiori possibilità che il richiedente sia indirizzato entro la procedura ordinaria, anche se è stata registrata una ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione nell'incanalamento delle domande.⁵⁵¹ Nel marzo 2019, la *Audencia Nacional* (Corte unica d'appello spagnola) ha chiarito che le domande di asilo presentate all'interno del territorio spagnolo (ivi comprese presso le stazioni di polizia) devono essere decise tramite procedura ordinaria: a partire da quel momento, anche le istanze proposte nei CATE sono state esaminate secondo le regole generali e non quelle di frontiera.

Le evidenze empiriche registrate sul campo da ricercatori e ricercatrici, da organizzazioni non governative e dal *Defensor del Pueblo*, unitamente ai discorsi pubblici governativi, hanno consentito alla dottrina di fornire una definizione il più possibile completa dei CATE, pur in assenza di una indicazione normativa in tal senso. Mentre, tradizionalmente, il diritto è chiamato a codificare e disciplinare il funzionamento di determinati luoghi, e dunque può dirsi che la realtà viene plasmata per il tramite del diritto, ancora una volta in frontiera si produce l'effetto opposto. Il ragionamento giuridico insegue e fornisce una legittimazione successiva a prassi informali, e spesso mutevoli, soltanto in un secondo momento ricondotte a norma. Lo stesso è avvenuto per i CATE, identificati a distanza di alcuni anni dalla loro apertura come «centri situati in prossimità dei porti, ove le persone soccorse o intercettate in mare vengono tradotte e che sono costituiti da moduli prefabbricati, recintati, dove le persone saranno trattenute per un periodo massimo di 72 ore in modo che gli agenti della Polizia nazionale spagnola (e di Frontex) possano procedere all'identificazione e ai rilievi di polizia; e dove alcuni enti forniscono servizi di assistenza medica e accoglienza (Croce Rossa), di informativa sulla protezione internazionale (ACNUR e EASO) e di assistenza legale (in base ai turni compilati dal Consiglio dell'ordine degli avvocati)»⁵⁵².

⁵⁵¹ I. Barbero spiega come la procedura di frontiera, seguita in via automatica quando la domanda sia proposta nelle zone di transito aeroportuali, si applica in maniera arbitraria alle frontiere di Ceuta e Melilla e ai richiedenti che approdano alle coste spagnole, in particolar modo a quelle insulari. I. Barbero, *Refugiados en contención*, 2021. Si veda anche M. Valles Ferrero, *Acceso al asilo y otras formas de protección internacional de personas que llegan por mar o por tierra a Ceuta, Melilla y costas españolas*, in *Revista Crítica Penal y Poder*, 2019, 18, pp. 230-240.

⁵⁵² «Centros ubicados en las inmediaciones portuarias donde las personas rescatadas o interceptadas en el mar son desembarcadas directamente a unos recintos vallados, conformados por módulos prefabricados, y donde permanecerán detenidas durante un periodo máximo de 72 horas para que agentes de la Policía Nacional española (y Frontex) procedan a la identificación y investigación policial, y donde determinadas entidades procuran una serie de servicios como la atención médica y acogida (Cruz Roja), información sobre protección internacional (ACNUR/CEAR) y asistencia letrada (los turnos de extranjería de los Colegios de Abogacía)». I. Barbero, *Los Centros de Atención Temporal de extranjeros como nuevo modelo de control migratorio*, 2021, p. 271.

Sebbene i CATE non siano mai stati assimilati, nella comunicazione politica interna o europea, né negli atti di *soft-law* della Commissione europea, agli *hotspot*, vi sono numerose caratteristiche che ne agevolano l'accostamento, soprattutto quando si prenda a modello di riferimento quello italiano, fondato teoricamente sulla permanenza nei punti di crisi sono nelle fasi iniziali dell'identificazione e registrazione delle impronte digitali e del 'filtraggio' dei migranti in base al loro *status*. Si tratta, sostanzialmente, dello stesso paradigma alla base del Regolamento *Screening* del 2020. I profili che consentono di operare una equiparazione tra il modello italiano e quello spagnolo sono i seguenti: i CATE vengono istituiti in risposta ad una situazione di emergenza nella gestione degli sbarchi e degli arrivi via mare; si tratta di strutture destinate al confinamento dei migranti e in cui la principale attività da portarsi a termine è quella di identificazione e rilevazione delle impronte; all'interno dei centri è possibile addivenire ad una prima, sommaria, differenziazione tra richiedenti asilo (quando questi ultimi sono messi nelle condizioni di presentare la domanda) e migranti irregolari, che potranno poi essere trasferiti nei CIE senza soluzione di continuità. Rilevante è anche il fatto che gli attori che vi operano non siano soltanto quelli nazionali: la Polizia nazionale spagnola svolge i propri compiti in coordinamento con il personale di Frontex, che a partire dal 2019 ha intensificato la propria presenza in Spagna e lungo i punti nevralgici della rotta atlantica⁵⁵³. Infine, spicca la natura bicefala dei centri, in parte luoghi di prima accoglienza, in parte luoghi di detenzione.

4.3.3. Un modello hotspot de facto e le implicazioni sulla libertà personale

L'assenza di una presa d'atto pubblica sul rapporto tra il modello spagnolo (in particolare quello implementato per il tramite del 'Plan Canarias'⁵⁵⁴) e il modello *hotspot* non consente di appurare se, e in che misura, le sperimentazioni greche e italiane abbiano influenzato le scelte del Governo iberico. Eppure, la dottrina non ha mancato di evidenziare i punti di contatto e numerosi rapporti di organizzazioni nazionali ed internazionali hanno accostato i CATE agli *hotspot*⁵⁵⁵. Oltre a quelli già evidenziati, un tratto comune ai due modelli – in termini pratici, strutturali, e giuridici – è la loro «plasticità» o fluidità: il fatto, cioè, che in assenza di inquadramento giuridico le modalità di funzionamento dei centri vengono continuamente

⁵⁵³ Nel 2019 è stata realizzata la «Joint Operation Canary Island» e, a partire dall'anno successivo, il personale operativo di Frontex dispiegato nelle isole è aumentato (Commissione europea, *Migration management in Spain*, consultabile al link: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/migration-management/migration-management-spain_en; María Martín, *España y Frontex negocian una operación para cerrar la ruta migratoria canaria*, El País, 7 de noviembre de 2020, <https://elpais.com/espana/2020-11-06/espana-y-frontex-negocian-una-operacion-para-cerrar-la-ruta-migratoria-canaria.html>). Si noti come in corrispondenza dell'intensificarsi della cooperazione con Frontex, e dell'avvio di operazioni dell'agenda europea in Mauritania, la Spagna ha altresì intensificato i rimpatri verso il Paese subsahariano sulla scorta di precedenti accordi di riammissione siglati nel 2006. AIDA, *Country Report: Spain, 2021 Update*, consultabile al link: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2022/04/AIDA-ES_2021update.pdf; e Por-Causa, *Informe 2021: Frontex: El guardián descontrolado*, 2021.

⁵⁵⁴ Così definito dai media, e ripreso da CEAR, 2021, p. 18 e ss.

⁵⁵⁵ D. Boza Martínez, D. Pérez Medina, 2019; I. Barbero, *Los Centros de Atención Temporal de extranjeros como nuevo modelo de control migratorio*, 2021; C. Fernández-Bessa, 2021; A. Ballestreros-Pena, 2022; CEAR, 2021; Migreurop, *Locked up and excluded. Informal and illegal detention in Spain, Greece, Italy and Germany*, 2020.

riadattate in base alle necessità contingenti. Le prassi rifuggono il principio di certezza del diritto, e ciò può comportare che anche i rimedi giurisdizionali posti, in astratto, a tutela dei diritti non siano facilmente attivabili, ove esistenti. Ad avviso di chi scrive, le giunture su cui si basa l'approccio *hotspot* – nelle intenzioni delle istituzioni europee – emergono con tutta evidenza anche nel contesto spagnolo, tanto più che, come osservato in precedenza, in assenza di una precisa cornice giuridica a livello sovranazionale anche Italia e Grecia hanno articolato le funzioni e le procedure attuate negli *hotspot* tenendo conto delle peculiarità dei contesti nazionali.

È poi interessante registrare che il tenore delle violazioni dei diritti fondamentali denunciate dal *Defensor del Pueblo* è molto simile a quelle riscontrate negli *hotspot* e riguarda le critiche condizioni di vita nei centri, il mancato accesso alla procedura di asilo, l'assenza di tutele per categorie vulnerabili (quali minori, donne in stato di gravidanza, vittime di tortura, vittime di tratta, persone in condizioni di salute critiche), l'ineffettività del diritto alla difesa e ai rimedi effettivi (di fronte a respingimenti o a detenzione arbitraria e inadeguata), e il verificarsi di situazioni in cui i migranti sono *de facto* trattenuti, a fronte di vuoti normativi più o meno estesi ma sempre in contrasto con il principio di certezza della legge⁵⁵⁶.

La Spagna presenta però anche alcune differenze significative rispetto ad Italia e Grecia, che ci paiono di estremo interesse in sede di riflessione sulle influenze esercitate dal 'modello *hotspot*' nella configurazione degli istituti confluiti nei Regolamenti europei del 2020. Il fatto che i CATE siano considerati delle «estensioni dei commissariati di polizia»⁵⁵⁷ ha dissipato ogni dubbio circa la natura e l'intensità della misura, che integra una ipotesi di privazione della libertà a tutti gli effetti. Di conseguenza, il collocamento nei CATE viene equiparato alla detenzione *policial* applicabile per il termine massimo di 72 ore: questo orientamento si è consolidato anche in seno alla giurisprudenza penale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della misura. In caso di maltrattamenti e violazione dei diritti inerenti all'*habeas corpus* (ad es. per condizioni di vita degradanti o per il mancato accesso alla difesa⁵⁵⁸) i migranti trattenuti nei CATE hanno a loro disposizione il rimedio disciplinato dall'art. 650 del codice di procedura penale spagnolo, previsto per tutti coloro che siano posti in stato di arresto.

Sebbene vi fosse, quindi, un punto di riferimento normativo idoneo a circoscrivere – quantomeno in termini temporali – la privazione della libertà, durante la sua visita ai CATE di Gran Canaria il Difensore civico ha registrato che il termine massimo di quattro giorni previsto dalla Costituzione era stato ampiamente superato in diverse occasioni (fino a raggiungere i 10 giorni di detenzione continuativa) e che il confinamento iniziale avveniva in luoghi informali che non potevano essere compiutamente qualificati come CATE. A ciò si aggiungevano le denunce di condizioni di vita intollerabili in detti centri⁵⁵⁹. Quantomeno durante la prima fase di incremento degli arrivi alle isole Canarie (nel novembre 2020) le persone migranti sono state

⁵⁵⁶ Defensor del Pueblo, 2021; Garante Nazionale, 2017; Ombudsman Greco, *Migration flows and refugee protection – administrative challenges and human rights*, 2017. Per un confronto tra le prassi dei tre Paesi, Migreurop, 2020.

⁵⁵⁷ A. Ballestreros-Pena, 2022, p. 208.

⁵⁵⁸ Ad esempio, il Tribunale Costituzionale, con sentenza 103/2022 del 12 settembre 2022, ha acclarato la violazione del diritto alla difesa di un cittadino marocchino detenuto presso il CATE di Gran Canaria nel 2020.

⁵⁵⁹ Defensor del Pueblo, 2021; sullo stesso tema, anche CEAR, 2021, e Migreurop, 2020.

de facto detenute nei nuovi centri sorti in risposta all'emergenza: in queste fasi le garanzie legali a tutela di diritti fondamentali sembrano essere poco efficaci, poiché gli avvocati non sempre hanno accesso ai luoghi e i migranti non sono adeguatamente informati dei propri diritti⁵⁶⁰.

Si noti poi che il dilatamento dei tempi di detenzione preventiva – registrato principalmente sulle isole Canarie – è stato giustificato dalle autorità anche facendo riferimento all'attuazione dei protocolli funzionali al contenimento della pandemia da Covid-19: il mantenimento in CATE ha coinciso, per un periodo circoscritto, con la misura della quarantena seppur in assenza di un provvedimento scritto e individualizzato⁵⁶¹. La pandemia, che in un primo tempo aveva comportato la chiusura dei CIE anche sulla scorta della consapevolezza di non poter garantire l'adeguata tutela della salute⁵⁶², ha avuto quale paradossale conseguenza anche quella di legittimare il ricorso a forme di detenzione alternative e connotate da maggiore informalità. A sua volta, il carattere fluido delle procedure e l'assenza di una specifica disciplina normativa hanno reso questi luoghi maggiormente impermeabili alle azioni di controllo e monitoraggio svolte, oltretutto da autorità di garanzia e Parlamentari, anche dalle ONG della società civile. Ad esempio, non è chiaro se la cognizione del 'giudice di controllo' prevista con riferimento ai CIE operi anche in relazione alle condizioni detentive dei CATE. Inoltre, mentre ai CIE sono pacificamente applicabili le previsioni delle Direttive europee che stabiliscono un diritto di accesso ai centri per le organizzazioni della società civile (recepite nell'ordinamento interno dall'art. 62 *bis* co 3 LOEX come modificata nel 2009) la fumosità normativa che circonda i CATE rende più controversa l'estensibilità a tali centri delle garanzie stabilite nel diritto UE⁵⁶³. Può nondimeno ritenersi che, nella misura in cui le persone confinate nei CATE siano riconosciute quali richiedenti asilo, si debbano seguire le regole stabilite dalla dir. 2013/33/UE; invece, più complessa è l'applicabilità della dir. 2008/115/CE, posto che la detenzione dei migranti irregolari avverrebbe nel contesto di una procedura 'di frontiera', finalizzata all'adozione di un provvedimento di respingimento e quindi rientrerebbe entro l'eccezione di cui all'art. 2(2), lett.a).

Molte delle prassi sin qui descritte paiono in contrasto non soltanto con il diritto interno, ma anche con i principi elaborati dalla giurisprudenza CEDU: in primo luogo, la detenzione

⁵⁶⁰ R. Rodríguez Salinas, *Política migratoria en las islas Canarias: violaciones de derechos humanos durante la pandemia*, in *Derecho PUCP*, 2022, 89, pp. 37-75. I. Gonzalez Garcia, *La ruta migratoria de África occidental hacia Canarias. De la crisis de los cayucos de 2006 a la crisis migratoria 2020-2021. Análisis y valoraciones*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, 2, pp. 373-398.

⁵⁶¹ A. Collazo Saavedra, *Análisis Jurídico del periplo que atraviesa. Ningbé Kouassi en su llegada a las Islas Canarias*, in *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 2021, 25, in corso di pubblicazione. Una Giudice istruttrice di Las Palmas di Gran Canaria ha tuttavia accettato tale giustificazione da parte del Governo, ritenendo che la presenza oltre le 72 ore presso il CATE di *Arguineguin* non costituisca una limitazione del diritto alla libertà personale dei migranti, i quali avrebbero accettato volontariamente di sottoporsi alla misura della quarantena: si veda in proposito quanto riportato nei media: *Diario de Canarias*: <https://www.diariodecanarias.es/noticia/la-juez-no-ve-delito-en-las-condiciones-de-arguinegu%C3%ADn-aunque-sean-deplorables>; e *La Marea*: <https://www.lamarea.com/2020/11/24/un-juez-aclara-que-los-migrantes-del-muelle-de-arguineguin-pueden-salir-si-lo-piden-a-un-policia/>.

⁵⁶² Una delle ordinanze pronunciate da un Giudice istruttore di Las Palmas nell'aprile 2020 aveva ad oggetto precisamente la grave situazione sanitaria del CIE di Barranco Seco. Si veda sul punto A. Ballestreros-Pena, 2022, p. 216.

⁵⁶³ I. Barbero, *Los Centros de Atención Temporal de extranjeros como nuevo modelo de control migratorio*, 2021.

potrebbe qualificarsi come arbitraria, perché priva di una cornice legale, soprattutto quando si estenda oltre il limite delle 72 ore. Inoltre, il mancato accesso alle informazioni e alla difesa legale potrebbe condurre ad una violazione dell'art. 5 (2) (4), sulla scorta di quanto riconosciuto, ad es., in *J.R. et Autres c. Grèce* e *O.S.A. et Autres c. Grèce*. Inoltre, nella misura in cui la detenzione iniziale ha riguardato anche minori (in gran parte minori stranieri non accompagnati), questa poteva qualificarsi come arbitraria e, perciò, illegittima ex art. 5(1) CEDU (*ex multis, Rahimi c. Grèce*). Si tenga a mente, in proposito, che il diritto spagnolo vieta la detenzione dei minori e pertanto la loro permanenza nei CATE risulterebbe non soltanto in contrasto con l'art. 5(1) poiché slegata da una valutazione circa la necessità e proporzionalità della misura, ma ancor prima illegittima in quanto contraria alle previsioni di diritto nazionale. Pare invece più difficile poter concludere automaticamente che le condizioni detentive (pure giudicate degradanti dal *Defensor del Pueblo*) siano tali da porsi in contrasto con l'art. 3, visto lo standard particolarmente elevato individuato dalla Corte nella sua giurisprudenza più recente. Quanto ad eventuali violazioni dell'art. 6 Carta, ulteriori rispetto a quelle che discendono dall'art. 5 CEDU, si può sottolineare che l'inapplicabilità delle procedure di frontiera alle domande di asilo presentate nei CATE indurrebbe a ritenere che non appena la persona sia identificata come richiedente protezione non possa essere trattenuta, posto che non ricorrono i motivi di cui all'art. 8 dir. 2013/33/UE. Più fumosa, come osservato in precedenza (cap. I, par. 7; cap. III, par. 3) è la questione dell'applicabilità della Carta alla situazione dei migranti al momento dell'ingresso e durante la fase di identificazione, tanto più che l'avvento dei CATE è successivo all'Agenda europea: la Spagna, cioè, non è mai stata inclusa dalla Commissione tra i Paesi in cui potersi realizzare l'approccio *hotspot* sul modello di Italia e Grecia e, pertanto, non solo la condizione delle persone irregolari non è riconducibile alla Direttiva Rimpatri, ma nemmeno alle norme di *soft law* relative alla gestione coordinate delle frontiere.

Al netto delle considerazioni operate sui potenziali profili di contrasto tra le pratiche di collocamento nei CATE e le possibili limitazione dei diritti che ne derivano (alla libertà personale, ma anche al diritto di asilo, di accesso ai rimedi giurisdizionali, di *non refoulement*) pare che la previsione – di rango costituzionale – di un termine inderogabile per la detenzione preventiva e l'esistenza di una cornice giuridica preesistente in materia di *habeas corpus* rappresentino importanti garanzie a tutela dei migranti confinati. Queste previsioni hanno consentito di inquadrare – senza margine di interpretazione – la permanenza nei CATE oltre le 72 ore come una manifesta violazione dei diritti fondamentali. A fronte dell'attenzione mantenuta sul tema grazie alle denunce degli attori della società civile, le autorità pubbliche hanno contenuto i casi di detenzione *de facto*. Nel corso del 2021, infatti, si assiste ad una virata della strategia di contenimento dei flussi migratori delle autorità. Al mantenimento delle persone in detenzione (oltre i limiti legali) si sostituisce la tendenza a limitare la loro libertà di movimento, in piena continuità con le «*políticas de extenuación*»⁵⁶⁴ già realizzate altrove. Ove possibile, cioè, i migranti vengono immediatamente trasferiti dai CATE ai CIE. Ove ciò non

⁵⁶⁴ I. Barbero, *Refugiados en contención*, 2021, p. 192. Sulle «pratiche dissuasorie» realizzate alle frontiere spagnole, anche A. López-Sala, G. Moreno-Amador, *Seeking protection at the gates of Europe: refugees, labeling and dissuasion practices at the southern Spanish borders*, in *Estudios Fronterizo*, 2020, 21, pp. 48-68.

avvenga, tanto i richiedenti asilo quanto i migranti già destinatari di un provvedimento di espulsione (per la maggior parte, di origine marocchina)⁵⁶⁵, sono collocati presso centri di accoglienza temporanea, ma agli stessi è stato impedito di imbarcarsi sui voli diretti alla Spagna continentale⁵⁶⁶.

