

LO STRANIERO NEI CENTRI E LA COSTITUZIONE: QUALCHE OSSERVAZIONE ALLA LUCE DELLE MODIFICHE APPORTATE DALLA L. N. 46/2017 DI CONVERSIONE, CON MODIFICAZIONI, DEL D. L. N. 13/2017*

di Andrea Bonomi **
(16 marzo 2018)

Sommario: 1. Premessa: il susseguirsi dei provvedimenti normativi in materia di trattenimento nei centri fino ad arrivare al provvedimento del 2017. 2. I nuovi centri di permanenza per il rimpatrio: cambia solo il nomen o anche la “sostanza” con particolare riferimento ai profili di dubbia compatibilità costituzionale dei centri?. 3. La disciplina degli hotspots: aspetti di dubbia costituzionalità. 4. Conclusioni.

1. Premessa: il susseguirsi dei provvedimenti normativi in materia di trattenimento nei centri fino ad arrivare al provvedimento del 2017.

Qualche studioso ha sostenuto quanto segue: il principio dell’attribuzione del diritto soggettivo ad essere ammesso e a soggiornare nel territorio dello Stato italiano è valido solo per lo straniero al quale sia negato nel suo Stato l’esercizio effettivo delle libertà fondamentali riconosciute dalla nostra Costituzione ma non per tutti gli “altri” stranieri che non rispondano a questi requisiti¹.

A maggior ragione tale principio non è valido neppure con riferimento all’ipotesi in cui siano delle «“masse” a chiedere di essere accolte sul nostro territorio nazionale anche quando nei Paesi d’origine sia impedito “l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla costituzione italiana” (il che non è affatto raro)»².

Questo principio non è valido perché «sembra forzato»³ ritenere che le migrazioni di massa possano rappresentare la somma dei singoli diritti individuali di milioni di esseri umani e perciò possano essere considerate manifestazioni di una libertà, quella di emigrazione, che le convenzioni internazionali riconoscono come diritto fondamentale.

E pare forzato ritenere altresì che i movimenti di massa possano esercitare la libertà di circolazione e di soggiorno in un altro Paese rispetto a quello di origine: si oppone infatti che questa libertà di circolazione e soggiorno, «essendo un diritto individuale, mai e poi mai potrebbe essere estesa fino a ricomprendere movimenti di massa»⁴.

D’altra parte, la stessa Corte costituzionale in plurime pronunce⁵ ha chiaramente ribadito che è compito ineludibile dello Stato presidiare le proprie frontiere e far rispettare

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ In tal senso cfr. A. CASSESE, *sub art. 10, comma 3 – Principi fondamentali. Art. 1-12, in Comm. della Cost.*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975, 532-33.

² A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell’uomo*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, 20-21.

³ A. PACE, *op. e loc. cit.*

⁴ A. PACE, *op. e loc. cit.*, il quale – criticando una tesi di Onida – prosegue osservando che «il problema... non lo si risolve consentendo ininterrotti e illimitati flussi migratori, ma affrontandolo in sede diplomatica e internazionale ed operando in modo tale che le condizioni politiche cambino nei paesi d’origine delle migrazioni» e che soluzioni normative stabili ed efficaci in materia di emigrazione «possono essere rinvenute solo a seguito di accordi internazionali nei quali siano coinvolti non solo tutti gli Stati europei, ma gli stessi Stati da cui tali movimenti migratori si originano» (pp. 21-22); analogamente cfr. F.B. MORELLI, *Intervento*, in A. GABOARDI - A. GARGANI - G. MORGANTE - A. PRESOTTO - M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 103 nota 17, secondo il quale «che lo Stato possa controllare i suoi confini, anche impedendone la violazione o estromettendo dal suolo nazionale parte dei soggetti migranti che hanno valicato le frontiere nazionali, è un dato acquisito e ovviamente connaturato all’idea stessa dell’entità statale racchiusa in un territorio delimitato».

⁵ Cfr., ad esempio, le decc. n. 104 del 1969 e n. 250 del 2010.

le regole stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza.

Più in particolare, la Corte ha chiarito che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero è collegata alla ponderazione di molteplici interessi pubblici e che tale ponderazione compete in primo luogo al legislatore ordinario, al quale spetta in materia un'ampia discrezionalità: questa può essere limitata, dal punto di vista della compatibilità con la Costituzione, solamente dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli.

Se è, dunque, indiscutibile che lo *status* relativo al cittadino di uno Stato è differente da quello dello straniero e che non si può riservare lo stesso trattamento giuridico⁶, è certo però che quando è in gioco la restrizione della libertà personale di un soggetto il giurista ed in particolar modo il costituzionalista non possono non porsi delle domande aggiuntive.

A questo proposito reca con sé diverse questioni spinose il trattenimento dello straniero presso i centri.

Tale istituto, come ben noto, è stato introdotto nel nostro ordinamento con la l. n. 40/1998 che affrontava la disciplina dell'immigrazione e regolava le norme sulla condizione dello straniero; tale legge è poi confluita nel d. lgs. n. 286/1998⁷. Esso prevedeva in alcune ipotesi ivi delineate⁸ il potere del questore di disporre il trattenimento dello straniero privo di valido titolo di soggiorno nei centri di permanenza temporanea e di assistenza (CPTA) per una durata massima di venti giorni, prorogabili per altri dieci, ma solo qualora fosse stata imminente l'eliminazione dell'impedimento all'espulsione o al respingimento; l'ordine di trattenimento sarebbe poi dovuto essere comunicato entro quarantotto ore al pretore, il quale, a sua volta, avrebbe dovuto convalidarlo entro le successive quarantotto ore.

In seguito l'istituto del trattenimento, così come delineato nel provvedimento normativo del 1998, è stato oggetto di varie modifiche che si richiamano, sia pure per sommi capi, nel presente scritto. Dapprima l'istituto del trattenimento è stato sottoposto ad una riscrittura ad opera della l. n. 189/2002 che, *inter alia*, ha raddoppiato i termini massimi di durata della detenzione amministrativa, portandoli da trenta a sessanta giorni.

In seguito è intervenuta la l. n. 271/2004, che ha attribuito ai giudici di pace la convalida dei provvedimenti amministrativi incidenti sulla libertà personale, fra cui il trattenimento.

⁶ A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in *Consulta on line*, 1° aprile 2015, 133, il quale sostiene che “immaginare... di appiattire in tutto e per tutto il trattamento giuridico riservato a tali soggetti non è, secondo diritto costituzionale vigente, in alcun modo possibile, se non col costo insopportabile di frodare non tanto i singoli precetti quanto la Carta nel suo insieme”.

⁷ Sulla “situazione normativa” anteriore al 1998 cfr. il resoconto piuttosto puntuale di G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, 2013, 196-203, il quale ricorda, in modo particolare, l'art. 7 del “decreto Dini” (d. l. n. 489/1995), recante Misure urgenti in materia di politica dell'immigrazione per la regolamentazione dell'ingresso e soggiorno nel territorio nazionale dei cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione Europea, che prevedeva che quando per l'esecuzione dell'espulsione fosse occorso procedere ad accertamenti supplementari in ordine all'identità o nazionalità della persona da espellere ovvero all'acquisizione di documenti o di visti ovvero nei casi in cui vi fosse stato il pericolo che la persona si sottraesse all'esecuzione del provvedimento l'autorità giudiziaria avrebbe disposto la misura dell'obbligo di dimora ai sensi dell'art. 283 cod. proc. pen. per il tempo necessario e comunque non oltre trenta giorni: veniva così prevista l'estensione di una misura cautelare personale coercitiva quale l'obbligo di dimora in caso di pericolo di fuga o di necessità di ulteriori accertamenti nel corso di un procedimento di espulsione giudiziaria ben oltre e al di là dei casi e dei presupposti previsti dal codice di procedura penale; l'Autore rammenta poi anche la successiva “legge Regione Puglia” (l. n. 563/1995), la quale prevedeva l'istituzione di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi per le esigenze di prima assistenza a favore di gruppi di stranieri privi di qualsiasi mezzo di sostentamento ed in attesa di identificazione o di espulsione, senza però chiarire se si trattasse di centri “aperti” o di centri “chiusi” e dunque di una forma di detenzione o meno.

⁸ Tale ipotesi venivano in considerazione, più in particolare, in caso di impossibilità dell'immediata esecuzione dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera, di necessità di prestare soccorso allo straniero o di procedere ad accertamenti supplementari riguardo la sua identità o nazionalità, di necessità di acquisire documenti per il viaggio, o infine in caso di indisponibilità di vettori.

La l. n. 92/2008 ha poi mutato la denominazione dei centri di permanenza temporanea e assistenza (CPTA) in centri di identificazione ed espulsione (CIE).

Ancora la l. n. 94/2009 ha portato da due a sei mesi la durata massima dell'internamento nei CIE.

La successiva l. n. 129/2011, intervenuta a seguito dell'adozione della Direttiva 2008/115/CE dal titolo "Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare", nota come "direttiva-rimpatri", ha apportato ulteriori modifiche. Innanzitutto ha sostituito la previgente elencazione delle ipotesi, che legittimavano il trattenimento, con una formula generale⁹ che ha lasciato una ben più ampia discrezionalità alle questure nell'adozione del provvedimento di trattenimento¹⁰; in secondo luogo ha ulteriormente dilatato i termini massimi del trattenimento portandoli da sei mesi a diciotto mesi, allineandosi così alla durata massima stabilita dalla citata direttiva rimpatri, la quale ultima però, diversamente dal provvedimento normativo interno, prevedeva che il trattenimento fosse destinato ad un'applicazione marginale e residuale¹¹.

Diverso risulta invece l'approccio che il legislatore ha riservato al tema nel 2014.

Più in particolare, dapprima il d. l. n. 146/2013, convertito con modificazioni in l. n. 10/2014, ha previsto, *inter alia*, l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, chiamandolo ad esercitare le sue funzioni anche all'interno dei CIE.

In seguito la l. n. 161/2014 ha operato altre modifiche.

Innanzitutto ha ridotto la durata del trattenimento a trenta giorni, prorogabili fino ad un massimo di ulteriori sessanta giorni.

In secondo luogo ha previsto che le proroghe successive alla prima, modulabili liberamente nella durata dal questore e dal giudice di pace entro i limiti massimi previsti dalla legge, possano essere concesse solo nel caso in cui emergano elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione, nel momento in cui le operazioni di rimpatrio siano imminenti.

Inoltre ha stabilito che il trattenimento sia interrotto qualora non sussista una ragionevole prospettiva che l'espulsione sia eseguita e ha infine disposto la riduzione a trenta giorni del termine massimo di trattenimento nel caso di pregresso stato di detenzione in istituto di pena.

In seguito all'adozione di due direttive, la 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, e la 2013/33/UE, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale, è stato emanato il d. lgs. n. 142/2015: questo decreto ha stabilito le norme inerenti l'accoglienza degli stranieri e degli apolidi richiedenti protezione internazionale nel

⁹ "Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento".

¹⁰ Come nota G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in *Rivista AIC*, 31 gennaio 2012, 7-8, apparentemente la formula sembra riecheggiare l'espressione usata a questo proposito dalla direttiva rimpatri ma in realtà, mentre la norma comunitaria specifica le situazioni che giustificano il trattenimento e sono situazioni riconducibili a comportamenti del singolo straniero, la formula introdotta dalla l. n. 129/2011 sembra ammettere il trattenimento per ragioni pure indipendenti dalla volontà e dal comportamento dello straniero e soprattutto si rivela come non compatibile con la riserva assoluta di legge ("in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge") alla quale l'art. 13, comma 3 Cost. connette l'adozione di provvedimenti provvisori a limitazione della libertà personale.

