

ANTIGONE



Rivista *ANTIGONE*

a cura dell'associazione Antigone onlus

SEDE OPERATIVA: via Silvano n. 10, fabbricato D, scala I, 00158 Roma

SEDE LEGALE: via della Dogana Vecchia n. 5, 00186 Roma

TEL.: 06 443631191 - FAX: 06 233215489

SITO: www.associazioneantigone.it - E-MAIL: segreteria@associazioneantigone.it

DIRETTORE RESPONSABILE: Claudio Sarzotti (Università di Torino)

CO-DIRETTORE: Stefano Anastasia (Università di Perugia)

COMITATO SCIENTIFICO: Amedeo Cottino (Università di Torino); Alessandro De Giorgi (San José State University); Luigi Ferrajoli (Università di Roma Tre); Paolo Ferrua (Università di Torino); Carlo Fiorio (Università di Perugia); Francesco Maisto (magistrato); Alberto Marcheselli (Università di Torino); Antonio Marchesi (Università di Teramo); Pio Marconi (Università di Roma La Sapienza); Alessandro Margara (Fondazione Giovanni Michelucci); Luigi Marini (magistrato); Dario Melossi (Università di Bologna); Giuseppe Mosconi (Università di Padova); Mauro Palma (PC-CP, Consiglio d'Europa); Massimo Pavarini (Università di Bologna); Livio Pepino (Associazione studi giuridici Giuseppe Borrè); Tamar Pitch (Università di Perugia); Franco Prina (Università di Torino); Eligio Resta (Università di Roma Tre); Iñaki Rivera Beiras (Universitat de Barcelona); Marco Ruotolo (Università di Roma Tre); Loïc Wacquant (University of California, Berkeley)

REDAZIONE

COORDINATORI: Daniela Ronco, Giovanni Torrente

CORPO REDAZIONALE: Rosalba Altopiedi, Cristiana Bianco, Cecilia Blengino, Valeria Casciello, Dario Stefano Dell'Aquila, Valeria Ferraris, Patrizio Gonnella, Giovanni Jocteau, Susanna Marietti, Simona Materia, Andrea Molteni, Silvia Mondino, Silvia Riccetti, Alvise Sbraccia, Vincenzo Scalia, Alessio Scandurra, Francesca Vianello

PROGETTAZIONE GRAFICA: a cura di Daniele Pepino

con la collaborazione di *Avenida comunicazione&immagine* (Modena)

IN COPERTINA: Giovanni Battista Piranesi, *Carceri d'invenzione (1745-1761)*, Tavola XI, ediz. Jaspard, Polus et CIE, Monaco, 1961; tavole riprodotte da Bracon-Duplessis, con prefazione di Marguerite Yourcenar (collezione privata)

STAMPA TIPOGRAFICA: realizzata presso la Casa circondariale di Ivrea (TO)

Pubblicazione realizzata con il contributo della Compagnia di San Paolo di Torino

Edizioni Gruppo Abele

corso Trapani 95 - 10141 Torino

TEL.: 011 389500 - FAX: 011 389881

SITO: www.gruppoabele.org - E-MAIL: edizioni@gruppoabele.org

ANTIGONE
QUADRIMESTRALE DI CRITICA
DEL SISTEMA PENALE E PENITENZIARIO

anno VII - n. 3

La detenzione amministrativa degli stranieri
Norme e diritti in Europa

 edizioni
GruppoAbele

RIVISTA "ANTIGONE"
QUADRIMESTRALE DI CRITICA DEL SISTEMA PENALE E PENITENZIARIO

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Per l'anno 2012 l'abbonamento alla rivista è stato fissato a 40 €

Il versamento può essere effettuato:

- con bonifico bancario su Banca Sella - sede di Torino, agenzia piazza Castello, conto n. 052847567560 intestato all'associazione Antigone Piemonte ONLUS: IBAN IT21W0326801000052847567560, Bic SELBIT2BXXX
- È necessario specificare il nominativo e la causale del versamento (abbonamento rivista Antigone 2012).

È possibile sottoscrivere anche l'abbonamento congiunto con le altre riviste edite da Edizioni Gruppo Abele, con le seguenti modalità di versamento:

- su conto corrente postale n. 155101 intestato a Gruppo Abele Periodici, c.so Trapani 95, 10141 Torino: IBAN postale IT57 W076 0101 0000 0000 0155101;
- con bonifico bancario su Banca Popolare Etica - sede di Torino - intestato a: Associazione Gruppo Abele ONLUS: IBAN IT21 S050 1801 0000 0000 0001803;
- dall'estero per i bonifici bancari SWIFT CCRTIT2T84A.

Gli importi degli abbonamenti congiunti sono:

- Antigone + Narcomafie: 50 €;
- Antigone + Animazione Sociale: 65 €;
- Antigone + Animazione Sociale + Narcomafie: 90 €.

È necessario specificare il nominativo e la causale del versamento (abbonamento rivista Antigone 2012 + Animazione Sociale + Narcomafie o le altre soluzioni possibili).

L'abbonamento alla rivista può essere sottoscritto anche versando la quota di socio sostenitore dell'associazione Antigone, pari a 100 €, secondo le modalità che si possono consultare sul sito www.associazioneantigone.it o richiedere al recapito telefonico dell'associazione Antigone (tel. 06/44363191 - fax 06/233215489) o via mail segreteria@associazioneantigone.it

Autorizzazione alla pubblicazione n. 5939 del 2 febbraio 2006
depositata presso il Tribunale di Torino

© Associazione Antigone e Edizioni Gruppo Abele

INDICE

Editoriale , <i>Stefano Anastasia e Valeria Ferraris</i>	pag.	7
LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA DEGLI STRANIERI. NORME E DIRITTI IN EUROPA		
Governo delle migrazioni ai confini dell'Europa, <i>Silvia Scordo</i>	»	13
<i>Behind closed doors?</i> Detenzione di migranti irregolari, violazioni dei diritti umani e meccanismi di monitoraggio, <i>Maria Elena Caruso</i>	»	33
La detenzione amministrativa degli stranieri alla luce della giurisprudenza e degli atti di indirizzo del Consiglio d'Europa, <i>Caterina Torchiato</i>	»	51
La detenzione amministrativa dei minori migranti e richiedenti asilo nell'ordinamento internazionale ed europeo, <i>Adele Del Guercio</i>	»	66
La detenzione amministrativa degli stranieri: da misura eccezionale a strumento di (inefficace) controllo ordinario dell'immigrazione illegale e di mortificazione delle garanzie fondamentali, <i>Guido Savio</i>	»	94
La detenzione "amministrativa" dello straniero e la riserva di giurisdizione in materia di libertà personale, <i>Angelo Marletta</i>	»	110
Unacknowledged administrative detention: another narrative of enforced disappearance, <i>Ioanna Pervou</i>	»	124
LE RUBRICHE PERIODICHE		
L'OSPITE INTERNAZIONALE		
La lezione di Stanley Cohen: dinieghi e riconoscimenti, <i>Amedeo Cottino</i>	»	141

RUBRICA GIURIDICA**Le novità normative e giurisprudenziali**

	»	145
Torreggiani c. Italia: ultimo atto, <i>Carlo Fiorio</i>	»	146
Dal diritto violato al diritto negato, <i>Michele Passione</i>	»	162

RECENSIONI

ALESSANDRO BARBERO, <i>I prigionieri dei Savoia. La vera storia della congiura di Fenestrelle</i> , Laterza, Roma-Bari, 2012; JURI BOSSUTO, LUCA COSTANZO, <i>Le catene dei Savoia. Cronache di carcere, politici e soldati borbonici a Fenestrelle, forzati, oziosi e donne di malaffare</i> , Il Punto, Torino, 2012 (di Claudio Sarzotti)	»	173
OSSERVATORIO CARCERE DELL'UNIONE CAMERE PENALI ITALIANE (A CURA DI), <i>Prigioni d'Italia. Viaggio nella realtà delle carceri</i> , Pacini, Pisa, 2012 (di Daniela Ronco)	»	177
<i>Hanno collaborato a questo numero</i>	»	180
<i>Regole per l'invio di contributi</i>	»	181

EDITORIALE

Stefano Anastasia e Valeria Ferraris

Questa rivista, come l'associazione che la promuove, ha il suo fuoco nella critica del sistema penale e penitenziario: dalla legittimazione del potere di punire al suo concreto esercizio. Formalmente, nulla che abbia a che fare con le politiche dell'immigrazione, con le loro eventuali restrizioni e con la disciplina della immigrazione irregolare, cui attiene – in astratto – il trattenimento in via amministrativa di stranieri privi di titolo di soggiorno e, dunque, passibili di allontanamento dal territorio dello Stato. Formalmente, appunto. Sostanzialmente, invece, la detenzione amministrativa degli stranieri è un elemento del *continuum* del controllo sociale istituzionale degli stranieri, di cui punizione e degradazione costituiscono momenti essenziali, fino a confondersi nella memoria soggettiva delle esperienze di istituzionalizzazione da loro subite. Da qui l'interesse di questa rivista per una questione liminare, tra forme della coercizione e politiche dell'immigrazione.

D'altro canto, come è noto, la privazione della libertà degli stranieri nei centri loro dedicati, costituisce uno dei campi più sensibili in materia di effettività dei diritti umani, e non solo per le implicazioni coesenziali allo strumento (la detenzione senza colpa, l'incertezza sull'identità e sull'età dei trattenuti, le possibili violazioni del diritto d'asilo e dell'unità dei gruppi familiari etc.), ma anche per il suo stesso concreto funzionamento. Così lontani da quella consumata macchina della disciplina che è il penitenziario, i centri di detenzione per stranieri sono luoghi di fortuna, irrimediabilmente connotati dal loro essere strutture di emergenza, allestite per l'occasione, inseguendo una realtà mutevole, senza mai riuscire a pre-ordinarla. Dopo quasi vent'anni di applicazione, in Italia la loro regolamentazione è ancora incerta, affidata a normativa secondaria; per alcuni non irrilevanti aspetti, affidata addirittura ai capitolati d'appalto con cui l'autorità pubblica ne affida la responsabilità al privato che li gestisce. Accade così, paradossalmente, che i centri di detenzione, assai più delle prigioni, si configurino come luo-

ghi a rischio per l'incolumità e la stessa umanità delle persone che vi sono recluse. L'intera modernità dei castighi e delle punizioni legali hanno fatto delle carceri luoghi di una tensione permanente tra diritto e non-diritto, tra regolamentazione legale delle forme dell'esecuzione penale e applicazione informale della disciplina e dell'ordine nelle singole istituzioni. Capita così che il regime interno e le condizioni di detenzione nelle carceri siano diventate l'oggetto di una costante e diffusa attenzione delle Corti supreme e internazionali in questa parte di mondo cui apparteniamo (vi abbiamo dedicato, recentemente, il n. 2-3/2011 di questa rivista). Non così accade per i Centri di detenzione, il cui incerto *status* giuridico e la cui recente storia istituzionale ne fanno più luoghi del non-diritto che terreno di una contesa tra forma e sostanza, tra retoriche della legittimazione e prassi concrete della privazione della libertà, come è nel caso del carcere. Luoghi informi, dunque, in cui sono costantemente a rischio, quando non apertamente violati, diritti umani fondamentali delle persone che vi sono costrette. Luoghi che necessitano un di più di ricerca e di sapere.

Con questo spirito, lo scorso anno abbiamo promosso una *call for papers* sulla detenzione amministrativa degli stranieri, sperando di far emergere una ricchezza di contributi interdisciplinari e internazionali che contribuisse a illuminare – almeno dal punto di vista della conoscenza pubblica – questi luoghi oscuri. Una copiosa e competente risposta ci ha costretto/consentito di organizzare il materiale proposto e valutato idoneo per la pubblicazione in ben due fascicoli monografici della rivista, distinti non casualmente in un fascicolo di inquadramento politico-normativo (questo) e uno successivo (il prossimo) dedicato alla realtà dei centri e ai rischi concreti per i diritti umani delle persone che vi vengono costrette.

Il fascicolo che qui presentiamo si articola lungo tre assi di ragionamento, identificabili nelle politiche migratorie tra scelte nazionali e indirizzi sovranazionali, negli strumenti e nella giurisprudenza a tutela dei diritti umani in Europa e nella disciplina normativa nazionale italiana sul trattenimento e la privazione della libertà dello straniero privo di regolare titolo di soggiorno. A queste tre aree di approfondimento abbiamo voluto aggiungere, a conclusione del fascicolo, un contributo apparentemente eterogeneo, dedicato alla detenzione segreta come forma specifica della detenzione amministrativa degli stranieri (se non degli stranieri per cittadinanza, certamente dei "nemici interni" considerati come tali).