4.3.4. *Plurime forme di contenimento: il ruolo delle isole e la limitazione della libertà di movimento*

La mutevolezza delle prassi di polizia ha pertanto comportato che le isole Canarie, dalla seconda metà del 2021 in avanti, si trasformassero in ‘gabbie’⁵⁶⁷, sul modello di quanto avvenuto anche in Grecia per il tramite della ‘restrizione geografica’. La soluzione spagnola, però, è stata ben presto ritenuta illegittima dalle corti nazionali, coerentemente con l’orientamento giurisprudenziale che si era già affermato negli anni precedenti⁵⁶⁸. Per quanto riguarda, nello specifico, i richiedenti asilo, l’art. 7 della dir. 2013/33/UE contempla, come visto, il diritto alla libertà di circolazione all’interno del territorio dello Stato: per il diritto interno spagnolo, poi, detta libertà non può nemmeno essere limitata in modo sproporzionato e ingiustificato per i cittadini stranieri irregolarmente soggiornanti. Risulta evidente che lo standard di tutela cui aderisce l’ordinamento è superiore alle garanzie minime previste dall’art. 2, Prot. 4 CEDU e art. 45 Carta⁵⁶⁹. Sono numerose le sentenze adottate di recente dal *Tribunal Supremo* che confermano l’illegittimità delle prassi di restrizione della libertà di movimento dei richiedenti asilo nella enclave di Ceuta e Melilla⁵⁷⁰: il Tribunale ha chiarito che a partire dal momento in cui la domanda di asilo è ritenuta ricevibile, il migrante è regolare su tutto il territorio nazionale «senza distinzione di luogo o limitazione geografica»⁵⁷¹. Nonostante le conclusioni della giurisdizione suprema fossero inequivocabili, le autorità di polizia hanno successivamente tentato di impedire ai richiedenti asilo di spostarsi, oltreché dalle enclave, anche dalle isole Canarie: la risposta da parte dell’autorità giudiziaria non si è fatta attendere. Nell’aprile 2021 il Tribunale amministrativo di *Las Palmas* ha sancito che il migrante che sia in possesso o di un passaporto, o del permesso per richiesta asilo, abbia diritto a muoversi sul territorio e dunque ad imbarcarsi sui voli provenienti dalle Canarie. La decisione

⁵⁶⁵ Gli arrivi registrati nelle isole Canarie nel 2020 hanno riguardato principalmente le seguenti nazionalità: Marocco (52%), Senegal (20%), Mali (18%), Costa d’Avorio e Guinea Conakry (8%). Defensor del Pueblo, 2021.

⁵⁶⁶ L’Amministrazione non ha adottato un provvedimento generale motivato da esigenze sanitarie, ma si è limitata a dare istruzione alle compagnie aeree di non accettare la ‘carta rossa’ del richiedente protezione internazionale come documento di identificazione per i passeggeri che viaggiano verso la terraferma, attraverso circolari di polizia. R. Rodríguez Salinas, 2022.

⁵⁶⁷ B. Garcés Mascareñas, *El País*, 24.11.2020; CEAR, 2021, p. 7.

⁵⁶⁸ Defensor del Pueblo, 2021, p. 60 e ss. Già nel 2013 il Tribunale Costituzionale affermava che le restrizioni ai diritti fondamentali, ivi compreso quello alla libertà di movimento, sono giustificate soltanto quando necessarie e proporzionate all’obiettivo perseguito (sentenza n. 17/2013).

⁵⁶⁹ Si vedano le precisazioni già operate nel par. 3.3.2.

⁵⁷⁰ Tribunale Supremo, sentenza n. 173/2021, del 10 febbraio 2021; sentenza del Tribunale Supremo n. 1128/2020 del 29 luglio 2020. Per un esame di quest’ultima decisione, A. Pelliccia, *Tribunale Supremo: illegittimo limitare la libertà di circolazione dei richiedenti asilo di Ceuta e Melilla verso la Penisola*, in *Meltingpot.it*, 4.11.2020, consultabile al link: <https://www.meltingpot.org/2020/11/tribunale-supremo-illegittimo-limitare-la-liberta-di-circolazione-dei-richiedenti-asilo-di-ceuta-e-melilla-verso-la-penisola/>.

⁵⁷¹ Sentenza del Tribunale Supremo n. 1128/2020.

amministrativa è importante perché chiarisce che quando lo straniero sia destinatario di un provvedimento di respingimento, questo deve essere eseguito entro le 72 ore dall'adozione e dall'eventuale trattenimento: se ciò non avviene entro detto termine, e la persona è in possesso di passaporto, avrà diritto a muoversi sul territorio⁵⁷².

In conclusione, ci pare si possa osservare che il modello di contenimento dei migranti alle frontiere esterne abbia avuto quale perno essenziale i CATE. Sebbene la Spagna non sia stata direttamente interessata dall'approccio *hotspot*, è stata inclusa nello studio poiché presentava alcune affinità con i due Paesi frontalieri rispetto alla modalità di gestione dei flussi migratori in ingresso, soprattutto via mare. Anche in Spagna le isole (al pari di quelle dell'Egeo e di Lampedusa) sono state protagoniste dei meccanismi di controllo informale e fluido della frontiera, e il ricorso a centri (chiusi) ove operare l'identificazione, rilevamento delle impronte e differenziazione tra richiedenti asilo e migranti irregolari da immettersi nel 'circuito della deportazione' è stato uno dei perni delle pratiche di *bordering*. Altre somiglianze sono poi il ricorso a forme differenziate di limitazione della libertà di movimento – nei singoli centri, ma anche all'interno dei «macrocentros de detención»⁵⁷³ che sono divenute le isole e le enclavi – e l'aumento degli ostacoli nell'accesso alla domanda di asilo per i migranti giunti via mare.

Inoltre, al pari delle strutture sorte nel contesto degli *hotspot* italiani e greci, anche i CATE sono stati connotati da ampia informalità sul piano gestionale e dall'indeterminatezza, o assenza di certezza, sul piano giuridico. Di conseguenza, il regime di gestione delle migrazioni inaugurato nel 2018 non può dirsi pienamente conforme ai principi di legalità e certezza del diritto e, parallelamente, si sono realizzate numerose violazioni dei diritti dei migranti. Le istituzioni deputate al controllo della legittimità dell'operato dell'amministrazione (il potere giudiziario e l'autorità di garanzia) si sono pronunciate in diverse occasioni, acclarando l'illegittimità delle prassi e riconoscendo le violazioni dei diritti che queste avevano comportato. In questo senso può identificarsi, nel sistema spagnolo, una più radicata pervasività ed effettività di sistemi di controllo dell'operazione dell'amministrazione ed una maggiore attenzione per il rispetto delle libertà (personale e di movimento) dei migranti confinati. L'esistenza di un apparato di garanzie più solido, se contribuisce alla riduzione delle violazioni dei diritti fondamentali, non implica, automaticamente, il superamento del dispositivo di selezione, dissuasione, confinamento e allontanamento cui si sono pedissequamente dedicate, negli ultimi anni, anche le autorità spagnole⁵⁷⁴. Diversi autori e autrici hanno, infatti, evidenziato l'importanza occupata dai CATE nel meccanismo della deportazione, che ben si colloca nel quadro di una gestione manageriale dei rimpatri già sposata a partire dal 2015⁵⁷⁵. Il fitto reticolo di garanzie legali che circonda la decisione di trattenimento nel CIE (assunta da un giudice), unitamente all'importante ruolo che si sono ritagliati nel corso degli anni i Giudici istruttori nel pronunciarsi sulla legittimità delle condizioni di detenzione, poco si prestano alle esigenze di rapidità, flessibilità e informalità a cui le autorità pubbliche non hanno intenzione

⁵⁷² Auto del 14 aprile 2021 del Juzgado Contencioso-administrativo nº 5 de las Palmas de Gran Canaria.

⁵⁷³ I. Barbero, *Refugiados en contención*, 2021, p. 194.

⁵⁷⁴ A. López-Sala, *Entre las transferencia y el bloqueo. Fronteras multisituadas y moviidades de tránsito en las geografías periféricas*, in I. Barbero (a cura di), *El tránsito de personas migrantes desde la perspectiva de los derechos a una acogida digna*, Valencia, 2022, pp. 125-140.

⁵⁷⁵ I. Barbero, 2021; C. Fernández-Bessa, 2021; A. Ballestreros-Pena, 2022.

di rinunciare nella gestione delle frontiere. Solo ove l'allontanamento non sia eseguibile entro il termine breve delle 72 ore – e prima che il migrante abbia compiutamente accesso alle tutele previste dalla legge (prima tra tutte l'assistenza legale e l'informazione sui suoi diritti) – si potrà ricorrere ai CIE. Secondo questa prospettiva, i due centri di detenzione si collocano lungo un *continuum* di privazione della libertà nel cui contesto, tra il 2018 e il 2019, si è registrato il numero più elevato di respingimenti mai raggiunto, complice il supporto ricevuto dall'agenzia europea Frontex⁵⁷⁶. La Spagna si presenta, quindi, come la frontiera meridionale in cui la realizzazione di un approccio *hotspot* (*de facto*) ha comportato, più che in altri contesti, che la detenzione amministrativa si conformasse a logiche efficientiste: CATE e CIE sono divenuti, al contempo, strumenti di controllo della mobilità e di selezione dei migranti espellibili in un disegno di gestione agile della frontiera esterna del tutto coerente con l'evoluzione del sistema in senso 'manageriale'⁵⁷⁷.

5. Conclusioni interlocutorie sulla detenzione, l'*hotspot* e la frontiera. Quali convergenze?

Lo studio condotto nel corso di questo capitolo ha rivelato un mosaico ricco di sfaccettature risultante dall'interazione tra ordinamenti giuridici differenti. Un primo dato di interesse è dunque quello dell'influenza reciproca che esiste tra diritto UE e diritto nazionale e il fatto che entrambi concorrano a definire l'istituto della detenzione amministrativa, ad esempio in forza della diretta applicabilità delle Direttive e dell'invocabilità della Carta avanti i giudici nazionali. La conclusione può apparire ormai scontata, in un contesto storico di forte compenetrazione tra diritto e politiche unionali, e diritto interno, ivi compreso nell'Area di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Tuttavia, la potenzialità performativa del diritto dell'Unione si è affermata soprattutto nell'ultimo decennio, quantomeno in relazione all'oggetto di cui si tratta, ed è stata accelerata dalle evoluzioni delle politiche in materia di asilo e immigrazione in risposta alle 'crisi migratorie'. Se perciò la constatazione dell'importanza dell'ordinamento europeo nella definizione delle pratiche nazionali non è di per sé innovativa, il grado di interferenza, le modalità con le quali queste ultime sono state plasmate e l'esito della relazione tra i due ordinamenti non sono ancora stati diffusamente analizzati in dottrina e il presente si propone come un contributo alle ricerche in materia⁵⁷⁸.

Inoltre, al netto delle inevitabili differenze nell'assetto legislativo del trattenimento nei Paesi, e delle peculiarità riconducibili a ciascun sistema giuridico, possono individuarsi alcuni

⁵⁷⁶ D. Boza Martínez, D. Pérez Medina, 2019. Gli autori evidenziano che nel 2018 e nel 2019 (e quindi, avuto riguardo principalmente per i CATE collocati nella Spagna continentale) i migranti inizialmente detenuti nei nuovi centri vengono incanalati verso due distinti percorsi: uno prevede il trasferimento verso il circuito dell'accoglienza o il rilascio, e ha quali destinatari principalmente i migranti subsahariani; l'altro è coinvolge i migranti provenienti dal Maghreb, principalmente Marocco e Algeria, e comporta frequentemente il loro trasferimento dai CATE ai CIE e il conseguente rimpatrio: mentre il tasso di rimpatri di trattenuti era pari al 29% nel 2016 e al 37% nel 2017, nel 2018 la percentuale ha raggiunto il 58%, e si è mantenuta pari al 60% nel 2019: la maggior parte degli ingressi nei CIE, e dunque dei rimpatri, hanno fatto seguito all'adozione di provvedimento di respingimento all'ingresso adottato già mentre i migranti si trovavano nei CATE.

⁵⁷⁷ I. Barbero, *Refugiados en contención*, 2021.

⁵⁷⁸ Un esempio è la ricostruzione operata da P. De Bruyker, G. Cornelisse, M. Moraru, *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, 2020.

nodi risultanti dall'intreccio tra regime detentivo e controllo delle frontiere. Il primo profilo in cui si esprime questa relazione è quello delle influenze esercitate dal diritto europeo nei confronti del legislatore e dei giudici nazionali; e dalle politiche nazionali in materia di immigrazione (in particolare quelle che attuano l'approccio *hotspot*) nei confronti del legislatore europeo. Inoltre, ed in via sussidiaria e complementare rispetto a questo primo profilo, sono emersi alcuni interessanti tratti comuni a tutti e tre gli Stati considerati. Ne sono stati individuati due che, più di altri, ci pare possano far emergere le maggiori tensioni tra detenzione e rispetto dei diritti fondamentali: le *modalità* di realizzazione del confinamento (in particolar modo alla frontiera; e i *rimedi* previsti dagli ordinamenti per dare una risposta alle violazioni dei diritti fondamentali.

La disamina dei due profili considerati (le reciproche interferenze tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali; e le convergenze tra i tre Stati 'di frontiera') può fornire spunti di riflessione utili non solo alla ricostruzione del regime della detenzione europea, ma più in generale alla comprensione delle dinamiche di controllo dei confini europei.

5.1 Le 'interferenze' tra diritto UE e sistemi nazionali

Quanto al primo aspetto, ci pare di poter concludere che il recepimento delle Direttive europee non abbia necessariamente comportato una contrazione delle garanzie nazionali a presidio della libertà personale. I governi di tutti i Paesi considerati hanno sfruttato la trasposizione della Direttiva Rimpatri per innalzare i termini massimi di durata della misura. Nel caso dell'Italia e della Grecia, anche il recepimento della Direttiva Accoglienza è stata l'occasione per configurare nuove ipotesi di trattenimento dei richiedenti asilo. Tuttavia, il richiamo ai principi e ad alcune delle garanzie contenute negli atti sovranazionali ha rappresentato l'occasione – grazie alla complicità degli attori in grado di mobilitare il diritto, quali avvocati e giudici – di limitare la sfera di discrezionalità dell'amministrazione. Il caso italiano è emblematico da questo punto di vista. Il superamento della criminalizzazione della permanenza dello straniero sul territorio è stato il risultato della mobilitazione del diritto dell'Unione. Allo stesso modo, le sollecitazioni proposte dai difensori delle persone trattenute alla Corte di Cassazione – tramite l'esperimento di ricorsi avverso i provvedimenti di convalida e di proroga del trattenimento – ha condotto alla procedimentalizzazione dei principi di necessità e proporzionalità in relazione ai due ambiti della detenzione del migrante. Per un verso, l'orientamento per cui la proroga della detenzione finalizzata al rimpatrio non può disporsi qualora l'amministrazione non abbia dimostrato la sussistenza di una ragionevole prospettiva di allontanamento può dirsi consolidato. Per altro verso, l'aumento di pronunce relative al trattenimento del richiedente asilo che impongono il rigoroso rispetto dei termini previsti dal legislatore (e dall'art. 13 Cost.) rappresenta un segnale dell'attenzione del giudice di legittimità per il tema della non arbitrarietà e proporzionalità della misura.

Anche nel caso della Spagna abbiamo potuto osservare che l'attento intervento dell'autorità giudiziale ha comportato la trasmissione di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in materia di trattenimento (del richiedente asilo) e che attraverso la decisione della CGUE si è

innalzato il livello di tutela per questa particolare categoria di soggetti in una fase delicata della gestione dei flussi, che è quella dell'arrivo sul territorio e dell'avvio della misura detentiva. Il caso sottoposto alla Corte di giustizia riguardava un profilo apparentemente molto specifico del dispositivo detentivo, sebbene nella prassi la condizione in cui si trovava il migrante coinvolto nel rinvio pregiudiziale (trattenuto nonostante avesse presentato domanda di protezione, in ragione dell'insufficienza dei posti nel sistema di accoglienza) non sia l'eccezione. Per quanto riguarda i meccanismi alla base del trattenimento del migrante irregolare invece, non sono stati sinora sollecitati interventi della Corte di Lussemburgo o altrimenti invocati i principi della Direttiva Rimpatri perché gli standard dell'ordinamento spagnolo possono considerarsi equivalenti, se non più elevati, di quelli europei.

Opposto è il caso della Grecia, sotto questo punto di vista. Nel Paese, anche in ragione di alcune lacune strutturali del sistema di tutela giurisdizionale, non sono mai stati sollevati rinvii pregiudiziali in materia di trattenimento e, più in generale, vi sono problematiche sistemiche rispetto all'accesso ai rimedi (in primo luogo alle informazioni e alla difesa). Pare, in ogni caso, che l'attuale quadro legislativo non sia pienamente compatibile con le garanzie contenute nelle Direttive: si pensa, tra i plurimi profili critici, alle previsioni di diritto interno che legittimano la detenzione per motivi di ordine e sicurezza pubblica; alle recenti modifiche che hanno invertito il rapporto di regola/eccezione in tema di ricorso alle misure coercitive in sede di espulsione; e alla detenzione *de facto* che viene realizzata al momento dell'ingresso (per un periodo variabile tra i 5 e i 25 giorni) ma non è formalmente ricondotta né alla Direttiva Rimpatri né alla Direttiva Accoglienza. L'incompatibilità tra diritto greco e diritto UE, sollevata dalla dottrina e da numerose organizzazioni che si occupano di tutela legale delle persone migranti, è stata di recente valutata anche dalla Commissione europea. Quest'ultima ha attivato una procedura di infrazione in relazione ad entrambe le Direttive, tramite l'invio di una lettera di messa in mora allo Stato. In via del tutto astratta, dunque, l'adeguamento ai principi e alle norme unionali potrebbe contribuire a circoscrivere il ricorso (che ci pare, allo stato, pressoché automatico) alla detenzione e a promuovere il rispetto dei principi cardine del diritto UE in materia di libertà. Qualora un simile risultato non debba raggiungersi per via giudiziale (tramite la disapplicazione del diritto interno incompatibile, o la proposizione di un rinvio pregiudiziale), ci pare dovrà essere la Commissione europea, nel suo ruolo di 'guardiana dei Trattati' a portare avanti la fase pre-contenziosa della procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE.

Sinora si è giunti ad una fase contenziosa, a seguito di avvio di una procedura di infrazione, solo in Ungheria⁵⁷⁹. Il caso ungherese presenta indubbie peculiarità legate ad un progressivo *rule of law backsliding* su più fronti (libertà di espressione, indipendenza delle Corti, separazione dei poteri) oltre a quello della violazione dei diritti fondamentali dei migranti e dei richiedenti asilo. Tuttavia, non può non notarsi anche con riguardo alla Grecia una condizione

⁵⁷⁹ CGUE, *Commissione c. Ungheria*, 2020; e CGUE, sentenza del 16 novembre 2021, *Commissione c. Ungheria*, C-821/19, ECLI:EU:C:2021:930. Sul ruolo delle procedure di infrazione nella promozione dei principi dello stato di diritto, anche nel settore dell'immigrazione e dell'asilo, A. Favi, *Protecting asylum seekers and migrants in the context of the rule of law crisis in EU Member States: the recent approach of the Court of Justice of the EU through the lens of the Global Compacts on Refugees and Migration*, in *Laws*, 2022, 11(37).

di endemico deterioramento dei diritti umani (non soltanto in materia di detenzione, ma anche con riguardo al diritto di asilo, al divieto di respingimenti sommari, al rispetto del principio *non-refoulement*, e la libertà di espressione e associazione per le organizzazioni non governative) in particolare a partire dal 2020 in avanti⁵⁸⁰. La dottrina ha osservato che l'esistenza di un «*implementation gap*» del diritto UE in materia di asilo e di sistemiche violazioni dei diritti fondamentali rappresentano due fattori che, unitamente, possono condurre ad un «arretramento dello stato di diritto»⁵⁸¹. Ci pare allora che, di fronte al pericolo di svilimento dei principi portanti dello stato di diritto (in particolare, quello dell'effettività dei rimedi giurisdizionali) la Commissione europea possa intervenire non soltanto attraverso iniziative informali o operative (si potrebbe dire, di *nudging*)⁵⁸² ma attivando i poteri di *enforcement* che le sono conferiti dai Trattati⁵⁸³.

Avuto riguardo alla «multilevel application» delle norme europee nei contesti statali si può concludere che le Direttive in materia di rimpatrio e asilo, se direttamente invocate o tradotte nell'ordinamento interno in ossequio all'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, possano fornire spunti per elevare gli standard di tutela delle persone trattenute⁵⁸⁴. Il ruolo delle corti è fin qui stato centrale nel processo di innalzamento della protezione, e pare debba continuare a esprimersi in questa direzione.