¹¹ Lo stesso G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme*, cit., 9, osservava che invece nel T.U. Imm. il trattenimento continuava «ad avere diffusa attuazione, in ragione della residualità delle ipotesi di partenza volontaria e della generale immediata esecutività delle misure di allontanamento», senza contare – soggiunge l'Autore – che la direttiva rimpatri contiene un'articolata disciplina delle condizioni del trattenimento.

territorio nazionale e ha inoltre prescritto all'art. 6 quanto segue.

Innanzitutto il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda.

In secondo luogo il richiedente può essere trattenuto solo in alcune ipotesi particolari ivi delineate, fra cui spiccano quelle del pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica o del rischio di fuga o del caso in cui vi siano fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o di impedire l'esecuzione dell'espulsione.

In terzo luogo il richiedente riceve, a cura del questore, le informazioni sulla possibilità di ottenere protezione internazionale.

Inoltre il provvedimento con cui viene disposto il trattenimento o la sua proroga deve essere motivato e contenere l'indicazione che il richiedente può presentare memorie e deduzioni al Tribunale in composizione monocratica competente per la convalida.

Infine la durata massima del trattenimento non può comunque superare complessivamente i dodici mesi¹².

In questo quadro normativo si inserisce da ultimo la l. 13 aprile 2017, n. 46, legge di conversione, con modifiche, del d. l. 17 febbraio 2017, n. 13, il quale reca "Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale".

In merito alle ventitré variegate disposizioni di ordine sia processuale che sostanziale che compongono il decreto-legge molte potrebbero essere le considerazioni critiche da svolgere.

Alcuni studiosi hanno posto fin da subito l'accento sulle disposizioni che eliminano il doppio grado di giurisdizione, vale a dire il doppio grado di giudizio nel merito per i richiedenti protezione internazionale.

Sotto questo profilo è noto che l'organo amministrativo competente a valutare la domanda del richiedente è la Commissione territoriale, contro la cui decisione negativa è possibile agire dinanzi al giudice ordinario: tuttavia, il decreto in esame rimuove la possibilità di interporre ricorso in appello contro l'ipotetica decisione di diniego anche del giudice ordinario e consente soltanto di ricorrere in Cassazione, la quale però, come ben noto, è giudice solamente di legittimità.

È stato a questo proposito osservato che, se è vero che, come si evince dalla giurisprudenza costituzionale¹³, il doppio grado di giudizio nel merito non è una scelta costituzionalmente necessaria, è anche vero, però, che è tutta da assodare la ragionevolezza della scelta operata nel decreto-legge da parte del Governo, il quale si muove in controtendenza rispetto all'orientamento che caratterizza quasi l'intero sistema processuale italiano, nel quale è consentito il doppio grado di giudizio: il Governo, nel momento in cui adotta il doppio grado di giudizio nel merito «per il processo x e non per il processo y deve spiegare perché: deve cioè dare a questa sua scelta un senso costituzionale; qualora tale valutazione fatta dal legislatore non convinca, la Corte

¹² Anche da questo breve resoconto degli interventi legislativi succedutisi in materia si potrebbe trarre l'impressione di essere di fronte al «fenomeno... delle "leggi spettacolo" che traggono la loro ratio esclusivamente dalle contingenze o dalla necessità di dare un messaggio politico di breve periodo, andando ad impattare negativamente sulla qualità della legislazione... senza particolare cura... degli "strappi" al "tessuto" costituzionale»: si prende a prestito quest'espressione – sia pure utilizzata dall'Autore in tutt'altro ambito – di F. PACINI, *Un rinforzo debole? La legge ex art. 81, comma 6 Cost., nel sistema delle fonti del diritto*, in www.federalismi.it, 30 dicembre 2016, 21.

¹³ Cfr. l'ord. n. 190 del 2013, l'ord. n. 42 del 2014 e, da ultima, la sent. n. 199 del 2017, nonché, in dottrina e da ultimo, F.G. PIZZETTI, *La Magistratura*, in P. BILANCIA - E. DE MARCO (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, Milano, 2018, 327, il quale osserva che «il principio di un doppio grado di merito – peraltro introdotto, in via generale, dalla legge mediante l'istituto del ricorso in appello civile e penale – non gode, espressamente, di rango costituzionale». Sulla problematica della relazione fra doppio grado di giurisdizione e diritto di difesa cfr. G. SERGES, *Il principio del doppio grado di giurisdizione nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, partic. il Cap. III.

costituzionale ha il potere-dovere di intervenire sanzionando la legge»¹⁴.

Si potrebbe inoltre aprire una discussione su un'ipotetica violazione dell'art. 77 Cost. nella misura in cui il decreto, da un lato, contiene disposizioni eterogenee e, dall'altro, contiene pure norme ad applicazione differita.

Tuttavia, pare francamente difficile immaginare una dichiarazione d'illegittimità costituzionale per violazione del parametro sopra citato¹⁵.

Quanto al primo punto, la Consulta discorre di una intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico in quanto, come si dice nelle sentenze n. 22 del 2012 e n. 244 del 2016¹⁶ «la urgente necessità del provvedere può riguardare una pluralità di norme accomunate dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ovvero anche dall'intento di fronteggiare situazioni straordinarie complesse e variegate, che richiedono interventi oggettivamente eterogenei, afferenti quindi a materie diverse, ma indirizzati all'unico scopo di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare».

Quanto al secondo punto, anche la recente giurisprudenza costituzionale ha potuto chiarire con la sentenza n. 16 del 2017¹⁷ che «la straordinaria necessità ed urgenza non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge, ma ben può fondarsi sulla necessità di provvedere con urgenza, anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito».

In questa sede, tuttavia, interessa porre in evidenza altre disposizioni del decreto in oggetto e cioè più specificamente quelle relative alla detenzione amministrativa dello straniero irregolare nei centri, sulle quali esclusivamente ci si soffermerà.

Il riferimento è in primo luogo e soprattutto all'art. 19, il quale dispone sostanzialmente quanto segue.

Innanzitutto la denominazione «centro di identificazione ed espulsione» (CIE) di cui all'articolo 14 d. lgs. n. 286/1998 viene ad essere sostituita, ovunque sia presente in disposizioni di legge o di regolamento, dalla diversa denominazione «centro di permanenza per i rimpatri» (CPR).

In secondo luogo viene prolungato di quindici giorni il termine massimo di permanenza, nei così rinominati centri, degli stranieri che già erano stati trattenuti per almeno novanta giorni in una struttura carceraria: «nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio» tali stranieri possono ora essere trattenuti dopo gli iniziali trenta giorni per un ulteriore periodo di quindici giorni, sia pure previa convalida della proroga da parte del giudice di pace.

Inoltre viene stabilito che, laddove venga disposta – ai sensi dell'art. 16 del d. lgs. citato

¹⁴ Così F. FERRARI, *Gli immigrati e il doppio grado di giudizio. Qualche dubbio sul decreto Minniti*, in *lacostituzione.info*, 20 aprile 2017, 1 ss., il quale rileva che oltretutto il valore-principio della rapidità e dell'efficienza del processo, pure protetto dalla Costituzione, assai dubitabilmente può divenire talmente centrale da incidere su diritti fondamentali degli individui; in senso diverso sembra esprimersi G. D'ALESSANDRO, *Rilievi sulla (in)costituzionalità della nuova disciplina processuale delle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale introdotta dal decreto-legge n. 13/2017 (convertito con modificazioni nella legge n. 46/2017)*, in *Arch. pen. (web)*, 7 giugno 2017, 20-22, secondo il quale «che il diritto processuale sia in qualche modo «diseguale», e che in tale ottica debba essere valutato, discende fisiologicamente dai principi costituzionali che impongono tutele processuali differenziate adeguate alle situazioni sostanziali fatte valere in giudizio, nel bilanciamento tra i diversi valori riconducibili alla nozione di «giusto processo»...» (p. 22).

¹⁵ Di questo avviso è anche C. PANZERA, *Emergenza immigrazione, regimi speciali, diritti fondamentali: prime notazioni sul decreto «Minniti-Orlando»*, in *Quad. cost.*, 2017/3, 620, il quale tuttavia osserva anche che «una verifica in termini di omogeneità materiale o finalistica, però, potrebbe essere recuperata in sede di scrutinio delle disposizioni aggiunte dalla legge di conversione (in specie, l'art. 21-bis), in virtù del nesso logico che deve necessariamente sussistere fra i contenuti dell'uno e dell'altro anello della «catena» normativa...».

¹⁶ Rispettivamente nella prima sentenza viene in considerazione il punto 3.3 del cons. in dir., mentre nella seconda sentenza il punto 3.2.1 del cons. in dir.

¹⁷ Punto 7.1.2 del cons. in dir.

e quando non è possibile effettuare il rimpatrio dello straniero per cause di forza maggiore – l'espulsione dello straniero a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione, l'autorità giudiziaria dispone il ripristino dello stato di detenzione per il tempo strettamente necessario all'esecuzione del provvedimento di espulsione¹⁸.

Infine, viene previsto che, al fine di assicurare la più efficace esecuzione dei provvedimenti di espulsione dello straniero, il Ministro dell'Interno, d'intesa col Ministro dell'Economia e delle Finanze, adotta le iniziative per garantire l'ampliamento della rete dei centri in modo tale da assicurare la distribuzione delle strutture sull'intero territorio nazionale. Tali strutture dovranno essere possibilmente di "capienza limitata", "idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l'assoluto rispetto della dignità della persona" e nelle quali il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale eserciterà "tutti i poteri di verifica e di accesso" di cui al d. l. n. 146/2013, come convertito in l. n. 10/2014.

Un'altra disposizione sulla quale si intende appuntare l'attenzione è contenuta nell'art. 17, comma 3 del decreto in esame.

Essa introduce l'art. 10-*ter* nel d. lgs. n. 286/1998 e stabilisce quanto segue.

Lo straniero che sia rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna e che sia giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito sia delle strutture di cui al d. l. n. 451/1995 – convertito, con modificazioni, dalla l. n. 563/1995 – sia delle strutture di cui all'articolo 9 del d. lgs. n. 142/2015.

Presso i medesimi punti di crisi sono effettuate inoltre le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, anche ai fini di cui agli articoli 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito.

Le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletica sono eseguite, in adempimento degli obblighi di cui agli articoli 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, anche nei confronti degli stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale. Il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici e segnaletici comporta una nuova e specifica ipotesi di trattenimento nei ridenominati centri per la durata massima di trenta giorni dalla sua adozione, salvo che non cessino prima le esigenze per le quali è stato disposto, previa convalida del giudice di pace o del Tribunale sede delle Sezioni specializzate nei casi di trattenimento di uno straniero richiedente protezione internazionale¹⁹.

¹⁸ In dottrina C. PANZERA, *Emergenza immigrazione, regimi speciali, diritti fondamentali*, cit., 623, si sofferma poi sul respingimento differito dello straniero – ancorché non pericoloso per l'ordine pubblico o per la sicurezza – che si ritiene abbia presentato domanda di asilo al solo fine di sottrarsi alla misura, il quale compare fra i motivi del trattenimento, e ciò in analogia con quanto previsto dalla normativa vigente per il caso del provvedimento di espulsione dei soggetti pericolosi non immediatamente eseguibile, quando in realtà, secondo l'A., le due ipotesi sono «non omologabili». Sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, le cui modalità esecutive restringono la libertà personale, cfr., da ultima, la dec. della Corte cost. n. 275 del 2017.

¹⁹ È da rilevare con riferimento a quanto da ultimo esposto che già in base alla normativa previgente il semplice "mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità" configurava gli estremi del rischio di fuga ai sensi dell'art. 13, comma 4-*bis* d. lgs. n. 286/1998 e dunque in sostanza già era consentito una volta emanato il decreto di espulsione o di respingimento disporre in attesa dell'identificazione e del rimpatrio il trattenimento dello straniero che si sottraesse alle procedure di identificazione: ora però col decreto di nuovo conio il trattenimento può essere disposto dal questore anche prima dell'emanazione del provvedimento espulsivo, previa convalida.