Al rapporto tra dimensione nazionale e sovranazionale delle politiche sull'immigrazione e la mobilità umana è dedicato specificamente il contributo di Silvia Scordo sul governo delle migrazioni nel contesto multilivello europeo, ma aspetti significativi ne vengono illuminati anche dai contributi

di Caruso, Del Guercio e Torchiano che, unitariamente considerati, costituiscono il secondo ambito tematico del fascicolo, dedicato alla normativa e agli organi ispettivi e giurisdizionali istituiti dal Consiglio d'Europa a tutela dei diritti umani e, nel caso specifico, dei migranti (con particolare attenzione, da parte di Del Guercio, alla questione dei minori e dei richiedenti asilo).

Il terzo ambito tematico riguarda la normativa italiana. La normativa relativa alla detenzione amministrativa è stata oggetto, nel corso degli anni, di importanti evoluzioni dettate sia dagli interventi del legislatore che delle Corti nazionali e europee. Il percorso evolutivo della legislazione è tracciato nel contributo di Guido Savio, che ripercorre la storia dell'istituto, sin dalla sua origine, sottolineandone gli aspetti critici. Accanto a questo contributo di carattere generale, Marletta affronta più specificamente il problema della riserva giurisdizione. Questione squisitamente tecnica quella della riserva di giurisdizione che però si è ritenuto meritasse un suo spazio autonomo per sottolineare ancora una volta il cuore dei problemi. La detenzione amministrativa rappresenta un territorio su cui il controllo di legalità è dormiente, presidiato da procedure amministrative e non – come dovrebbe essere, trattandosi di questione inerente alla limitazione della libertà personale – dalla giurisdizione. La piena giurisdizionalità dei diritti di coloro che sono privati della libertà è da sempre uno dei tratti che distinguono le democrazie liberali dai regimi autoritari.

Proprio il labile confine tra uso autoritario del diritto e illiberalità dei regimi politici è la ragione che ci ha portato a scegliere di chiudere il numero con il contributo di Pervou sulla detenzione segreta e la *unacknowledged detention*, formula che in italiano potremo (mal)tradurre con detenzione non conosciuta. Questa questione, pochissimo indagata dagli studiosi, può rappresentare infatti il punto di caduta del proliferare di forme di detenzione ibride, poco normate, avvolte dalla discrezionalità amministrativa e giustificate – in nome dell'emergenza – dalla necessità di contrastare il terrorismo internazionale.

Implicazioni che vanno seguite con attenzione quanto più hanno a che fare con l'identificazione del "nemico perfetto" in una particolare connotazione dello straniero. In fondo, in gran parte dell'ossessione per il controllo istituzionale dei migranti si nasconde la rinnovata paura dello straniero nella tarda modernità. Lo straniero come nemico compensa l'occultamento della conflittualità sociale tradizionale, garantendo forme di assicurazione identitaria in società altrimenti prive di riferimenti simbolici significativi. Insomma, l'identificazione dello straniero come nemico e la sua messa al bando costituiscono un elemento di comunicazione tra le politiche anti-

terrorismo, le politiche penali e le politiche dell'immigrazione che merita di essere rilevato e decostruito se si vuole ridisegnare a partire dal pieno rispetto dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, e dunque – innanzitutto – da quelli dei migranti privati della libertà per ragioni meramente amministrative.

La detenzione amministrativa degli stranieri
Norme e diritti in Europa



GOVERNO DELLE MIGRAZIONI AI CONFINI DELL'EUROPA

Silvia Scordo

In seguito all'intensificarsi dei flussi migratori internazionali, i governi dei Paesi europei si sono dotati negli ultimi decenni di numerosi strumenti di regolazione della mobilità umana, tra questi la detenzione amministrativa e la deportazione. Questo saggio vuole analizzare tali pratiche collocandole nel più ampio contesto di ristrutturazione dello spazio europeo e delle sue forme di governo.

Un'eterogeneità di attori sovra e trans-nazionali concorrono e allo stesso tempo collaborano con gli stati nazione all'attuazione di un regime europeo di regolazione delle migrazioni, funzionale all'iscrizione dei migranti all'interno del mercato del lavoro internazionale. Tale regime si serve di un complesso sistema di confini mobili la cui produzione è in continuo rapporto con i flussi migratori e mira non tanto a rendere impermeabile lo spazio europeo quanto a regolare l'accesso dei migranti al suo interno sia da un punto di vista spaziale che temporale. Cuore stesso di questo sistema sono i centri di detenzione amministrativa per stranieri, sito privilegiato di osservazione delle trasformazioni della sovranità in Europa e del sistema di confini che regola la mobilità fuori e dentro lo spazio europeo.

Keywords: detenzione amministrativa, confini, Unione europea, rescaling, governance multilivello.

Introduzione

Il contributo che vorrei portare con questo articolo riguarda le trasformazioni delle forme di governo relative alla questione migratoria. In particolare cercherò di mostrare che lo Stato non è più l'unico attore a definire e attuare strategie di contrasto all'immigrazione. Ad esso si affiancano nuovi attori, pubblici e privati, situati a diversi livelli di governo che agiscono all'interno di uno spazio frammentato che non coincide più con quello delimitato dai

confini statali. Un approccio *stato-centrico*, che prenda cioè in considerazione solo lo Stato come attore decisionale, rischia di non tenere in sufficiente considerazione tali trasformazioni e di non cogliere il ruolo di nuovi ed emergenti livelli di governo.

Brenner, nel suo saggio *New States Spaces* (2004), discute la riorganizzazione della spazialità dello Stato nell'Europa occidentale e sottolinea la tensione che intercorre tra fissità e movimento, tra le immobili strutture spaziali ereditate dal passato e quelle emergenti che tendono a superare tale spazialità sotto l'effetto del Capitale, a sua volta orientato verso un'accelerazione temporale e un'espansione spaziale. Questa tensione si riflette sia sui movimenti migratori che sulle politiche volte al loro indirizzamento. Il Capitale non è infatti solo costituito da beni materiali, ma anche dalla forza-lavoro, la quale è scambiata all'interno di mercati che presentano caratteristiche peculiari, come è evidenziato dalla diseguale capacità di movimento delle merci e del *capitale umano*. I confini, come affermano Mezzadra e Neilson, svolgono un ruolo decisivo nella configurazione del mercato del lavoro, agendo attraverso processi di filtraggio e differenziazione in grado di plasmare le caratteristiche della forza-lavoro all'interno di spazi differenti (S. Mezzadra e B. Neilson, 2008). La configurazione spaziale che supporta la struttura del mercato del lavoro è continuamente prodotta da attori che si muovono su diverse scale di governo. Lo Stato perde solo in parte il suo controllo, continuando a mantenere un ruolo di mediatore tra la vecchia e la nuova configurazione e di agente di cambiamento, cedendo via via parte della sua sovranità, in favore di una *governance* multi-livello. Essa è basata sull'interdipendenza tra diversi livelli istituzionali che si trovano sia al di sopra che al di sotto delle autorità nazionali dello Stato e che conducono alla proliferazione di nuove organizzazioni istituzionali, di autorità politiche e di forme di coordinamento economico situate contemporaneamente su diversi livelli (N. Brenner, 2004). Collegato al concetto di *governance* multi-livello è quello di *rescaling*, utilizzato da Brenner per descrivere il processo che vede radicate gerarchie scalari, sia spaziali che istituzionali (all'interno delle quali si producono relazioni sociali, economiche e politiche), venir destabilizzate e riarticolate in nuove configurazioni. Brenner pone l'accento sulla dimensione processuale delle scale geografiche, che non possono essere considerate proprietà fisse e statiche del mondo sociale, ma piuttosto il risultato continuamente mutevole dalle pratiche degli attori sociali e in particolar modo dei conflitti e delle lotte emergenti. A questo proposito rispetto alle politiche migratorie, sebbene in questo articolo metterò in luce quasi esclusivamente le forme di governo delle migrazioni, è bene tener presente che esse sono continuamente sfidate e riconfigurate dalle pratiche quotidiane di attraversamento di confini

dei migranti (Y. Moulier Boutang, 1998; De Genova, 2002; S. Mezzadra, 2006; D. Papadopoulos - N. Stephenson - V. Tsianos, 2008).

Il processo di *rescaling* innescatosi a partire dalla crisi economica degli anni Settanta ha visto lo Stato cedere parte delle proprie competenze in favore di nuove e complesse gerarchie scalari. Se il rafforzamento di una gestione sovranazionale delle dimensioni politico-economiche è ben rappresentato dal crescente ruolo dell'UE nel plasmare le politiche statali rispetto ad alcune questioni centrali riguardanti lo sviluppo economico e il governo della popolazione, meno scontato è il *rescaling* in senso subnazionale. Lo Stato non è più orientato a una gestione uniforme dello spazio nazionale basata su forme di sviluppo omogeneo e concertativo, ma è volto piuttosto alla produzione di uno spazio frammentato dove i diversi gradi di sviluppo interni al territorio nazionale non vengono visti come problemi ma come *occasioni* per la crescita e la competitività. In particolare è da notare il nuovo ruolo assunto dalle aree metropolitane le quali non fungono più da poli di sviluppo per le aree circostanti (come ad esempio nei modelli della città diffusa e della suburbanizzazione) ma sono viste invece come la concentrazione potenziale di capitale umano e sociale da mettere in rete con le altre maggiori città europee sganciandosi, a livello di controllo politico dello spazio, dalle aree circostanti (N. Brenner, 2004; S. Sassen, 2004).

Ciò che vorrei mostrare nelle pagine che seguono sono due processi che ritengo centrali per mettere in luce la governamentalità che emerge nella gestione della questione migratoria. Il primo processo è la trasformazione dello spazio all'interno del quale i migranti e gli attori del controllo si muovono. Tale spazio non è liscio e ben delimitato, come quello degli Stati-nazione, piuttosto presenta fratture e discontinuità, aree sia interne che esterne al territorio europeo dove la sovranità è condivisa da attori che non possono essere sempre ricondotti agli Stati europei. Il secondo processo, inscindibile dal primo, riguarda la crescente complessità dei rapporti di potere tra gli attori che partecipano al governo delle migrazioni. Può essere in questo senso utile il concetto di *regime* del controllo della mobilità che viene utilizzato da alcuni autori (S. Mezzadra, 2007; D. Papadopoulos - N. Stephenson - V. Tsianos, 2008) per descrivere l'inclusione nel governo delle migrazioni di un crescente numero di attori le cui pratiche non sono organizzate centralmente ma codeterminate secondo molteplici direzioni. Entrambi questi processi, che verranno approfonditi separatamente nei paragrafi che seguono, mettono in discussione l'assunto, implicito in molte ricerche sull'argomento, di una centralità dello Stato nell'attuazione di politiche di contrasto all'immigrazione, come ad esempio quelle che prevedono la detenzione e la deportazione.

Nel primo paragrafo parlerò delle forme che i nuovi confini europei assumono e delle funzioni alle quali assolvono. Farò riferimento ad alcune recenti teorie che mirano a descrivere la configurazione dello spazio europeo e la dislocazione dei suoi confini come pretesto per analizzare le forme di governo della popolazione in movimento attraverso il territorio europeo.

Nel secondo paragrafo cercherò di descrivere la polimorfica composizione della rete di attori che collaborano alla definizione e implementazione delle politiche di contrasto all'immigrazione. Servendomi anche di esempi concreti cercherò di mettere in luce i principali livelli di governo e le forme di cooperazione che vengono a crearsi. Ciò che meriterebbe un approfondimento a parte, ma che mi limiterò solo ad accennare per motivi di spazio, sono i differenti obiettivi che i diversi attori perseguono e come essi vengano conciliati tra loro.

Nel terzo paragrafo cercherò infine di esemplificare i due processi sopra menzionati attraverso la descrizione del funzionamento della cosiddetta "macchina delle espulsioni", dell'ingranaggio cioè che si mette in moto allo scopo di espellere i migranti dal territorio europeo. Tale esempio concreto mi permetterà di rendere più chiare le questioni teoriche sollevate e di agganciarli al tema oggetto di questo numero monografico, ossia la detenzione amministrativa.

1. I confini

Il processo di integrazione europea, che ha visto l'abolizione delle frontiere tra gli stati, non ha prodotto un *unico* spazio europeo, simile a quello di un esteso Stato nazionale, ma ha innescato un processo di deterritorializzazione dei confini. Con questo si intende affermare che i confini hanno smesso di delimitare un territorio preciso, quello degli Stati o dell'Europa nel suo insieme, e sono diventati strumenti di regolazione dei flussi, dislocati sia all'interno che all'esterno del territorio europeo.