Parallelamente, l'esito della reciproca influenza degli ordinamenti può sollevare anche diverse preoccupazioni, soprattutto avuto riguardo al diritto 'in divenire': si pensa alle più recenti riforme intervenute nei Paesi di frontiera (in particolare in Italia e in Grecia⁵⁸⁵); e alle riforme legislative proposte dalla Commissione europea nel 2018 e nel 2020, oggetto di negoziato tra Consiglio e Parlamento nel corso del 2023. Lo studio del regime detentivo nei Paesi considerati ha mostrato che alcune tra le criticità maggiori legate al recepimento della Direttiva Rimpatri riguardano l'ampia gamma di ipotesi che giustificano il rischio di fuga, al punto che se ne prospetta una applicazione quasi automatica (è, ad esempio, il caso dell'Italia); o la previsione della 'pericolosità sociale' quale presupposto del trattenimento (ipotesi che,

⁵⁸⁰ Il quadro delle violazioni (e la relativa reazione delle istituzioni europee) è stato minuziosamente ricostruito da M. Cometti, *La risposta della Commissione europea al 'deterioramento' del diritto di asilo in Grecia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 3, pp. 175-210.

⁵⁸¹ La formula è tratta dalla Risoluzione del Parlamento europeo sulla relazione sullo Stato di diritto 2022 - La situazione dello Stato di diritto nell'Unione Europea del 22.3.2023 (2022/2898(RSP)). Sul punto, E. Tsourdi, *Asylum in the EU: one of the many faces of rule of law backsliding?*, in *European Constitutional Law Review*, 2021, 17(3), pp. 471-497.

⁵⁸² Tra questi, la 'Task Force' istituita nel settembre 2020: Commissione europea, *Press release: A European taskforce to resolve emergency situation on Lesbos*, 23.9.2020.

⁵⁸³ Tra i quali, a partire dal 2020, deve individuarsi anche il nuovo «regime di condizionalità» volto a rafforzare l'azione dell'Unione nel senso della tutela del *rule of law* e, di conseguenza, dei diritti fondamentali (reg. 2020/2092/UE). In tema A. Baraggia, M. Bonelli, *Linking Money to Values: the New Rule of Law Conditionality Regulation and its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 2022, 23 (2), pp. 131-156. M. Fiscaro, *Rule of law conditionality in EU funds: the value of money in the crisis of European values*, in *European Papers*, 2019, 4 (3), pp. 695-722.

⁵⁸⁴ Parte della dottrina ha sostenuto in modo ancor più deciso che «the Return Directive has set into motion a process of incremental constitutionalisation of irregular migration in Europe». G. Cornelisse, M. Moraru, *Judicial interaction on the European Directive: shifting borders and the constitutionalisation of irregular migration governance*, in *European Papers*, 2022, 7(1), pp. 127-149.

⁵⁸⁵ Il presente elaborato non prende in considerazione le modifiche apportate al regime detentivo dal d.l. 20/2023 del 10.3.2023 poiché ancora in fase di conversione nel momento in cui si scrive.

seppur con modalità, coinvolge tutti e tre i Paesi). Ebbene, la problematicità di detti profili verrebbe in qualche modo smussata dall'adozione della riforma della Direttiva Rimpatri: la norma europea non potrebbe più essere invocata, in questo senso, quale limite all'esercizio dei poteri discrezionali delle autorità ma contribuirà invece a legittimarla.

Simili considerazioni possono essere operate in tema di detenzione alla frontiera. L'attuazione dell'approccio *hotspot* in Italia, Spagna e Grecia ha dimostrato che nei primi due Paesi il collocamento dei migranti in centri 'frontalieri', nei pressi delle zone di sbarco, si è fondato su un regime giuridico incerto e incompleto; che i migranti sono stati esposti ad una detenzione *de facto* risultante dall'eccessivo tempo trascorso nelle strutture e dal mancato accesso ad un rimedio tempestivo ed effettivo; e che la fase della detenzione in *hotspot* si è tradotta, nel caso dei migranti irregolari, in un tassello della 'filiera del trattenimento' che ne ha comportato la successiva reclusione all'interno dei centri di detenzione. Anche in Grecia l'iniziale stadio di 'restrizione della libertà' ha avuto quale esito la detenzione *de facto*, spesso in condizioni degradanti. Nel Paese si è poi affermato un modello fondato sulla compressione di plurimi istituti atti a comprimere, con gradi di intensità differente, la libertà personale e di movimento. Simili *escamotage* vengono mantenuti in vigore per tutta la durata delle procedure di asilo (qualificate come procedure di frontiera) e di rimpatrio. In alcuni casi – e su alcune isole – si è assistito alla detenzione, in altre al divieto di allontanarsi dall'isola, in altre (e questa pare l'attuale prassi nei CCAC) all'obbligo di dimora (mai formalmente qualificato come trattenimento) all'interno di centri chiusi e sorvegliati che i migranti non possono, di fatto, lasciare.

In tutti e tre i Paesi, in sostanza, si è affermato e rinforzato un legame tra detenzione e procedure di frontiera, anche se non è mai stata formalmente invocata quella di cui all'art. 43 dir. 2013/32/UE. Si fa però anche riferimento alle procedure di rimpatrio di frontiera, dovendo con queste intendersi il respingimento 'differito' italiano, le *devoluciones* spagnole e le espulsioni greche sottratte all'ambito di applicazione della dir. 2008/115/CE. In alcuni casi, strettamente collegati alle nazionalità dei migranti interessati, il trattenimento è stato applicato 'senza soluzione di continuità' dalla fase di ingresso a quella di rimpatrio (in Italia e in Spagna) o dalla fase di ingresso a quella di asilo e a quella di rimpatrio (in Grecia). Ciò dimostra che la detenzione 'in ingresso' non è una parentesi, o un'eccezione, quanto piuttosto un passaggio strutturale e necessario dei meccanismi di controllo delle migrazioni.

Ebbene le varie modalità in cui si è espresso e realizzato il regime detentivo nei tre Paesi considerati ha rappresentato il terreno di sperimentazione di procedure da ultimo confluite nei regolamenti europei in corso di adozione. Secondo un paradossale gioco degli specchi, le pratiche realizzate negli Stati membri in attuazione delle sollecitazioni operate dalla Commissione europea dal 2015 in avanti si sono riflesse nelle proposte di riforma del diritto UE. È agevole ricondurre alla fisionomia della fase di accertamenti (codificata nel Regolamento *Screening*) gli elementi integranti il modello attuato principalmente in Spagna e in Italia. La più ampia procedura di frontiera di cui al Regolamento Procedure – che prevede lo svolgimento dell'esame della domanda e del rimpatrio in zone di frontiera, dalle quali la persona non si può allontanare in forza di una finzione giuridica che le vieta l'ingresso sul

territorio – pare invece modellata principalmente sulle politiche greche, che hanno trovato attuazione tramite le riforme legislative intervenute tra il 2019 e il 2023.

Tanto le prassi e le norme statali, quanto le leggi europee convergono verso all'uso della detenzione in chiave di rafforzamento della frontiera. Queste ultime rimangono a tratti oscure: assenti (e quindi demandate alle scelte legislative nazionali) nel Regolamento *Screening*: si ha avuto l'occasione di indagare che, per quanto riguarda il caso italiano, dette norme non esistono o, se esistenti, non vengono compiutamente attuate, risultando in ogni caso in una detenzione *de facto*. Quanto al Regolamento Procedure, non vi è un pieno coordinamento tra il trattenimento disposto nell'ambito della procedura di frontiera e le ipotesi generali dettate dalle attuali Direttive Accoglienza e Rimpatri: sembra infatti che quella introdotta negli artt. 40 e 40 *bis* del nuovo Regolamento si configuri come un *tertium genus* di misura detentiva rispetto a quanto regolato nel diritto dell'Unione attualmente in vigore, con caratteri eccezionali rispetto a questo. Il risultato certo è una maggiore difficoltà di esegesi, quello prevedibile una tensione irrisolta con il principio di certezza del diritto.

Nel gioco degli specchi che ha prodotto l'istituzionalizzazione a livello europeo delle pratiche detentive (o altrimenti limitative della libertà, profilo su cui si tornerà a breve) nazionali, il legislatore UE ha tralasciato di occuparsi di un dettaglio non secondario: le garanzie a disposizione delle persone coinvolte dalle procedure di frontiera in materia di libertà personale. Come evidenziato dalla dottrina e dalla società civile, questo è l'aspetto su cui le riforme in corso paiono più carenti⁵⁸⁶. In un futuro prossimo, la 'detenzione di frontiera' potrebbe entrare a far parte a tutti gli effetti dell'ordinamento europeo sulla base di regole che, allo stato attuale, non paiono adeguate a prevenire le sistemiche violazioni dei diritti dei migranti coinvolti nelle procedure di frontiera e di cui si è dato conto tramite l'analisi delle pratiche nazionali.

Autorevole dottrina ha sostenuto come «dal passaggio dai livelli più alti ai livelli più bassi dell'ordinamento [...] si verifica, immancabilmente, un *décalage*, cioè una caduta di fatto delle garanzie normative stabilite in via di principio»⁵⁸⁷. Se questo fenomeno è ampiamente evidente quando si osservano le prassi di detenzione (molto spesso *de facto*) ai confini europei, ci pare che con l'istituzionalizzazione di quelle stesse prassi all'interno dei nuovi Regolamenti si avvii un ulteriore processo, di discrepanza tra principi (ad esempio quelli di cui all'art. 6 Carta in tema di libertà personale) e le norme secondarie dell'UE. Fino ad ora le Corti europee (ed in particolare la Corte di giustizia) hanno giocato un ruolo essenziale nel limitare la discrezionalità delle autorità nazionali, quando queste hanno agito sulla base di norme interne o nell'assenza delle stesse. A seguito delle riforme del sistema di asilo e di rimpatrio dell'UE, però, il compito cui sarà chiamata la CGUE dovrà essere un altro (indubbiamente più gravoso): la valutazione della compatibilità tra la legislazione secondaria dell'Unione e il diritto primario (in questo caso, gli artt. 6 della Carta).

⁵⁸⁶ G. Cornelisse, *Border Control and the Right to Liberty in the Pact: A False Promise of 'Certainty, Clarity and Decent Conditions'?*, in D. Thym, 2022, pp. 61-81. International Commission of Jurists (ICJ), *Detention in the EU Migration and Asylum Pact proposals*, 1.6.2021; PICUM, *Immigration detention and return in the EU Migration Pact: how we can correct the course*, 8.4.2021; ECRE, *Screening out rights: delays, detention, data concerns and the EU's proposal for a pre-entry screening process*, 2020.

⁵⁸⁷ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 2000, p. 724.

Sinora, nei casi che le sono stati sottoposti, i giudici di Lussemburgo non hanno individuato antinomie nell'ordinamento: le ipotesi di cui all'art. 8(3) lett.a), b) e e) sono state considerate in astratto conformi al contenuto del diritto alla libertà personale⁵⁸⁸. La detenzione alla frontiera immaginata dal nuovo Regolamento Procedure, però, pare destinato ad applicarsi indistintamente a tutte le persone cui si imponga il divieto di ingresso, e quindi sulla base del solo presupposto del loro mantenimento in frontiera: pare certamente più operoso coordinare una simile previsione con il principio di eccezionalità e con il divieto di imposizione automatica della misura. In questo frangente, la Corte di giustizia potrà essere interessata da rinvii pregiudiziali funzionali a valutare la compatibilità delle nuove norme in materia di detenzione con l'art. 6 Carta. In sostanza, si potrà chiedere all'autorità giudiziaria di esercitare una funzione di «human rights adjudicator» non soltanto con riferimento ai rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo ma in un campo di gioco tutto interno al diritto UE⁵⁸⁹.

Se si guarda alla sua recente giurisprudenza, pare che la Corte non abbia esitato ad aderire appieno un simile ruolo: ad esempio, nel caso *Ligue des droits humains* è stata operata una interpretazione 'costituzionalmente orientata', in modo tale da garantire la conformità delle previsioni in materia di trattamento dei dati personali nell'ambito del reg. 2016/679/UE con l'art. 7 Carta (diritto alla vita privata e familiare)⁵⁹⁰. La Corte rammenta che gli Stati membri devono fare in modo di non basarsi su un'interpretazione dello stesso che entri in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Qualora però non sia possibile conciliare il diritto secondario con la Carta in via interpretativa, la Corte potrebbe anche giungere a dichiarare l'invalidità parziale di una norma della direttiva o del regolamento che rappresenti una interferenza non giustificata né proporzionata con il diritto fondamentale garantito: è quanto avvenuto nel caso *WM e Sovim SA* (che, al pari di *Ligue des droits humains* verteva sul rapporto tra le previsioni di una direttiva in materia di trattamento dei dati personali e l'art. 7 Carta)⁵⁹¹. Ebbene, in un momento storico in cui il legislatore europeo pare fortemente intenzionato ad ampliare in modo significativo i presupposti della detenzione amministrativa nell'ambito delle procedure di frontiera, e tenuto conto dell'approccio garantista sin qui seguito dai giudici di Lussemburgo in materia di libertà personale (dei migranti) pare che la via dell'invalidazione del diritto UE per contrarietà all'art. 6 Carta possa essere perseguita.

⁵⁸⁸ CGUE, *N.*, par. 56; CGUE, *K.*, par. 40.

⁵⁸⁹ G. De Burca, *After the EU Charter of fundamental rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, 20(2), pp. 168-184.

⁵⁹⁰ CGUE [GC], sentenza del 21 giugno 2022, *Ligue des droits humains*, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491

⁵⁹¹ CGUE [GC], sentenza del 22 novembre 2022, *WM e Sovim SA*, C-37/20, C-601/20, ECLI:EU:C:2022:912. In questa occasione la Corte ha acclarato che «le disposizioni facoltative di cui all'articolo 30, paragrafi 5 bis e 9, della direttiva 2015/849 modificata, che consentono agli Stati membri, rispettivamente, di subordinare la messa a disposizione delle informazioni sulla titolarità effettiva ad una registrazione online e di prevedere, in circostanze eccezionali, talune deroghe all'accesso del pubblico a tali informazioni, non sono, di per sé, idonee a dimostrare né una ponderazione equilibrata tra l'obiettivo di interesse generale perseguito e i diritti fondamentali sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta, né l'esistenza di sufficienti garanzie che consentano alle persone interessate di tutelare efficacemente i loro dati personali contro i rischi di abusi», e, pertanto, si determinava a dichiarare invalida la norma che aveva modificato la direttiva (par. 86-89).

5.2 Le convergenze tra i sistemi nazionali: (nuove) frontiere in materia di limitazione della libertà

L'esame dei casi studio ha fatto emergere, parallelamente alle convergenze tra modelli nazionali e prospettive europee, anche tratti comuni tra le modalità di gestione delle migrazioni attraverso lo strumento detentivo. Come anticipato, una macro-comparazione tra i Paesi esula dallo scopo della ricerca, e del resto per operare alcune ipotesi più solide su allineamenti e disallineamenti delle pratiche detentive occorrerebbe tenere in maggiore considerazione le caratteristiche strutturali degli ordinamenti, quali il rapporto tra i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, il ruolo delle corti, e l'evoluzione storica del diritto dell'immigrazione. Inoltre, una simile operazione sarebbe indebolita dal fatto che soltanto Grecia e Italia sono state formalmente destinatarie delle proposte e raccomandazioni della Commissione europea ai fini dell'implementazione dell'approccio *hotspot*, mentre la scelta di includere la Spagna tra i casi studio è stata motivata piuttosto dall'osservazione empirica delle modalità di atteggiarsi dei modelli di controllo delle frontiere, ricondotte sia dalla dottrina che dalla società civile al sistema *hotspot ex post*.

Ciò che si intende qui, invece, sottolineare è la convergenza di alcuni fenomeni alla luce della rilevanza che possono avere di fronte alle trasformazioni del regime europeo della detenzione amministrativa. In proposito, ci pare che il profilo di maggiore interesse sia quello della proliferazione di luoghi di detenzione, che amplifica le incertezze circa la possibilità di individuare una situazione di effettiva privazione di libertà personale. Strettamente connesso a questo tema vi è quello dei rimedi, posto che dal confronto delle pratiche dei Paesi sono emerse nitidamente alcune criticità in merito all'esistenza di rimedi effettivi; accanto a queste, si proveranno ad identificare, in conclusione, alcuni modelli positivi.

Partendo dal primo aspetto, ci sembra di poter concludere che la detenzione della persona straniera non avviene più soltanto all'interno dei centri istituiti con il precipuo scopo di trattenere il richiedente asilo o il migrante irregolare in fase di espulsione, coerentemente con la normativa che disciplina le ipotesi di trattenimento stesso. Si potrebbe obiettare che il fenomeno non è nuovo: si è visto, in modo particolare nel caso della Grecia, che le stazioni di polizia e di polizia di frontiera hanno costituito uno dei luoghi privilegiati di mantenimento della persona in via preliminare alla sua espulsione fin dagli anni Novanta. Si è detto che anche in Italia i centri di primo soccorso o quelli per i richiedenti asilo avevano caratteristiche ibride, ad esempio nei primi anni Duemila, posto che erano formalmente deputati all'accoglienza ma, di fatto, potevano anche prestarsi al trattenimento vero e proprio. La detenzione al di fuori dei CIE non è mai stata una eccezione neanche in Spagna, posto che lo stesso quadro legislativo ha sin dal principio disciplinato l'ipotesi di fermo nelle stazioni di polizia in vista dell'espulsione.

L'elemento di novità deve invece essere identificato nel carattere strutturale, e sistemico assunto da luoghi detentivi *altri* nelle 'filiera' del trattenimento. I dati empirici sorreggono questa ipotesi, soprattutto con riguardo all'Italia e alla Spagna, ove il numero di persone trattenute presso le stazioni di polizia in vista delle *devoluciones* o delle *expulsiones exprés* (in Spagna) o presso gli *hotspot* e i locali di frontiera nelle more del respingimento immediato o

differito (in Italia) è di molto superiore a quello dei soggetti trattenuti nei CIE e CPR. Con riferimento alla Grecia è indicativo che l'uso delle stazioni di polizia e di polizia di frontiera non sia mai cessato, nonostante le dure reprimende della Corte europea dei diritti dell'uomo e del CPT in ragione delle condizioni di vita inumane e degradanti dei luoghi.

Simili spazi potrebbero meglio essere identificati luoghi di infra-diritto per le loro caratteristiche strutturali (remoti, inaccessibili, camaleontici) e per l'eccezionalità delle norme giuridiche che li regolano: spesso non vi si applicano nemmeno le pur lacunose disposizioni in tema di tutela della libertà personale dei migranti ristretti nei CIE, CPR o PROKEKA. Ne è un esempio il fatto che la detenzione all'interno di simili luoghi non è necessariamente qualificata come tale, come osservato in relazione alle navi quarantena o agli *hotspot* italiani (con la sola eccezione del trattenimento a fini identificativi del richiedente asilo) o dei 'Closed Controlled Access Centres' (CCAC) greci. Molto spesso poi a questi luoghi non si estendono, quantomeno per previsione legislativa, le minime garanzie in materia di condizioni di detenzione stabilite per i centri di trattenimento: ad esempio, il d.l. 113/2018, che ha introdotto le «strutture idonee» nelle stazioni di polizia e i «locali idonei» presso gli uffici di frontiera, non ha previsto alcuna indicazione rispetto alle condizioni di vita e alle regole materiali della detenzione, né li ha parificati (quanto all'applicazione della direttiva ministeriale che detta il 'Regolamento CIE', poi confluita nel 'Regolamento CPR' del 2022) ai centri di cui all'art. 14 d. lgs. 286/98. Allo stesso modo, non vi sono previsioni che conferiscano espressamente un diritto a presentare un ricorso giudiziale avverso le condizioni di trattenimento per chi si trova all'interno dei CATE spagnoli di fronte al 'giudice del controllo', né regole dettagliate sul diritto di accesso ai centri (prerogativa che è stata però riconosciuta – in via giurisprudenziale – alle ONG italiane in relazione agli *hotspot*).