Infine, l'art. 8, comma 1, lett. b) modifica l'art. 6, comma 3 del già citato d. lgs. n. 142/2015²⁰ relativo alla possibilità di prolungare il trattenimento, quando la richiesta di protezione sia stata avanzata da un soggetto trattenuto in un CIE o meglio in un centro per i rimpatri e qualora vi siano fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o di impedire l'esecuzione dell'espulsione: tale possibilità, nel periodo antecedente alla riforma contemplata soltanto per gli stranieri trattenuti in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione, è così estesa anche agli stranieri destinatari di un provvedimento di respingimento differito ai sensi dell'art. 10 del d. lgs. n. 286/1998²¹.

2. I nuovi centri di permanenza per il rimpatrio: cambia solo il *nomen* o anche la “sostanza” con particolare riferimento ai profili di dubbia compatibilità costituzionale dei centri?

Le appena accennate modifiche legislative in primo luogo suscitano interrogativi: i nuovi CPR sono “qualcosa” di diverso rispetto ai precedenti CIE, i quali, come già detto, a loro volta avevano sostituito²² gli originari CPTA, oppure, al di là del mutamento del nome, non si riscontra alcuna differenza reale?

Inoltre, il diritto applicato al trattenimento degli stranieri nei centri continua ad essere quel «diritto derogatorio» e più in particolare quell'«infra-diritto poliziesco e amministrativo che imita in maniera del tutto formale le garanzie del diritto penale senza possederne la sostanza»²³, oppure assume “sembianze” diverse?

Le domande esigono una risposta chiara.

Sono, infatti, ben conosciuti i vari dubbi di legittimità costituzionale che da sempre suscita la cosiddetta forma di detenzione amministrativa nei centri.

Si tratta di una misura strumentale all'efficace conclusione di un procedimento non giudiziario, ma amministrativo, in ragione di questo deliberata in via non eccezionale ma ordinaria da autorità amministrative, quindi soggetta ad una mera verifica giudiziaria ad opera di un giudice, il giudice di pace, cui non è conferita alcuna competenza in ordine alle forme ordinarie di detenzione²⁴; tale misura può essere disposta anche a causa di motivi

²⁰ ... recante la disciplina dell'accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale.

²¹ Lo stesso art. 8, comma 1, lett. b), numero 3 prevede peraltro che la partecipazione del richiedente asilo ai procedimenti di convalida dei provvedimenti di trattenimento nei centri abbia luogo, di regola, a distanza mediante collegamento audiovisivo, che si svolge con modalità tali da assicurare la contestuale e effettiva visibilità delle persone presenti, nonché il diritto del richiedente e del suo difensore a consultarsi riservatamente.

²² ... secondo alcuni peraltro operando un cambiamento sostanziale oltreché formale: cfr. S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell'immigrazione dopo il c.d. Pacchetto sicurezza*, Padova, 2009, 12, il quale osserva che «ciò che... appare chiaro è il segnale forte di un radicale cambiamento della politica migratoria nel segno della “tolleranza zero” espresso anche a livello meramente nomenclatorio: il termine “permanenza” cede il passo al suo contrario “espulsione” e, con la soppressione della parola “assistenza”, scompare definitivamente anche ogni riferimento ad atteggiamenti od istituti di tipo assistenzialistico da parte dello Stato italiano»; D. PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2013, 1 e *ivi* nota 1, secondo la quale sintomo di un cambiamento culturale nei confronti del fenomeno dell'immigrazione è il fatto che, al contrario dei CPTA, che sono prevalentemente destinati ad accogliere gli stranieri richiedenti asilo, i CIE sono finalizzati a consentire l'identificazione del clandestino e la materiale esecuzione dei provvedimenti di allontanamento.

²³ Le due citazioni di cui *supra* nel testo sono tratte da G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., 230.

²⁴ Così quasi testualmente G. AMATO, *Prefazione* a C. MAZZA, *La prigionie degli stranieri. I centri di identificazione e di espulsione*, Roma, 2013, 13; anche la stessa C. MAZZA, *La prigionie degli stranieri. I centri di identificazione e di espulsione*, cit., 37, osserva che la detenzione amministrativa che si realizza mediante il trattenimento nei centri «non viene determinata da un atto motivato dall'autorità giudiziaria, non viene decisa in seguito a un processo penale, ma viene stabilita in sede amministrativa in considerazione dello *status* giuridico e della situazione in cui si

del tutto estranei alla volontà del singolo migrante e addirittura accidentali ed imprevisi²⁵.

D'altra parte, si tratta di dubbi che ancora una volta non possono essere fugati dal mero ricorso, da parte del decreto in esame, al principio assai generico per il quale il trattenimento, da un lato, assolve alle necessità di controllo dell'immigrazione²⁶ e, dall'altro, deve avvenire nell'assoluto rispetto della dignità della persona²⁷.

In altre parole, il provvedimento normativo del 2017 in esame è criticabile per ciò che non contiene: in questo senso si può parlare dell'ennesima occasione persa.

Vediamo perché.

Per comprendere meglio quanto si intende esprimere pare opportuno rammentare in primo luogo che nel nostro ordinamento non vige il principio per il quale i diritti costituzionalmente previsti riguardano i soli cittadini, mentre gli "altri" sono assoggettati al potere pressoché insindacabile dell'Esecutivo in materia di immigrazione: fatta eccezione per qualche lontana e isolata interpretazione di segno contrario²⁸, l'art. 13 Cost. è ritenuto

trova il singolo migrante. Per chiarire, gli immigrati non vengono trattenuti perché un magistrato in sede processuale li ha giudicati colpevoli di aver commesso un reato, quindi di aver assunto un comportamento penalmente illecito, ma perché si trovano in una condizione giuridica di irregolarità, perché non hanno un titolo di soggiorno valido. In tale prospettiva, la detenzione non si configura come una punizione per un reato commesso, ma come uno strumento atto ad agevolare le espulsioni degli stranieri irregolari, ad escludere una particolare categoria di individui e a disincentivarne la presenza sul territorio nazionale».

²⁵ C. MAZZA, *La prigione degli stranieri*, cit., 67-68, fa infatti riferimento alla mancanza di un mezzo di trasporto o dei documenti di viaggio per eseguire l'allontanamento quali cause del tutto indipendenti, appunto, dalla volontà del migrante.

²⁶ Come osserva G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme*, cit., 12, il trattenimento «prescinde da una valutazione circa la pericolosità del soggetto e dalla commissione di un reato; e se è vero che simili limitazioni sono costituzionalmente ammesse anche in quanto misure preventive, è anche vero che queste, proprio in quanto compressioni del primo dei diritti inviolabili sganciate da esigenze di giustizia penale, devono collegarsi ad esigenze di tutela di beni costituzionali primari, le quali non possono dirsi assolte attraverso generici richiami alle necessità di controllo dell'immigrazione».

²⁷ Come rileva L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont.*, 10 marzo 2017, 3, «già il fatto che il governo abbia sentito la necessità di questa ovvia precisazione [quella relativa alla garanzia all'interno dei centri del rispetto della dignità della persona], è la migliore conferma della pessima fama che negli anni si sono conquistati i CIE, luoghi di "galera amministrativa"...».

²⁸ Cfr. la tesi di A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 37 ss., 129, nonché ID., *Libertà personale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 306, cui aderisce anche G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963 n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti*, in *Giur. cost.*, 1968, 350, secondo cui i diritti riconosciuti nella Parte I della Costituzione, fra i quali risulta compreso quello relativo alla libertà personale, sono ivi garantiti ai soli cittadini italiani: la tesi – che si basa sull'idea di fondo per la quale la Costituzione «è soprattutto un fatto politico concernente la regolamentazione e la tutela dei cittadini» (così A. PACE, *op. e loc. ult. cit.*) – è argomentata soprattutto sulla base della considerazione che esiste una disposizione, l'art. 10, comma 2 Cost., espressamente dedicata alla regolamentazione della condizione dello straniero, la quale, per evidenti ragioni sistematiche, deve essere valorizzata in sede interpretativa attribuendo ad essa un ruolo centrale nella disciplina di tutta la materia; da ciò consegue che, per quanto la legge ordinaria ben possa equiparare lo straniero al cittadino, tuttavia i diritti di libertà garantiti al secondo non valgono di per sé per il primo. Per una convincente critica a questa tesi (sulla quale in senso contrario cfr. anche quanto si dirà appena poco oltre *supra* nel testo) cfr. E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 163, il quale osserva che, quanto alla perdita di significato dell'art. 10, cpv. nel caso in cui gli artt. 13 e segg. si potessero estendere di per sé allo straniero, «le norme di cui all'art. 10 sono di tenore letterale alquanto generico e laconico, mentre i Costituenti non vollero approvare la proposta di aggiungere a tale articolo un autonomo catalogo di diritti dello straniero, distinti dai diritti del cittadino. Quindi l'art. 10 non potrebbe da solo fondare una complessiva disciplina della condizione dello straniero, tanto più che essa si limita a prevedere una riserva di legge, ma non sembra porre in essere un vero e proprio obbligo a legiferare. Inoltre, dal fatto che altre norme costituzionali siano eventualmente poste a fondamento di taluni diritti per i non-cittadini, non si può automaticamente trarre la conclusione che l'art. 10 perda qualsiasi significato: resta infatti l'esigenza di fornire un aggancio costituzionale a quelle situazioni che, invece, non sono direttamente tutelate da specifiche disposizioni, ovvero rispetto alle quali la Costituzione stessa ammetta una legittima differenziazione tra cittadini e non-cittadini».

dalla dottrina assolutamente prevalente²⁹ e quel che più conta dalla Corte costituzionale³⁰ riguardante non i soli cittadini, ma anche più in generale coloro che si trovano sul territorio statale, cioè stranieri e apolidi.

Può forse essere oggetto di discussione la tesi dottrinale la quale ritiene che, con riferimento ai diritti per la cui titolarità la Costituzione fa espresso riferimento ai soli cittadini, non esiste alcuna esplicita copertura costituzionale per i non cittadini e dunque soccorre la riserva di legge rinforzata di cui all'art. 10, cpv. Cost.: di conseguenza, il legislatore ordinario potrebbe, entro i limiti di cui alle norme e ai trattati internazionali, estendere la portata di tali diritti allo straniero, pur essendo libero entro quei limiti di ritornare sui propri passi secondo la propria discrezionalità politica³¹.

Tuttavia, pare molto meno discutibile che, laddove un diritto non sia dalla Costituzione riferito ai soli cittadini, questo debba essere applicato anche agli stranieri³².

²⁹ Cfr., per tutti, A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale. Un pamphlet*, in *Dir. pen. cont.*, 11 maggio 2012, 1, secondo cui l'art. 13 Cost. «non riguarda solo i cittadini ma chiunque si trovi sul territorio dello Stato italiano, compresi cittadini e apolidi»; C. CORSI, *Straniero (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 868, secondo la quale «non possiamo... dubitare che delle libertà sancite dalla nostra Costituzione... siano titolari anche gli stranieri, ai quali devono essere assicurate tutte le garanzie previste dalle diverse disposizioni costituzionali»; A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 2014, 579, il quale predica «il carattere universale della libertà personale, spettante a tutti, indipendentemente dall'esistenza o meno di un rapporto di cittadinanza con lo Stato italiano».

³⁰ Cfr., ad esempio, Corte cost. n. 105 del 2001 sul punto, ma già n. 62 del 1994, dove si trova affermato che quando si fa riferimento «al godimento dei dritti inviolabili dell'uomo, qual è nel caso della libertà personale, il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero».