L'UE e gli Stati ad essa appartenenti, con il supporto di agenzie transnazionali, hanno istituito un regime di controllo che produce uno spazio fluido, nel senso che esso è continuamente "transitato" e che non consente di tracciare rigidi confini, al contrario di ciò che accadeva nello spazio nazionale. Allo stesso tempo questo spazio è frammentato nel senso che è puntellato da aree di frontiera al cui interno vigono regole e relazioni sociali specifiche. Tali aree non costituiscono delle barriere invalicabili o punti di permanente interruzione, quanto piuttosto zone di controllo dei flussi e di raccolta di informazioni relative ai migranti e alle loro rotte migratorie, che consentono di progettare strategie anticipatorie per il controllo della mobilità. I confini

che definiscono tale spazio sono dunque confini biopolitici, come li definisce Walters (2004), in quanto diventano «strumento sistematico di regolazione della popolazione nei suoi aspetti nazionali e transnazionali – movimento, salute e sicurezza» (Walters, 2004, p. 66).

I confini subiscono, inoltre, un processo di esternalizzazione, che ci viene ampiamente descritto da autrici come Andrijasevic (2010) e Rigo (2007), le quali sottolineano l'inadeguatezza delle dicotomie interno-esterno ed evidenziano piuttosto la continuità che lega i territori europei a quelli non europei nella gestione dei flussi in entrata e in uscita. Tale continuità si realizza attraverso forme di governo extraterritoriale che comportano quella che Cuttitta (2007) chiama una *flessibilizzazione estroversa* dei confini. Essa si esplicita, ad esempio, nella stipula degli accordi bilaterali tra i Paesi europei e i "Paesi terzi" che prevedono: l'insediamento di centri di detenzione amministrativa in Paesi extraeuropei, la formazione da parte di agenzie europee di operatori del controllo nei Paesi terzi, la cooperazione transfrontaliera, che implica l'azione di agenti o ufficiali di collegamento di un dato Paese all'interno del territorio di un altro Paese. Altre forme di *flessibilizzazione estroversa* sono: la delega della protezione dei richiedenti asilo ai cosiddetti "Paesi terzi sicuri", gli accordi per i rimpatri di stranieri nei Paesi di origine, la delocalizzazione dell'asilo; a questo proposito è significativo l'esempio dell'Australia che nel 2001 ha raggiunto un accordo con l'isola malesiana di Nauru per la costruzione di un centro di detenzione per richiedenti asilo, i quali, senza limiti temporali, rimangono in attesa di veder approvata o respinta la domanda di ingresso in Australia.

La delocalizzazione dei confini non si verifica solo verso l'esterno degli Stati ma anche verso l'interno; in questo caso Cuttitta (2007) parla di *flessibilizzazione introversa*, il cui caso più eclatante è quello dei centri di detenzione amministrativa all'interno delle città europee. Si possono fare però altri esempi, come il respingimento successivo all'attraversamento della frontiera, ove il confine si ritrae fino al punto dove lo straniero viene fermato (Cuttitta, 2007) e le fasce di frontiera interna istituite da alcuni stati, che consentono di allargare i pattugliamenti ad aree di territorio estese oltre il confine.

Il processo di flessibilizzazione non è tuttavia definitivo e unidirezionale. Walters (2004) in una ricostruzione genealogica del confine cerca di tracciare alcuni significativi passaggi storici per mettere in luce continuità e discontinuità tra il nuovo modello Schengen e il confine inteso come delimitazione dello Stato-nazione. Da tale analisi emerge infatti che forme di flessibilizzazione verso l'esterno, come il sistema dei visti, esistevano già in passato e sono state utilizzate come strumento di regolazione dei flussi in periodi dove le ondate migratorie erano particolarmente intense, in particolare tra fine Ottocento e inizio Novecento. Un altro esempio calzante è quello di Ellis

Island, l'isola di fronte a Manhattan, prima meta per gli immigrati provenienti dall'Europa orientale e meridionale e diretti verso l'America alla fine dell'Ottocento. Tale isola fungeva da centro di smistamento attraverso cui, sulla base di attenti esami clinici sui migranti e delle loro caratteristiche anagrafiche e sociali, veniva deciso a chi era consentito fare ingresso nel suolo americano e chi invece doveva essere reimbarcato e respinto.

Allo stesso tempo molti indizi ci mostrano che la difesa del confine come demarcazione di un territorio continua a permanere e a produrre effetti reali sulle persone. Basti pensare alla costruzione di barriere fisiche, come quella che si snoda per chilometri lungo la frontiera tra Tijuana e San Diego, dotata di sofisticate tecnologie per il controllo degli eventuali passaggi clandestini; o come la barriera di filo spinato, finanziata dall'UE, che separa le città spagnole di Ceuta e Melilla dal Marocco e dove nel 2005 sono stati uccisi numerosi migranti durante un tentativo di attraversamento; o il più recente progetto di costruzione di una barriera di doppio filo spinato sulle rive del fiume Evros, lungo il confine tra Grecia e Turchia.

Il confine biopolitico «decentrato e frammentario», quello descritto da Walters, coesiste dunque con quello fisso del modello nazionale. Inoltre gli Stati non rinunciano del tutto al controllo dei propri confini, come si è evidenziato ad esempio nella vicenda che ha visto il blocco della frontiera di Ventimiglia da parte delle autorità francesi nella primavera del 2011. In quel periodo un numero consistente di cittadini tunisini sbarcò in Italia, dove, dopo lunghe vicissitudini, riuscì a ottenere un permesso di protezione temporanea. I tunisini, la cui meta desiderata era in realtà la Francia, si videro però negato il permesso di accedervi e furono per un lungo periodo bloccati alla frontiera dalle autorità francesi che non riconoscevano la validità del permesso rilasciato dall'Italia. I controlli, proprio in virtù della loro flessibilità, si estesero anche all'interno del territorio francese dove spesso si procedette all'espulsione dei tunisini. Questa vicenda ci mostra come gli Stati-nazione possano ancora riportare in auge i vecchi confini laddove siano in gioco questioni di "ordine pubblico o di sicurezza nazionale". La stessa convenzione di Schengen recita infatti che per tali esigenze «una Parte contraente può, previa consultazione delle altre Parti contraenti, decidere che, per un periodo limitato, alle frontiere interne siano effettuati controlli di frontiera nazionali adeguati alla situazione».

I *nuovi* confini si manifestano non solo nella loro dimensione spaziale ma anche in quella temporale (E. Rigo, 2004; S. Mezzadra e B. Neilson, 2008; D. Papadopoulos - N. Stephenson - V. Tsianos, 2008): essi infatti non sono solo dislocati strategicamente rispetto alle rotte seguite dai migranti per raggiungere il territorio europeo, ma sono pensati anche per controllare i rit-

mi dei movimenti migratori e determinarne un'eventuale decelerazione. Essa è realizzata attraverso forme di interruzione lungo il percorso dei migranti, come le attese provocate dalle molteplici forme di controllo e dalla detenzione forzata, e attraverso i rimpatri e i cambiamenti di rotta per aggirare i confini.

La dimensione temporale dei confini si esplicita anche nei limiti di tempo sempre più spesso imposti a chi ottiene un permesso, sia per motivi lavorativi che per motivi umanitari, come ci indica ad esempio il ricorso a strumenti quali la protezione temporanea, che – sostituendosi sempre più spesso all'asilo – limita il periodo di permanenza nello Stato che offre tale misura a periodi determinati, generalmente di un anno.

La dimensione spaziale e quella temporale non bastano per descrivere i confini europei. Essi infatti agiscono anche sullo status dei migranti, come argomenta Rigo (2004), sancendone una differenza rispetto allo status dei cittadini europei. Tale differenza si esplicita ad esempio nell'iter di giustizia differenziato riservato ai migranti, caratterizzato perlopiù dal ricorso alla giustizia amministrativa piuttosto che penale. Tale caratteristica mette in luce una continuità tra le forme di assoggettamento della popolazione dei Paesi extraeuropei e quelle utilizzate in passato nelle colonie, dove si ricorreva in egual modo alla giustizia amministrativa e alla detenzione coatta esterna al sistema penale¹.

Dalle caratteristiche dei confini sopra descritte si evince che la loro funzione non è tanto quella di separare, ma piuttosto quella di creare specifiche relazioni (Rigo, 2004). Tali relazioni stabiliscono un'asimmetria tra chi è membro della comunità politica di uno degli Stati europei e chi non lo è o lo è solo parzialmente. Come sostiene Mezzadra (2008) i confini di cui parliamo piuttosto che escludere sanciscono un'«inclusione differenziale» nel territorio europeo. A chi li attraversa o li abita viene attribuito uno status ben definito che da quel momento in avanti condizionerà la sua permanenza nello spazio europeo, così da proiettare idealmente il confine lungo tutto il suo percorso. Si vengono così a creare differenti gradi di cittadinanza, ognuno caratterizzato da una differente capacità di movimento nello spazio e da differenti prospettive temporali, fino ad arrivare al grado zero, quello della clandestinità, che condanna i migranti all'invisibilità o alla deportazione.

I processi di trasformazione dello spazio sopra descritti sono quindi centrali anche per una comprensione delle forme di cittadinanza ad essi sottese. Come

¹ Enrica Rigo racconta, riferendosi a uno studio di Luciano Martone, come nei sistemi coloniali italiani, l'amministrazione della giustizia venisse delegata a corti amministrative *ad hoc*, invece che penali. Ciò consentiva una deroga dai principi generali, giustificata dalla necessità di espletare più celermente le procedure giudiziarie.

mette in luce De Genova (2010), le pratiche spaziali che i confini producono sono infatti pratiche di cittadinanza: laddove i confini degli Stati-nazione e quelli dell'Europa nel suo insieme non sono più definiti in maniera chiara e, nella misura in cui la popolazione migrante costituisce una risorsa necessaria per la crescita economica dell'Europa, nuove pratiche di inclusione devono essere ideate per differenziare chi può godere di tutti i diritti, corollario dell'appartenenza a uno Stato dell'UE, e chi invece può godere di un accesso solo limitato ad essi. A questo scopo a un modello di confine *lineare*, caratteristico degli Stati-nazione, viene ad affiancarsi un tipo di confine che Walters (2004) definisce diffuso e reticolare, che si serve della collaborazione tra diversi attori pubblici e privati, locali, nazionali e sovranazionali, tramite lo scambio di informazioni attraverso sistemi informatici integrati, lo sviluppo di pratiche di cooperazione di polizia e il tentativo di armonizzare le politiche in materia di immigrazione degli stati membri dell'UE. Come suggerisce Walters (2004) e come emergerà più chiaramente nel prossimo paragrafo la forma della rete sembra orientare il governo del confine europeo e i suoi spazi interni.

2. Gli attori

Con l'istituzione della Comunità europea, il cui obiettivo è quello della creazione di un *mercato unico*, ossia di uno spazio in cui sia garantita la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali, il fenomeno delle migrazioni internazionali comincia a essere considerato un *problema* che incide sulla *sicurezza* della nascente Comunità. Contestualmente dunque al perseguimento dell'obiettivo della libera circolazione e alla relazionata abolizione delle frontiere «interne»², viene visto come necessario il raggiungimento di un livello sufficiente di accordo e cooperazione in merito al controllo delle frontiere «esterne» all'Europa. Le misure volte alla protezione dei confini non rientrano inizialmente nell'ambito della Comunità, ma vengono piuttosto concepite come il risultato di una cooperazione intergovernativa, la cui realizzazione è tuttavia ritenuta essenziale per la creazione di uno spa-

² Nella terminologia dell'UE per frontiere interne si intendono le frontiere terrestri comuni (comprese le frontiere fluviali e lacustri), gli aeroporti (adibiti ai voli interni) e i porti marittimi, fluviali e lacustri dei Paesi dell'UE. Per frontiere esterne si intendono invece le frontiere terrestri, comprese quelle fluviali e lacustri, le frontiere marittime e gli aeroporti, i porti fluviali, marittimi e lacustri dei Paesi dell'UE, che non siano frontiere interne (http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l14514_it.htm)

zio di libera circolazione. È nell'ambito di tale cooperazione che si realizza l'Accordo di Schengen nel 1985, in cui vengono individuati alcuni ambiti di interesse comune in merito ai quali si ritiene necessario operare per un'armonizzazione delle legislazioni dei Paesi aderenti all'Accordo. Tali ambiti sono il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne, le modalità di esame per le domande d'asilo e l'individuazione degli Stati competenti, la cooperazione tra i sistemi giudiziari, la lotta contro i trafficanti di stupefacenti e armi e infine la realizzazione del Sistema di Informazione Schengen³.