Locali idonei, CCAC, CATE, *hotspot*: sono solo alcune delle denominazioni dei luoghi detentivi materializzatisi negli ultimi anni. Non pare irrilevante che questo fenomeno abbia interessato soprattutto la detenzione nella prossimità delle frontiere (anche quando la frontiera sia rappresentata da intere isole) o dei punti di sbarco o di ingresso. Tratto comune a questi nuovi spazi, che hanno modificato la geografia legale dei territori, è l'informalità: anche qualora il diritto abbia formalmente previsto un arsenale di ipotesi in cui poter ricorrere al trattenimento della persona (come avvenuto in Italia e in Grecia, e come prospettato dalla Commissione europea), non è detto che le autorità di polizia decidano di adottare provvedimenti scritti limitativi della libertà personale. Non trattandosi di centri di detenzione 'ufficiali', infatti, la privazione della libertà non è presunta *in re ipsa* e ciò conferisce amplissima discrezionalità all'amministrazione nella configurazione dell'afflittività della misura, calibrata in base alle esigenze del momento.

Il risultato è una permanente confusione dei confini tra privazione e limitazione della libertà personale, posto che, come noto, la linea di separazione riguarda l'intensità e il grado della misura⁵⁹². Nel primo caso, si rientra a pieno titolo entro il perimetro di applicazione dell'art. 5 CEDU e 6 Carta, e l'autorità sarà tenuta ad adottare un provvedimento scritto e motivato, a

⁵⁹² La centralità del tema è stata sottolineata da numerose autrici. Da ultimo, G. Cornelisse, *EU migration law and detention: criminalisation, containment and courts*, in E. Tsourdi, P. De Bruycker, 2022, pp. 456-471, in particolare p. 465 e ss.

fornire le adeguate informazioni in una lingua comprensibile, e a predisporre la convalida o il riesame giudiziale. Nel secondo caso, trattandosi di mere restrizioni alla libertà di movimento, non è invece richiesto il rispetto della riserva di giurisdizione, sebbene le convenzioni e le costituzioni impongano che le limitazioni siano proporzionate e disciplinate dalla legge⁵⁹³. Di fronte al proliferare di misure afflittive secondo vari gradi di intensità crescente (si pensi alle restrizioni geografiche in Grecia e in Spagna, o alle ipotesi di ‘obblighi di dimora’ presso determinati luoghi⁵⁹⁴) l’interprete – *in primis* il giudice – sarà chiamato sempre più spesso a vagliare con attenzione la differenza tra privazione della libertà e limitazione del movimento. A tal proposito paiono fondamentali i recenti approdi, particolarmente garantisti, della Corte di giustizia dell’UE (in *FMS e al.*, e in *M.A.*), ma anche la recente decisione della CEDU in *J.A. and others*: ogni volta in cui la persona sia confinata entro un centro sorvegliato e dal quale non si possa materialmente allontanare, anche in considerazione delle conseguenze legali di una simile condotta, la misura dovrà identificarsi come detentiva indipendentemente dalla qualificazione formale operata dal diritto interno. L’affermazione di questo principio, che può apparire scontata, diventa cruciale quando la detenzione *de facto* si consumi in luoghi altri rispetto ai centri a ciò deputati e, soprattutto, alla luce delle proposte dei nuovi Regolamenti, che non definiscono con precisione in quali aree e spazi possano e debbano essere mantenuti i migranti per prevenire il loro ingresso sul territorio.

Infine, di fronte all’aumento delle prassi di limitazione della libertà di movimento anche al di là della limitazione (*de jure* o *de facto*) della libertà, tanto la dottrina quanto le autorità giudiziarie saranno chiamati ad approfondire il tema, sinora soltanto marginale, della libertà di circolazione e della proporzionalità di simili misure⁵⁹⁵. La Corte di giustizia nella sentenza *Commissione c. Ungheria* ha confermato che, in base alle prescrizioni della Direttiva, il diritto interno non è soltanto chiamato a disciplinare le ipotesi (tassative) di trattenimento, ma anche quelle di libertà di circolazione⁵⁹⁶. La dottrina ha rilevato in proposito che «our current legal framework needs revision in order to provide effective judicial protection, not only for those who are formally held in detention, but also for those who dwell at the borders of Europe ‘through measures of confinement that do not coincide with detention’»⁵⁹⁷. Ebbene, ci pare che gli interventi del Consiglio di Stato greco (sulla *geographical restriction*), e delle Corti spagnole (in tema di libertà di movimento dalle isole Canarie o da Ceuta e Melilla verso la Spagna continentale) rappresentino dei solidi punti di partenza per offrire adeguate tutele ai

⁵⁹³ Si badi poi che il diritto alla libertà di circolazione di cui all’art. 2, Protocollo 4 CEDU è contemplato soltanto per chi «si trovi regolarmente sul territorio», e dunque non rientrerebbero nel suo ambito di applicazione i cittadini stranieri irregolarmente soggiornanti. Anche nella sfera del diritto UE si possono individuare precise regole volte a disciplinare la libertà di circolazione soltanto per i richiedenti protezione internazionale (art. 7 dir. 2013/33/UE).

⁵⁹⁴ Per alcune autrici questo è un tratto tipico delle politiche di gestione dei flussi migratori ‘post-crisi’ e dello stesso approccio *hotspot*: M. Tazzioli, G. Garelli, 2020; e M. Tazzioli, *Containment through mobility: migrants spatial disobedience and the reshaping of control through the hotspot system*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2018, 44(16), pp. 2674-2692.

⁵⁹⁵ L. Slingenbergh, *Reception conditions for asylum seekers: inherent duality*, in E. Tsourdi, P. De Bruycker, 2022, pp. 204-224.

⁵⁹⁶ CGUE, *Commissione c. Ungheria*.

⁵⁹⁷ G. Cornelisse, 2022, p. 469.

migranti il cui movimento continua ad essere identificato come una delle più gravi minacce alla sicurezza europea.

Approdiamo così all'ultimo profilo di interesse – ma non per questo meno centrale nello studio della detenzione amministrativa – sollevato dall'esame dei casi studio: la centralità del ruolo delle corti e del diritto ad un rimedio effettivo contro l'esercizio dei poteri coercitivi da parte dell'amministrazione. La disamina dei Paesi ha consentito di appurare che quella giudiziaria non l'unica autorità a poter contribuire al rafforzamento dei diritti delle persone detenute: in tutti i contesti territoriali è emerso il ruolo fondamentale dei Difensori civili o dei Garanti per i diritti delle persone detenute (chiamati a svolgere anche l'incarico di cui al Protocollo OPCAT di Meccanismo Nazionale Preventivo) nell'azione di monitoraggio e denuncia delle condotte delle autorità di polizia. Questi organi possono, in contesti geograficamente remoti e isolati, contribuire a ricostruire la verità sulle possibili violazioni dei diritti. Tuttavia, ci pare che nel nostro campo di indagine – le misure di privazione della libertà – non possa rinunciarsi alle garanzie di *habeas corpus* che discendono direttamente dalla effettività della tutela del singolo, che non può non essere oggetto di un esame terzo e indipendente rispetto all'amministrazione: dunque, necessariamente, giurisdizionale.

L'osservazione della *law in action* nei Paesi considerati ha mostrato come il principale elemento di convergenza sia, in questo frangente, quello derivante dagli ostacoli di natura pratica connaturati all'esecuzione di misure privative della libertà negli spazi *strictu sensu* frontalieri: l'isolamento geografico, la fluidità delle regole, l'assenza di un chiaro regime normativo rendono particolarmente difficoltosi per i migranti l'accesso alla difesa e alla rappresentanza legale. Una simile tendenza è comune a tutti i Paesi considerati. Quanto, invece, all'intensità e all'effettività della tutela offerta dal *sistema* giurisdizionale, possono operarsi delle differenziazioni. Un rimedio generale, tempestivo e, ci pare, effettivo contro la privazione della libertà (anche *de facto*) è rinvenibile solo in Spagna: il tratto peculiare del sistema è la piena riconducibilità a Costituzione delle forme, anche brevi, di detenzione, comprese quelle che avvengono nelle stazioni di polizia (e, da ultimo, nei CATE) a fini identificativi; e parallelamente, la previsione di uno *specifico* strumento – ed una autorità giudiziaria preventivamente identificata come competente – immediatamente attivabile, al pari di quanto previsto per i soggetti sottoposti a fermo identificativo (siano questi cittadini spagnoli o di Paesi terzi). In sostanza, si può concludere che il rafforzamento della garanzia ad un rimedio giurisdizionale effettivo discenda dal riconoscimento dell'identica natura e afflittività della misura detentiva, indipendentemente dal fatto che si applicata in sede penale o amministrativa. Nel contesto spagnolo anche il tema delle condizioni di vita nei centri, seppur caratterizzato da evidenti criticità, è ricondotto all'alveo della giurisdizione per il tramite del ruolo del 'giudice di controllo'. Se anche le 'divaricazioni' tra principi e prassi è tutt'ora ampio, l'ordinamento ha predisposto dei meccanismi di controllo che possono ritenersi in linea con il contenuto del diritto di cui all'art. 47 Carta.

Alcuni dubbi in proposito possono invece essere sollevati per l'Italia e la Grecia. Le criticità in termini pratici (isolamento dei luoghi, ostacoli nell'accesso ai centri per i difensori, predisposizione di meccanismi volti ad informare i migranti in una lingua comprensibile) sono in linea con quelle spagnole. Tuttavia, la cornice giuridica in tema di tutele giurisdizionali è

assai distinta. In primo luogo, in nessuno dei due Paesi si è previsto un rimedio generale di *habeas corpus*, unicamente volto a tutelare le condizioni di detenzione illegittima, tanto che nell'ordinamento italiano si è dovuta ipotizzare l'attivazione di uno strumento atipico civilistico di natura cautelare. Nemmeno in Grecia è previsto un autonomo *habeas corpus*: è stata tentata la via del ricorso al giudice tramite *objections* ma soltanto in sporadici casi le corti amministrative hanno accettato di dichiararsi competenti e di conoscere delle doglianze sollevate nella prima fase del trattenimento (quando non vi era un provvedimento presupposto). Inoltre, come osservato anche dalla Corte EDU per l'Italia, non è contemplato alcun rimedio di fronte alle violazioni dei diritti connaturate alle problematiche condizioni detentive. Le criticità in termini di effettività dei rimedi a presidio della libertà dei migranti non riguardano però unicamente la detenzione *de facto* all'interno degli *hotspot* (o dei RIC o CCAC per la Grecia), ma si estendono più in generale all'apparato giudiziale competente in tema di detenzione *de jure*. Né in Italia né in Grecia, ad esempio, è previsto un giudizio di appello avverso le decisioni di convalida o proroga del trattenimento. Mentre, poi, nel primo Paese la possibilità di ricorrere alla Corte di legittimità ha garantito un lento ma costante processo di adeguamento ai principi europei (di necessità e proporzionalità) delle norme interne, questo non è avvenuto in Grecia, presumibilmente anche in ragione dell'assenza del doppio grado di giudizio. Inoltre, in entrambi i Paesi la dottrina ha sottolineato l'atteggiamento particolarmente deferente dell'autorità giudiziale nei confronti delle amministrazioni, tratto che non pare di potersi rinvenire nel controllo esercitato in sede di privazione della libertà nell'ambito di un procedimento penale. Evidenziate tali criticità, ci pare che il profilo dell'effettività dei rimedi debba collocarsi sempre più al centro delle riflessioni della dottrina, soprattutto quando all'orizzonte si prospetti l'ampliamento delle ipotesi di detenzione – *de jure* o *de facto* – in contesti sempre più connotati da elementi di specialità ed eccezionalità. Si potrebbe, dunque, avanzare una riflessione sull'adeguatezza dei giudici amministrativi o, nel caso italiano, dei giudici di pace a conoscere delle ipotesi di privazione della libertà. O ancora, si potrebbe tentare di valorizzare la recente giurisprudenza della Corte di giustizia visti i plurimi richiami operati al rispetto dell'art. 47 Carta in materia di trattenimento, ad esempio per imporre all'autorità giudiziaria di conoscere delle prassi illegittime anche quando non vi sia una chiara competenza sulla base delle norme interne (come nel caso della detenzione 'in ingresso') e indipendentemente dall'adozione di un provvedimento presupposto. Il principio affermato dalla Corte – *ubi ius, ibi remedium* – è tanto scontato quanto di difficile attuazione nel campo della detenzione amministrativa, ma è in questa direzione che debbono dirigersi gli sforzi degli operatori del diritto per assicurare che la tutela della libertà personale sia pienamente in linea con i principi dello stato di diritto.

CONCLUSIONI

Al termine della trattazione, possiamo osservare che l'istituto che si è scelto di studiare adottando una prospettiva multilivello è un istituto 'di frontiera', dai confini perennemente incerti. Da un punto di vista metodologico, si colloca all'incrocio di diverse discipline giuridiche, cui si è attinto per dar conto della complessità e del carattere *anomalo* della misura. Seguendo le suggestioni della *crimmigration*, possiamo evidenziarne la fisionomia ibrida, afflittiva al pari della detenzione penale ma formalmente amministrativa. L'esame della giurisprudenza delle Corti europee in materia e delle prassi realizzate nei Paesi oggetto dello studio ha poi rivelato un ulteriore livello di incertezza: quello della definizione dei confini tra la privazione della libertà personale e la limitazione della libertà di movimento. L'assenza – intenzionale – di confini ben definiti espone le persone migranti alla perenne discrezionalità dell'amministrazione e offusca il percorso di accesso alle garanzie sostanziali e procedurali a presidio della libertà. La detenzione è stata infatti incorporata nella sfera del diritto dell'immigrazione rinunciando al ricco arsenale di garanzie previste dal diritto e dalla procedura penale. L'*amministrativizzazione* del diritto alla libertà personale¹, inoltre, può rendere strutturalmente meno incisivo il sindacato giurisdizionale della misura in ragione del diverso atteggiarsi del principio di proporzionalità nella sfera penale e in quella amministrativa, e del distinto grado di deferenza del giudice di fronte all'amministrazione².

L'*actio finium regundorum* si mostra particolarmente ardua quando la privazione della libertà avviene *in frontiera*. Si è visto che il termine può avere una accezione in primo luogo geografica, e sempre più anche giuridica, alludendo agli spazi in cui si attuano le procedure di frontiera e alla creazione di un *lower density territory* all'interno degli Stati europei. L'intreccio tra scienze (geografia e diritto) apparentemente estranee tra loro, ha prodotto «nuove geografie legali progettate per promuovere pratiche di esclusione» dei cittadini di Paesi terzi³. All'interno di una simile trama, anche i legami tra detenzione amministrativa e frontiera sono diventati sempre più indissolubili, in particolar modo a partire dal 2015 e con l'introduzione dell'approccio *hotspot*. Tale tendenza, di cui si è dato conto nel corso dell'elaborato (tanto a livello europeo quanto a livello statale) è suscettibile di comprimere ulteriormente il diritto alla libertà personale delle persone migranti, già minato in partenza dalla *amministrativizzazione* della misura.

La domanda che sorge spontanea al termine dello studio qui condotto è se sia possibile fornire una tutela effettiva ai diritti fondamentali delle persone amministrativamente detenute di fronte a prassi che, in apertura della trattazione, avevamo qualificato (usando le parole del

¹ A. Caputo, *Diseguali, Illegali, Criminali. Una guida alla lettura*, in *Questione Giustizia*, 2009, 1, pp. 83-86, p. 83.

² Così, B. Schotel, 2022, p. 369-371; e G. Cornelisse, 2022, p. 462-465.

³ P. Maillet, A. Mountz, K. Williams, *Exclusion through imperio: entanglements of law and geography in the waiting zone, excised territory and search and rescue region*, in *Social & Legal Studies*, 2018, 27(2), pp. 142-163, p. 143.

Segretario generale del Consiglio d'Europa) come 'generalizzata', 'automatica' e (spesso) *de facto*.

Per rispondere alla domanda si è, in un primo momento, analizzato come il diritto dell'Unione europea abbia regolato l'istituto. Il punto di partenza è che la detenzione «senza reato» dello straniero, pur restando una delle manifestazioni più controverse dell'esercizio dei poteri statali in ambito migratorio, si è affermata quale irrinunciabile strumento di convenienza burocratico-amministrativa anche nel panorama sovranazionale. Gli atti di diritto secondario che hanno fornito copertura legale al trattenimento dettano alcune regole di armonizzazione e lasciano ampia discrezionalità agli Stati coinvolti, pur nella consapevolezza dell'afflittività dell'istituto e della necessità di fare applicazione del diritto secondario nel rispetto dei diritti fondamentali. Formalmente, la detenzione viene qualificata come misura di *extrema ratio* e viene richiesto agli Stati di disciplinarla in conformità ai principi di necessità e di proporzionalità: se rispettati, i principi possono circoscrivere una applicazione 'generalizzata' o 'automatica'. Tuttavia, la formulazione spesso ambigua delle norme ha sollevato dubbi di compatibilità con questi stessi principi e con quello di tassatività: si pensi all'incertezza sul carattere esaustivo dei criteri indicati quali presupposto del trattenimento nella Direttiva Rimpatri; alla vaga nozione di rischio di fuga; all'ampio numero di circostanze su cui può basarsi il trattenimento del richiedente asilo.

Il contenuto delle Direttive rivela perciò un parziale svilimento delle garanzie poste in via di principio in tema di diritto alla libertà personale, una dissociazione dal 'dover essere' nella sua espressione più alta (risultante dalle costituzioni e dalle convenzioni sovranazionali). Risulta legittimo chiedersi quale sia il contenuto del diritto in esame. La risposta è stata elaborata a partire dall'esame della giurisprudenza delle Corti europee sul diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU; art. 6 Carta). I principi fondamentali di tassatività, legalità e non arbitrarietà della misura sono da considerarsi irrinunciabili per entrambe le Corti. Un grado maggiore di complessità è emerso con riferimento al rispetto dei principi di proporzionalità e necessità, poiché questi sono stati solo parzialmente accolti dalla giurisprudenza CEDU, mentre rappresentano un profilo centrale nella valutazione della Corte di giustizia. Restano poi incerti i confini di applicazione di detti principi, poiché le Corti si sono mostrate parzialmente disallineate sul tema della distinzione tra privazione della libertà e mera limitazione della libertà di movimento. Anche tenendo conto di un simile quadro sfaccettato in materia di libertà personale, può concludersi che l'azione interpretativa delle Corti e la loro interazione abbia in ogni caso contribuito a limitare i margini di discrezionalità e arbitrarietà delle autorità statali nell'esercizio del potere coercitivo che esita nella detenzione dello straniero. Dovrà in ogni caso aversi riguardo allo standard di tutela più elevato che, al momento attuale, pare potersi ricondurre in via di principalità alla giurisprudenza della CGUE.

Nel prosieguo della trattazione sono emersi alcuni dubbi rispetto alla possibilità di conservare intatto l'equilibrio precario raggiunto (principalmente grazie all'intervento delle Corti) tra due opposte tensioni: assicurare che la detenzione (ormai irrinunciabile strumento di gestione dei flussi migratori) resti una misura necessaria, proporzionata e di *extrema ratio*, e il

consolidamento di un sistema di «detenzione di massa»⁴ all'interno dei Paesi, ma soprattutto alle frontiere esterne dell'Unione. Le preoccupazioni sono emerse sia a seguito dell'analisi delle politiche UE promosse a partire dal 2015, e dalle successive riforme legislative, sia in ragione delle risultanze dei casi studio.

Quest'ultima indagine ha rivelato un mosaico ricco di sfaccettature: per un verso, il recepimento delle Direttive europee non ha necessariamente comportato una contrazione delle garanzie a presidio della libertà personale; per altro verso, si è riscontrato un pieno allineamento tra le proposte della Commissione europea, volte a riformare gli atti legislativi in materia di asilo e rimpatrio, con le pratiche di detenzione generalizzata in frontiera che sono state documentate nei Paesi oggetto di indagine. Le poliedriche manifestazioni del regime detentivo (o para-detentivo) in Italia, in Grecia e in Spagna hanno rappresentato l'ideale terreno di sperimentazione di prassi che potranno confluire in atti europei aventi rango di legge.

Le fasi di identificazione, rilevamento delle impronte, incanalamento verso le procedure di asilo o rimpatrio, come codificate nel Regolamento Screening, riflettono gli elementi integranti il modello *hotspot* attuato principalmente in Italia (e in via fattuale, in Spagna). La più ampia procedura di frontiera di cui al Regolamento Procedure – che prevede, immediatamente dopo lo svolgimento degli accertamenti, l'esame della domanda di asilo e la successiva esecuzione del rimpatrio – pare invece modellata principalmente sulle prassi greche. Il profilo di novità, e di maggior preoccupazione, è l'obbligo giuridico di rimanere 'in frontiera': in una zona anomala che è entro la giurisdizione dello Stato ma al di fuori dello spazio giuridico in cui la persona può avere pieno ed effettivo accesso ai diritti fondamentali. La privazione della libertà diviene, in collegamento con la *fictio* di non ingresso, lo strumento di mantenimento del richiedente asilo o del migrante irregolare ai confini esterni dell'Unione.