³¹ Si tratta comunque dell'impostazione prevalente: cfr., per tutti, A. CASSESE, *sub art. 10*, cit., 508 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 31 ss.; G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana (Asilo – condizione giuridica – estradizione)*, Padova, 1992, spec. 115 ss. Peraltro, come acutamente rileva M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 216, se la legge italiana che regola la condizione giuridica dello straniero davvero non dovesse far altro che riprodurre quanto viene disposto dalle norme internazionali, potrebbe paradossalmente accadere che allo straniero siano attribuiti diritti fondamentali che invece non spettano ai cittadini, come, ad esempio, il diritto di proprietà che gran parte della dottrina italiana esclude godere della qualifica di diritto fondamentale, mentre alcuni atti internazionali (come l'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU) la definiscono proprio in questo modo: «a voler interpretare rigidamente il secondo comma dell'art. 10 Cost., si finirebbe appunto per giungere al paradosso per cui in Italia la proprietà dei cittadini non sarebbe assistita dalle speciali garanzie che spettano ai diritti «fondamentali», mentre queste sarebbero riconosciute alla proprietà degli stranieri». Non solo, ma potrebbe anche succedere [come rileva S. SICARDI, *L'immigrato e la Costituzione. Note sulla dottrina e sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1996, 6 (ma considerazioni analoghe in G. D'ORAZIO, *Lo straniero*, cit., 123)] che una certa maggioranza parlamentare in un certo momento storico di particolare ostilità nei confronti dell'immigrazione straniera non stipuli più trattati internazionali multilaterali o bilaterali che riconoscano diritti per gli stranieri quando addirittura denunci trattati già stipulati e operanti in Italia ovvero non proceda all'adattamento di norme pattizie o non dia loro idonea e effettiva esecuzione. Sul punto cfr. anche C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, 105-06, la quale osserva che i commi 2, 3 e 4 dell'art. 10 Cost. furono uniti alla disposizione relativa ai rapporti fra ordinamento interno e ordinamento internazionale e posti nell'ambito dei principi fondamentali solo in sede di coordinamento «e senza che venisse motivata tale scelta, per cui anche la collocazione delle norme sullo straniero tra i principi fondamentali non va sopravvalutata» e conclude che l'art. 10, comma 2 Cost. «viene ad operare per tutti quegli aspetti relativi alla condizione dello straniero che non trovino già in Costituzione la loro disciplina. Inoltre esso fissa due garanzie importanti: innanzitutto una riserva di legge e, poi, obbliga la legge ad un certo contenuto...». Da ultimi cfr. M. CONSITO, *Gli stranieri di fronte al diritto alla salute e all'assistenza*, in A. GIORGIS - E. GROSSO - M. LOSANA (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milano, 2017, 155; F. SCUTO, *Lo status giuridico dello straniero*, in P. BILANCIA - E. DE MARCO (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, cit., 416-417; P. BONETTI, *sub art. 10*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, 2018, 73.

³² Né a possibile obiezione di quanto *supra* detto varrebbe osservare che la prima parte della Costituzione è intitolata formalmente ai diritti e ai doveri dei cittadini: infatti, come è stato ben detto, «lo stesso uso del termine «cittadino» da parte dei Costituenti non sembra assumere sempre lo stesso univoco significato, e l'argomentazione finisce per risolversi in una petizione di principio (si vuole risolvere il problema del significato da attribuire alla parola

Non si può dubitare soprattutto che esistono alcuni diritti fondamentali che per il fatto di essere riconosciuti in via generale dall'art. 2 Cost. o comunque richiamati da tutte le più importanti convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo devono essere estesi a tutti gli esseri umani senza distinzione alcuna basata sullo *status civitatis*.

Per quel che concerne comunque la libertà personale, la stessa Corte costituzionale nella decisione n. 105 del 2001, che risulta fondamentale in tema di trattenimento, esclude, sia pure con motivazione giudicata da taluno «particolarmente laconica»³³, l'ipotesi che le garanzie di cui all'art. 13 Cost. si applichino al solo cittadino.

In secondo luogo il sindacato giurisdizionale è costituzionalmente imposto proprio in quanto nessuno³⁴ dubita che il cosiddetto trattenimento nei centri costituisca misura restrittiva della libertà personale, come ha anche chiarito in modo fermo e netto, sia pure non senza qualche «ambiguità»³⁵, la Corte costituzionale nella importante e già citata decisione n. 105 del 2001: secondo la Corte il trattenimento determina «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento all'altrui potere».

Si conceda anche di non voler sostenere la tesi³⁶ – forse non del tutto priva di

cittadino nelle singole disposizioni costituzionali, facendo riferimento a un termine testuale che rappresenta, appunto, il problema da cui si parte)» (E. GROSSO, *op. e loc. cit.*). Analogamente cfr., più di recente, G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2013, 629-30, il quale osserva che «quando la Costituzione dice espressamente «tutti» bisogna intendere questa espressione alla lettera, sia perché, nei casi in cui la Costituzione dice così, vengono garantiti diritti che dalla rivoluzione francese in poi sono stati e vengono considerati universalmente propri di ogni uomo e quindi indipendenti dalla cittadinanza; sia perché, facendo anche in questo caso applicazione del canone generale di interpretazione valido in tema di diritti di libertà, va applicata sempre la interpretazione più favorevole alla estensione della garanzia di libertà, cosicché la estensione a tutti è più favorevole alla libertà della estensione ai soli cittadini, e quindi nel dubbio va preferita», concludendo che trattasi di «diritti di libertà tradizionalmente attribuiti da secoli all'uomo, e non al cittadino (si pensi solo alla libertà personale dell'art. 13)» (p. 631); in senso analogo cfr. già E. GIANFRANCESCO, *La disciplina sul trattenimento e sull'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2001, 2722 – e *ivi* nota 44 per il richiamo adesivo di Esposito sul punto – il quale sostiene «la maggiore aderenza al dato costituzionale positivo di un'interpretazione che riconosce un preciso significato all'uso distinto, nella varie disposizioni che garantiscono diritti, del termine “tutti”, ovvero “i cittadini”».

³³ Così D. PICCIONE, *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, in *Giur. cost.*, 2001, 1702 nota 25, secondo il quale «sorprende il mancato richiamo a precedenti significative pronunce della stessa Corte costituzionale...»; sul punto cfr. anche le osservazioni di A. ALGOSTINO, *Lo straniero «sospeso» fra tutela dei diritti fondamentali della persona umana e esigenze di un efficiente controllo dell'immigrazione (nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 105 del 2001)*, in *Giur. it.*, 2002, partic. 1349 e 1352.

³⁴ ... ad esclusione di alcuni assolutamente minoritari orientamenti dubitativi sul punto: cfr. R. BIN, *Molti dubbi, un'unica certezza*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, 37, secondo cui la conclusione che sussume il trattenimento nella libertà personale «non mi convince del tutto», dovendosi, invece, a suo dire, qualificare il trattenimento quale «misura che si colloca tra la libertà personale e la libertà di circolazione. Non dipende da un giudizio negativo sulla persona, tale da intaccare la sua dignità personale... ma è un provvedimento preordinato all'esecuzione dell'espulsione imposto dalle difficoltà “tecniche” che ad essa si oppongono...» (pp. 39-40).

³⁵ Così E. GIANFRANCESCO, *La disciplina sul trattenimento*, cit., 2716-17, il quale osserva che «la riconduzione della misura del trattenimento all'area della libertà personale sembra poggiarsi su due argomenti, ognuno dei quali, però, ha una sua autonomia ed autosufficienza:... infatti, la tesi per cui debba riconoscersi natura di limitazione della libertà personale alle misure che comportano «mortificazione della dignità dell'uomo» ovvero socialmente degradanti ha una sua tradizione, sia dottrinale che giurisprudenziale. Allo stesso modo... l'affermazione secondo cui una limitazione della libertà personale si ha nelle ipotesi di «assoggettamento fisico all'altrui potere» costituisce una precisa e compiuta presa di posizione ricostruttiva in ordine ai confini del diritto garantito dall'art. 13»: l'Autore conclude nel senso che è preferibile sostenere l'orientamento che intende la libertà personale nella tradizione dell'*habeas corpus* «in senso esclusivamente fisico», estendendosi «a quella morale solo nelle marginali ipotesi in cui le menomazioni arrecate a quest'ultima siano tali per intensità e numero da potersi equiparare ad una vera e propria limitazione materiale della disponibilità della propria persona» (p. 2718).

³⁶ La tesi è bene esposta, fra gli altri, da L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in A.

fondamento – secondo la quale la misura del trattenimento dovrebbe essere adottata non dal questore ma dal giudice in prima battuta perché l'art. 13, comma 3 Cost. consente che l'autorità amministrativa privi un soggetto della libertà personale non in via ordinaria bensì solamente in casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati tassativamente dalla legge³⁷.

Tuttavia, in ogni caso il sindacato giurisdizionale operato a seguito dell'adozione della misura da parte del questore dev'essere pieno e non limitato alla mera apposizione di una firma sul provvedimento con compiti, dunque, meramente «notarili»³⁸.

In terzo luogo l'art. 13 Cost. non considera decisivo, ai fini dell'operare della garanzia da esso posta, il *mezzo* attraverso il quale si opera la limitazione della libertà personale, dal momento che sono indifferenti le qualificazioni formali della limitazione della libertà ed irrilevanti le «forme» della restrizione: quello che conta è l'*effetto* consistente, appunto, nella restrizione della stessa libertà³⁹.

Quello che più conta è inoltre il fatto che, mentre in altre esperienze giuridiche in cui il potere esecutivo si vede conferiti ampi poteri in materia di immigrazione diventa fondamentale il controllo successivo da parte del giudice⁴⁰, nell'ordinamento italiano la garanzia contro le restrizioni della libertà «è, prima ancora che una garanzia espressa in termini di controllo giurisdizionale, una garanzia che si traduce in una riserva di fonte, e con specifici attributi modaliali»⁴¹.

Sotto questo profilo pare di poter osservare come anche il decreto in esame – così come la legge di conversione, le cui modifiche non incidono su tale aspetto – non rimedi affatto a quella sostanziale omissione di prescrizioni specifiche di rango legislativo sulle modalità con le quali viene realizzata la restrizione della libertà personale disposta nei centri: il decreto, infatti, non indica, rispetto a quello della mera coercizione, quei requisiti ulteriori che ne definiscano le modalità già in astratto e in generale per tutti i soggetti che

GABOARDI - A. GARGANI - G. MORGANTE - A. PRESOTTO - M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, cit., 83 nota 32.

³⁷ ... quando invece l'adozione della misura del trattenimento da parte del questore avviene in via ordinaria: cfr. G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 2001, 1688 nota 25, il quale, dopo aver notato che «appare dubbia... l'eccezionalità dell'intervento dell'autorità di p.s.: la disciplina vigente infatti attribuisce al questore il potere di disporre il trattenimento in via ordinaria... ed esclusiva, sulla base di presupposti generali discendenti da motivazioni eterogenee, genericità dei presupposti che rende difficile inoltre una verifica empirica della legittimità dell'intervento dell'autorità di p.s.», ricorda – a pp. 1688-89 nota 25 – che la Corte cost. nella dec. n. 503 del 1989 ha avuto modo di chiarire che il requisito dell'eccezionalità “non può certo consentire che alla riserva di giurisdizione... siano apportate deroghe aventi una sfera di applicabilità talmente ampia ed esaustiva da tradursi, a loro volta, in regola assoluta, così collocandosi agli antipodi di ciò che si intende per eccezionalità”; C. MAZZA, *La prigionie degli stranieri*, cit., 67.