È con la stipula del Trattato di Amsterdam nel 1999 che viene intrapreso un passo decisivo verso una comunitarizzazione delle politiche migratorie. Tale trattato, sostiene Düvell (2004), rappresenta uno spartiacque per il consolidamento di un approccio sovranazionale alla questione migratoria. È in questo ambito infatti che avviene l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'UE. Si stabilisce inoltre la creazione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia», alla cui attuazione lavorano principalmente la Commissione e il Consiglio, a cui viene attribuito il compito di definire norme e procedure comuni in merito al rilascio dei visti e alle condizioni di ingresso; tali competenze vengono progressivamente estese ai diversi aspetti della lotta contro l'immigrazione *clandestina*. Viene tuttavia lasciata una certa discrezionalità agli Stati di partecipare o meno alla cooperazione in determinati settori, così che si prefigura la creazione di un spazio che viene definito da alcuni osservatori «a geometria variabile», caratterizzato cioè non dall'uniformità quanto da un'integrazione flessibile, che lascia la possibilità agli Stati di muoversi verso la cooperazione più velocemente di quanto faccia l'Europa nel suo insieme (Walters, 2004).

L'UE su un piano legislativo si muove principalmente attraverso l'emissione di direttive, contenenti raccomandazioni rivolte ai Paesi europei. Da un punto di vista più operativo essa si avvale del supporto di una molteplicità di agenzie e organizzazioni formate da *esperti*, che si servono principalmente di meccanismi informali (sottratti dunque a un controllo pubblico) per lo studio e la definizione di politiche migratorie. Queste istituzioni transnazionali, a cui Papadoupoulos, Stephenson e Tsianos (2008) danno il nome di *liminal porocratic institution*, informano, progettano e implementano una nuova forma di controllo della mobilità, agendo al di là delle norme e della negoziazione pubblica.

³ Il Sis è un sistema informatizzato che raccoglie le informazioni di tutti i Paesi relative a persone ricercate nel quadro di procedimenti giudiziari, implicate nella criminalità organizzata o nel traffico di armi e stupefacenti e agli stranieri segnalati a scopo della non ammissione.

Direttamente collegate all'UE sono le agenzie e gli organismi decentrati, i quali dovrebbero far fronte a compiti di natura tecnica, scientifica e operativa, per rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri e tra essi e l'UE. Tra i loro compiti ci sono quelli di riunire le competenze tecniche e specialistiche, di raccogliere e mettere in rete informazioni utili e di coordinare operazioni comuni. Per citare solo alcune di queste agenzie: l'Europol, agenzia anticrimine dell'Unione europea; Frontex, l'agenzia europea per la gestione delle frontiere esterne; CIREFI (*Centre for Information, Discussion and Exchange on the Crossing of Frontiers and Immigration*), centro di riflessione sulle frontiere internazionali del Consiglio d'Europa. Ne esistono poi altre che non sono direttamente collegate all'Europa ma che si muovono comunque su un piano transnazionale, come ad esempio l'OIM, l'Organizzazione internazionale per le migrazioni. È su quest'ultima che lo studio di Düvell (2004) si sofferma mettendo in luce il ruolo centrale che essa si è ritagliata in merito alla raccolta e diffusione di informazioni relative ai movimenti migratori e all'elaborazione e applicazione delle politiche ad essi inerenti. In particolare è crescente il ruolo che l'OIM assume nell'estensione dei modelli europei e statunitensi di controllo ad altre parti del mondo, offrendo consulenze per l'introduzione di nuove tecnologie e collaborando alla costruzione di centri di detenzione.

Particolare attenzione merita poi Frontex (*European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the EU*) che nasce nel 2004 con l'obiettivo di implementare una gestione integrata dei confini dell'UE attraverso il rafforzamento della cooperazione degli Stati membri e la predisposizione di operazioni congiunte. Parallelamente Frontex lavora sul piano della ricerca, in particolare della *risk analysis*, producendo rapporti annuali come l'*Annual Risk Assessment* (ARA) e il *Semi-Annual Risk Assessment* (SARA), che forniscono una panoramica degli specifici bisogni di ogni Stato membro in termini di controllo dei rispettivi confini. Tali rapporti sono creati attraverso la cooperazione tra Stati nell'ambito della *Frontex Risk Analysis Network* (FRAN), che si focalizza principalmente sull'individuazione degli attraversamenti *illegali* delle frontiere. Nel 2007 viene creata RABIT, una squadra di intervento rapido che, su richiesta di uno Stato membro e sotto la decisione del direttore operativo di Frontex, interviene in situazioni «emergenziali». I membri della squadra provengono da pool nazionali, ma sono addestrati da Frontex, e durante la missione agiscono sotto la responsabilità dello Stato ospitante, la cui normativa, insieme a quella comunitaria, sono tenuti a osservare. Gli Stati che partecipano sono obbligati a rendere disponibili le proprie *border guards* su richiesta dell'agenzia. RABIT è stata impiegata ad esempio nel pattugliamento del confine tra Turchia e Grecia, determinando secondo il rapporto FRAN del 2011, una

diminuzione del 60% degli attraversamenti irregolari rispetto al 2010, attraverso operazioni di cattura e arresto dei migranti.

Un altro campo in cui Frontex è impegnata è la collaborazione con Paesi terzi attraverso lo scambio di informazioni, di tecnologie, di formazione del personale impiegato nel controllo delle frontiere e l'implementazione di operazioni congiunte. In particolare Frontex ha concluso numerosi contratti di fornitura di tecnologie avanzate con diversi Stati extraeuropei e ha stretto accordi con svariati Paesi (Nigeria, Camerun, Gambia, Kosovo, Albania, Georgia, Armenia, Ecuador, Colombia, Burundi e Iraq) per quanto riguarda invece la gestione dei rimpatri. Questi avvengono su aerei di compagnie private affittate da Frontex e riempiti, tramite diversi scali, di migranti *irregolari* provenienti dagli stati che ne hanno decisa l'espulsione.

Questa breve descrizione del ruolo di Frontex nell'ambito delle politiche migratorie mette in luce alcuni dei meccanismi attraverso i quali viene a formarsi una *governance* transnazionale, che mira all'uniformazione delle pratiche di controllo e al potenziamento delle stesse attraverso il coordinamento tra gli Stati. Le agenzie europee agiscono da facilitatori in tale processo, mettendo in rete dati, tecnologie, pratiche e personale e intrattenendo rapporti con altre agenzie attive in altri campi e con le industrie produttrici di tecnologie di sicurezza.

Un'altra forma di cooperazione tra gli Stati è quella che si instaura tra Paesi di immigrazione e Paesi di emigrazione, attraverso la stipula di accordi bilaterali, elemento centrale, come abbiamo visto, del processo di deterritorializzazione dei confini; tali accordi, fortemente sostenuti dall'UE, si sostanziano nell'imposizione di politiche migratorie da parte dei Paesi europei a quelli extraeuropei generalmente in cambio di vantaggi economici. In Italia la legge n. 271 del 2004 attribuisce al Ministero dell'interno la possibilità di finanziare la realizzazione, in Paesi terzi, di «strutture utili ai fini del contrasto di flussi irregolari di popolazione migratoria verso il territorio italiano». Italia e Libia ad esempio, con la stipula del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione del 2008, adottano importanti disposizioni in merito alla lotta contro l'immigrazione *illegale*. Nell'ambito di tale accordo viene messo a disposizione un finanziamento per metà dall'Italia e per metà dall'Unione Europea per la costruzione di un costoso sistema di telerilevamento alle frontiere terrestri libiche e vengono predisposti pattugliamenti congiunti con motovedette italiane⁴.

Un accordo dell'aprile 2012 tra i nuovi ministri dell'interno, italiano e libico, conferma la linea intrapresa dai loro predecessori, prevedendo tra le

⁴ Per un approfondimento in merito si veda Ronzitti, 2009.

altre cose un programma di addestramento da parte dei funzionari italiani in favore di ufficiali di polizia libici in vari settori della sicurezza, tra cui quello della polizia di frontiera, e la costruzione di un centro sanitario per immigrati *illegali* a Kufra, principale varco da cui approdano migranti provenienti da sud e da est. Tale centro rischia di diventare, secondo alcune organizzazioni internazionali di tutela dei diritti umani, un centro di detenzione da cui organizzare respingimenti arbitrari di richiedenti asilo e non.

Un altro esempio di cooperazione transfrontaliera è quello dell'immigrazione *circolare*, di cui si fa promotrice l'UE. Essa ha come obiettivo quello di favorire un tipo di immigrazione temporanea, che non si stabilizzi cioè nel Paese ospitante ma vi permanga giusto il tempo per espletare le proprie funzioni lavorative. Tale obiettivo dovrebbe essere raggiunto, secondo le raccomandazioni della Commissione europea, attraverso partenariati con gli stati di emigrazione. I «partenariati per la mobilità», come vengono definiti, se da una parte consentirebbero un miglior accesso da parte dei cittadini dei Paesi terzi interessati al territorio europeo, dall'altra prevedono una collaborazione con essi per il contrasto dell'immigrazione *clandestina*. Da un lato infatti gli Stati europei si impegnano a facilitare le pratiche di rilascio dei visti di breve durata ai cittadini dei Paesi che aderiscono all'accordo, con l'impegno scritto da parte degli interessati di lasciare il territorio dell'UE una volta scaduto il permesso; si impegnano inoltre a supportare finanziariamente il Paese terzo sotto forma di borse di studio per chi intende studiare in Europa e attraverso programmi di reinserimento per chi decide di rientrare volontariamente nel proprio Paese d'origine. Dall'altro lato è prevista la sottoscrizione da parte del Paese terzo di una serie di impegni quali la riammissione dei propri cittadini o di quelli transitanti nel suo territorio prima di raggiungere l'Europa, la realizzazione di campagne informative volte a scoraggiare l'immigrazione clandestina, il potenziamento dei controlli alle frontiere e dei documenti di viaggio.

Questo esempio ci mostra come le politiche di contrasto all'immigrazione clandestina da un lato e il reperimento di forza lavoro da Paesi esteri dall'altro siano in realtà due obiettivi inscindibili, che possono essere raggiunti attraverso forme di collaborazione tra gli Stati. L'obiettivo dei governi europei non è infatti quello di scoraggiare completamente l'immigrazione extracomunitaria. Essa ha infatti il vantaggio di contrastare il calo demografico che coinvolge i Paesi europei, immettendo lavoratori stranieri, preferibilmente qualificati e inseribili in settori specifici dell'economia, o lavoratori a basso costo, come quelli stagionali impiegati nella raccolta della frutta, senza doversi fare carico dei costi sociali che un lavoratore autoctono, con il corredo di diritti che gli sono propri, comporta. Piuttosto, come suggeriscono diversi autori, l'obiettivo è quello di mantenere un controllo dei flussi e

di tenere all'esterno dei confini la popolazione «in eccesso» (Rahola, 2003), ossia quella non immediatamente impiegabile nel mercato del lavoro.

La spartizione della *governance* tra molteplici attori vede ancora i suoi limiti nel perpetuarsi di una segmentazione interna allo spazio europeo, ad esempio in termini di legislazioni non del tutto uniformate e di difficoltà esistenti nella collaborazione tra Paesi dell'UE e quelli non appartenenti. Gli Stati continuano a detenere un significativo potere di stabilire le proprie politiche migratorie, potere che decresce man mano che ci si avvicina alle frontiere meridionali dell'Europa. I fenomeni sopra descritti non possono portare dunque a conclusioni definitive, ma vanno piuttosto visti in un'ottica processuale che tenga in considerazione continuità e discontinuità con i modelli del passato. Nel prossimo paragrafo, in cui descriverò il funzionamento della «macchina delle espulsioni», emergerà come continuo a essere perseguiti obiettivi e messe in atto pratiche legate al livello statale di governo e anche a quello metropolitano.

3. La macchina delle espulsioni

I processi di deterritorializzazione dei confini e di allargamento della *governance* verranno qui di seguito esemplificati attraverso la descrizione del funzionamento della cosiddetta *macchina delle espulsioni*, ossia di quel dispositivo che si mette in azione allo scopo di detenere ed espellere coloro ai quali non viene riconosciuto il diritto di risiedere legalmente in un Paese dell'UE.

Nonostante siano gli stati a decidere in ultima analisi chi internare nei centri di detenzione amministrativa e chi effettivamente rimpatriare, a uno sguardo più attento si possono individuare molteplici altri attori che assumono ruoli sia decisionali che di partecipazione diretta a tali pratiche.