Ci pare di poter concludere che tanto le proposte europee, quanto le prassi e le norme statali, sono orientate all'uso della detenzione in chiave di rafforzamento della frontiera: se gli spunti per l'adozione di un simile modello vengono dagli orientamenti politici della Commissione e dalle pratiche dei Paesi di frontiera, la responsabilità per la loro messa a sistema è da attribuirsi al legislatore europeo. Una simile scelta pare scarsamente giustificabile a fronte dell'ineffettività dello strumento detentivo rispetto all'obiettivo di realizzare rimpatrio: questo risulta essere il fine ultimo dell'intera procedura di frontiera delineata nei nuovi Regolamenti. Nel corso dell'ultimo capitolo si ha avuto modo di osservare che meno del 50% dei migranti irregolari presenti nei centri di detenzione in Italia e in Spagna sono effettivamente allontanati negli ultimi anni, percentuale che si avvicina allo zero nel caso dei rimpatri dalle isole dell'Egeo in Grecia verso la Turchia.

Il dato empirico, ancora più dell'esame delle norme, svela che le funzioni del trattenimento sono altre: come visto, possono spaziare da quella punitiva a quella deterrente, da una finalità simbolica a quella di esclusione. Molto spesso le diverse funzioni si combinano e si intersecano. Come già osservato, però, il legame tra detenzione e frontiera può agevolmente essere spiegato ricorrendo al concetto della privazione della libertà in chiave preventiva, soprattutto se analizzato entro la più ampia riflessione sul *preventive turn* delle politiche

⁴ A. Spena, *Il cittadino e i suoi doppi*, p. 25.

europee in materia di mobilità e criminalità. Vagliate da questa prospettiva, le trasformazioni del regime della detenzione amministrativa possono rappresentare un campanello di allarme rispetto alla compromissione dei diritti (*in primis* alla libertà personale, ma anche alla libertà di movimento, alla vita privata e familiare, o alla riservatezza) che può derivare dall'adesione ad un modello di 'Stato preventivo', ove la mobilità è considerato un fattore di rischio e insicurezza.

Se così stanno le cose, ci si può interrogare sul ruolo svolto dal diritto europeo nella legittimazione di una simile tendenza. A partire dalla presentazione delle proposte di riforma della Commissione, la legge è diventata protagonista di un'opera di istituzionalizzazione delle prassi sperimentate a livello statale. In alcuni contesti (si pensa, ad esempio alle fasi immediatamente successive all'ingresso) la 'divaricazione' più immediatamente evidente resta ancora quella tra diritto e prassi, che si traduce nella detenzione automatica e *de facto*. Tuttavia, l'evoluzione più recente degli orientamenti politici europei induce a ritenere che il rapporto tra detenzione e frontiera – cristallizzato nelle omonime procedure – sia destinato ad affermarsi quale pratica ordinaria della gestione dei flussi migratori. Il diritto finisce in questo modo per legittimare la realtà, anche quando la realtà – come osservato nell'ultimo capitolo della trattazione – è quella di significative compromissioni dei diritti fondamentali. La divaricazione tra 'essere e dover essere' cui si è fatto riferimento nell'*incipit* di questa ricerca è sempre di più interna all'ordinamento giuridico. Tuttavia, se pure la detenzione amministrativa «di massa» assumerà veste legale, non per questo diventerà legittima, posto che i termini di legittimità continueranno ad essere rappresentati dai principi generali in materia di libertà personale. L'esercizio e la difesa di quei principi possono passare, ci pare, soltanto dal riconoscimento del loro carattere universale. L'affermazione del diritto alla libertà personale quale diritto umano può risuonare vuota se non si accompagna alla consapevolezza che il soggetto titolare del diritto non è lo «straniero-massa», o lo straniero come simbolo di insicurezza e rischio, ma è, invece, la persona migrante. Che è, al di sopra di tutto, persona.

BIBLIOGRAFIA

AAS K.F., BOSWORTH M. (2013), *The Borders of Punishment: Citizenship, Crime Control and Social Exclusion*, Oxford

ACOSTA ARCARAZO D. (2012), *The Good, The Bad And The Ugly In EU migration law: is the European Parliament becoming bad and ugly? (the adoption of directive 2008/115: the Returns Directive)*, in in E. GUILD, P. MINDERHOUD (a cura di), *The first decade of EU migration and asylum law*, Leiden

ACOSTA ARCARAZO D., GEDDES A. (2013), *The development, application and implication of an EU rule of law in the area of migration policy*, in *Journal of Common Market Studies*, 51 (2)

ACOSTA ARCARAZO D., ROMANO A. (2015), *The Return Directive and the expulsion of migrants in an irregular situation in Spain*, in *EU Law Analysis*

AGAMBEN G. (2003), *Stato di eccezione*, Torino

AGAMBEN G. (2005), *Homo Sacer: il potere sovrano e la nuda vita*, Torino

ALGOSTINO A. (2018), *Il decreto 'sicurezza e immigrazione' (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2

AMADEO S. (2015), *La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, in S. Amadeo, F. Spitaleri, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino

AMADEO S., SPITALERI F. (2019), *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, Torino

AMALFITANO C. (2011), *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della cd. direttiva rimpatri*, in *Cassazione penale*

AMALFITANO C. (2018), *General principles of EU law and the protection of fundamental rights*, Cheltenham.

AMMIRATI A., CAPEZIO V., CRESCINI G., MASSIMI A. (2021), *Le zone di transito aeroportuali: definizione, funzionamento e criticità alla luce delle prassi*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3

AMMIRATI A., CAPEZIO V., CRESCINI G., MASSIMI A. (2021), *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, in ASGI-Progetto InLimine

ANDRÒ I. (2015), *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in *Diritti Comparati*, 1

ANDRÒ I. (2020), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi.it*

ANGELI D., ANAGNOSTOU D. (2022), *A shortfall of rights and justice: judicial review of immigration detention in Greece*, in *European Journal of Legal Studies*

ANGELI D., DIMITRIADI A., TRIANDAFYLLIDOU A. (2014), *Assessing the Cost-Effectiveness of Irregular Immigration Control Policies in Greece*, Midas Report

ANGIOLINI V. (2001), *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3

ARCARAZO A. D. (2014), *Rethinking Europe's Freedom, Security and Justice*, in C.C. MURPHY, D. ACOSTA ARCARAZO (a cura di), *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, Oxford

ASHWORTH A., ZEDNER L. (2014), *Preventive Justice*, Oxford

ASTA F., CAPRIOGLIO C. (2017), *Per giusta decisione. Riflessioni giurisdizionali sul controllo giurisdizionale del trattenimento degli stranieri*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2

AZOULAI L. (2018), *L'effectivité du droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux*, Strasburgo

AZZARITI G. (2019), *A proposito della nuova normativa in materia di migrazioni: le incostituzionalità non discusse*, in *Questione Giustizia*

BALDACCINI A. (2009), *The EU Directive on return: principles and protests*, in *Refugee Survey Quarterly*, 28 (4)

- BALDACCINI A. (2009), *The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 11 (1)
- BALDACCINI A., GUILD E., TONER H. (2009), *Whose freedom, security and justice?*, Oxford
- BALLESTREROS-PENA A. (2022), La plasticità del sistema di detenzione e contenimento dei flussi migratori in Spagna, in E. CAJA, F. ESPOSITO, G. MATTIELLO, *Corpi reclusi in attesa di espulsione. La detenzione amministrativa in Europa al tempo della sindemia*, Torino
- BARAGGIA, A. BONELLI, M. (2022), *Linking Money to Values: the New Rule of Law Conditionality Regulation and its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 23 (2)
- BARATTA A. (2001), *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, in S. Anastasia e M. Palma, *La bilancia e la misura*, Milano
- BARBERA A. (1967), *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano
- BARBERIS E., GARGIULO E., MANCINI L. (2021), Il governo delle migrazioni tra norme e pratiche, in *Sociologia del diritto*, 3
- BARBERO I. (2021), *Los Centros de Atención Temporal de extranjeros como nuevo modelo de control migratorio: situación actual, (des)regulación jurídica y mecanismos de control de derechos y garantías*, in *Derechos y Libertades: Revista De Filosofía Del Derecho Y Derechos Humanos*, 45
- BARBERO I. (2021), *Los Centros de Atención Temporal de extranjeros como nuevo modelo de control migratorio*, 2021.
- BARBERO I. (2021), *Refugiados en contención: lógicas de (in)movilidad en materia de derecho de asilo en la Frontera Sur*, in *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 129
- BARKER V. (2017), *Penal power at the border: realigning state and nation*, in *Theoretical Criminology*, 21 (4)
- BASILIEN-GAINCHE M.L. (2014), *Judicial control of detention: a deceptive upheaval?* in *EU Law Analysis*
- BASILIEN-GAINCHE M.L. (2015), *Immigration detention under the Return Directive: the Cjeu shadowed lights*, in *European Journal of Migration and Law*, 17 (1)
- BAST J., VON HARBOU F., WESSELS J. (2022), *Human rights challenges to European migration policy*, London

- BATTJES H. (2017), *Territoriality and Asylum Law: The Use of Territorial Jurisdiction to Circumvent Legal Obligations and Human Rights Law Responses*, in *Netherlands Yearbook of International Law*
- BECKETT K., MURAKAWA N. (2012), *Mapping the shadow carceral state: toward an institutionally capacious approach to punishment*, in *Theoretical Criminology*, 16 (2)
- BENVENUTI M. (2018), *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2
- BERNARDINI L. (2020), «Libertà va cercando...» Una detenzione “atipica”, uno “scontro” tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?, in *La Legislazione Penale*
- BERNARDINI L. (2021), *Che cos'è la libertà? La Corte di Strasburgo si pronuncia (ancora) sulla detenzione amministrativa nelle zone di transito ungheresi*, ADiM Blog
- BERTACCINI D., BRUNO D. (2018), *I garanti (dalla parte) dei detenuti. Le istituzioni di garanzia per i privati di libertà tra riflessione internazionale ed esperienza italiana*, Bologna
- BIAGIONI G. (2016), *Avotīnš v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights*, in *European Papers*, (1) 2
- BIETLOT M. (2005), *Le camps, révélateur d'une politique inquiétante de l'étrange*, in *Cultures & Conflits*, 57 (1)
- BIGO D. (2002), *Security and immigration: toward a critique of the governmentality of unease*, in *Alternatives*
- BONELLI M. (2022), *Infingement actions 2.0: how to protect the EU values before the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 18 (1)
- BONELLI M., ELIANTONIO M., GENTILE G. (2022), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection. The Court of Justice perspective*, Londra
- BONETTI P. (2009), *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 4
- BORRACCETTI M. (2010), *Il rimpatrio dei cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1
- BORRACCETTI M. (2018), *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2

- BORRACCETTI M. (2021), *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità con il passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1
- BOSWORTH M. (2016), *Border criminology: How migration is changing criminal justice*, in M. BOSWORTH, C. HOYLE, L. ZEDNER (a cura di), *Changing contours of criminal justice*, Oxford
- BOSWORTH M. (2017), *Immigration detention and penal power: a criminological perspective*, in M.J. FLYNN, M.B. FLYNN, *Challenging immigration detention*, Cambridge
- BOSWORTH M. (2018), *Border criminology e potere penale*, in C. Rinaldi, P. Saitta, *Criminologie critiche contemporanee*, Milano
- BOSWORTH M. (2019), *Immigration detention, punishment and the transformation of justice*, in *Social & Legal Studies*, 28 (1)
- BOSWORTH M., FRANKO AAS K., PICKERING S. (2018), *Punishment, globalization and migration control: Get them the hell out of here*, in *Punishment & Society*, 20 (1)
- BOSWORTH M., VANNIER M. (2020), *Blurred lines: detaining asylum seekers in Britain and France*, in *Journal of Sociology*, 65 (2)
- BOVENS M., GOODIN R.E. E SCHILLEMANS T. (2014), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford
- BOZA MARTÍNEZ D. (2015), *Perspectivas postpenitenciarias de las personas extranjeras privadas de libertad: entre la expulsión y el arraigo*, in M. ACALE SÁNCHEZ, R. GÓMEZ LÓPEZ, *Derecho penal, género y nacionalidad*, Granada
- BOZA MARTÍNEZ D., PÉREZ MEDINA D. (2019), *New Migrant Detention Strategies in Spain: Short-term Assistance Centres and Internment Centres for Foreign Nationals*, in *EuroMediterranean Journal of International Law and International Relations*, 7
- BRANDARIZ GARCÍA J.A. (2012), *Controllo dei migranti e diritto (penale) del nemico. Note su esclusione e inclusione in Spagna*, in *Studi sulla questione criminale*, 2
- BRANDARIZ GARCÍA J.A., FERNÁNDEZ BESSA C. (2016), *Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación*, in *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4
- BRANDARIZ GARCÍA J.A., FERNÁNDEZ BESSA C. (2017), *La crimigración en el contexto español: el creciente protagonismo de lo punitivo en el control migratorio*, in A.M. LÓPEZ

SALA, D. GODENAU (a cura di) *Estados de contención, estados de detención: el control de la inmigración irregular en España*, Barcellona

BRANDARIZ GARCÍA J.A., FERNÁNDEZ BESSA C. (2020), *A changing and multi-scalar EU borderscape: The expansion of asylum and the normalisation of the deportation of EU and EFTA citizens*, in *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 9

BRANDARIZ GARCÍA J.A., FERNÁNDEZ BESSA C. (2021), *Coronavirus and immigration detention in Europe: the short summer of abolitionism?*, in *Social Sciences*

BRANDL U., CZECH P. (2015), *General and Specific Vulnerability of Protection-Seekers in the EU: Is there an Adequate Response to their Needs?*, in F. IPPOLITO, S. IGLESIAS SANCHEZ (a cura di), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Oxford

BRICOLA F. (1975), *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione, Atti del Convegno di studi "Enrico De Nicola"*, Milano, 1975, ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997

BRYAN I., LANGFORD P. (2011), *The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 80 (2)

BYRNE R., NOLL G., VEDSTED-HANSEN J. (2020), *Understanding the crisis of refugee law: Legal scholarship and the EU asylum system*, in *Leiden Journal of International Law*, 33 (4)

CAGGIANO G. (2016), *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti asilo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2-3

CAGGIANO G. (2017), *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in Id. (a cura di), *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino

CALAVITA K. (2005), *Immigrants at the margins: law, race and exclusion in Southern Europe*, Cambridge

CAMPESI G. (2013), *La detenzione amministrativa degli stranieri: storia, diritto, politica*, Roma

CAMPESI G. (2015), *Hindering the deportation machine: An ethnography of power and resistance in immigration detention*, in *Punishment & Society*, 17(4)

CAMPESI G. (2015), *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Bari

- CAMPESI G. (2018), *Seeking asylum in times of crisis: reception, confinement, and detention at Europe's southern border*, in *Refugee Survey Quarterly*, 37 (2)
- CAMPESI G. (2020), *Genealogies of immigration detention: migration control and the shifting boundaries between the 'penal' and the 'preventive' State*, in *Social & Legal Studies*, 29 (4)
- CAMPESI G., FABINI G. (2017), *La detenzione della "pericolosità migrante"*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2
- CAMPESI G., FABINI G. (2020), *Immigration detention as social defence: policing 'dangerous mobility' in Italy*, in *Theoretical Criminology*, 24 (1)
- CANCELLARO F. (2017), *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *Questione giustizia*
- CANCELLARO F. (2020), *Dagli hotspot ai 'porti chiusi': quali rimedi per la libertà 'sequestrata' alla frontiera?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3
- CANNIZZARO E. (2005), *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 3
- CANNIZZARO E. (2016), *I diritti degli stranieri nella CEDU*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli
- CANNIZZARO E. (2017), *Denialism as the supreme expression of realism – a quick comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, 2 (1)
- CAPRIOGLIO C., FERRI F., GENNARI L. (2018), *Dentro e oltre l'approccio hotspot. Brevi riflessioni su funzionamento e significato del sistema degli hotspot in Italia*, in *Studi sulla questione criminale*
- CAPUTO A. (2000), *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1
- CAPUTO A. (2004), *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Questione Giustizia*, 2/3
- CAPUTO A. (2006), *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino
- CAPUTO A. (2007), *Irregolari, criminali, nemici: note sul 'diritto speciale' dei migranti*, in *Studi sulla Questione Criminale*, 2

- CAPUTO A. (2009), “*Purché se ne vadano*”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Relazione al Convegno nazionale dell’Associazione Italiana Costituzionalisti*, Cagliari
- CAPUTO A., PEPINO L. (2004), *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull’immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3
- CARBONE S. (2009), *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli
- CARLI E. (2020), *Trattenimento di migranti a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell’Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 14
- CARLIER J.Y., CRÉPEAU F., PURKEY A.L. (2020), *From the 2015 European “Migration Crisis” to the 2018 Global Compact for Migration: A Political Transition Short on Legal Standards*, in *McGill International Journal of Sustainable Development Law & Policy*, 16 (1)
- CARRERA S., SANTOS VARA J., STRIK T. (2019), *Constitutionalising the external dimension of EU migration policies in times of crisis*, Cheltenham
- CARTA R. (2017), *Il migration management: strumento di gestione o di controllo del fenomeno migratorio?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*
- CARTABIA M. (2004), *The Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe: The European Pluralism and the Need for a Judicial Dialogue*, in C. CASONATO (a cura di), *The Protection of Fundamentals Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento
- CARVALHO H. (2017), *The preventive turn in criminal law*, Oxford
- CASSARINO J.P., MARIN L. (2022), *The Pact on Migration and Asylum: turning the European territory into a non-territory?*, in *European Journal of Migration and Law*, 24 (1)
- CASTIGLIONE D. (2022), *Reconstructing the expansion and consolidation of immigration detention infrastructure in Greece (1993-2018)*, in *REMHU, Revista Interdisciplinar de Movilidad Humana*, 64
- CATALDI G., DEL GUERCIO A., LIGUORI A. (2014), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli
- CECCORULLI M. (2021), *The EU’s normative ambivalence and the migrant crisis: (in) action of (in) justice*, in M. CECCORULLI, E. FASSI, S. LUCARELLI (a cura di), *The EU Migration System of Governance: Justice on the Move*

- CELORIA E. (2020), *Stranieri trattenuti alle frontiere esterne dell'Unione: il quadro di garanzie individuato dalla Corte di giustizia e le sfide del nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo*, in *European Papers*, 2020, 5(3)
- CELORIA E. (2021), *La normalizzazione della detenzione alle frontiere esterne dell'Unione Europea nel nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2
- CELORIA E., DE ROBERTIS C. (2021), *Gli organismi di garanzia non giurisdizionali in Italia: un sistema multilivello a tutela dei diritti delle persone private della libertà*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3
- CHATZINIKOLAU N. (2021), *Crimmigration in Greece: a story of exceptional derogation from the rule of law within a permanent situation of emergency*, in G.L. GATTA, V. MITZILEGAS, S. ZIRULIA, *Controlling Immigration through Criminal Law*, Oxford
- CHELIOTIS L. (2013), *Behind the veil of philoxenia: the politics of immigration detention in Greece*, in *European Journal of Criminology*, 10(6)
- CHELIOTIS L. (2017), *Punitive inclusion: the political economy of irregular migration at the margin of Europe*, in *European Journal of Criminology*, 14
- CHETAİL V. (2007), *Migration, droits de l'homme et souveraineté: le droit international dans tout ses états*, in V. CHETAİL (a cura di), *Mondialisation, Migration et Droit de l'Homme: le Droit International en Question*, Brussels
- CHETAİL V. (2016), *Looking beyond the rhetoric of the refugee crisis: the failed reform of the Common European Asylum System*, in *Journal européen des droits de l'homme*, 5
- CHETAİL V., DE BRUYCKER P., MAIANI F. (2016), *Reforming the Common European Asylum System*, Leiden
- CHOLEWINSKI R. (2000), *The EU Acquis on irregular migration: reinforcing security at the expense of rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 3
- CHOLEWINSKI R. (2007), *The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy*, in A. BALDACCINI, E. GUILD AND H. TONER (a cura di), *Whose freedom, security and justice?*, Oxford
- CIERVO A. (2018), *L'art. 3 della legge n. 132/2018: l'introduzione del trattenimento a fini identificativi del richiedente protezione internazionale*, in G. SANTORO (a cura di) *I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini*, Roma