³⁸ Sul punto, già come ben noto sottolineato nei suoi numerosi studi in materia da Alessandro Pace, si soffermano G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri*, cit., 1691 e *ivi* nota 30 (cui si deve la citazione di cui sopra nel testo); M. RUOTOLO, *sub art. 13*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 333; C. MAZZA, *La prigionie degli stranieri*, cit., 68.

³⁹ A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. citt.*, 2014, 31, secondo il quale «ancor meno importa la relativa etichettatura: si tratti di «detenzione», qualunque forma essa assuma; si tratti di restrizione, «qualsiasi altra» forma essa assuma...».

⁴⁰ Ad esempio, in Gran Bretagna laddove esiste «un ampio potere discrezionale nel decidere sulla libertà personale di esseri umani da parte degli ufficiali pubblici dell'immigrazione e dell'autorità a cui essi fanno riferimento, il *Chief Immigration Officers*. Quando a una persona viene negato il permesso di entrare nel Regno Unito oppure viene rifiutato il consenso all'ingresso in seguito a controlli effettuati ai porti d'entrata, l'*immigration officer* incaricato di valutare il caso specifico ha la facoltà di stabilire la detenzione amministrativa per l'interessato per il periodo strettamente necessario a determinare le direttive appropriate per eseguire l'allontanamento...» (C. MAZZA, *La prigionie degli stranieri*, cit., 108): di conseguenza, diventa fondamentale, appunto, il successivo controllo dell'*Asylum and Immigration Tribunal* (AIT) che, giudicando sulla richiesta di libertà provvisoria, deve stabilire se la detenzione è effettivamente giustificata e necessaria o meno.

⁴¹ Così A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, cit., 32.

siano destinatari dello specifico strumento limitativo della libertà personale.

Il problema relativo all'assenza di prescrizioni circa i "modi"⁴² in cui la libertà personale viene ristretta ex art. 13 Cost. attraverso il trattenimento nei centri rimane dunque irrisolto.

Se mediante la legge sono definiti i limiti della compromissione della libertà personale per quelle misure consistenti nella detenzione, nell'ispezione o nella perquisizione personale già tipizzate dalle leggi che ne prevedono i "casi", tanto più urgente sarà l'esigenza di definire per legge i "modi" rispetto a quelle misure che appaiono prive di qualunque collocazione sistematica e confluiscono nel titolo delle restrizioni della libertà personale⁴³: il provvedimento normativo in esame, invece, non ha evidentemente sentito questa urgenza.

La conseguenza è che attualmente le condizioni generali e dunque i "modi" del trattamento penitenziario del detenuto negli istituti di pena sono ben delineate – sia pure non senza qualche "zona oscura"⁴⁴ – dalla l. n. 354/1975 (O.P.) e completate dal Regolamento di esecuzione (n. 230/2000).

Questo avviene a partire dalle precondizioni essenziali, quali i requisiti strutturali che devono caratterizzare gli edifici penitenziari e i locali di soggiorno e di pernottamento, la quantità e la qualità del vestiario e del corredo da fornire a ciascun ristretto, la qualità specifica e le modalità d'uso dei servizi igienici, le caratteristiche dell'alimentazione e le modalità di somministrazione del vitto, il servizio sanitario, le disposizioni in tema di visite agli istituti ed altre ancora.

Invece, nel caso anche dei nuovi CPR pare che, fatta eccezione per quanto si dirà in ordine alle visite nei centri, il decreto non preveda nulla di tutto ciò.

Né può supplire a tale mancanza il rinvio che già il d. lgs. n. 286/1998 opera al Regolamento attuativo n. 394/1999 e in particolare agli artt. 20-23 dello stesso, che peraltro operano, a loro volta, un rinvio a fonti sub-regolamentari⁴⁵; e neppure può supplire il più recente Regolamento del 20 ottobre 2014⁴⁶ adottato dal Ministro dell'Interno allo scopo di superare le difficoltà di trattamento in precedenza rilevate, a tutela dei diritti umani degli "ospiti" e anche al fine di uniformare le condizioni di trattenimento.

Si tratta, infatti, di fonti secondarie o addirittura terziarie⁴⁷, le quali, nella misura in cui disciplinano una materia riservata in modo assoluto alla legge, determinano un "rovesciamento" dell'ordine gerarchico delle fonti del tutto illegittimo⁴⁸.

⁴² ... che costituiscono «il termometro della tutela dei diritti»: così G. SAVIO, *Lo stato di attuazione della direttiva rimpatri e il nuovo regolamento unico per i CIE*, in *Dir. imm. citt.*, 2014, 79; anche R. BIN, *Molti dubbi, un'unica certezza*, cit., 40, osserva che l'aspetto più degradante del trattenimento nei centri «non è tanto il trattenimento in sé, quanto lo sono le modalità con cui esso è attuato».

⁴³ Cfr. A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, cit., 12-13.

⁴⁴ È constatazione piuttosto diffusa in dottrina quella per la quale permangono ancora ambiti in cui il sistema normativo delineato dalla legge n. 354/1975 e successive modificazioni lascia sopravvivere «zone oscure» nelle quali sembrano affidati all'autorità penitenziaria spazi di intervento non sempre circoscritti in modo sufficientemente preciso: cfr., fra i tanti, G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 17 (cui si deve la precedente citazione); D. NOTARO, *Intervento*, in A. GABOARDI - A. GARGANI - G. MORGANTE - A. PRESOTTO - M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, cit., 47 nota 11, che sotto questo profilo parla di un vero e proprio «tallone d'Achille» della l. n. 354/1975.

⁴⁵ ... facenti capo alla fin fine al d. m. 21 novembre 2008 che realmente e nei fatti disciplina le modalità di organizzazione interna dei CIE e delle condizioni di vita dei "trattenuti": cfr. A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., 581, il quale osserva che la riserva di legge che la Costituzione imporrebbe essere assoluta «di rimbalzo in rimbalzo, finisce per essere soddisfatta da un capitolato d'appalto e dalle singole convenzioni stipulate tra le Prefetture e gli enti gestori del servizio nei CIE».

⁴⁶ ... recante "Criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di identificazione ed espulsione previsti dall'art. 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni".

⁴⁷ Così definisce i regolamenti ministeriali e quelli interministeriali F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2015, 196, secondo il quale, «non potendo dettare norme contrarie non solo alla legge ma anche ai regolamenti governativi, questi regolamenti s[on]o da ritenere fonti terziarie e non secondarie».

⁴⁸ Sul punto cfr. le osservazioni puntuali di A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., 581-82.

Si discorreva all'inizio di questo scritto di un'occasione persa: questa espressione era riferita alla circostanza che il decreto ben avrebbe potuto, invece di o oltre a ridenominare meramente i centri, procedere finalmente ad una indicazione delle modalità della restrizione di libertà che in essi si consuma: ma come si sarebbe potuto ottenere questo risultato?

Se si esclude la soluzione radicale, e tuttavia teoricamente prospettabile⁴⁹, di eliminare del tutto la possibilità di trattenere gli stranieri nei centri e di sostituirla con altre misure più o meno restrittive che consentano di controllare il migrante in attesa di espulsione evitandone la fuga e rendendo superfluo un periodo di trattenimento – quali l'obbligo di dimora, la libertà vigilata, la presentazione periodica all'autorità, l'uso di *electronic tags* per sorvegliare il soggetto, la consegna dei documenti – una soluzione allo stato forse più realistica sarebbe potuta essere, ad esempio, quella di estendere l'applicazione della disciplina contenuta nella succitata l. n. 354/1975 anche ai CPR⁵⁰.

È pur vero che lo straniero trattenuto nei centri non sta spiando una pena in esecuzione di una condanna ma sta semplicemente subendo una misura «neutra»⁵¹ finalizzata all'espulsione o al respingimento⁵², né la restrizione della libertà personale cui è sottoposto trova giustificazione in un'ordinanza di custodia cautelare, benché secondo alcuni a quest'ultima il trattenimento nei centri sia assimilabile⁵³.

È pur vero anche che, nella relazione di accompagnamento al T.U. Imm., si legge che i centri “sono estranei al circuito penitenziario”, che la circolare del 20 marzo 1998, n. 11 del Ministro degli Interni raccomanda che il trattenimento nel centro “non potrà in nessun caso assimilarsi all'applicazione di una sanzione detentiva” e che infine la stessa Consulta nella decisione n. 105 del 2001 ha potuto constatare che “il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime

⁴⁹ ... tant'è vero che era prevista come tale dalla direttiva europea rimpatri del 2008. Lo ricorda bene C. MAZZA, *La prigionia degli stranieri*, cit., 134, la quale peraltro ritiene che la soluzione più realistica è quella di ridurre drasticamente il ricorso al trattenimento nei centri, da un lato, e di umanizzare e di migliorare il sistema dei centri, dall'altro, in modo tale da rendere più umane e rispettose dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti le condizioni del trattenimento, con particolare riferimento alle condizioni igienico-sanitarie, alla qualità dei servizi erogati e alle attività organizzate all'interno delle strutture (cfr., *op. cit.*, partic. 135, 137 e 141).

⁵⁰ Anche A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione*, cit., 40, osserva – sia pure in relazione ai “vecchi” CIE – che il “rischio” che siano applicati ai centri i parametri penitenziari «non sarebbe da prospettare in termini negativi, a meno che, in fondo, non si coltivi il timore d'un possibile incremento delle garanzie»; anche A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2014, 22, osserva che i “trattenuti” nei centri «sono detenuti di fatto, ma non di diritto. Attraverso un abile gioco di prestigio, il formalismo giuridico nega si tratti di sanzioni penali, battezzando quei regimi con *nomina iuris* differenti... Si creano così le basi giuridiche per consegnare quei soggetti reclusi a un sottosistema giuridico meno garantista di quello comune, che invece – in una logica di tutela – andrebbe esteso dal diritto *penale* all'intero diritto *punitivo*...»; cfr. pure C. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di “immigrazione clandestina”: un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2017, 4, secondo cui il trattenimento «è una vera e propria forma di detenzione in strutture para-carcerarie, senza, tuttavia, le tutele proprie del diritto, del processo e dell'esecuzione penale» e dunque ragiona nei termini di «truffa delle etichette».

⁵¹ E. GIANFRANCESCO, *Trattenimento temporaneo, accompagnamento coattivo alla frontiera ed espulsione amministrativa tra libertà personale, libertà da prestazioni personali e libertà di circolazione*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti*, cit., 103.

⁵² E infatti, come nota G.E. SAVIO, *La progressiva erosione del controllo giurisdizionale nelle procedure di allontanamento dei migranti*, in *Quest. Giust.*, 2013, II, 176-78, mentre il detenuto in espiazione di pena conosce la durata della stessa, il “trattenuto” nel centro non conosce la durata del trattenimento, dipendendo questa da circostanze, quali l'organizzazione del rimpatrio, devolute alla Pubblica Amministrazione.

⁵³ Così R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti*, cit., 11, mentre per D. PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione*, cit., 4, il trattenimento «sembra rappresentare un'inedita forma di custodia giudiziaria coattiva con funzione preventiva, volta ad evitare la “dispersione” degli immigrati irregolari sul territorio dello Stato».

diverso da quello penitenziario”.

Tuttavia, è vero anche che, al di là delle “etichette”, la stessa struttura dei centri conferma l’assimilazione con la reclusione in carcere.

I centri sono per lo più strutturati, infatti, secondo moduli che isolano fra di loro le parti destinate all’alloggio ed ai servizi interni al centro⁵⁴, divisione che in alcuni casi è operata mediante vere e proprie recinzioni interne secondo lo schema classico degli istituti penitenziari «caratterizzato da blocchi abitativi isolati dal resto della struttura, elevate mura di cinta, recinzioni interne a separare gli spazi, presidiati all’esterno dalle forze dell’ordine...»⁵⁵.