Per iniziare è opportuno mettere in luce il ruolo svolto dall'UE, quindi da un livello di governo sovranazionale. Come già sottolineato l'UE svolge un importante ruolo di direzione e coordinamento degli stati membri rispetto alle politiche di contrasto all'immigrazione *illegale*. Nel 2007 ad esempio, nell'ambito del programma “Solidarietà e gestione dei flussi migratori”, viene istituito il Fondo europeo per i rimpatri, il cui principale obiettivo è l'attuazione di un approccio il più possibile integrato alla politica delle espulsioni, sia a livello nazionale che comunitario. Tale integrazione è resa possibile da un rafforzamento della cooperazione tra gli Stati e dall'uniformazione delle normative in essi vigenti. La cooperazione si raggiunge attraverso la creazione di reti transnazionali a cui partecipino, oltre agli Stati, altri organismi internazionali e il cui fine è quello di limitare l'immigrazione e agevolare i

rimpatri, tramite ad esempio la diffusione di buone pratiche, la cooperazione per la raccolta di informazioni utili relative alle persone da espellere, la formazione congiunta del personale coinvolto in queste operazioni. Ad esempio tra le azioni previste dal programma annuale italiano del 2012 per la gestione del fondo europeo, troviamo l'organizzazione del rimpatrio di cinquanta cittadini stranieri con un volo charter congiunto in collaborazione con altri Stati europei. Le agenzie dell'UE, come la già citata Frontex, si occupano in questo caso di individuare le necessità dei Paesi e di coordinarle, fornendo inoltre aiuto logistico e formando il personale coinvolto nelle operazioni di espulsione; altri attori determinanti sono le compagnie aeree che ammettono nei propri voli i cittadini rimpatriati o con le quali, come abbiamo visto, vengono organizzati voli speciali per i rimpatri congiunti.

Partecipano poi a livello più generale al meccanismo della detenzione ed espulsione tutte quelle agenzie deputate alla raccolta dei dati e alla diffusione delle informazioni relative all'immigrazione, come CIREFI o ancora Frontex che, come abbiamo visto, fornisce rapporti annuali relativi all'attraversamento illegale delle frontiere. C'è poi il Sis che raccoglie tutte le segnalazioni dei Paesi europei riguardanti alcune categorie di persone, in particolare quelle dei migranti che hanno già fatto ingresso o sono rimasti irregolarmente nel territorio europeo. Tali sistemi informativi consentono una rapida raccolta e messa in rete, da parte degli Stati, di tutte le informazioni utili per la predisposizione delle politiche di contrasto all'immigrazione *illegale*.

Sul piano della cooperazione transfrontaliera, come abbiamo visto, si sviluppa una proficua collaborazione tra Paesi europei e Paesi terzi, tramite la stipula di accordi mirati a rendere più efficaci le politiche migratorie decise dall'Europa. È sulla base di tali accordi che si fondano in molti casi le decisioni di detenere ed espellere i migranti di una certa nazionalità. Italia e Libia hanno ad esempio raggiunto accordi informali relativamente ai rimpatri congiunti di cittadini presumibilmente transitati nel territorio libico prima di raggiungere l'Italia, anche attraverso l'organizzazione di respingimenti collettivi, che sono poi stati oggetto di accusa della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵. La cooperazione ha portato anche alla costruzione di tre centri di detenzione nel territorio libico, in parte finanziati dall'Italia.

Il rimpatrio richiede inoltre la collaborazione delle autorità consolari, alle quali spetta il compito di riconoscere i cittadini per i quali è in corso una procedura di espulsione. Senza tale collaborazione viene meno la possibilità del rimpatrio. Una ricerca effettuata sul CIE di Torino (International University College of Turin, 2012) ha mostrato ad esempio come in molti casi

⁵ Per un approfondimento vedi Vassallo Paleologo, 2011.

i consolati dei Paesi terzi coinvolti ritardino o rifiutino del tutto l'identificazione dei propri cittadini, rendendo impossibile l'espulsione.

Per quanto riguarda poi le pratiche effettive di espulsione e detenzione i livelli di governo coinvolti sono differenti a seconda della collocazione spaziale del migrante rispetto al territorio europeo: il livello statale prevale laddove la frontiera che il migrante si trova a dover superare sia quella dello Stato nel quale vuole fare ingresso; il livello transnazionale laddove invece il migrante venga fermato prima di entrare nel territorio europeo; il livello metropolitano è decisivo invece laddove, una volta all'interno del territorio dello Stato, il migrante incappi in un controllo di polizia dentro a una città.

Nel primo caso egli verrà verosimilmente internato in un centro di detenzione o direttamente respinto nel Paese di transito precedente. Sebbene nella maggior parte dei casi siano gli Stati a presidiare le proprie frontiere, può verificarsi – nel caso si tratti anche di confini europei – una cooperazione transfrontaliera nella forma di pattugliamenti congiunti o l'intervento di Frontex, che, nei casi di “emergenza”, invia le proprie forze speciali (come RABIT).

Nel secondo caso la *governance* è partecipata da più attori e si sviluppa nella forma di accordi tra il Paese europeo e quello non europeo, dove il primo partecipa, insieme all'UE, al finanziamento di sistemi di controllo e alla costruzione di centri di detenzione nel Paese terzo, con la collaborazione di agenzie europee deputate al controllo dei confini e con le società multinazionali che forniscono le tecnologie necessarie per un efficace monitoraggio delle aree di transito dei migranti.

Nel terzo caso le persone vengono catturate e internate in seguito a operazioni di polizia nel territorio cittadino, condotte allo scopo di individuare eventuali migranti *illegali*. Di strategica importanza per le operazioni di espulsione sono le strutture di detenzione dei migranti, nel caso italiano i CIE, dove essi vengono internati per periodi di tempo differenti e dai quali, laddove è possibile e nei casi ritenuti opportuni, viene predisposta l'espulsione. I centri di detenzione sono dunque funzionali alle pratiche di rimpatrio, consentendo alle autorità coinvolte di organizzare il necessario, dai documenti ai mezzi di trasporto per il trasferimento delle persone nei Paesi di destinazione. Tuttavia i centri di detenzione oltre a essere un tassello importante della macchina delle espulsioni, diventano delle istituzioni che si autoalimentano e richiedono di essere tenute sempre a pieno regime, finendo per rispondere a logiche spesso non in linea con quello che dovrebbe essere il loro principale obiettivo, ossia l'espulsione dei migranti.

I centri di detenzione presenti nei Paesi europei vedono il coinvolgimento di diversi attori sia pubblici che privati, che partecipano alla gestione del centro, al mantenimento dell'ordine pubblico, all'identificazione delle persone

internate e alla predisposizione delle pratiche giudiziarie necessarie per il loro rimpatrio. Tra le istituzioni pubbliche coinvolte nel funzionamento dei CIE ci sono: le forze dell'ordine, l'esercito (militari, carabinieri) e la polizia, l'Ufficio immigrazione, che si serve delle informazioni contenute nel SIS e collabora con il consolato del Paese di origine presunto per il riconoscimento del migrante, le autorità giudiziarie amministrative che si occupano della convalida della detenzione e dell'espulsione, in questo caso il giudice di pace, la Commissione territoriale nel caso ci siano degli internati che intendono richiedere qualche forma di protezione. Forti connessioni esistono anche con l'istituzione carceraria, da dove provengono i migranti che hanno finito di scontare una pena, al termine della quale è stata decisa la loro espulsione. Tra gli enti privati troviamo quelli coinvolti nei diversi aspetti che riguardano la gestione dei centri e l'assistenza degli internati. Nel caso italiano ci sono ad esempio la Croce rossa e alcune cooperative attive nel campo dell'assistenza e dell'integrazione dei migranti. In altri Paesi europei, ad esempio in Gran Bretagna, è diffuso il fenomeno della privatizzazione dei centri di detenzione, la cui gestione, anche dal punto di vista della sicurezza, viene delegata completamente a società private multinazionali, come la G4S, già coinvolte nella gestione degli istituti penitenziari. In Francia esistono poi associazioni che si occupano della tutela dei detenuti da un punto di vista giuridico, come la *Cimade*, da diversi anni presente nei centri per garantire un supporto legale ai migranti.

La descrizione delle pratiche di detenzione ed espulsione dei migranti, che rappresentano solo un tassello, se pur centrale, delle politiche migratorie europee, ci mostrano come in tale meccanismo siano implicati diversi attori che agiscono su più livelli di governo: quello sovranazionale che vede impegnata l'UE nel progettare una politica di detenzione ed espulsione comune ai suoi stati membri; quello statale, nelle decisioni sul numero e l'allocatione dei centri di detenzione per migranti e sulla programmazione dei rimpatri; quello urbano, nella costruzione e gestione del CIE, negli aspetti della sua sicurezza interna e dell'appalto per la gestione dei servizi, nella decisione di effettuare controlli d'identità in determinati luoghi della città e nella decisione di chi effettivamente detenere ed espellere; c'è poi il piano della cooperazione transfrontaliera che si esplicita negli accordi tra Paesi europei e Paesi terzi per una gestione comune della questione migratoria, in termini di pattugliamento congiunto dei confini, di esternalizzazione dei centri di detenzione, di accordi di riammissione e di rapporti con le autorità consolari; il livello transnazionale vede anche una cooperazione tra Paesi europei per la messa in rete di informazioni e dati relativi alle persone che circolano nello spazio europeo e la collaborazione nelle pratiche di rimpatrio. Altri attori sono gli

organismi transnazionali, in alcuni casi collegati all'UE, che si muovono su più livelli di governo e fanno da collante tra differenti istituzioni. Tali organismi hanno una visibilità pubblica parziale ma assumono tuttavia ruoli decisionali spesso fondamentali nella creazione e attuazione delle politiche. Ci sono poi le organizzazioni multinazionali private, come le compagnie aeree, le società che gestiscono i centri di detenzione amministrativa, le svariate società private che operano nel campo della sicurezza e che implementano i sistemi di controllo lungo i confini dell'Europa, fuori da essi e all'interno delle città europee.

La descrizione della macchina delle espulsioni ci mostra inoltre la moltiplicazione e flessibilizzazione dei confini. I processi sopra descritti sono dislocati in una molteplicità di spazi sia interni che esterni all'Europa. Potremmo dire che il confine segue il movimento dei migranti e quando lo cattura ne reindirizza le rotte. I migranti incontrano infatti il confine già prima di fare ingresso in Europa nella forma di centri di detenzione lungo le rotte migratorie, di pattugliamenti nelle vicinanze delle zone di confine (sia terrestri che marittime), di centri di smistamento presenti in zone di confine. Una volta all'interno del territorio europeo il confine si ritrae e si concretizza nei controlli di polizia sui treni e nelle retate all'interno delle città, nei servizi pubblici in cui i migranti sono tenuti a presentare i propri documenti, nei centri di detenzione. Questi esempi ci restituiscono la dimensione spaziale e temporale dei confini in quanto incidono fortemente sulla biografia dei migranti, determinandone il posizionamento e modificandone la progettualità. Inoltre in questi esempi si manifesta la caratteristica dei confini di agire sullo status delle persone, laddove esse possono essere private della libertà e detenute per lunghi periodi solo attraverso il ricorso alla giustizia amministrativa. Tale trattamento, dal quale sono esclusi i cittadini europei, è riservato solo a coloro che non soddisfano determinate caratteristiche di desiderabilità come cercherò di chiarire nel paragrafo conclusivo.

Conclusioni

I meccanismi sopra descritti ci mostrano la nuova configurazione scalare relativa al governo delle migrazioni, a cui partecipano una molteplicità di attori operanti su diversi livelli. Sarebbe tuttavia fuorviante sostenere che lo Stato abbia completamente ceduto la propria sovranità a organismi sovranazionali, perdendo dunque il controllo della gestione dei flussi di persone. Come abbiamo visto lo Stato detiene ancora una forte capacità di controllo sulla popolazione che transita all'interno dei propri confini, avendo in ultima

analisi la facoltà di decidere chi detenere ed espellere dal proprio territorio e, come abbiamo visto, per ragioni di sicurezza e in situazioni emergenziali, di ripristinare temporaneamente i propri confini.

L'ipotesi che qui si propone, e che è oggetto di approfondimento di una ricerca in corso di svolgimento, è che la gestione statale e quella sovra e transnazionale coesistano e spartiscano la propria sovranità con livelli di governo anche subnazionali.

Un ambito in cui ciò si rende evidente è la gestione dei centri di detenzione amministrativa per migranti. Se infatti consideriamo separatamente i centri che si trovano in zone di confine o al di fuori del territorio europeo e quelli che si trovano all'interno delle città, vediamo che mentre nei primi prevale una gestione statale e transnazionale, tra i secondi prevale invece quella statale e metropolitana. I centri che si trovano fuori dall'Europa sembrano assolvere principalmente a una funzione di indirizzamento dei flussi migratori e di controllo temporale degli stessi. I centri di detenzione in zone di confine (come le *zone d'attente* francesi o i *centri di accoglienza* italiani) sembrano adempiere principalmente a una funzione di smistamento e classificazione della popolazione in ingresso. Infine i centri che si trovano all'interno delle città sembrano rispondere principalmente a criteri di ordine pubblico cittadino. Sebbene infatti la scelta del target di persone sottoposte a misure di controllo, detenzione ed espulsione non dipenda esclusivamente dal livello metropolitano, ma anche dai rapporti intrattenuti dagli Stati implicati nel movimento migratorio, alcune ricerche sull'argomento ci mostrano come esista un alto livello di discrezionalità in mano alle forze di polizia nella loro attività di controllo dei migranti. In particolare è stato rilevato che la decisione di trattenere una persona in un CIE ed eventualmente di espellerla, decisione necessaria se si considera l'esiguo numero di posti disponibili nei centri rispetto ai migranti *irregolari* effettivamente presenti sul territorio, si basa principalmente sulla presunta pericolosità del migrante e su quella percepita dall'opinione pubblica (A. Leerkes e D. Broeders, 2010; A. Colombo, 2012). Nel caso dei centri di detenzione presenti nelle città a essere internate sembrano essere principalmente quelle persone che non si adeguano ai principi normativi della società di accoglienza. Seguendo tale ipotesi viene a perdere d'importanza la distinzione istituzionale tra migranti regolari e irregolari, distinzione che spesso informa le ricerche sulla detenzione amministrativa e più in generale sulle politiche migratorie. Tale distinzione oltre a partecipare e supportare i discorsi degli attori coinvolti nelle politiche repressive nei confronti dei migranti, non tiene conto del fatto che a subire le conseguenze delle azioni di contrasto all'immigrazione non sono tanto gli *irregolari* in generale quanto alcune categorie di essi.