- CIERVO A. (2023), *Limitazioni alla libertà personale e garanzia della riserva di giurisdizione nella recente giurisprudenza costituzionale: due precedenti importanti anche per il diritto dell'immigrazione?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1
- COLLAZO SAAVEDRA A. (2021), *Análisis Jurídico del periplo que atraviesa. Ningbé Kouassi en su llegada a las Islas Canarias*, in *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 25
- COLOMBO E. (2020), *Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di giustizia e le procedure di frontiera*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3
- COMETTI M. (2022), *La risposta della Commissione europea al 'deterioramento' del diritto di asilo in Grecia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3
- CONDINANZI M., LANG A., NASCIMBENE B. (2008), *Citizenship of the European Union and free movement of persons*, Leiden
- CONSITO M. (2018), *Il quadro normativo: la condizione dello straniero fra protezione e controllo*, in G. MANTOVANI, *Donne ristrette*
- CONSOLI D., SCHIAVONE G. (2005), *Analisi della procedura semplificata, della procedura ordinaria e delle collegate misure del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2
- CORNELISSE G. (2010), *Immigration detention and human rights: rethinking territorial sovereignty*, Leiden
- CORNELISSE G. (2011), *A new articulation of human rights, or why the European Courts of human rights should think beyond Westphalian sovereignty*, in M. B. DEMBOUR, T. KELLY, *Are human rights for migrants?: Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States*, London
- CORNELISSE G. (2016), *Territory, procedures, and rights: border procedures in European asylum law*, in *Refugee Survey Quarterly*
- CORNELISSE G. (2017), *Detention and transnational law in the European Union: constitutional protection between complementarity and inconsistency*, in M.J. FINN, M. B. FINN, *Challenging immigration detention. Academics, activists and policy makers*, Cheltenham

- CORNELISSE G. (2022), *Border control and the right to liberty in the Pact: a false promise of certainty, clarity and decent conditions?* in D. THYM, *Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden.baden
- CORNELISSE G. (2022), *Criminalisation, containment and courts: a call for cross-fertilisation between the social sciences and legal-doctrinal research into immigration detention in Europe*, in E. TSOURDI, P. DE BRUYKER (a cura di), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Bruxelles
- CORNELISSE G., MORARU M. (2022), *Judicial interaction on the European Directive: shifting borders and the constitutionalisation of irregular migration governance*, in *European Papers*, 7 (1)
- CORSI C. (2021), *L'incessante disciplina "emergenziale" dell'immigrazione e dell'asilo*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, Pisa
- COSIO R., FOGLIA R. (2013), *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Milano
- COSTELLO C. (2006), *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*
- COSTELLO C. (2012), *Human rights and the elusive universal subject: immigration detention under international human rights and EU law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 19
- COSTELLO C. (2015), *Immigration detention: the grounds beneath our feet*, in *Current Legal Problems*
- COSTELLO C., MANN I. (2020), *Border justice: migration and accountability for human rights violation, Special Issue*, in *German Law Journal*
- COSTELLO C., MOUZOURAKIS M. (2016), *EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*
- CRAWFORD A. (2009), *Crime prevention policies in comparative perspective*, London
- CUADRÓN AMBITE S. (2021), *Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿Quebrantamiento de un derecho fundamental?*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 73 (2)
- CURI F., MARTELLONI F., SBRACCIA A., VALENTINI E. (2021), *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Torino

- DAL LAGO A. (1999), *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999.
- DANIELE M. (2018), *La detenzione come deterrente nel decreto sicurezza 2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*
- DAUNIS RODRIGUEZ A. (2009), *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Granada
- DAUNIS RODRIGUEZ A. (2016), *Las cárceles de los excluidos y marginados. Situación de los centros de internamiento de extranjeros tras la aprobación de su reglamento*, in *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*
- DAVIES C. (1989), *Goffman's Concept of the Total Institution: Criticisms and Revisions*, in *Human Studies*, 12 (1–2)
- DAWSON M. (2017), *The Governance of EU Fundamental Rights*, Cambridge
- DAWSON M. (2022), *What does it mean to say that the Court of Justice is not a human rights institution? A critical appraisal*, in *Journal of Human Rights Practices*
- DAWSON M., LYNKEY O., MUIR E. (2019), *What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?* in *German Law Journal*
- DE BRUYCKER P., BLOOMFIELD A., TOURDI E., PÉTIN J. (2015), *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation*, Bruxelles
- DE BRUYKER P., CORNELISSE G., MORARU M. (2020), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford
- DE BRUYKER P., MANANASHVILI S. (2015), *Audi alteram partem in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States: G & R*, in *Common Market Law Review*, 52 (5)
- DE BURCA G. (2013), *After the EU Charter of fundamental rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?*, in *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 20 (2)
- DE GENOVA N. (2013), *Spectacles of migrant "illegality": the scene of exclusion, the obscene of inclusion*, in *Ethnic and Racial Studies*, 36 (7)
- DE PASQUALE P. (2012), *Misure nazionali di rimpatrio e diritto dell'Unione europea: dal El Dridi a Auchgaban*, in *Studi sull'integrazione europea*

- DE WITTE B. (2011), *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford
- DE WITTE B. (2021), *Article 53*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER E A. WARD (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights. A Commentary. Second edition*, Oxford
- DE WITTE B., IMAMOVIĆ Š. (2015), *Opinion 2/2013 on accession to the ECHR: defending the EU legal order against a foreign human rights court*, in *European Law Review*
- DEL GUERCIO A. (2012), *La detenzione amministrativa dei minori migranti e richiedenti asilo nell'ordinamento internazionale ed europeo*, in *Antigone*
- DEL GUERCIO A. (2014), *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'UE e in quello italiano*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, & A. LIGUORI (Eds.), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli
- DEL GUERCIO A. (2016), *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli
- DELEUZE G. (2007), *Che cos'è un dispositivo?*, Napoli
- DEMBOUR M.B. (2018), *The migrant case law of the European Court of Human Rights: critique and ways forward*, in B. ÇALI, L. BIANKU, AND I. MOTOC (a cura di), *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford
- DEMBOUR M.B., KELLY T. (2011), *Are human rights for migrants? Critical reflection on the status of irregular migrants in Europe and in the United States*, London
- DEN HEIJER M., RIJPMAN J., SPIJKERBOER T. (2016), *Coercion, prohibition and the great expectation. The continuing failure of the Common European Asylum System*, in *Common Market Law Review*, 53 (2)
- DENARO C. (2021), *Politiche di (ri)confinamento in tempo di pandemia: l'utilizzo di «navi quarantena» in Italia e l'accesso al diritto di asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2
- DI FILIPPO M. (2012), *L'allontanamento dello straniero nella normativa dell'Unione Europea*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova
- DI MARTINO A. (2012), *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*

DI MARTINO A., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1

DI MARTINO A., RAFFAELLI R. (2011), *La libertà di Bertoldo: direttiva rimpatri e diritto penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*

Di Pascale A. (2020), *Can a Justice of the Peace be a good detention judge? The case of Italy*, in M. MORARU, G. CORNELISSE, P. DE BRUYCKER (a cura di), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford

DI PASCALE A. (2020), *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*

Di Pascale A. (2020), *Respingimento dello straniero e controlli alle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE*, in *Immigrazione, Diritto e Cittadinanza*, 2

DI STASI A. (2014), *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: verso nuovi limiti o "confini" tra ordinamenti?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, Napoli

DI STASI A. (2019), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia*, Napoli

DIMITRIADI A. (2017), *Governing irregular migration at the margins of Europe. The case of hotspots on the Greece islands*, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 1

DONINI M. (2003), *Un nuovo medioevo penale. Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cassazione penale*, 6

DONINI M. (2009), *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 1

DUIJKERSLOOT T. (2014), *Consequences of the violation by administrative authorities of the right to be heard under EU law: the case of M.G. and N.R.*, in *Review of European Administrative Law*, 7

DZEHTSIAROU K., KONSTADINIDES T., LOCK T., O'MEARA N. (2014) *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and ECHR*, London

FABINI G. (2019), *Internal bordering in the context of undeportability: border performances in Italy*, in *Theoretical Criminology*, 23 (2)

- FABINI G. (2022), *Il confinamento della mobilità: innovazioni e continuità nella storia della detenzione amministrativa in Italia*, in E. CAJA, F. ESPOSITO, G. MATTIELLO, *Corpi reclusi in attesa di espulsione. La detenzione amministrativa in Europa al tempo della sindemia*, Torino
- FABINI G., CAMPESI G. (2017), *La detenzione della 'pericolosità migrante'*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2
- FABINI G., FERRARIS V. E SBRACCIA A. (2022), *Migrazioni, criminalità, criminalizzazione*, in T. PITCH (a cura di), *Devianza e questione criminale*, Roma
- FAVI A. (2022), *Protecting asylum seekers and migrants in the context of the rule of law crisis in EU Member States: the recent approach of the Court of Justice of the EU through the lens of the Global Compacts on Refugees and Migration*, in *Laws*, 11(37)
- FAVILLI C. (2009), *La direttiva rimpatri, ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*
- FAVILLI C. (2016), *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritti internazionale*, 10
- FAVILLI C. (2018), *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*
- FAVILLI C. (2020), *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*
- Favilli C. (2020), *Nel mondo dei 'non accordi': protetti sì, purché altrove*, in *Questione giustizia*
- FELICI G., GANGITANO M. (2022), *La detenzione dei migranti negli hotspot italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in *Sistema Penale*
- FELLER E., TURK V., NICHOLSON F. (2003), *Refugee protection in international law: UNHCR's global consultation on international protection*, Cambridge
- FERNÁNDEZ BESSA C. (2013), *Il panorama dei centri di internamento per stranieri in Spagna: dal controllo delle frontiere alla gestione della criminalità*, in *Antigone. Semestrale di critica del sistema penale e penitenziario*
- FERNÁNDEZ BESSA C., BRANDARIZ A.J. (2016), *Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación*, in *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*

- FERNÁNDEZ BESSA C., *Los centros de internamiento de extranjeros (CIE): Una introducción desde las Ciencias Penales*, Madrid
- FERNÁNDEZ BESSA C., ORGAZ ALONSO C. (2017), *Historias interrumpidas y fragmentos de castigos: el CIE como institución punitiva*, in I. Mendiola Gonzalo, D. Oviedo Silva (a cura di) *Relatos infames: breves historias de crimen y castigo*, Barcelona
- FERNANDEZ-ROJO D. (2016), *La detención de extranjeros en situación irregular: impacto de la Directiva 2008/115/CE y la jurisprudencia del TJUE en la legislación española*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*
- FERRAJOLI L. (2000), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma
- FERRARIS V. (2013), *La detenzione amministrativa in Italia. Una analisi attraverso i dati*, in *Antigone*
- FERRARIS V. (2017), *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2
- FERRARIS V. (2021), *Immigrazione e criminalità*, Roma
- FERRI E. (1930), *Sociologia criminale*, Torino
- FILI A. (2018), *Immigration detention in Greece: contemporary challenges: a briefing paper*
- FILI A. (2023), *Documenting Immigration Detention in Greece: A Continuum of Extreme Violence and Complicity* [PhD Thesis]
- FINK M. (2020), *The action for damages as a fundamental rights remedy: holding Frontex liable*, in *German Law Journal*, 21(3)
- FISCHER R. (2012), *The Europeanisation of migration policy: the Schengen Acquis between the priorities of legal harmonisation and fragmentation*
- Fisicaro, M. (2019), *Rule of law conditionality in EU funds: the value of money in the crisis of European values*, in *European Papers*, 4 (3)
- FORTI M. (2021), *Blockchain-Driven Identification Procedures in the Migration Context: Regulatory Challenges and Fundamental Rights Issues*, in *Diritti Fondamentali.it*
- FRAGOLA M. (2012), *La cooperazione fra corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli

FRANKO K., BOSWORTH M., PICKERING S. (2015), *The criminology of mobility*, in S. PICKERING E J. HAM (a cura di), *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*, Abingdon

FRANSEN K. (2016), *Problem Issue: Detention of Vulnerable Persons and Persons with Special Needs*, in P. MINDERHOUD & K. ZWAAN, *The recast Reception Conditions Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen

FRASCA E., GATTA F.L. (2022), *Ebbs and flow of EU migration law and governance: a critical assessment of the evolution of migration legislation and policy in Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 24 (1)

GALETTA D.U. (2009), *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino

GALLO D. (2018), *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano

GARCÍA ANDRADE P. (2002), *The external dimension of EU migration policy: the legal framing of building partnership with third countries*, in E. TSOURDI, P. DE BRUYKER (a cura di), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Bruxelles

GARCIA DE DIOS FERREIRO R. (2015), *Los juzgados de control del Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid: creación, trayectoria y retos*, in M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Madrid

GARCÍA ESPAÑA E. (2016), *La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código penal de 2015: ¿De la discriminación a la reinserción?*, in *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*

GATTA F.G. (2019), *Migration and the Rule of (Human Rights) Law: Two 'Crises' Looking in the Same Mirror*, in *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 15(1)

GATTA F.L. (2020), *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo "scontro" tra le corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito*, in *Osservatorio AIC*

GATTA F.L. (2020), *Recenti sviluppi nelle politiche di controllo migratorio in Europa*, in *Eurojus*

GATTA G.L. (2012), *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis t.u. imm.) e la 'direttiva rimpatri'*, in *Diritto penale contemporaneo*

- GATTA G.L. (2018), *La pena nell'era della 'Crimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2
- GATTA G.L., MITSILEGAS V., ZIRULI S. (2021), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Oxford
- GATTI M., OTT A. (2019), *The EU-Turkey statement: legal nature and compatibility with EU institutional law*, in S. CARRERA, J.S. VARA, T. STRIK (a cura di), *Constitutionalising the external dimension of EU migration policies in times of crisis*
- GAZI T. (2021), *The New Pact on Migration and Asylum: Supporting or Constraining Rights of Vulnerable Groups*, in *European Papers*, 6 (2)
- GEDDES A. (2001), *International migration and State sovereignty in an integrating Europe*, in *International Migration*, 39 (6)
- GEORGOULAS S., SARANTIDIS D. (2013), *Migration and State crimes. A critical criminological approach and a case study in Greece*, in *Antigone*
- GILIBERTO A. (2015), *La Corte EDU condanna l'Italia pre la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, in *Diritto Penale Contemporaneo*
- GIORS B., SCOMPARIN L. (2021), *Il nuovo reclamo alle Autorità garanti per i migranti trattenuti nel CPR: tra timidezze legislative e necessarie prospettive di implementazione, una proposta dal contesto territoriale piemontese*, in *Piemonte delle autonomie*
- GJERGJI I. (2006), *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una 'terra di nessuno' tra ordine giuridico e fatto politico*, in *Costituzionalismo.it*
- GOFFMAN E. (1961), *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, London
- GOLDENZIEL J. (2018), *Khlaifia and Others*, in *American Journal of International Law*, 112 (2)
- GONZALEZ BEILFUSS M. (2016), *El régimen jurídico de los centros de internamiento de extranjerosevolución normativa y cuestiones pendientes*, in M. REVENGA SÁNCHEZ, J.J. FERNÁNDEZ ALLES (a cura di), *Los centros de internamiento de extranjeros: régimen jurídico tras el Reglamento de 2014 y la STS de 10 de febrero de 2015*
- GONZALEZ GARCIA I. (2022), *La ruta migratoria de África occidental hacia Canarias. De la crisis de los cayucos de 2006 a la crisis migratoria 2020-2021. Análisis y valoraciones*, in *Ordine internazionale e diritti umani*

- GORNATI B. (2016), *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*
- GOSME C. (2016), *Trapped between administrative detention, imprisonment, and freedom in limbo*, in M.J. GUIA, R. KOULISH, V. MITSILEGAS (a cura di), *Immigration detention, risks and human rights*, Amsterdam
- GOTSOVA B. (2019), *Rules over rights? Legal aspects of the European Commission recommendation for resumption of Dublin transfer of asylum seekers to Greece*, in *German Law Journal*, 20(5)
- GRAGL P. (2017), *An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosphorus and Reaction to Opinion 2/13 in the Avotiņš Case*, in *European Constitutional Law Review*, 13
- GREER S. (2006), *The European Convention of Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge
- GROENENDIJK K. (2012), *Introduction: Migration and Asylum Law in Europe*, in E. GUILD, P. MINDERHOUD (a cura di), *The first decade of EU migration and asylum law*, Leiden
- GUILD E. (1999), *Discretion, Competence and Migration in the European Union*, in *European Journal of Migration and Law*, 1
- GUILD E. (2005), *A Typology of Different Types of Centres for Third country Nationals in Europe*, Bruxelles
- GUILD E., CARRERA S., BALZACQ T. (2008), *The Changing dynamics of security in an enlarged European Union*, CEPS
- GUILD E., MINDERHOUD P. (2012), *The first decade of EU migration and asylum law*, 2012, Leiden
- GUILD E., *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge
- HATHAWAY J.C. (2005), *The Rights of refugees under international law*, Cambridge
- HAUMONT G. (2022), *M.D. and A.D. v. France: Milestone towards a principled prohibition on the immigrant detention of children*, in *Strasbourg Observer*
- HORII S. (2018), *Accountability, dependency, and EU agencies: the hotspot approach in the refugee crisis*, in *Refugee Survey Quarterly*

- HUGHES J. AND FIELD O. (1998), *Recent trends in the detention of asylum seekers in Western Europe*, in J. HUGHES E F. LIEBAUT, *Detention of asylum seekers in Europe: Analysis and Perspective*, The Hague
- HURWITZ A. (2009), *The collective responsibility of States to protect refugees*, Oxford
- HUYSMANS J. (2000), *The European Union and the securitization of migration*, in *Journal of Common Market Studies*, 38 (5)
- I BARBERO (a cura di), *El transito de personas migrantes desde la perspectiva de los derechos a una acogida digna*, Valencia
- IERMANO A. (2019), *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e “limiti” alla tutela nazionale*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 3
- IGLESIAS SÁNCHEZ S. (2012), *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon treaty on the ECJ’s approach to fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 49 (5)
- IMAMOVIĆ Š. (2022), *The architecture of fundamental rights in the European Union*, Oxford,
- IPPOLITO F. (2015), *Migration and Asylum Cases before the Court of Justice of the European Union: Putting the EU Charter of Fundamental Rights to Test*, in *European Journal of Migration and Law*, 17 (1)
- IPPOLITO F. (2020), *Understanding vulnerability in international human rights law*, Napoli
- JAKOBS G., CANCIO MELIA M. (2003), *Derecho penal del enemigo*, Madrid
- KARAMANIDOU L., KASPAREK B. (2020), *Hidden Infrastructures of the European Border Regime: the Poros Detention Facility in Evros, Greece*, in *Blog/Respond*
- KARAMANIDOU L., KASPAREK B. (2022), *From exception to extra-legal normality: pushbacks and racist State violence against people crossing the Greek-turkish land border*, in *State Crime Journal*, 11(1)
- KARAMANIDOU L., KASPAREK B., CAMPBELL S. (2021), *Spaces of Detention at the Greek-Turkish Land Border*, in *Border Criminologies Blog*
- KARYOTIS G. (2012), *Securitization of migration in Greece: process, motives, and implications*, in *International Political Sociology*, 6 (4)

- KATSOURAKI E. (2017), *The indefinite detention of undesirable and unreturnable irregular third-country nationals in Greece*, in *Refugee Survey Quarterly*
- KELIOTIS L.K. (2013), *Behind the veil of philoxenia: the politics of immigration detention in Greece*, in *European Journal of Criminology*, 10 (6)
- KRASMANN S. (2007), *The enemy on the border: critique of a programme in favour of a preventive state*, in *Punishment and Society*, 9 (1)
- KRASNER S.D. (1983), *International regimes*, New York
- KROMMENDIJK J. (2016), *Is there a light on the horizon? The distinction between “Rewe effectiveness” and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in *Common Market Law Review*, n. 53 (6)
- LANG A. (2015), *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, Torino
- LAZZERINI N. (2013), *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell’ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 3
- LAZZERINI N. (2018), *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano
- LEBOEUF L. (2011), *La directive retour et la privation de liberté des étrangers. Le rappel à l’ordre de la Cour de justice dans l’arrêt El Dridi*, in *Revue du droit des étrangers*
- LEEKERS A., BROEDERS D. (2010), *A case of mixed motives? Formal and informal functions of administrative immigration detention*, in *British Journal of Criminology*
- LEGOMSKY S.H. (2007), *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in *Washington and Lee Law Review*, 64 (2)
- LENAERTS K. (2012), *Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*
- LENAERTS K. (2019), *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, in *German Law Journal*, 6
- LENAERTS K., DE SMIJTER E. (2001), *The Charter and the Role of the European Courts*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1