La libertà di movimento all’interno dei centri, che pure «in teoria dovrebbe essere garantita a chi è soggetto a una detenzione di tipo amministrativo, viene generalmente e di fatto negata»⁵⁶.

Addirittura in alcuni centri le imposizioni risultano essere più restrittive di quelle previste nei penitenziari, se si considera la sostanziale assenza nei centri stessi di servizi di intrattenimento e di attività di svago e l’impossibilità di possedere libri e giornali da leggere⁵⁷.

Non solo, ma si pensi anche alla promiscuità, quanto a *status* giuridico, degli stranieri trattenuti nei vari centri senza che siano in alcun modo considerate e soppesate le ragioni per le quali sono irregolarmente presenti sul territorio.

Si pensi ancora al problema del sovraffollamento che pure sembra accomunare centri e carceri e che genera tensioni e acuisce le già rilevanti difficoltà relazionali fra i diversi soggetti coinvolti nella realtà detentiva, come ampiamente dimostrato dal fatto che il livello di violenza, il numero delle agitazioni e dei tentativi di fuga nonché i casi di autolesionismo sono estremamente elevati e diffusi nei centri⁵⁸.

Anche per i centri potrebbe, dunque, non essere azzardata la definizione, utilizzata in dottrina per descrivere l’attuale stato delle carceri italiane, di «deposito di corpi in cattività»⁵⁹.

Sembra quasi di poter concludere che il centro «si specchia nel carcere riconoscendosi nella sua immagine riflessa»⁶⁰.

D’altra parte, si consideri anche la durata del trattenimento nel centro, che secondo alcuni potrebbe costituire sotto il profilo costituzionale il vero *punctum dolens* di un istituto che altrimenti non potrebbe ritenersi costituzionalmente illegittimo *ex se*⁶¹: ebbene, la

⁵⁴ ... quali la mensa e i luoghi destinati alle attività creative.

⁵⁵ A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., 580.

⁵⁶ C. MAZZA, *La prigione degli stranieri*, cit., 85.

⁵⁷ Sul punto cfr. C. MAZZA, *La prigione degli stranieri*, cit., 88, la quale osserva che ai “trattenuti” è perlopiù fatto divieto di possedere un accendino per potere fumare e viene anche sottratto loro il cellulare per evitare che scattino foto e creino filmati nella struttura e per evitare che producano testimonianze documentate, ostacolando, però, in tal modo anche la comunicazione con l’esterno che spetterebbe di diritto: l’Autrice ricorda così che «è molto diffusa tra i migranti ex detenuti la convinzione che “si stia meglio in carcere, vogliamo tornare in carcere... qui viviamo come animali”».

⁵⁸ Cfr. C. MAZZA, *La prigione degli stranieri*, cit., 140, la quale osserva che le ragioni di questa situazione «possono essere intraviste nelle condizioni stesse del trattenimento e nella situazione di promiscuità in cui i migranti si trovano a vivere, nonché nelle ragioni stesse della detenzione. Queste ultime in particolare, non venendo quasi mai esplicitate, risultano agli occhi degli stessi trattenuti come incomprensibili, immotivate, ingiuste»: l’Autrice ricorda che la situazione è parzialmente diversa in altri Stati, come avviene nel caso francese laddove i CRA, avendo in media sessanta posti in luogo dei molto più elevati posti in media delle strutture italiane, hanno dimensioni assai più contenute rispetto ai Centri italiani e dunque sono più facilmente gestibili, tanto più a fronte di un tempo medio di permanenza inferiore nei centri francesi rispetto a quello che caratterizza i centri italiani.

⁵⁹ A. PUGIOTTO, *Progettare lo spazio della pena: il fatto, il non fatto, il mal fatto*, in F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013, 66.

⁶⁰ A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., 587.

⁶¹ Cfr. F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, Milano,

durata del trattenimento assume un peso notevole rispetto all'assimilazione fra il trattenimento e l'espiazione di una pena detentiva.

Sotto questo profilo non c'è dubbio che tale durata, come s'è già detto in precedenza, con la l. n. 163/2014 è stata significativamente ridotta da diciotto mesi a novanta giorni o perfino a trenta giorni soltanto qualora il soggetto che deve essere espulso abbia già trascorso almeno tre mesi in carcere.

Tuttavia, alcune osservazioni sembrano imporsi come doverose.

Prima di tutto il periodo di novanta giorni è comunque un tempo di detenzione non irrilevante.

In secondo luogo il d. lgs. n. 142/2015, come già detto, ha previsto la possibilità di prorogare il trattenimento nei centri dei richiedenti la protezione internazionale che costituiscono un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica e per i quali sussista rischio di fuga fino a ben dodici mesi e dunque per un periodo di tempo assai significativo⁶².

Occorre notare anche che il d. l. n. 13/2017 qui esaminato – sul punto non modificato dalla legge di conversione – si muove nell'intento di prolungare il trattenimento nei centri degli stranieri che già erano stati trattenuti per almeno novanta giorni in una struttura carceraria; il decreto prevede inoltre più nel dettaglio, come già detto in precedenza, che, nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio, tali stranieri possono ora essere trattenuti dopo gli iniziali trenta giorni per un ulteriore periodo di quindici giorni, sia pure previa convalida della proroga da parte del giudice di pace.

Ultimo argomento di un certo peso può essere quello che il provvedimento in esame ha previsto che il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale eserciterà "tutti i poteri di verifica e di accesso" di cui al d. l. n. 146/2013, come convertito in l. n. 10/2014: quest'ultimo, a sua volta, dispone, come già anticipato in precedenza, all'art. 7, comma 5, lett. e) che il Garante medesimo verifichi il rispetto degli

2012, 241, secondo cui il trattenimento appare costituzionalmente legittimo a prescindere dalla presenza nell'ordinamento del reato di ingresso e soggiorno irregolare, tanto più che, come noto, l'art. 5, comma 1, lett. f) CEDU statuisce che ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza e nessuno può essere privato della libertà a meno che non si tratti di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione: secondo l'A., dunque, sarebbe caso mai l'eccessiva durata a rendere la misura di dubbia costituzionalità. La tesi, peraltro, è criticabile già nei suoi fondamenti di base. A parte il fatto che la giurisprudenza della Corte EDU chiarisce che la detenzione ex art. 5, comma 1, lett. f), per essere legittimamente realizzata, deve presentare tutta quanta una serie di requisiti (su cui cfr. esaurientemente M. GIALUZ, *sub art. 5*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 136-39), comunque non è detto che l'obbligo di conformarsi alla CEDU «permanga davanti a norme di essa che tutelano un diritto fondamentale meno di quanto non faccia la nostra Cost. Così è per il diritto alla vita, che per noi non cede mai alla pena di morte, mentre per la Convenzione può cedere. Così è per la stessa libertà personale, che il già citato art. 5 [CEDU] prevede possa essere limitata anche a danno di un alcoolizzato, un tossicomane, un vagabondo, una sequenza che molto difficilmente supererebbe un vaglio interno di costituzionalità»: G. AMATO, *Prefazione*, cit., 12; analogamente cfr. già G. D'ORAZIO, *Straniero (condizione giuridica dello)*. I. *Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XXX, Roma, 1993, *ad vocem*, 2; 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*, cit., 175; I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una "terra di nessuno" tra ordine giuridico e fatto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 2006, 32, la quale osserva altresì che l'art. 5 CEDU è norma «eccessivamente generica e, quindi, inidonea ad offrire un valido fondamento giuridico costituzionale all'istituto del trattenimento dello straniero...»; L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive*, cit., 84.

⁶² Che ciò determini una probabile violazione dell'art. 3 Cost., essendo la durata massima di trattenimento del richiedente protezione internazionale di dodici mesi sproporzionata rispetto alla durata massima del trattenimento ordinario dello straniero espellendo, sostiene giustamente F.V. VIRZI, *La logica dell'accoglienza: commento al d. lgs. n. 142/2015*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, n. 3-4, 120-24, il quale osserva anche altrettanto correttamente che il d. lgs. n. 142/2015 non recepisce la direttiva 2013/32/UE in cui è richiesto per quanto è possibile che i richiedenti siano tenuti separati dai cittadini di Paesi terzi che non hanno presentato domanda di protezione internazionale.

adempimenti connessi al rispetto dei diritti, relativi in particolare alle modalità di trattenimento, previsti dagli artt. 20, 21, 22 e 23 Reg. n. 394/1999 e successive modificazioni presso i centri di cui all'art. 14 d. lgs. n. 286/1998, accedendo senza restrizione alcuna in qualunque locale.

Ciò significa che i compiti di quest'organo non sono circoscritti alla vigilanza e al controllo delle condizioni di detenzione di coloro che sono reclusi in un istituto di pena, ma sono estesi anche ai "trattenuti" nei centri: di conseguenza, questo sembrerebbe un ulteriore indizio per un'assimilazione fra "trattenuti" nei centri e detenuti nelle carceri, sia pure, lo si ripete, entro il perimetro costituito dal fatto che i "trattenuti" non stanno spiando una pena, né sono stati colpiti da un provvedimento di custodia cautelare.

Se ciò ancora non bastasse, si potrebbe anche ricordare che in sede di conversione del decreto in esame è stata introdotta una norma in virtù della quale "nei centri... si applicano le disposizioni di cui all'art. 67 della legge 26 luglio 1975, n. 354...": da questa previsione si inferisce la conseguenza che i centri sono parificati agli istituti penitenziari quanto all'indicazione dei soggetti abilitati a visitare gli stessi centri ed istituti, con particolare riferimento, ad esempio, ai ministri del culto cattolico e di altri culti.

Insomma, se quanto finora esposto può dimostrare che il trattenimento nel centro è *sostanzialmente* assimilabile alla detenzione nel carcere⁶³ e, per riprendere un'efficace espressione, in un carcere «particolarmente chiuso e opaco agli sguardi esterni»⁶⁴, allora, come già anticipato, si potrebbe pensare di estendere l'applicazione della legge sull'Ordinamento penitenziario anche ai soggetti trattenuti nei centri.

Oppure si potrebbe immaginare perfino, conseguendo lo stesso risultato pratico, di eliminare i centri e di trattenere questi soggetti negli stessi istituti penitenziari⁶⁵, sia pure separandoli dai "detenuti ordinari", ipotesi questa possibile, del resto, in quanto ammessa dalla stessa "Direttiva rimpatri" 2008/115/CE all'art. 16, comma 1⁶⁶.

⁶³ In uno scritto apparso nel 2000 L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, 12 nota 5, osservava che «la sola differenza pratica tra le caratteristiche della detenzione amministrativa e di quella penale sta nella «libertà di corrispondenza con l'esterno» prevista per la prima condizione, dall'art. 14, comma 2, ult. parte del testo unico»; più di recente sull'assimilazione fra centri e carcere cfr. M. RUOTOLO, *Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso*, in *Dir. soc.*, 2012, 570 e *ivi* nota 7, dove l'Autore ricorda la definizione data dei CIE da Giuliano Amato secondo cui essi sono «una sorta di carcere per reietti nel quale non valgono le garanzie del carcere».

⁶⁴ L'espressione è stata utilizzata dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale nella Relazione presso la Camera dei Deputati del 21 marzo 2017, rep. in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2017, 17.