Una linea di ricerca che si ritiene interessante è dunque quella che, a prescindere dalle categorizzazioni fornite dagli organi istituzionali, che siano essi municipali, statali, sovranazionali o transnazionali, cerchi di individuare la governamentalità sottesa alla gestione delle migrazioni e nello specifico alle pratiche detentive. Come ho ipotizzato essa differisce a seconda del livello di governo implicato. Per quanto riguarda il livello metropolitano o nazionale sembrano essere gli individui i destinatari delle politiche di controllo e a essere valutata la loro presunta pericolosità. Per quanto riguarda invece il livello sovra e transnazionale a essere oggetto di attenzione sembra essere la popolazione migrante nel suo insieme e i rischi che un suo movimento imprevedibile e incontrollato comporta. L'obiettivo delle politiche migratorie, come ipotizzato da alcuni autori (M. Bojadzijeve - S. Karakayali - V. Tsianos, 2004; E. Rigo, 2007; S. Mezzadra, 2008; D. Papadopoulos - N. Stephenson - V. Tsianos, 2008), sarebbe in tal caso quello di direzionare e controllare temporalmente tale movimento in relazione alle dinamiche del mercato del lavoro.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Andrijasevic R. (2010), *From Exception to Excess: Detention and Deportation across the Mediterranean Space*, in De Genova N., Peutz N. (2010), *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Duke University Press, London.

Bojadzijeve M - Karakayali S. - Tsianos V. (2004), *L'enigma dell'arrivo*, in Mezzadra S. (a cura di), *I confini della libertà. Per un'analisi politica delle migrazioni contemporanee*, DeriveApprodi, Roma.

Brenner N. (2004), *New State Spaces: Urban Governance and the Rescaling of Statehood*, Oxford University Press, Oxford and New York.

Colombo A. (2012), *Fuori controllo? Miti e realtà dell'immigrazione in Italia*, Il Mulino, Bologna.

Cuttitta P. (2007), *Segnali di confine, Il controllo dell'immigrazione nel mondo-frontiera*, Mimesis, Milano.

De Genova N. (2010), *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, in De Genova N., Peutz N., *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Duke University Press, London.

Düvell F. (2004), *La globalizzazione del controllo delle migrazioni*, in Mezzadra S. (a cura di), *I confini della libertà. Per un'analisi politica delle migrazioni contemporanee*, DeriveApprodi, Roma.

International University College of Turin (2012), *Betwixt and Between: Turin's CIE. A Human Rights Investigation into Turin's Immigration Detention Centre*, edited by Stege U., Veglio M., Roman E. and Ogada-Osir A.

Leerkes A. e Broeders D. (2010), *A Case of Mixed Motives? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention*, in *British Journal of Criminology*, vol. 50, pp. 830-850.

Mezzadra S (2006), *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Ombre Corte, Verona.

Mezzadra S. (2007), *Il nuovo regime migratorio europeo e le metamorfosi contemporanee del razzismo*, in *Studi sulla questione criminale*, II, n. 1, pp. 13-30.

Mezzadra S. e Neilson B. (2008), *Border as Method, or, the Multiplication of Labor*, in <http://leicp.net/transversal/0608/mezzadraneilson/en> [31 October 2008].

Moulier Boutang Y. (1998), *De l'esclavage au salariat. Economie historique du salariat bridé*, in *Actuel Marx*, PUF, Paris.

Papadopoulos D. - Stephenson N. - Tsianos V. (2008), *Escape Routes. Control and Subversion in the Twenty-first Century*, Pluto Press, London.

Rahola F. (2003), *Zone definitivamente temporanee. I luoghi dell'umanità in eccesso*, Ombre Corte, Verona.

Rigo E. (2004), *Ai confini dell'Europa*, in S. Mezzadra (2004), a cura di, *I confini della libertà. Per un'analisi politica delle migrazioni contemporanee*, DeriveApprodi, Roma.

Rigo E. (2007), *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Meltemi, Roma.

Ronzitti N. (a cura di) (2009), *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, in IAI, Contributi di Istituti di ricerca specializzati, http://www.iai.it/pdf/Oss_Transatlantico/108.pdf.

Sassen S. (2004), *Le città nell'economia globale*, il Mulino, Bologna

Vassallo Paleologo F. (2011), *Respingimenti e accordi di riammissione. Sotto accusa l'Italia. Non è un Paese sicuro per i richiedenti asilo*, in <http://www.meltingpot.org/articolo16259.html>.

Walters W. (2004), *Welcome in Schengenland*, in S. Mezzadra (a cura di), *I confini della libertà. Per un'analisi politica delle migrazioni contemporanee*, DeriveApprodi, Roma.

**BEHIND CLOSED DOORS?
DETENZIONE DI MIGRANTI IRREGOLARI, VIOLAZIONI DEI
DIRITTI UMANI E MECCANISMI DI MONITORAGGIO**

Maria Elena Caruso

Il saggio affronta il tema della detenzione amministrativa dei migranti irregolari, con particolare attenzione alle implicazioni di tale pratica sui diritti umani.

L'articolo offre, dapprima, un'analisi delle politiche europee di contrasto all'immigrazione irregolare, evidenziando il gap tra standard teorici di protezione e politiche, invece, restrittive e criminalizzanti. Traccia, inoltre, una mappatura generale delle tipologie di centri di detenzione per migranti presenti in Europa.

L'elaborato si concentra, poi, sul rapporto tra detenzione amministrativa e diritti umani: tale pratica è, di per sé, compatibile con il rispetto dei diritti fondamentali? Quali sono gli obblighi internazionali che gli Stati sono tenuti a rispettare? Quali le condizioni minime da garantire? Si prendono in esame, inoltre, le violazioni che possono aver luogo nei centri, con particolare attenzione al rischio di trattamenti inumani, in relazione sia alle condizioni di detenzione sia alle procedure di rimpatrio.

Vengono approfonditi i meccanismi di monitoraggio dei centri: è possibile considerarli uno strumento efficace nel prevenire abusi e assicurare un effettivo rispetto dei diritti? Possono essere un modo per aprire porte finora chiuse?

Keywords: diritti umani, detenzione amministrativa, migranti irregolari, meccanismi di monitoraggio.

1. Politiche dell'Unione europea sulla gestione dell'immigrazione irregolare: assicurare diritti o proteggersi dall'*estraneo*?

Spesso si dice che l'integrità morale di uno Stato si misura da come esso tratta le persone più vulnerabili che vivono al suo interno. I centri di detenzione, in questo senso, rischiano di lasciare un marchio indelebile sulla nostra società

(D. Silove, 2001, p. 1463)

«Il termine “ospitalità” rispecchia perfettamente l’atteggiamento ambiguo dell’Unione europea nei confronti dei migranti. “Ospitalità” ha due significati: da un lato, si riferisce all’ospite (*hostis*), l’ospizio, la casa, il luogo di accoglienza e riposo; dall’altro è la radice della parola “ostile” (*hostilis*), ostaggio, nemico. All’interno del quadro normativo europeo possiamo rintracciare, con chiarezza, questo doppio significato. Una strategia di accoglienza e protezione dichiarata a livello teorico, mentre sullo sfondo troviamo una paura quasi irrazionale per ciò che è altro, esterno, estraneo. Un gap profondo tra accoglienza, da un lato, e chiusura, dall’altro» (Steps Consulting Social, 2007, p. 24).

La migrazione internazionale – e la sua gestione da parte degli Stati – è una delle questioni più discusse nell’agenda internazionale. Questo non solo perché rappresenta un fenomeno numericamente significativo, strutturale in un mondo globalizzato, ma soprattutto per il delicato legame che essa ha con un’effettiva tutela dei diritti umani.

Preoccupazioni in merito al rispetto dei diritti fondamentali nel contesto delle politiche migratorie sono state sollevate da vari organismi internazionali e organizzazioni della società civile, in particolare in relazione alla gestione della migrazione irregolare¹ e alla sua criminalizzazione all’interno dello spazio europeo. I migranti irregolari sono visti sempre di più come una minaccia per la sicurezza degli Stati. In quest’ottica si spiega l’approccio utilizzato nella gestione della migrazione nell’Unione europea, prevalentemente repressivo: le politiche migratorie si orientano infatti a controllare in maniera severa eventuali ingressi all’interno dell’Unione, attraverso politiche restrittive su visti, controlli di frontiera, detenzione ed espulsione.

L’elemento alla base di tali politiche può essere individuato nella dicotomia tra cittadini europei e cittadini di Paesi terzi, sul presupposto dell’esistenza di un *dentro* e un *fuori*: lo spazio europeo del *dentro*, spazio di libertà, sicurezza e giustizia, spazio che va salvaguardato e protetto. Poi c’è lo spazio del *fuori*, dell’esterno, dell’estraneo, dell’altro, che va controllato con attenzione e tenuto a margine.

A livello politico e sociale è stato creato un nesso, ormai quasi immediato, tra immigrazione e sicurezza: i migranti irregolari vengono percepiti dai governi e dall’opinione pubblica, a causa di un uso spesso distorto dei mezzi di comunicazione, come un problema per la sicurezza.

¹ Con il termine *migrazione irregolare* si intende sia un flusso di persone che entra in un determinato territorio in violazione delle norme d’ingresso, sia la residenza in un dato territorio non conforme alla legge che regola l’immigrazione. Si veda www.iom.org.

Formalmente rispettosa dei diritti di tutti, l'Unione europea sta tuttavia promuovendo politiche che tendono a costruire e a rimarcare continuamente, attraverso la criminalizzazione dei migranti irregolari, una chiara distinzione tra un *dentro*, dove tutti sono titolari di diritti inalienabili, e un *fuori*, dove l'universalismo dei diritti cede, spesso, il passo a una condizione di invisibilità giuridica ed esistenziale. E quei diritti umani che sono, per loro stessa natura, universali e inalienabili, inerenti all'individuo in quanto essere umano, si trovano a fare i conti con una realtà in cui la lotta all'immigrazione *clandestina*² spesso diviene priorità.

Ci troviamo dunque di fronte alla costruzione sociale, politica e mediatica del *clandestino*, nel tentativo di creare una nuova categoria di essere umano: l'*illegale*. In nome della sicurezza e dell'ordine pubblico, concetti associati sempre più spesso all'idea di controllo migratorio, vengono spesso sacrificati quei diritti che dovrebbero, invece, essere e restare universali e inviolabili.

2. Detenzione di migranti irregolari e richiedenti asilo all'interno dell'Unione europea

2.1. Evoluzione della pratica della detenzione amministrativa

L'approccio repressivo alla migrazione si materializza nella pratica, sempre più diffusa, della detenzione amministrativa di migranti irregolari e richiedenti asilo.

La detenzione amministrativa è la pratica di detenere individui provenienti da Paesi terzi per motivi legati al processo migratorio. È utilizzata dai governi per prevenire ingressi irregolari – ed effettuare dunque verifiche sull'identità di persone in ingresso o in attesa di una decisione finale sul loro status legale – o in vista della procedura di espulsione di cittadini di Paesi terzi dal proprio territorio, nel caso in cui essi non presentino i requisiti per risiedere regolarmente all'interno del Paese (UNHCR, 1999).

² Tale termine, così come il termine *illegale*, pur divenuto di uso comune e utilizzato non solo dai mass media ma anche da alcuni rappresentanti politici, è carico di connotazioni morali e politiche negative. Per questo motivo, nel corso di questo lavoro eviterò di usare i termini *clandestino* o *illegale* per riferirmi a migranti privi di documenti, preferendo l'espressione *irregolare*, convinta del fatto che a essere illegali siano, semmai, le azioni, non le persone.

La detenzione amministrativa può essere definita, dunque, come la privazione della libertà personale di un cittadino straniero a causa del proprio status irregolare, perché privo di documenti che gli permettano di vivere regolarmente su quel dato territorio.