- LENNIKERS A., BROEDERS D. (2010), *A case of mixed motives. Formal and informal functions of administrative immigration detention*, in *British Journal of Criminology*, 50
- LIGUORI A. (2011), *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 3
- LIGUORI A. (2011), *Testo Unico sull'immigrazione e "direttiva rimpatri": il caso El Dridi dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 3
- LISI G., ELIANTONIO M. (2019), *The gaps in judicial accountability of EASO in processing of asylum requests in hotspots*, in *European Papers*, 4 (2)
- LONG J. (2019), *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in F. BUFFA, M. G. CIVININI (a cura di), *Questione Giustizia, Speciale La Corte di Strasburgo*
- LÓPEZ SALA A.M. (2007), *Política migratoria y inmigración irregular a través de embarcaciones: el caso del archipiélago canario*, in *Anuario CIDOB de la inmigración*
- LÓPEZ-SALA A. (2022), *Entre las transferencia y el bloqueo. Fronteras multisituadas y moviidades de tránsito en las geografías periféricas*, in I. BARBERO (a cura di), *El transito de personas migrantes desde la perspectiva de los derechos a una acogida digna*, Valencia
- LÓPEZ-SALA A., GODENAU D. (2017), *El estudio del control migratorio en España*, in ID. *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, Madrid
- LÓPEZ-SALA A., MORENO-AMADOR G. (2020), *Seeking protection at the gates of Europe: refugees, labeling and dissuasion practices at the southern Spanish borders*, in *Estudios Fronterizo*, 21
- LOPRIENO D. (2018), *Trattenere e punire. La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli
- LOPRIENO D. (2019), *Il trattenimento dello straniero alla luce della L. 132 del 2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1.
- LOSCHI C., SLOMINSKI P. (2021), *Interagency relations and the EU migration crisis: strengthening of law enforcement through agencification?*, in J. POLLAK, AND P. SLOMINSKI (a cura di), *The Role of EU Agencies in the Eurozone and Migration Crisis. Impact and Future Challenges*, London

LRENZO M., VENTURA PÜSCHEL (2015), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid

LUTZ F. (2010), *The negotiations on the Return Directive: comments and materials*, Nijmegen

LUTZ F. (2018), *Non-removable returnees under Union Law: status quo and possible developments*, in *European Journal of Migration and Law*, 20 (1)

M. JOAO GUIA, R. KOULISH, V. MITSILEGAS (2016), *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime*, New York

MAIANI F. (2017), *The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24 (5)

MAIANI F. (2022), *Responsibility allocation in the Common European Asylum System*, in E. I. TSOURDI E., DE BRUYKER P. (a cura di), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Bruxelles

MAILLET P., MOUNTZ A., WILLIAMS K. (2018), *Exclusion through imperio: entanglements of law and geography in the waiting zone, excised territory and search and rescue region*, in *Social & Legal Studies*, 27 (2)

MAJCHER I. (2019), *The European Union Return Directive and its compatibility with international human rights law*, Leiden

MAJCHER I. (2020), *The Effectiveness of the EU Return policy at all costs: the punitive use of administrative pre-removal detention*, in N. KOGOVŠEK ŠALAMON (a cura di), *Causes and Consequences of Migrant Criminalisation*, New York

MAJCHER I. (2021), *Creeping CEAS reform: detention of asylum seekers and restrictions on their movement under EU law*, in *Refugee Survey Quarterly*

MAJCHER I., FLYNN M., GRANGE M. (2020), *Immigration detention in the European Union in the shadow of the crisis*, Cheltenham

MAJCHER I., STRIK T. (2021), *Legislating without evidence: the recast of the EU Return Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021, 23 (5)

MANZANEDO C. (2015), *Las calamitosas condiciones de internamiento en los CIE españoles*, in M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Madrid

- MANZANEDO C., IZUZQUIZA D. (2011), *Expulsiones forzosas de Españoles centros de intercambio de extranjeros (CIE)*, in *Documentación social*, 61
- MARCHEGIANI M. (2021), *Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo sotto il prisma della nozione di vulnerabilità*, in *Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*
- MARCHEGIANI M., MARIOTTI L. (2016), *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1-2
- MARIN L. (2019), *Governing Asylum with (or without) Solidarity? The Difficult Path of Relocation Schemes, Between Enforcement and Contestation*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 1
- MARIN L. (2020), *La Corte di Giustizia riporta le 'zone di transito' ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *ADiM Blog*
- MARIN L. (2020), *The Covid-19 crisis and the closure of external borders: another stress-test for the challenging construction of solidarity within the EU?*, in *European Papers*, 7 (2)
- MARIN L. (2021), *The 2020 Proposals for Pre-Entry Screening and Amended Border Procedures: a System of Revolving Doors to Enter (and Leave) Europe?*, in *Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*
- MARIN L., PENASA S., ROMEO G. (2020), *Migration crisis and the principle of sovereignism: challenges for EU law and polity*, in *European Journal of Migration and Law*, 22 (1)
- MARTIN L., TAZZIOLI M. (2016), *Governing mobility through the European Union's 'hotspot' centres. Special Issue*, in *Society and Space*
- MARTÍN RUIZ J.M. (2004), *El modelo migratorio de Canarias en el contexto español: el proceso inmigratorio actual*, in F. MORALES PADRÓN, *XV Coloquio de historia canario-americana*
- MARTÍNEZ ESCAMILLA M. (2009), *Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE: análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*
- MARTÍNEZ ESCAMILLA M. (2015), *Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Las funciones del juez de Instrucción*, in ID. (a cura di), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Madrid

- MARTÍNEZ ESCAMILLA M. (2015), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Madrid
- MARTÍNEZ ESCAMILLA M. (2016), *Centros de Internamiento de extranjeros: estado de la cuestión y perspectivas de futuro*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*
- MARTÍNEZ ESCAMILLA M., SÁNCHEZ TOMÁS J.M. (2015), *Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas 'de voluciones en caliente'*, en Maqueda Abreu,
- MARTÍNEZ ESCAMILLA M., SÁNCHEZ TOMÁS J.M. (2019), *La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera*, in *Revista Crítica Penal y Poder*, 18
- MARTINICO G., POLLICINO O. (2012), *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the creation of supranational laws*, Cheltenham
- MARTUCCI F. (2009), *La directive «retour»: la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 1
- MARTUCCI P. (2015), *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari. Una questione europea tra sicurezza, emergenza e continuità*, in S. AMADEO, F. SPITALERI, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino
- MASERA L. (2015), *La Corte di giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE). Nota a Corte di giustizia UE, IV sez., sent. 1 ottobre 2015, Celaj, causa n. C-290/14*, in *Diritto penale contemporaneo*
- MASERA L. (2017), *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome e aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*
- MASERA L. (2019), *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *La Legislazione Penale*
- MASERA L. (2020), *Il diritto penale dei 'nemici'. La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2
- MASERA L. (2020), *La criminalizzazione dello straniero irregolare. Uno sguardo d'insieme sul ventennio appena trascorso*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano

MASERA L. (2022), *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, in *Questione Giustizia*

MASERA L., VIGANÒ F. (2011), *Addio articolo 14: nota alla sentenza El Dridi della Corte di giustizia UE in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Rivista AIC. Trimestrale di diritto costituzionale*, 3

MASSIMI A., FERRI F. (2018), *Il trattenimento dei cittadini stranieri alla luce della l. 132/2018: mutamenti nel paesaggio giuridico e persistenza delle violazioni*, in G. SANTORO

MASSIMI A., FERRI F. (2019), *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extra legale continua*, in *Questione Giustizia*

MASTROMARTINO F., RIGO E., VEGLIO M. (2017), *Osservatorio sulla giurisprudenza in materia di immigrazione del Giudice di Pace: sintesi rapporti 2015*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2.

MATHISEN K. (2010), *The impact of the Lisbon Treaty, in particular Article 6 TEU, on Member States obligations with respect to the protection of fundamental rights*, Luxemburg

MAURO M.R. (2016), *A step back in the protection of migrants' rights: the Grand Chamber judgement in Khlaifia v. Italy*, in *The Italian Yearbook of International Law*

MAZZA C., *Il trattenimento illegittimo dei minori stranieri non accompagnati: prassi e anomalie del sistema di accoglienza e del funzionamento dei centri per migranti*, in *Minori giustizia*

MELLINO D. (2019), *Governare la crisi dei rifugiati. Sovranismo, neoliberalismo, razzismo e accoglienza in Europa*, Roma

MENTASTI G. (2019), *Hotspot, trattenimento e diritti: una sentenza della Corte di Strasburgo condanna la Grecia per violazione dell'art. 5, par. 4 della Convenzione*, in *Sistema Penale*

MENTASTI G. (2021), *Il decreto 'immigrazione sicurezza' (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, in *Sistema Penale*

MENTASTI G. (2022), *Si chiude la procedura di monitoraggio della sentenza Khlaifia c. Italia ma permangono criticità sul trattenimento dei migranti negli hotspot*, in *ADIM BLOG, Analisi e Opinioni*

MINCA C. (2005), *The return of the camp*, in *Progress in Human Geography*, 29

MITSILEGAS V. (2014), *The criminalisation of migration in Europe. Challenges for human rights and the rule of law*, London

MITSILEGAS V. (2016), *Immigration Detention, Risk and Human Rights in the Law of the European Union. Lessons from the Returns Directive*, in M. JOÃO GUIA, R. KOULISH, E V. MITSILEGAS, *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime*, Londra

MITSILEGAS V. (2020), *The EU external border as a site of preventive (in)justice*, in *European Law Journal*

MITSILEGAS V. (2020), *The preventive turn in European security policy*, in F. BIGNAMI, *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Oxford

MITSILEGAS V. (2021), *The criminalization of migration in the law of the European Union: challenging the preventive paradigm*, in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA, *Controlling immigration through criminal law*, Oxford

MONCLÚS MASÓ M. (2008), *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Buenos Aires

MONINA G. (2018), “Judging” the Grounds for Detention of Asylum Seekers: Discrepancies between EU Law and the ECHR. An Analysis of the CJEU Decisions of *K. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* & *J.N. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, in A. CRESCENZI, R. FORASTIERO E G. PALMISANO, *Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, Napoli

MONTALDO S. (2016), *On a collision course! Mutual recognition, mutual trust and the protection of fundamental rights in the recent case-law of the Court of Justice*, in *European Papers*, 9 (1)

MORANO-FOADI S., ANDREADAKIS S. (2011), *The Convergence of the European Legal System in the Treatment of Third Country Nationals in Europe: The ECJ and ECtHR Jurisprudence*, in *European Journal of International Law*, 22 (4)

MORANO-FOADI S., ANDREADAKIS S. (2020), *Protection of fundamental rights in Europe. The challenge of integration*, Oxford

MORARU M. (2017), *REDIAL Electronic Journal on Judicial Interaction and the EU Return Policy. Third edition: Articles 15 to 18 of the Return Directive 2008/115*, REDIAL Research report

MORARU M. (2019), *Handbook on the techniques of judicial interactions in the applicaion of the EU Charter. Asylum and Immigration*, Fiesole

MORARU M. (2020), *Introduction: Judicial dialogue on the Return directive – catalyst for changing migration governance*, in M. MORARU, G. CORNELISSE E P. DE BRUYKER, *Law and judicial dialogue on the return of irregular migrants from the European Union*, Oxford

MORARU M. (2020), *Judicial dialogue in action: making sens of the risk of absconding in the return procedure*, in P. DE BRUYKER, G. CORNELISSE, M. MORARU, *Law and judicial dialogue on the return of irregular migrants from the European Union*, Oxford

MORARU M. (2022), *The future architecture of the EU's return system following the Pact on Asylum and Migration: added value and shortcomings*, in D. THYM, *Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden.baden

MORARU M., JANKŮ L. (2021), *Czech litigation on systematic detention of asylum seekers: ripple effects across Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 23 (3)

MORENO-LAX V. (2011), *Beyond Saadi v. UK: Why The 'Unnecessary' Detention of Asylum Seekers Is Inadmissible Under EU law*, in *Human Rights and International Legal Discourse*, 5 (2)

MORENO-LAX V. (2017), *The EU right to asylum: an individual entitlement to (access) international protection*, in *Id.*, *Assessing asylum in Europe: extraterritorial border controls and refugee rights under EU law*, Oxford

MORENO-LAX V. (2021), *Intersectionality, Forced Migration and the Jus-generation of the Right to Flee: Theorizing the Composite Entitlement to Leave to Escape Irreversible Harm*, IN B. ÇALI, L. BIANKU AND I. MOTOC, *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford

MORENO-LAX V. (2022), *The informalisation of the external dimension of EU asylum policy: the hard implications of soft-law*, in E. TSOURDI, P. DE BRUYKER , *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Bruxelles

MORENO-LAX V., GUILD E. (2014), *Reception Conditions*, in S. PEERS, V. MORENO-LAX. M. GARLICK, E. GUILD, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised edition*, Leiden

- MORGESE G. (2012), *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1
- MORGESE G. (2013), *La riforma del Sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*
- MORGESE G. (2015), *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*
- MORGESE G. (2018), *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari
- MOUNTZ A. (2011), *Islands as enforcement archipelago: Haunting, sovereignty, and asylum on islands*, in *Political Geography*
- MOUNTZ A. (2020), *The death of asylum: hidden geographies of the enforcement archipelago*, Minneapolis
- MOUNTZ A., CODDINGTON K., CATANIA T. (2012), *Conceptualizing detention: Mobility, containment, bordering, and exclusion*, in *Progress in Human Geography*, 37(4)
- MOUTZOURAKIS M. (2021), *More Laws, Less Law: The European Union's New Pact on Migration and Asylum and the Fragmentation of the 'Asylum Seekers' Status'*, in *European Law Journal*, 26 (3-4)
- MOUTZOURAKIS M., COSTELLO C. (2022), *Effective judicial protection of migrants and refugees? The role of Europe's supranational Courts in protecting and generating rights*, in E. TSOURDI, P. DE BRUYKER, *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Bruxelles
- MOUZOURAKIS M. (2019), *All but last resort: the last reform of detention of asylum seekers in Greece*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*
- MURPHY C.C., MORANO-FOADI S. (2015), *Migration and human rights: the European approach*, in S. MORANO-FOADI, L. VICKERS, *Fundamental rights in the EU: a matter of two Courts*, Oxford
- NARDONE N. (2016), *La Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso Avotīņš v. Latvia: la Grande Camera risponde al parere negativo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sull'adesione dell'Unione alla CEDU*, in *Ordine internazionale e diritti umani*

- NASCIMBENE B. (2001), *Expulsion and detention of aliens in the European Union countries*, Milano
- NASCIMBENE B. (2005), *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in U. LEANZA *Le migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Napoli
- NASCIMBENE B. (2013), *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano
- NASCIMBENE B. (2018), *Riflessioni sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, IN G. CAGGIANO, *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari
- NATALE A. (2011), *La tutela dei diritti e i paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l'Italia e la libertà dei migranti*, in *Questione giustizia*
- NATALE A., RENOLDI C. (2011), *La tutela dei diritti e i paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l'Italia e la libertà dei migranti*, in *Questione Giustizia*
- NEIDHARDT A. (2023), *One step closer to getting the EU Migration Pact done. One step closer to ambitious change?*, European Policy Centre
- NEPPI MODONA G., FERRARIS V. (2019), *Diritto dell'immigrazione e servizi sociali*, Torino
- NICOLOSI S. (2014), *La Corte di giustizia precisa che un prolungamento dello stato di trattenimento dei migranti in attesa di rimpatrio non può essere giustificato dalla semplice mancanza di documenti di identità*, in *Rivista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 4
- NIFOSI-SUTTON I. (2017), *The protection of vulnerable groups under international human rights law*, London
- O'FLAHERTY M. (2019), *Speech in front of the European Parliament on the 6th November 2019*, in *EU Observer*
- O'NIONS H. (2008), *No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, in *European Journal of Migration and Law*
- P. CRAIG, G. DE BURCA (2011), *The Evolution of EU Law*, Oxford
- PALLADINO R. (2015), *La protezione del minore straniero non accompagnato nel costruendo sistema comune europeo di asilo*, in C. FRATEA, I. QUADRANTI, *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli

- PALLADINO R. (2018), *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli
- PALLADINO R. (2018), *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Napoli
- PALLADINO R. (2020), *Patto sulla Migrazione e l'Asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in *Annali Aisdue*, 2
- PALMISANO G. (2009), *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 3
- PAPAPANAGIOTOU A., KOFINIS S. (2020), *Can the Return directive contribute to protection for rejected asylum seekers and irregular migrants in detention? The case of Greece*, in P. DE BRUYKER, G. CORNELISSE, M. MORARU
- PARISI N. (2014), *Lo status del minore migrante non accompagnato alla luce del diritto europeo*, in *Questione giustizia*, 3
- PASSALACQUA V. (2021), *Legal mobilisation via preliminary reference: insights from the case of migrants rights*, in *Common Market Law Review*, 58 (3)
- PEERBOOM F. (2022), *Protecting Borders or Individual Rights? A Comparative Due Process Rights Analysis of EU and Member State Responses to 'Weaponised' Migration*, in *European Papers*, 7
- PEERS S. (2011), *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 3
- PEERS S. (2016), *Detention of Asylum-Seekers: The First CJEU Judgment*, in *EU Law Analysis*
- PEERS S., PRECHAL S. (2021), IN S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER E A. WARD, *The EU Charter of fundamental rights. A Commentary*. Oxford, 2
- PEERS S., ROGERS N. (2006), *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, Leiden
- PELLISSERO M. (2007), *Logiche di esclusione e logiche di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 4
- PELLISSERO M. (2011), *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrazione irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2
- PELLISSERO M. (2018), *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, 1

- PENASA S. (2017), *L'approccio hotspot nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*
- PEPINO L. (2000), *Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1
- PEPINO L. (2009), *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della L. 94/2009*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 4
- PEPINO L. (2018), *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, in *Questione giustizia*
- PERARO C. (2022), *Il mancato rinvio pregiudiziale d'interpretazione nello spazio giuridico europeo: quale tutela multilivello per i singoli?*, in *Freedom, Security and Justice*, 1
- PERONI L., TIMMER A. (2013), *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(4)
- PÉTIN J. (2016), *Exploring the Role of Vulnerability in Immigration Detention*, in *Refugee Survey Quarterly*
- PETRINI D. (1996), *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Torino
- PITEA C. (2020), *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 *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3
- PORCHIA O. (2014), *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*
- PRECHAL S. E WIDDERSHOVEN R. (2011), *Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection*, in *REALwaw*
- PSYCHOGIOPOULOU E. (2015), *Does compliance with the jurisprudence of the European Court of Human Rights improve state treatment of migrants and asylum seekers? A critical appraisal of aliens' rights in Greece*, in *Journal of International Migration and Integration*
- PSYCHOGIOPOULOU E. (2017), *Does Compliance with the Jurisprudence of the European Court of Human Rights Improve State Treatment of Migrants and Asylum Seekers? A Critical*

Appraisal of Aliens' Rights in Greece, in *Journal of International Migration and Integration*, 16(3)

PUGIOTTO A. (2001), *'Ieri e oggi': fermo di polizia e trattenimento dello straniero*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino

PUGIOTTO A. (2014), *La 'galera amministrativa' degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 3

PUGIOTTO A., (2014), *Sul punto anche M. Pellissero, Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrazione irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2

RAFFAELLI A.R. (2011), *Criminalizing irregular immigration and the Returns Directive: an analysis of the El Dridi case*, in *European Journal of Migration and Law*, 13 (1)

RAFFAELLI L.R. (2011), *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achugabian nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4

RAHOLA F. (2007), *Forma campo. Per una genealogia dei luoghi di transito e di internamento del presente*, in *Conflitti globali*, 4

RAMOS J.R. (2020), *The right to liberty of asylum seekers and the European Courts of Human Rights in the aftermath of the 2015 refugee crisis*, in *Revista Electronica de Estudios Internacionales*

RENEMAN M. (2022), *No Turning Back? The Empowerment of National Asylum and Migration Courts under Article 47 of the Charter*, in M. BONELLI, M. ELIANTONIO, G. GENTILE, *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection. The Court of Justice perspective*, Londra

RENOLDI C. (2009), *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 4

RIGO E. (2006), *Citizens and foreigners in the enlarged Europe* in SADURSKI W., CZARNOA A., KRYGIER M. (ed.) *Spreading Democracy and the Rule of Law?*, Leiden