⁶⁵ ... così come avviene, ad esempio, in Germania, laddove, appunto, il trattenimento è eseguito anche in apposite strutture penitenziarie, come ricorda A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione*, cit., 40 nota 66, oppure in Gran Bretagna, laddove i migranti in attesa di espulsione vengono trattenuti anche nei centri penitenziari e ciò in particolare quando uno straniero giudicato colpevole di aver commesso un reato, dopo aver scontato la pena detentiva, continua a rimanere in carcere a causa di indisponibilità di posti nei vari *Immigration Removal Centers* (IRC) attivi, così come rammenta C. MAZZA, *La prigionia degli stranieri*, cit., 112-113, la quale ricorda altresì che nel 2010 il 18-20% del totale degli stranieri destinatari di un decreto di espulsione è stato trattenuto nelle carceri e non nei centri preposti. Resterebbe forse da superare lo scoglio della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 5 CEDU, giurisprudenza che afferma la tendenziale illegittimità dell'esecuzione in un istituto penitenziario di una detenzione finalizzata all'espulsione: sul punto cfr. F. VIGANÒ - L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2010, 567.

⁶⁶ "Il trattenimento avviene di norma in appositi centri di permanenza temporanea. 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 trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari". In senso perlomeno parzialmente diverso da quanto si sostiene *supra* nel testo si esprime G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., 36-37 nota 1, il quale rileva che, «a parte le complesse problematiche di ordine logistico e organizzativo, che discendono dalla possibilità di utilizzare gli Istituti penitenziari per finalità diverse da quelle istituzionali, è evidente che la prescrizione finale dell'art. 16 in questione – la quale impone la separazione degli stranieri trattenuti dai detenuti ordinari – consenta di superare ogni dubbio sul fatto che, nella situazione tipizzata, il carcere costituisca un mero luogo fisico, nel quale trattenere lo straniero irregolare secondo la specifica

In entrambe queste ipotesi prospettate sarebbe fatta salva la riserva di legge di cui all'art. 13 Cost. con particolare riferimento, come già detto, ai "modi" della restrizione della libertà personale.

D'altra parte, la soluzione consistente nell'applicare la legge sull'Ordinamento penitenziario anche ai soggetti trattenuti nei centri eviterebbe anche tutte le assai note questioni problematiche concernenti l'attribuzione al giudice di pace del potere di convalida per quanto riguarda i provvedimenti con cui si dispone il trattenimento dello straniero: si tratta di questioni a cui né il decreto-legge in esame e la conseguente legge di conversione, né i già precedenti interventi normativi in materia pongono affatto rimedio, se non con riferimento ai richiedenti protezione internazionale per i quali la convalida non avviene da parte del giudice onorario.

Quanto alla competenza del giudice di pace *in subiecta materia*, è risaputo che essa ha, fin dalla sua introduzione nel 2004, generato vari dubbi di legittimità costituzionale: tali dubbi sono incentrati principalmente sulla considerazione per cui, quando è in gioco l'*habeas corpus*, il significato costituzionale della riserva di giurisdizione impone di attribuire la relativa competenza al giudice professionale, il cui *status* ordinamentale, così come delineato dalla Costituzione, lo pone nelle condizioni di esercitare un controllo forte sulla legittimità della coercizione personale provvisoria disposta dall'autorità di polizia⁶⁷.

Se con riferimento ai "trattenuti" si applicassero la l. n. 354/1975 e tutte le garanzie giurisdizionali da essa previste – con particolare riferimento alla possibilità dell'intervento del magistrato di sorveglianza – è evidente che questa problematica non sussisterebbe più⁶⁸.

3. La disciplina degli *hotspots*: aspetti di dubbia costituzionalità.

Come si è ricordato all'inizio di questo scritto, l'art. 17, comma 3 del decreto in esame introduce, sul punto non modificato dalla legge di conversione, l'art. 10-*ter* nel d. lgs. n. 286/1998, prescrivendo quanto segue: lo straniero che sia rintracciato in occasione

regolamentazione della misura coercitiva *de qua*, non potendo trovare applicazione alcuna delle norme contenute nella legge sull'ordinamento penitenziario. Se così non fosse, invero, si trasformerebbe, surrettiziamente, il trattenimento in una misura detentiva di natura penale, in aperto contrasto con la *ratio* della Direttiva 2008/115/CE, cit., che obbliga gli Stati membri al rigoroso rispetto dei principi di gradualità e di proporzionalità nella previsione degli strumenti finalizzati all'allontanamento dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare»; sul punto cfr. anche B. NASCIBENE, *Straniero (dir. internaz.)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 905, il quale si esprime in senso contrario a trattenere gli stranieri, anziché in apposite strutture, negli edifici carcerari.

⁶⁷ A. CAPUTO-L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 3, part. 23; A. CAPUTO, *La protezione costituzionale della libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2008, n. 6, 157; il parere del 10 giugno del 2009 del CSM riportato da L. CORDI, *sub art. 1 c. 22*, in S. TOVANI - A. TRINCI (a cura di), *Il pacchetto sicurezza. Commento organico alla legge 15 luglio 2009, n. 94, recante modifiche al sistema penale, al codice di procedura penale ed alla legislazione speciale (in materia, tra l'altro, di stranieri, codice della strada, misure di prevenzione)*, Roma, 2010, 192; C. CORSI, *Straniero*, cit., 873 nota 73; A. CAPUTO, *Giurisprudenza costituzionale e immigrazione illegale*, in *Cass. pen.*, 2013, 430; A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., 588.

⁶⁸ Potrebbero però residuare comunque altre problematiche: ad esempio, una questione che è stata posta in dottrina è quella relativa alla circostanza che in non poche decisioni la Corte di Cassazione ha affermato l'insindacabilità del provvedimento di espulsione in sede di convalida del trattenimento sulla base del presupposto che la ricostruzione restrittiva dei poteri del giudice del trattenimento deriverebbe dall'esistenza di un'autonoma sede di impugnazione per il decreto prefettizio: senonché la conseguenza di tale tesi è che il trattenimento deve essere convalidato quand'anche il decreto d'espulsione risulti palesemente illegittimo con l'effetto di sacrificare il bene della libertà personale, di menomare la riserva di giurisdizione nel suo significato costituzionale e di abrogare nei fatti la lettera dell'art. 14, comma 4 T.U. Imm. nella parte in cui è prescritta la verifica dei requisiti previsti dall'art. 13 (sul punto cfr. A. MARLETTA, *Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Criminalia*, 2012, 605-06). Il punto – pare evidente – andrebbe dunque chiarito in sede legislativa.

dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna, oppure che sia giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare deve essere condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito sia delle strutture di cui al d. l. n. 451/1995 – convertito, con modificazioni, dalla l. n. 563/1995 – sia delle strutture di cui all'articolo 9 del d. lgs. n. 142/2015: presso i medesimi punti di crisi sono altresì effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico.

Prima di approfondire l'esame di questa disposizione è bene rammentare che cosa sono i punti di crisi, cioè i cosiddetti *hotspots*.

Con questo termine si intendono quei centri nei quali vengono identificati i migranti al loro primissimo arrivo e che «costituiscono allo stesso tempo un luogo e una procedura»⁶⁹ o, come è stato pure detto, «un luogo e anche... una funzione»⁷⁰.

Vediamo in che senso.

Si tratta infatti non solo di un luogo fisico dove le persone giungono al loro primo arrivo per ricevere assistenza ed essere fotosegnalate e inserite nel database europeo Eurodac ma anche di una funzione di sostanziale diversificazione di coloro che dovranno essere ricollocati in Europa, di coloro che richiedono una protezione internazionale e di coloro che sono destinati a provvedimenti di respingimento o di espulsione.

Tali centri sono stati istituiti dall'Agenda europea sulla migrazione, adottata dalla Commissione europea il 13 maggio 2015 attraverso una comunicazione⁷¹, e nel nostro ordinamento sono stati disciplinati da alcune disposizioni amministrative denominate "Procedure Operative Standard (SOP)" e pubblicate dal Ministero dell'Interno⁷².

Esse presentano un regime giuridico «tutto giocato a livello di *soft law*»⁷³: dalla lettura di tali disposizioni si inferisce che la persona può uscire dalla struttura solo dopo essere stata foto-segnalata, concordemente con quanto previsto dalle norme vigenti, se sono state completate tutte le verifiche di sicurezza nei database, nazionali ed internazionali, di Polizia; il tempo di permanenza è dunque indeterminato e rimesso di fatto allo svolgimento della procedura di foto-segnalamento e di rilevamento delle impronte.

Ciò ha ingenerato discussioni sotto il profilo puramente costituzionale non foss'altro perché la nostra Costituzione all'art. 10, comma 2 prevede una riserva di legge, anche rinforzata, in materia di condizione giuridica dello straniero⁷⁴ e una riserva di legge in tema di restrizioni della libertà personale che ne delinea casi e modi, proprio all'art. 13.

⁶⁹ Così A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, 2016/3, 283.

⁷⁰ Così il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale nella Relazione in precedenza già citata nel corso di questo lavoro, rep. in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2017, 14; secondo 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 e in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, 17 maggio 2017, 19, l'*hotspot* è tanto un luogo quanto un «metodo» di gestione del fenomeno migratorio quando quest'ultimo sia caratterizzato da eccezionali, concentrati e imprevedibili flussi "misti" di persone.

⁷¹ Commissione europea, 13 maggio 2015 COM (2015) 240 final, Bruxelles.

⁷² Il documento è rep. sul sito del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione: in dottrina cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni. Sociologia dell'underworld del comando globale*, Milano, 2016, 75 ss.

⁷³ A. ALGOSTINO, *op. e loc. ult. cit.*

⁷⁴ Peraltro, sia la dottrina (cfr., per tutti, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 233; I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero*, cit., 12) sia la giurisprudenza costituzionale (cfr. già la dec. n. 54 del 1979, secondo la quale "è vero che la condizione giuridica dello straniero... è regolata in conformità delle norme e dei trattati internazionali, ma ciò non significa che si debba presumere la legittimità costituzionale di tutte le leggi ordinarie emanate in esecuzione dei trattati stessi", poiché sempre "s'impone la comune esigenza di verificare la conformità delle leggi e delle fonti equiparate rispetto ad ogni norma o principio costituzionale") sono nel senso di negare che si debba presupporre aprioristicamente la legittimità costituzionale di tutte le leggi ordinarie emanate in esecuzione di trattati internazionali, venendosi altrimenti a creare uno spazio di legislazione ordinaria sottratto al controllo di costituzionalità.

Più in particolare, si è fin da subito da più parti rilevato quanto segue.

Nella misura in cui l'*hotspot* ha il compito, da un lato, di prima accoglienza e soccorso, e, dall'altro, di accertamento rapido ed efficace dell'identità dell'immigrato, emerge evidente il problema principale, ad esso collegato, e cioè il prelievo delle impronte.

Se è vero che senza la schedatura dell'immigrato appena sbarcato crolla fatalmente l'"impianto *hotspot*" e che l'obbligo di procedere a carico degli Stati membri al rilevamento delle impronte digitali è posto dal Regolamento UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, n. 603⁷⁵, è anche ed altrettanto vero, però, che l'adempimento di un simile obbligo di origine europea non può condurre all'introduzione di norme contrarie ai principi inviolabili della persona umana e specificamente alla libertà personale che non può essere menomata neppure da norme comunitarie⁷⁶.

Nell'ordinamento costituzionale italiano il prelievo forzoso delle impronte può avvenire solo nei confronti di un soggetto in stato di fermo, situazione nella quale non si trova una persona appena sbarcata⁷⁷: di conseguenza, molti hanno obiettato che un giudice non potrebbe ordinare in questi casi il prelievo coatto, a maggior ragione in assenza di una legge o di un atto equiparato che stabilisca i casi e i modi in cui ciò possa avvenire⁷⁸.

Non è un caso, d'altronde, che, nel dicembre del 2016, in relazione al più noto degli *hotspots*, cioè quello di Lampedusa, la Grande Camera della Corte EDU con la sentenza Khlaifia abbia condannato l'Italia per fatti risalenti al 2011: la condanna è avvenuta a causa della violazione dell'art. 5 CEDU sulla base del principio che gli stranieri ivi presenti erano stati privati della libertà personale senza alcuna base legale e senza la possibilità di fare ricorso all'autorità giurisdizionale⁷⁹.