Come ha evidenziato il Consiglio d'Europa, la detenzione di richiedenti asilo e dei migranti irregolari è aumentata in modo sostanziale negli ultimi anni. Se ciò è dovuto, in parte, al crescente numero di arrivi di migranti in alcune zone d'Europa, tale aumento è frutto, in larga parte, anche di politiche restrittive, specchio di un'attitudine sempre più rigida nei confronti della gestione dei flussi migratori (Consiglio d'Europa, 2010).

Nonostante diversi organismi internazionali e organizzazioni in difesa dei diritti umani si siano più volte pronunciati contro l'abitudine di utilizzare la detenzione come forma di controllo dell'immigrazione (Amnesty, 2009), tale pratica continua comunque a essere la risposta più comune in seguito alla violazione di leggi e regolamenti sull'immigrazione. Moltissimi Paesi ricorrono, infatti, alla detenzione amministrativa in conseguenza di violazioni della normativa sull'immigrazione, per quanto riguarda l'ingresso irregolare, la permanenza sul territorio senza i requisiti previsti dalla legge, la permanenza oltre lo scadere del permesso, o in attesa di espulsione. La detenzione amministrativa è usata in nome della sicurezza nazionale, per verificare l'identità di qualcuno, eseguire accertamenti in base a leggi antiterrorismo. Essa è uno strumento di controllo dei flussi migratori, un mezzo per assicurare l'integrità delle proprie frontiere e per creare un deterrente per i futuri arrivi (S. Vohra, 2007).

Si ricorre in molti casi alla detenzione amministrativa anche per rifugiati e richiedenti asilo, spesso trattenuti durante l'esame della propria domanda: essi rientrano dunque all'interno dello stesso sistema di controllo utilizzato dai governi per gestire l'immigrazione irregolare.

2.2. Centri di detenzione per migranti all'interno dell'Unione europea

«(...) e il campo diviene un simbolo del peregrinare forzato, del movimento senza fine di esuli che la società europea si rifiuta di accogliere. Divenuto regola invece che eccezione, il campo è la materializzazione di un approccio securitario all'immigrazione» (Migreurope, 2005).

Quasi tutti gli Stati membri dell'UE fanno ricorso ai campi per cittadini di Stati terzi all'interno della loro politica migratoria. L'espressione "Europa dei campi" (Migreurope, 2005), nella sua accezione più ampia, ben sintetizza l'approccio dell'Unione europea in termini di gestione dei flussi

migratori. I campi sono presenti quasi ovunque in Europa, soprattutto alle frontiere sud.

Un campo di detenzione è un'area dove i cittadini di Stati terzi, privi dei requisiti necessari per risiedere all'interno del territorio di uno Stato membro, sono trattenuti e – di fatto – privati della propria libertà di movimento (M. Bietlot, 2006, p. 235).

Possiamo distinguere i campi in base alla loro diversa tipologia: esistono infatti campi aperti o chiusi, anche se la forma dei campi chiusi è quella che, generalmente, prevale.

Un campo è considerato *aperto* quando le persone trattenute hanno la possibilità di lasciare il campo e muoversi per un determinato periodo di tempo in una determinata area, possono ad esempio abbandonare il posto per un giorno, con l'obbligo di farvi ritorno per la notte. Questi tipi di campi sono pensati, soprattutto, come luoghi di accoglienza per i migranti privi di risorse per provvedere diversamente al proprio sostentamento, in modo da consentire di effettuare le necessarie operazioni di identificazione e in attesa di ottenere un permesso di soggiorno; di solito, ospitano richiedenti asilo in attesa di esame della propria richiesta.

Un campo è invece definito *chiuso* quando le persone che vi risiedono non hanno la possibilità di lasciarlo. Di conseguenza, l'infrastruttura di questi campi è di solito simile a un carcere: grate, muri alti, guardie di sicurezza, controlli e telecamere. Sono molto simili a prigionie e, dunque, come tali percepiti dai migranti che vi sono trattenuti (M. Griffiths, 2010). In alcuni Stati membri, vengono utilizzate anche vere e proprie carceri per trattenere migranti in condizione irregolare³. Generalmente, all'interno dei campi chiusi sono trattenute persone irregolarmente presenti sul territorio, che hanno infranto le regole di ingresso e di permanenza o che sono in attesa di espulsione. Spesso anche richiedenti asilo si trovano nello stesso tipo di centri.

Possiamo inoltre distinguere i differenti tipi di campi esistenti in base alla loro funzione: detenzione all'arrivo, durante l'esame della richiesta d'asilo, o detenzione in attesa di espulsione.

All'arrivo, la detenzione amministrativa è utilizzata come strumento di controllo dei migranti irregolari, in maniera da contrastare il loro ingresso all'interno dell'Unione. In questo senso la detenzione viene utilizzata per prevenire ingressi non autorizzati e per controllare che un individuo abbia i requisiti adatti per accedere in maniera regolare al territorio. I migranti intercettati alla frontiera con uno status irregolare e che non hanno i criteri per

³ Ad esempio in Germania, Irlanda, Lituania e Lettonia.

entrare in maniera regolare nello Stato sono solitamente trattenuti in campi definiti zone di transito: zone internazionali all'interno degli aeroporti⁴ e altre *zone d'attente* situate vicino alla zona di attraversamento della frontiera⁵.

Questo tipo di campi per la detenzione all'arrivo è dunque destinato a ospitare persone in attesa di permesso per entrare regolarmente nel Paese, o migranti a cui è stato rifiutato l'ingresso nel territorio e che sono in attesa dell'esame della propria situazione. Dopo tale esame, la persona trattenuta può essere ammessa oppure respinta. Molti Stati membri, inoltre, ricorrono alla detenzione anche in attesa dell'esame della richiesta d'asilo. Anche se tale pratica è abbastanza comune, la durata della detenzione varia molto da Paese a Paese. La detenzione di richiedenti asilo, inoltre, solleva diversi interrogativi in merito alla sua legittimità ed efficacia: è davvero garantita l'opportunità di chiedere asilo mentre si è detenuti? È una misura giustificata e proporzionale limitare la libertà personale dei richiedenti asilo per ragioni amministrative?

Gli Stati membri fanno ricorso alla detenzione amministrativa anche nel caso di persone trovate in condizione di irregolarità all'interno del territorio. La detenzione in questo caso è considerata una misura necessaria per eseguire l'ordine di espulsione. Anche in questo caso, il ricorso alla detenzione solleva dei problemi di rispetto dei diritti fondamentali: lo Stato è in grado di provvedere all'espulsione in un tempo ragionevole?

Le due categorie che abbiamo visto – detenzione all'ingresso o in uscita – nella pratica non sempre sono separate: nella maggior parte dei casi, anzi, i campi sono utilizzati per trattenere entrambe le categorie.

Un'ultima tipologia di campo è rappresentata dai cosiddetti *offshore camps*: luoghi di detenzione che un Paese colloca al di fuori dal proprio territorio, nell'ottica di una esternalizzazione delle frontiere esterne⁶. A livello europeo, è in aumento negli ultimi anni la possibilità di trattenere cittadini di Stati terzi in campi collocati al di fuori delle proprie frontiere. Lo scopo non dichiarato è quello di tenere il più possibile fuori dal proprio territorio persone indesiderate. La creazione di questi *offshore camps* è avvenuta con il supporto

⁴ Ad esempio, l'aeroporto Charles de Gaulle a Parigi o l'aeroporto di Lanzarote. Spesso non si tratta di veri e propri centri di detenzione, ma di posti di polizia o di stanze d'albergo da cui non è consentito allontanarsi.

⁵ Specialmente per ciò che riguarda le frontiere del sud dell'Europa: Lampedusa in Italia, le isole Canarie in Spagna, Malta e la Grecia.

⁶ Ci si riferisce alla fitta rete di accordi di riammissione tra Paesi UE e Paesi terzi, che consente un rimpatrio più semplice e sbrigativo verso i Paesi di partenza, e di accordi di polizia attraverso i quali parte dei controlli di frontiera viene, di fatto, delegata ai Paesi terzi, in cambio di aiuti economici o maggiore considerazione politica.

finanziario di alcuni Stati membri, come conseguenza di accordi bilaterali⁷. Tale pratica si sta diffondendo negli ultimi anni e viene utilizzata come un ulteriore strumento per controllare i flussi migratori. I Paesi che ospitano *offshore camps* hanno dei vantaggi: benefici economici o trattamenti preferenziali per i propri cittadini nelle politiche di ingresso attraverso il meccanismo delle quote riservate. Questo tipo di campi, tuttavia, può costituire un rischio per quanto riguarda il rispetto dei diritti umani: nell'esternalizzare a Paesi terzi i propri controlli di frontiera, i Paesi europei non valutano gli standard di detenzione né l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali.

2.3. Politiche dell'Unione europea sulla detenzione amministrativa dei migranti irregolari

Con riferimento alla detenzione amministrativa, la legislazione europea prevede solo alcuni standard minimi da rispettare. Il Trattato della Comunità europea non contiene alcuna previsione circa la detenzione di cittadini stranieri. Nella politica comune su immigrazione e asilo, tuttavia, l'Unione europea ha adottato una serie di direttive rilevanti in materia di detenzione di cittadini di Paesi terzi.

Le più importanti sono la Direttiva sugli standard minimi di accoglienza di richiedenti asilo 2003/9/EC, la Direttiva sulle norme minime per il riconoscimento e la revoca dello status di rifugiato 2005/85/EC e la cosiddetta Direttiva rimpatri (2008/115/EC), che prevede alcune indicazioni specifiche circa la detenzione di richiedenti asilo e rifugiati.

La Direttiva 2003/9/EC, all'articolo 7, stabilisce il principio secondo cui i richiedenti asilo dovrebbero avere la possibilità di muoversi liberamen-

⁷ È il caso, ad esempio, di Italia e Libia. Nel 2008 nel *Patto di amicizia tra Italia e Libia*, è stato stabilito di «intensificare la cooperazione nella lotta al terrorismo, al crimine organizzato, al traffico di droga e all'immigrazione illegale». Uno dei punti più critici del patto è il finanziamento da parte dell'Italia della costruzione di campi di detenzione in Libia, dove si aspetta siano detenuti migranti espulsi dall'Italia e trattenuti lì in attesa di essere rimpatriati verso il Paese d'origine, così come migranti trovati in posizione irregolare sul territorio libico e che sono fermati prima che intraprendano il viaggio verso l'Europa. Il coinvolgimento italiano nella costruzione dei campi solleva numerosi dubbi etici: non è stato posto, infatti, come condizione al finanziamento, il rispetto dei diritti umani, né la ratifica della Convenzione di Ginevra, che la Libia non ha ancora sottoscritto, né il rispetto di standard minimi per quanto riguarda le condizioni di detenzione. Grazie a finanziamenti italiani, sono stati costruiti centri di detenzione a Gharan, vicino Tripoli, a Sebha e a Kufra, posti dove sono state documentate diffuse e sistematiche violazioni dei diritti umani.

te all'interno del territorio di uno Stato membro. Al comma 3, tuttavia, viene stabilito come «uno Stato membro può confinare un richiedente in un determinato luogo, nel rispetto di quanto previsto dalla propria legge nazionale» e «nel caso in cui lo ritenga necessario, per esempio, per ragioni legali e di ordine pubblico»⁸. In questo modo, dunque, la Direttiva non fa altro che autorizzare l'uso della pratica detentiva da parte degli Stati, lasciando di fatto alla sovranità di ogni Stato il potere di ricorrere o meno alla detenzione.

Altro strumento che fa riferimento alla detenzione amministrativa è la Direttiva 2005/85/EC, che prevede che uno Stato membro «non dovrebbe detenere un individuo per il solo fatto di essere un richiedente asilo» e che «durante il periodo di detenzione deve essere garantito al richiedente asilo un celere esame della propria domanda di riconoscimento»⁹.

Infine un importante, anche se controverso, atto normativo per le politiche europee sulla detenzione amministrativa è rappresentato dalla cosiddetta Direttiva rimpatri (2008/115/EC), che stabilisce alcune regole circa la detenzione e l'espulsione di migranti irregolari. Essa prevede che gli Stati membri possano detenere migranti «allo scopo di assicurare l'esecuzione dell'ordine di espulsione» (art. 14). Per quanto riguarda la lunghezza della detenzione, se da un lato la Direttiva stabilisce che «la detenzione dovrebbe durare per il minor tempo possibile», essa tuttavia autorizza la detenzione fino a un massimo di 18 mesi. La lunghezza della detenzione varia da Paese a Paese: alcuni, come Finlandia, Svezia, Olanda, non hanno limiti di lunghezza della detenzione; altri invece prevedono un limite massimo di detenzione inferiore rispetto ai 18 mesi previsti dalla Direttiva. Di conseguenza, mentre per alcuni Paesi il limite di 18 mesi ha rappresentato un passo in avanti perché ha ridotto il tempo di detenzione o ha finalmente determinato un periodo massimo, per altri la direttiva ha costituito una opportunità per aumentare la durata del periodo di detenzione. C'è un rischio effettivo, in altre parole, che Stati membri con standard più alti li abbassino ai livelli minimi stabiliti dalla Direttiva (A. Triandafyllidou, 2010).