RÍOS MARTÍN J.C. (2019), *Garantías jurídicas frente al maltrato en los centros de internamiento de extranjeros (CIE)*, in *Crítica Penal y Poder*

- RIZZA L. (2018), *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*
- RODIER C. (2018), *Le faux semblant des hotspots*, in *La revue des droits de l'homme*, 13
- RODRÍGUEZ CANDELA J.L., RUIZ ENCISO G. (2011), *Centros de internamiento de extranjeros. Cárceles encubiertas*, Donosti
- RODRÍGUEZ SALINAS R. (2022), *Política migratoria en las islas Canarias: violaciones de derechos humanos durante la pandemia*, in *Derecho PUCP*, 89
- ROMA G., ROMANO A. (2015), *Ordine pubblico, automatismo espulsivo e diritti fondamentali degli stranieri: un commento alla sentenza Zh. e O. della Corte di giustizia relativa alla partenza volontaria*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4
- ROMAN E. (2022), *The “Burden” of Being “Safe” – How Do Informal EU Migration Agreements Affect International Responsibility Sharing?*, in E. Kassoti & N. Idriz (eds.) *The Informalisation of the EU’s External Action in the Field of Migration and Asylum*, L’Aia
- Romano A. (2015), *‘Circumstances...are clearly distinct’: la detenzione dello straniero per il delitto di illecito reingresso nella sentenza Celaj della Corte di Giustizia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*
- ROMITO A. M. (2015), *LA tutela giurisdizionale nell’Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari
- RONDINE F. (2022), *La finzione di non ingresso nel nuovo Patto sulla Migrazione e l’Asilo: detenzione sistematica ai confini dell’Europa*, in *AdiM Blog, Analisi e Opinioni*
- ROSAS A. (2007), *The European Court of Justice and Fundamental Rights: Yet Another Case of Judicial Activism?*, in C. BAUDENBACHER AND H. BULL, *European Integration through Interaction of Legal Regimes*, Oslo
- ROSS M. (2006), *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality*, in *European Law Review*
- ROSSI L.S. (2020), *I rapporti tra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti*, in *Annali AISDUE*
- RUIZ-RAMOS J. (2020), *The right to liberty of asylum-seekers and the European Court of Human Rights in the aftermath of the 2015 refugee crisis*, in *Revista Electronica de Estudios Internacionales*

- S. CARRERA, D. CURTIN, A. GEDDES (2020), *20 years anniversary of the Tampere Programme: Europeanisation dynamics of the EU area of freedom, security and justice*, Firenze
- SACCUCCI A. (2017), *I 'ripensamenti' della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive 'alla prova' delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*
- SAMPSON R., MITCHELL G. (2013), *Global trends in immigration detention and alternatives to detention: practical, political and symbolic rationales*, in *Journal of Migration and Human Security*, 3
- SÁNCHEZ TOMÁS J.M. (2019), *La repatriaciones desde comisaria sin internamiento judicial: algunas estrategia de defensa*, in *Revista Crítica Penal y Poder*,
- SANTORO E. (2013), *Democrazie, migrazioni e società multiculturali*, in S. Mezzadra. M. Ricciardi (a cura di), *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Verona
- SAVINO M. (2012), *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano
- SAVINO M. (2013), *Il rilancio del Patto UE sulla migrazione e l'asilo: perché l'Italia ha messo d'accordo (quasi) tutti gli Stati membri*, ADiM Blog
- SAVINO M. (2015), *L' 'amministrativizzazione' della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4
- SAVINO M. (2016), *Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj case*, in *Common Market Law Review*
- SAVIO G. (2000), *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanei*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*
- SAVIO G. (2004), *Prime riflessioni sulle modifiche penali introdotte dalla legge n. 271 del 2004*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 3
- SAVIO G. (2015), *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3-4
- SAVIO G. (2017), *Le nuove disposizioni per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale: una (contro) riforma annunciata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3

- SAVIO G. (2021), *L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane: il caso delle «navi quarantena»*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2
- SCHABAS W. (2015), *The European Convention on Human Rights: a commentary*, Oxford
- SCHILLACI A. (2013), *Cooperation in Relations Between the ECJ and the ECtHR*, in G. REPETTO, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge
- SCHOTTEL B. (2022), *Populism? It's administrative law, stupid! How Administrative Law Subverts Legal Resilience*, in V. STOYANOVA, S. SMET, *Migrant's rights, populism and legal resilience in Europe*, Londra
- SCISSA C. (2021), *Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo dalla prospettiva della vulnerabilità*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2
- SCISSA C. (2022), *Misure emergenziali al confine tra UE e Bielorussia: uno scontro tra 'titani' con gravi ripercussioni per i migranti*, in *European Papers*, 7
- SCIURBA A. (2009), *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, Verona
- SCOMPARIN L. (2020), *Le garanzie di contesto*, in *La Legislazione Penale*
- SCOMPARIN L. (2017), *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedurali: Governo e Parlamento alla ricerca dell'efficienza nella gestione dei flussi migratori e dei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *La Legislazione Penale*
- SCOMPARIN L. (2017), *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedurali: Governo e Parlamento alla ricerca dell'efficienza nella gestione dei flussi migratori e dei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *La Legislazione Penale*
- SCOMPARIN L. (2020), *Le garanzie di contesto*, in *La Legislazione Penale*
- SCOMPARIN L., G. TORRENTE (2020), *Not citizens; not real people. The Italian way of governing immigration through criminal justice system*, in *Revista Espanola de Investigacion Criminologica*, 2020, 18 (2)
- SHACHAR A. (2020), *The Shifting Border: Legal Cartographies of Migration and Mobility*, *Ayelet Shachar in dialogue*, Manchester

SKORDAS A., SITAROPOULOS N. (2004), *Why Greece is Not a Safe Host Country for Refugees*, in *International Journal of Refugee Law*, 16 (1)

SLINGEBERG L. (2016), *Reception Conditions Directive (recast): Relevance in Time of High Numbers of Asylum Applications*, in P. MINDERHOUD & K. ZWAAN, *The recast Reception Conditions Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen

SLINGENBERG L. (2022), *Political agreement on recast asylum reception conditions directive: continuation of tents, containment and discipline*, in D. THYM, *Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden

SLOMINSKI P., TRAUNER F. (2021), *Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis*, in *West European Politics*, 44 (1)

SMITH C. (2013), *Is the right of the child to liberty safeguarded in the Common European Asylum System?*, in *European Journal of Migration and Law*,

SMYTH C.M. (2019), *Towards a Complete Prohibition on the Immigration Detention of Children*, in *Human Rights Law Review*

SOLIMAN F. (2021), *States of exception, human rights, and social harm: towards a border zemiology*, in *Theoretical Criminology*, 25 (2)

SPAGNOLO A. (2020), *Un gioco delle parti sulla pelle delle persone. L'insostenibilità delle ragioni greche, europee e turche nella crisi migratoria in corso*, in *SIDIblog*

SPAVENTA E. (2015), *A very fearful Court? The protection of fundamental rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*

SPAVENTA E. (2016), *The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures*, Study for the PETI Committee

SPENA A. (2014), *Iniuria migrandi: criminalisation of immigrants and the basic principles of criminal law*, in *Criminal law and Philos*, 8

SPENA A. (2017), *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*

SPENA A. (2023), *Il cittadino e i suoi doppi. Figure dello straniero nella penalità contemporanea*, in *Studi sulla questione criminale*, 1

SPIJKERBOER T. (2022), *Coloniality and Recent European Migration Case Law*, in IN V. STOYANOVA E S. SMET, *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Cambridge

SPITALERI F. (2017), *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino

SQUINTANI L., LINDEBOOM J. (2018), *The Normative Impact of Invoking Directives: Casting Light on Direct Effect and the Elusive Distinction between Obligations and Mere Adverse Repercussions*, in *Yearbook of European Law*

STARITA M. (2021), “Hybrid attack”: un concetto dalle ricadute giuridiche incerte. Considerazioni a margine della crisi umanitaria alla frontiera bielorusso-polacca, in *AdiM Blog*

STOYANOVA V. (2019), *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*

STRAZZARI D. (2020), *Immigrazione e diritto ad un ricorso effettivo: le variabili declinazioni ad opera della Corte di giustizia*, in P. Iamiceli, *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Trento

STRIK T. (2021), *Fundamental Rights as the Cornerstone of Schengen*, in *European Journal of Migration and Law*, 23 (4)

STUMPF J. (2006), *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and the sovereign power*, in *American University Law Review*, 59 (2)

TAN N., GAMMELTOFT-HANSEN T. (2020), *A Topographical Approach to Accountability for Human Rights Violations in Migration Control*, in *German Law Journal*, 21 (3)

TAS S. (2022), *Fundamental rights violations in the hotspots: who is watching over them?*, in *European Papers*, 7 (3)

TAZZIOLI M. (2020), *Governing migrant mobility through mobility: containment and dispersal at the internal frontiers of Europe*, in *Environment and Planning C: Politics and Space*

TAZZIOLI M., GARELLI G. (2018), *Containment beyond detention: the hotspot system and disrupted migration movements across Europe*, in *Environment and Planning D: Society and Space*

- THYM D. (2016), *The refugee crisis as a challenge of legal design and institutional legitimacy*, in *Common Market Law Review*, 53
- THYM D. (2019), *A bird's eye view on ECJ judgements on immigration, asylum and border control case*, in *European Journal of Migration and Law*, 21 (6)
- THYM D. (2019), *Between 'administrative mindset' and 'constitutional imagination': the role of the Court of Justice in immigration, asylum and border control policy*, in *European Law Review*
- THYM D. (2022), *Institutional and constitutional framework*, in E. TSOURDI, P. DE BRUYKER (a cura di), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Brussels
- THYM D. (2022), *Reforming the Common European Asylum System, Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Odysseus Network, Baden-Baden
- TOMÉ GARCÍA J.A. (2015), *La autorización del internamiento: principios rectores. E P. FERNANDEZ OLALLA, El Fiscal ante la solicitud de internamiento y el art. 57.7 LOEx*, IN M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Madrid
- TORRES PÉREZ A. (2014), *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *EuConst*, 2
- TRIANDAFYLLOU A. (2010), *Immigration to Greece: problems and prospects*, IN U. SEGAL, D. ELLIOTT, N. MAYADAS, *Immigration worldwide: policies, practices, and trends*, New York
- TRIANDAFYLLOU A., ANGELI D., DIMITRIADI A. (2014), *Detention as Punishment: Can indefinite detention be Greece's main policy tool to manage its irregular migrant population?*, *MIDAS Policy Brief*
- TRILLO-FIGUEROA J. (2013), *Los centros de internamiento de extranjeros: en los confines de lo carcelario*, in P. OLIVER, *El siglo de los castigos: prisión y formas carcelarias en la España del siglo XX*, Barcelona
- TSOURDI E. (2016), *Asylum detention in EU law: Falling between two stools?*, in *Refugee Survey Quarterly*
- TSOURDI E. (2016), *EU reception conditions: a dignified standard of living for asylum seekers?* IN V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, & F. MAIANI, *Reforming the common European asylum system: the New European refugee law*, Leiden

- TSOURDI E. (2016), *The Impact of the Negotiations on the Recast Reception Conditions Directive*, in P. MINDERHOUD & K. ZWAAN, *The recast Reception Conditions Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen
- TSOURDI E. (2017), *Hotspots and EU Agencies: towards an integrated European administration?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policies*
- TSOURDI E. (2020), *Alternatives to Immigration Detention in International and EU Law: Control Standards and Judicial Interaction in a Heterarchy*, IN M. MORARU, C. GALINA, & P. DE BRUYCKER, *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, London
- TSOURDI E. (2020), *Holding the European Asylum Support Agency accountable for its role in decision making: mission impossible?*, in *German Law Journal*, 21
- TSOURDI E. (2020), *The Emerging Architecture of EU Asylum Policy: Insights into the Administrative Governance of the Common European Asylum System*, in F. BIGNAMI, *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge
- TSOURDI E. (2021), *Asylum in the EU: One of the Many Faces of Rule of Law Backsliding?*, in *European Constitutional Law Review*, 17 (3)
- TSOURDI E., COSTELLO C. (2021), *The evolution of the EU law on refugees and asylum*, in P. Craig, G. de Búrca (a cura di), *The Evolution of EU law*, Oxford,
- TSOURDI E., OTT A. AND VANKOVA Z. (2022), *The EU's Shifting Borders Reconsidered: Externalisation, Constitutionalisation, and Administrative Integration*, in *European Papers*, 11 (7)
- TURKOVIĆ K. (2021), *Challenges to the Application of the Concept of Vulnerability and the Principle of Best Interests of the Child in the Case Law of the ECtHR Related to Detention of Migrant Children*, in B. ÇALI, L. BIANCU, AND I. MOTOC, *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford
- TURNBULL S. (2017), *Immigration detention and punishment*, in *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, Oxford
- VALENTINI E. (2018), *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino
- VALENTINI E. (2022), *Riflessioni sparse sui presupposti applicativi del trattenimento in uscita*, in *ADiM Blog*

- VALLES FERRERO M. (2019), *Acceso al asilo y otras formas de protección internacional de personas que llegan por mar o por tierra a Ceuta, Melilla y costas españolas*, in *Revista Crítica Penal y Poder*, 18
- VEGLIO M. (2014), *La riduzione del danno. Radiografia del trattenimento amministrativo dopo la l. 161/14*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4
- VEGLIO M. (2018), *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo*, in *Questione Giustizia*
- VEGLIO M. (2020), *L'Europea a due libertà. L'impatto della Direttiva Rimpatri sulla politica italiana di trattenimento ed espulsione degli stranieri*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Bologna
- VEGLIO M. (2022), *Il sindacato giurisdizionale nei giudizi concernenti il trattenimento*, G. Grasso, M. BETTI, L. SANGIOVANNI, *Il diritto dell'immigrazione. Quaderno 22*, Roma
- VELLUTI S. (2014), *Reforming the Common European Asylum System – Legislative Developments and Judicial Activism of the European Courts*, Springer, London
- VENTURI D. (2016), *The potential of a vulnerability-based approach: some additional reflections following O.M. v. Hungary*, in *Strasbourg Observers*
- VENTURI D. (2017), *The Grand Chamber's ruling in Khlaifia and Others v. Italy: one step forward, one step back?*, in *Strasbourg Observers*
- VESTED-HANSEN J. (2022), *Border procedure on asylum and return: closing the control gap by restricting access to protection?*, in THYM D. (2022), *Reforming the Common European Asylum System, Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Odysseus Network, Baden-Baden
- VIGANÒ F. (2011), *Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 28 aprile 2011, Hassen el Dridi, causa c-61/11 ppu (direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento dello straniero)*, in *Diritto penale contemporaneo*
- VIGANÒ F., MASERA L. (2011), *Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*
- VITALE G. (2010), *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*, Catania

- VITIELLO D. (2020), *Le frontiere esterne dell'Unione Europea*, Bari
- VOGIATZIS N. (2018), *The European Ombudsman and the Good Administration in the European Union*, London
- VRADIS A., PAPADA E., PAINTER J., PAPOUTSI A. (2020), *New Borders. Hotspot and the European Migration Border Regime*, London
- WALLACE R.M.M. (2014), *The principle of non-refoulement in international refugee law*, in V. CHETAIL, C. BAULOZ, *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham
- WALTER-FRANKE M. (2017), *Asylum detention in Europe: state of play and ways forward*, Jacques Delors Institute Berlin
- WARD A. (2021), *Article 51*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER E A. WARD, *The EU Charter of fundamental rights. A Commentary. Second edition*, Oxford
- WELCH M. E SCHUSTER L. (2005), *Detention of asylum seekers in the US, UK, France, Germany and Italy: A critical view of the globalizing culture of control*, in *Criminal Justice*, 5 (4)
- WIESBROCK A. (2012), *Granting Citizenship-Related Rights to Third-Country Nationals*, in *European Journal of Migration and Law*, 14 (5)
- WILSHER D. (2012), *Immigration detention: Law, History, Politics*, Cambridge
- XANTHOPOULOU E. (2020), *Fundamental rights and mutual trust in the area of Freedom, Security and Justice: a role for proportionality*, Oxford
- XENAKIS S., CHELIOTIS L. (2018), *Carceral Moderation and the Janus Face of International Pressure: A Long View of Greece's Engagement with the European Convention of Human Rights*, in *Crime, Law and Social Change*, 70 (2)
- ZAMBRANO V. (2017), *Lotta al terrorismo e riconoscimento dello status di rifugiato nel quadro normativo e giurisprudenziale europeo: un rapporto problematico*, in *Freedom, security and justice: european legal studies*, 3
- ZEDNER L. (2016), *Penal subversion: when is punishment not punishment, who decides on what grounds?*, in *Theoretical Criminology*, 20 (1)
- ZIRULIA S. (2020), *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema Penale*

ZIRULIA S. (2020), *Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema Penale*

ZORZI GIUSTINIANI F. (2014), *La detenzione dei richiedenti asilo nell'Unione europea. Rilevi critici a margine della rifusione della direttiva accoglienza*, in G. CAGGIANO, *Percorsi giuridici per l'integrazione*, Torino

Ringraziamenti

Questa tesi non sarebbe mai esistita senza il contributo fondamentale di alcune persone.

Grazie alla Prof.ssa Laura Scomparin per aver individuato la detenzione amministrativa quale possibile oggetto di un progetto di ricerca, e per avermi lasciato la massima libertà durante il percorso di ricerca. Ai revisori della tesi e ai componenti della commissione di esame, Prof.ssa Giulia Mantovani, Prof. Mario Savino e Prof.ssa Elena Valentini, per i commenti e i suggerimenti stimolanti prima e durante la discussione. Alle prof.sse Manuela Consito e Valeria Ferraris per gli scambi e i confronti che hanno arricchito le riflessioni contenute nella tesi.

Grazie a chi ha contribuito, con una lettura attenta e paziente, a plasmare e correggere la tesi. A Matteo e a Costanza per esserci stati nei momenti del bisogno, e a Irene e Paola, perché senza di loro questo lavoro non potrebbe essere letto.

Grazie alle colleghe e ai colleghi della Vrije Universiteit di Amsterdam e della Universidad Complutense di Madrid, per avermi accolta e coinvolta durante i periodi di visita e di ricerca, e alle avvocate e alle attiviste di Equal Rights Beyond Border, Equal Rights Greece, il Lesbos Legal Centre e del Border Violence Beyond Borders, per avermi guidata nella scoperta della realtà greca.

Grazie a Francesca e Andriani per il coinvolgimento nei progetti di Border Criminologies, per le puntuali suggestioni teoriche, ma soprattutto per avermi mostrato quanto sia indispensabile il legame tra ricerca e attivismo.

Grazie ai colleghi e alle colleghe di Asgi (Associazione Studi Giuridici per l'Immigrazione), perché molti spunti per la tesi sono emersi anche grazie al dibattito sempre stimolante che anima l'Associazione.

La mia estrema riconoscenza e affetto vanno soprattutto alle colleghe e colleghi di studio (passato, presente e futuro), per aver sopportato con pazienza le altalene tra professione e ricerca, e per essere state all'occasione un paracadute indispensabile.

Grazie alle amiche e colleghe con cui ho condiviso alcuni dei momenti più arricchenti di questo percorso accademico: Chiara, perché senza di lei non sarei mai arrivata sana e salva fino all'ultima frase di questo lavoro; Costanza, per avermi iniziata al mondo affascinante della sociologia del diritto; Barbara e Federica, per la condivisione delle gioie e dei dolori durante il percorso di supervisione degli studenti e delle studentesse della clinica legale.

Grazie anche a chi è stato essenziale, seppur con la vita accademica centri poco o nulla. Agli amici e amiche che mi hanno accompagnata tra le mille case di Torino, l'andirivieni da e per i Paesi Bassi, e le scampagnate per le colline del Monferrato, perché senza di loro non avrei mai potuto affrontare questi anni con la stessa leggerezza e spensieratezza.

Grazie alla mia famiglia, che è sempre un sostegno e un esempio, di presenza, tenacia e amore incondizionato. Grazie al mio compagno di (ormai molti) viaggi A/R, per saper tenere insieme gli 'accogli' quotidiani e i sogni all'orizzonte, senza mai prendersi troppo sul serio.

Infine, una precisazione. Questa tesi si è occupata di studiare l'esistenza, e le manifestazioni, di un istituto che non si vorrebbe esistente. Grazie a chi, dentro e fuori i molti luoghi di detenzione delle persone straniere, si mobilita per abbatte i muri, reali e simbolici.