È chiaro che il fatto che gli *hotspots* siano adesso disciplinati da una fonte avente rango primario – quale è la l. n. 46/2017 di conversione del d. l. n. 13/2017 – significa che è stata loro conferita una base legale.

Ma per ricondurre la gestione della fase di prima accoglienza nei confini della legalità costituzionale è necessario che la legge detti una disciplina analitica di tale fase, precisando le condizioni entro cui gli stranieri irregolari possono essere privati eventualmente della libertà, e soprattutto introducendo garanzie che rendano tale privazione compatibile con i limiti di cui all'art. 13 Cost.⁸⁰.

⁷⁵ Cfr. partic. gli artt. 9 e 14 del suddetto Regolamento, il quale 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 ai 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.

⁷⁶ Per l'osservazione che la giurisprudenza costituzionale in tema di controlimiti, a partire dalla dec. n. 183 del 1973, pur riconoscendo la *primauté* del diritto europeo nelle materie di competenza dell'Unione, ha riconosciuto quei principi fondamentali che non possono essere lesi neanche da norme comunitarie cfr. G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme*, cit., 6-7.

⁷⁷ Sul punto cfr. la Relazione del Garante nazionale più volte citata in questo scritto, in cui lo stesso afferma che «l'Italia non ha accolto la sollecitazione, formulata da alcuni Paesi, a forzare il prelievo di impronte e questo è un punto di merito. La via è quella di informare il migrante e convincerlo ad accettare il foto-segnalamento, anche attraverso l'impiego di rappresentanti di organizzazioni internazionali e nazionali. Tuttavia il convincimento ha una durata variabile e finisce per configurarsi una situazione *de facto* di privazione della libertà senza un preciso atto formale ricorribile e senza tutela giurisdizionale. Una situazione potenzialmente in violazione dell'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»: così la suddetta Relazione, rep. in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2017, 15.

⁷⁸ Sul punto cfr. le osservazioni di R. CHERCHI, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in *www.gruppodipisa.it*, 2016, 48-49.

⁷⁹ Per un commento alla sentenza Khlaifia cfr. A. GILIBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016, 1 ss.

⁸⁰ Cfr. sul punto L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive*, cit., 92, il quale *ivi* in nota 55 osserva che in Francia, ad esempio, la fase dell'arrivo sul territorio nazionale dello straniero privo del titolo di ingresso è

In realtà, questa base legale è del tutto fittizia o, per meglio dire, il decreto – così come pure la successiva legge di conversione – sembra contenere soltanto una sorta di “rinvio in bianco o al buio”, cioè a norme che non dicono alcunché.

Infatti la disciplina dei punti di crisi rinvia innanzitutto alle strutture di cui ad un decreto-legge del 1995 e alla relativa legge di conversione, la cosiddetta legge Puglia.

Essa, nel consentire “l’istituzione, a cura del Ministero dell’Interno e in accordo con la Regione Puglia, di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi per le esigenze di prima assistenza a favore dei predetti gruppi di stranieri” (art. 2), nulla chiarisce in ordine soprattutto alla natura e all’organizzazione dei centri. In merito poi alle strutture di cui all’art. 9 del d. lgs. n. 142/2015, cui pure fa rinvio il d. l. n. 13/2017, cioè ai già tanto discussi sotto il profilo costituzionale⁸¹ centri di prima accoglienza (CPSA), anche in questo caso la norma non contiene alcuna ulteriore indicazione se non quella che fornisce la denominazione e che segnala la possibilità di apertura da parte del Ministero dell’Interno.

La conseguenza più immediata è che viene rimessa all’assoluta discrezionalità dell’autorità di polizia «la concreta gestione di fasi procedurali dense di diritti fondamentali»⁸², quali sono la prima identificazione e l’informazione sulle procedure di protezione internazionale, e che gli *hotspots* si configurano «come una sorta di *limbo* giuridico, particolarmente allarmante nel caso di permanenze prolungate»⁸³.

4. Conclusioni.

L’impressione è che il decreto in esame – e allo stesso modo la legge di conversione – in tema di detenzione amministrativa nei centri, sia nei CPR sia negli *hotspots*, intenda seguire un percorso che ha come meta finale una “minimizzazione” delle libertà personale⁸⁴ che da molti anni connota gli interventi normativi *in subiecta materia*.

normativamente regolata da quando la l. n. 625/1992 ha per la prima volta disciplinato le cosiddette “*zones d’attente*”, subordinando al controllo dell’autorità giurisdizionale la possibilità di privare lo straniero della libertà personale; sull’esperienza francese dei *Centres de Rétention Administrative* (CRA) cfr. anche C. MAZZA, *La prigione degli stranieri*, cit., 95-107.

⁸¹ Sul punto cfr. A. NATALE, *I migranti e l’habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso di Lampedusa*, in *Quest. giust.*, 2013, II, 185 ss., partic. 195, laddove l’Autore osserva quanto segue: «è da escludere... che la funzione dei CPSA... – diversa rispetto a quella dei CIE – possa marcare una differenza tale da giustificare un diverso livello di garanzie per situazioni di trattenimento che sono pur sempre subite dal migrante trattenuto nei CPSA».

⁸² L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa*, cit., 3, il quale si chiede: «i nuovi “punti di crisi” saranno strutture aperte, da cui lo straniero resterà libero di allontanarsi, o luoghi chiusi, dove lo straniero in attesa dell’identificazione sarà sottoposto a privazione della libertà? Se, come accade non di rado, le procedure di identificazione non si risolvono nel volgere di poche ore, ma si prolunghino per giorni (spesso anche per il rifiuto dello straniero di sottoporsi al prelievo delle impronte), su quali basi legali lo straniero, prima dell’eventuale trasferimento in un CPR, potrà essere trattenuto nel punto di crisi? Potrà lo straniero essere trattenuto per giorni senza un provvedimento formale, e senza un controllo da parte dell’autorità giudiziaria?»; sul punto cfr. anche C. PANZERA, *Emergenza immigrazione, regimi speciali, diritti fondamentali*, cit., 622-23, il quale discorre di «un’oggettiva restrizione della libertà personale del migrante, rimessa in tutto e per tutto ad organi del potere esecutivo, al di fuori del quadro di garanzie costituzionali e convenzionali... previste per tali ipotesi: riserva di legge e di giurisdizione, anzitutto, ma anche tassatività delle ipotesi di trattenimento».

⁸³ Così nella ripetutamente citata Relazione il Garante nazionale, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2017, 15, il quale conclude che «purtroppo tale prolungata permanenza ha spesso riguardato i soggetti più deboli, più vulnerabili: in molti casi i minori non accompagnati». Sul punto va peraltro segnalato che in sede di conversione del decreto in esame è stata introdotta una norma – l’art. 19-*bis* – secondo la quale “le disposizioni del presente decreto non si applicano ai minori stranieri non accompagnati”.

⁸⁴ Di «bagatellarizzazione della libertà personale» del migrante irregolare discorre in dottrina L. MASERA, *op. e loc. ult. cit.*, riprendendo un’espressione di A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali*, in *Quest. giust.*, 2009, 85: l’Autore lamenta che il sistema normativo «sembra considerare tollerabile che tale libertà [personale] possa essere compressa

Se dunque è vero che, come si è cercato di dimostrare, sia la l. n. 46/2017 di conversione del d. l. n. 13/2017, sia i precedenti interventi normativi relativi all'istituto del trattenimento presentano aspetti di dubbia legittimità costituzionale, sembra allora che la materia del trattenimento nei centri sia una di quelle materie in cui è più urgente che si solleciti un intervento da parte della Corte costituzionale, le cui prese di posizione sul tema risalgono anche a più di quindici anni fa.

Affinché, però, la Corte possa pronunciarsi nel merito e non debba, a causa della "strutturazione" dell'ordinanza di rimessione, arrestarsi alle soglie del giudizio pronunciando una decisione processuale, appare imprescindibile quanto segue. I giudici di pace devono superare la tradizionale ritrosia da sempre mostrata nel sollevare dinanzi alla Consulta le pur numerose questioni problematiche presenti nella disciplina sul trattenimento⁸⁵ e inoltre le *quaestiones* che siano poste devono presentare anche il pre-requisito della precisione nella formulazione.

Queste questioni, se mal costruite e male argomentate, possono determinare una risposta di chiusura da parte della Consulta: così è avvenuto, ad esempio, in riferimento all'atto di promovimento del Giudice di pace di Roma «sgangherato giuridicamente»⁸⁶ e dunque respinto come manifestamente inammissibile dall'ordinanza n. 94 del 2014.

È necessario invece, come ben è stato detto, proporre questioni di costituzionalità attraverso le quali incidere in profondità sulla stessa natura amministrativa del trattenimento⁸⁷.

D'altronde, una volta investita correttamente della questione di costituzionalità in esame, è auspicabile che la Corte riveda l'approccio che ha mostrato incidentalmente di seguire fin già dalla decisione n. 105 del 2001: in base a tale approccio, qualora venga in gioco l'istituto della pre-cautela processuale, lo schema adottato dalla Corte è quello tradizionale, che prevede un'attenta valutazione dell'indispensabilità del sacrificio da imporre al massimo diritto comprimibile; se, invece, è coinvolta la misura amministrativa del trattenimento dello straniero irregolare, le maglie del giudizio si allargano, ancorché il bene mortificato sia esattamente lo stesso⁸⁸.

** Ricercatore di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi "Aldo Moro" di Bari.

de facto dall'autorità di polizia, al di fuori di qualsivoglia disciplina legale e di qualsiasi controllo da parte dell'autorità giudiziaria. Una soluzione, questa, che non sarebbe neppure immaginabile nei confronti di cittadini italiani, ed è a tutti gli effetti degna di uno stato di polizia, piuttosto che di uno stato di diritto» (pp. 3-4).

⁸⁵ Sul punto cfr. le osservazioni di L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive*, cit., 83.

⁸⁶ A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., 594 nota 69, il quale ricorda che i profili di illegittimità prospettati dal giudice *a quo* si muovevano nell'orizzonte della violazione della riserva di legge concernente l'organizzazione degli uffici giudiziari (più che nella prospettiva della tutela della libertà personale dello straniero trattenuto nel CIE) e conclude che «anche in ragione di ciò, l'ord. n. 94/2014 appare munita di una ridottissima portata di precedente, rispetto ai dubbi di costituzionalità prospettati nel testo»; diversamente sembra invece esprimersi M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 2017, 57, secondo cui l'inammissibilità pronunciata dalla Corte nella dec. n. 94 del 2014 è caratterizzata dalla «severità del giudizio».

⁸⁷ A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., 594, osserva che è necessario «proporre mirate questioni di legittimità costituzionale capaci di fare breccia nelle mura che circondano, proteggendoli, i centri per stranieri; breccie attraverso le quali sarà possibile tentare un assalto frontale alla stessa natura (formalmente) amministrativa del trattenimento».

⁸⁸ Cfr. F.B. MORELLI, *Intervento*, cit., 101, il quale osserva che «è dunque lecito chiedersi se uno straniero goda effettivamente di un trattamento peggiore, quando entri nel territorio italiano senza averne diritto; non appena ciò accada i suoi diritti fondamentali subiscono un anomalo calo di tutela, assumendo contorni del tutto inediti rispetto alle stesse figure soggettive valutate in situazioni estranee al controllo del flusso migratorio. Una libertà "diversa", appunto: diversa dalla medesima libertà del cittadino o dello straniero la cui permanenza in Italia sia regolare dal punto di vista amministrativo» (pp. 101-102) e conclude che ne «esce confermata l'esistenza di una sorta di "doppio binario della libertà"» (p. 104).