⁸ Direttiva 2003/9/CE del Consiglio europeo, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, articolo 7.

⁹ Direttiva 2005/85/CE del Consiglio europeo, dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, articolo 18.

3. Implicazioni della detenzione amministrativa per i diritti umani

3.1. Detenzione amministrativa e diritti umani: concetti compatibili?

La detenzione amministrativa, oggi immancabile corollario delle politiche migratorie attuate nell'Unione europea, rappresenta un elemento di criticità in relazione al rispetto dei diritti delle persone private della libertà. Esiste un continuo e delicatissimo bilanciamento tra interessi diversi e contrastanti: quello degli Stati di proteggere se stessi dall'immigrazione irregolare, e quello di un effettivo rispetto dei diritti delle persone trattenute, primi fra tutti il diritto alla libertà personale e alla protezione da detenzioni arbitrarie, principi riconosciuti da tutti i maggiori strumenti in materia di diritti umani¹⁰.

La detenzione amministrativa è dunque, in sé, compatibile con il rispetto di tali diritti?

Il diritto alla libertà personale, pur essendo uno dei più importanti diritti, non ha carattere assoluto, ma può essere limitato in determinate circostanze e con precise finalità. La domanda da porsi, dunque, è: quali sono le condizioni che devono essere rispettate perché la detenzione non sia da considerarsi arbitraria?

In base al diritto internazionale dei diritti umani, la detenzione non è arbitraria se rispetta il principio di *legalità*, essendo dunque stabilita e disciplinata da una specifica legge; se è *proporzionata*, ovvero è utilizzata dallo Stato tenendo conto di un giusto bilanciamento tra differenti interessi; se ha, infine, uno scopo *legittimo*. L'art. 5 della Convenzione europea sui diritti umani (ECHR), che riconosce il diritto alla libertà personale, non vieta infatti la detenzione di migranti e richiedenti asilo in sé¹¹, ma specifica che la loro detenzione deve essere stabilita per legge ed essere il risultato di una procedura giusta ed equa. Il *Working Group* sulle detenzioni arbitrarie, allo stesso modo, precisa che detenere un migrante irregolare non è di per sé arbitrario¹². Viene specificato, tuttavia, che la detenzione dovrebbe durare solo per il tempo necessario ad

¹⁰ Articoli 2 e 9, Dichiarazione universale dei diritti umani; articolo 9, Convenzione internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR); articolo 5, Convenzione europea sui diritti umani (ECHR); articolo 6, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹¹ L'articolo 5 stabilisce che la detenzione di una persona può essere ritenuta legittima se utilizzata per prevenire il suo ingresso non autorizzato nel Paese o dar corso a un ordine di espulsione.

¹² «In caso di ingresso illegale il bisogno delle autorità di identificare le persone può giustificare temporaneamente la detenzione di persone irregolarmente presenti in un territorio» (UN Ecosoc, 2002, par. 12).

assicurare l'espulsione; ogni privazione della libertà personale dovrebbe essere proporzionata allo scopo perseguito (Human Rights Council, 2006).

La detenzione di migranti irregolari non è dunque da considerarsi, di per sé, arbitraria. Deve essere garantito, tuttavia, un equo bilanciamento tra due interessi confliggenti: l'interesse dello Stato di garantire la propria politica in materia di controllo dei flussi migratori e di proteggere la propria comunità dall'immigrazione irregolare, da un lato, e il diritto fondamentale alla libertà personale di chi entra nel territorio, dall'altro. C'è da chiedersi, dunque, se questo giusto bilanciamento tra interessi confliggenti sia rispettato o se, invece, l'approccio europeo alla gestione dell'immigrazione irregolare non tenda a ricorrere alla detenzione amministrativa come misura generale, dando dunque la priorità agli interessi dello Stato di proteggere se stesso dall'immigrazione irregolare, più che prestare attenzione al diritto alla libertà personale.

3.2. Violazioni dei diritti umani nei campi di detenzione per migranti: rischi di trattamenti inumani relativamente alle condizioni di detenzione e alle procedure di rimpatrio

Il quadro normativo internazionale sulla detenzione, rilevante anche per la detenzione amministrativa dei migranti irregolari, prevede garanzie precise circa la legalità e la proporzionalità della detenzione, così come una serie di garanzie procedurali allo scopo di proteggere i detenuti da arbitrarietà e abusi di potere¹³.

In realtà, però, quali sono le condizioni dei migranti irregolari in detenzione amministrativa?

I migranti nei centri di detenzione sono particolarmente vulnerabili: libertà di movimento, diritto alla vita familiare e alla vita privata, così come i diritti dei minori, il diritto a non essere oggetto di tortura o trattamenti inumani e degradanti, sono tutti diritti fondamentali che nei centri di detenzione sono ad altissimo rischio di violazione.

Un rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa (CPT) mette in evidenza come rimangano tuttora troppe le situazioni in cui il CPT, nella sua azione di monitoraggio dei luoghi di privazione

¹³ Si vedano, soprattutto, gli artt. 7, 9 e 10 dell'ICCPR, gli artt. 5 e 7 dell'ECHR. Rilevante la soft law in materia: *UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*; *UN Body of Principles for the Protection of all Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*; *Council of Europe's Twenty Guidelines on Forced Return*; *COE Résolution 1509 e 1707*; *UNHCR Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*.

della libertà, rilevi condizioni di detenzione dei migranti del tutto inaccettabili (CPT, 2009). Violazioni nei centri di detenzione sono riportate in diverse zone nel mondo, anche nei Paesi *standard setter*, ricchi e industrializzati, che spesso hanno la pretesa di essere paladini della democrazia in giro per il mondo e che si presume siano esempio di rispetto dei diritti umani, ma che non di rado non garantiscono tali diritti all'interno delle proprie frontiere. Gravi violazioni sono, purtroppo, comuni e diffuse anche in quei Paesi che si considerano *culla* dei diritti fondamentali di ogni essere umano.

Preoccupazioni per i diritti umani sono emerse non solo per le condizioni di detenzione ma anche per le potenziali violazioni che possono avere luogo durante le procedure di espulsione, sia per il modo in cui queste sono condotte¹⁴ sia per il mancato rispetto del fondamentale principio di *non-refoulement*¹⁵.

Anche se i migranti sono protetti sulla carta dai principi generali del diritto internazionale dei diritti umani, in pratica il gap tra le garanzie internazionali e la loro effettiva applicazione è ampio. La sfida importante, dunque, è quella di colmare questo gap tra *law in the books* e *law in action* e cercare di trovare un equo bilanciamento tra necessità di controllo da parte degli Stati e necessità di protezione e garanzia dei diritti fondamentali.

Un elemento chiave in questo senso è quello di assicurare che le garanzie procedurali elaborate chiaramente in sede internazionale vengano effettivamente rispettate. È molto importante garantire sistemi di ispezione e monitoraggio dei centri di detenzione, in maniera tale da avere la possibilità non solo di sanzionare eventuali abusi *post factum*, ma di prevenirli: visitare i luoghi di detenzione può essere un mezzo efficace di proteggere i diritti delle persone detenute, anche nel delicato caso della detenzione amministrativa di migranti.

4. Migliorare la protezione attraverso meccanismi di monitoraggio

Le mura delle carceri chiudono le persone dentro e la società fuori.

(Human Rights Council, 2010, par. 9)

¹⁴ In molti rapporti, Amnesty International documenta, ad esempio, l'uso eccessivo della forza da parte delle autorità di polizia nel corso delle procedure di espulsione (Amnesty, 2008).

¹⁵ Spesso è stato riportato, infatti, come gli Stati abbiano fermato in mare migranti nel tentativo di raggiungere le coste di un Paese alla frontiera sud dell'Unione e li abbiano respinti verso il Paese di provenienza, senza dar loro possibilità di presentare domanda d'asilo o di protezione, cosa che può effettivamente causare il respingimento di un individuo verso un Paese dove potrebbe essere a rischio di tortura.

4.1. L'importanza di monitorare i luoghi di detenzione

«C'è bisogno di una trasformazione radicale dell'assunto di base della detenzione. Il paradigma attuale è che le prigioni sono posti chiusi e segreti, e le cose che avvengono all'interno sono nascoste al pubblico dominio. È necessario invece sostituire al paradigma di opacità quello di trasparenza. L'assunto deve essere quello di accesso aperto a tutti i luoghi di privazione della libertà» (N. Rodley, 2001, par. 35).

Le violazioni dei diritti che hanno luogo nei luoghi di detenzione sono spesso nascoste all'opinione pubblica: avvengono dietro porte che sono, e restano, chiuse. Ciò è ancora più vero in riferimento ai centri di detenzione per migranti. È urgente, dunque, trovare un modo di aprire queste porte chiuse, assicurando l'effettività dei meccanismi di monitoraggio.

Per monitoraggio dei luoghi di detenzione si intende il processo di esame costante e periodico, attraverso un sistema di visite, di tutti i vari aspetti della detenzione.

A livello internazionale e regionale i principali strumenti che provvedono ad assicurare visite periodiche e monitoraggio dei luoghi di detenzione sono gli organismi creati dal Protocollo opzionale alla Convenzione internazionale contro la tortura (OPCAT), da un lato, e il Comitato per la prevenzione della tortura (CPT), istituito nell'ambito del Consiglio d'Europa dalla Convenzione europea contro la tortura e ogni trattamento inumano o degradante, dall'altro.

L'OPCAT prevede un doppio sistema di monitoraggio: un meccanismo internazionale di visite, in capo al *Subcommittee on Prevention of Torture (SPT)*, supportato da un sistema di *National Preventive Mechanisms (NPM)*, meccanismi domestici e indipendenti di monitoraggio che gli Stati che hanno ratificato il Protocollo sono tenuti a creare.

Il CPT ha la stessa logica di funzionamento: è basato su un sistema di visite da parte di un Comitato di esperti indipendenti e imparziali che esamina, attraverso visite periodiche, le condizioni di detenzione delle persone private della propria libertà personale, in modo da garantire loro protezione dalla tortura e da trattamenti inumani e degradanti¹⁶.

A livello nazionale, esistono in vari Paesi dell'Unione europea dei sistemi indipendenti di monitoraggio. Tali meccanismi variano da Paese a Paese: ispezioni giudiziarie o amministrative, commissioni indipendenti, ispettori dei luoghi di detenzione, uffici di *Ombudsman* e istituzioni nazionali per i

¹⁶ Articolo 1 della Convenzione europea contro la tortura e i trattamenti inumani e degradanti.

diritti umani, garanti dei detenuti, ONG e organizzazioni di società civile e infine *National Preventive Mechanisms* (NPM), stabiliti secondo le previsioni dell'OPCAT.

Le visite, sia a livello nazionale che a livello regionale e internazionale, hanno principalmente una funzione preventiva: il semplice fatto che qualcuno dall'esterno abbia accesso in maniera costante ai luoghi di detenzione contribuisce alla protezione delle persone detenute. Le visite periodiche, inoltre, rendono possibile reagire in modo tempestivo qualora si riscontrino casi di violazioni.

La funzione di controllo non è limitata solo ai luoghi di detenzione tradizionali, ma in generale ai luoghi di privazione della libertà personale, in una concezione più ampia del termine¹⁷. Tale possibilità appare interessante, tra le altre possibili applicazioni, anche in riferimento ai centri di detenzione per migranti. Il *Subcommittee on Prevention of Torture* (SPT) e il *National Preventive Mechanisms* (NPM), così come il CPT, possono avere accesso ai centri di detenzione per migranti irregolari, a zone di transito, aeroporti internazionali, luoghi di controllo delle frontiere; essi rappresentano, dunque, un'opportunità importante per rinforzare il sistema di monitoraggio e supervisione, soprattutto nel delicato contesto della detenzione amministrativa legata all'immigrazione.

4.2. Meccanismi di monitoraggio come mezzo per garantire protezione ai migranti nei centri di detenzione

4.2.1. L'attività del Comitato per la prevenzione della tortura in merito alla detenzione di migranti

Il CPT, nella sua attività, ha spesso posto attenzione al trattamento riservato ai migranti nei centri di detenzione. Ha più volte sottolineato, infatti, come le condizioni di detenzione debbano essere consone e rispettose degli standard internazionali (CPT, 1997, par. 28-29). In particolare, in riferimento alle zone di transito negli aeroporti internazionali, il CPT ha chiarito come la permanenza in tali luoghi costituisca, di fatto, privazione della libertà personale e che, di conseguenza, tali zone ricadano sotto il proprio

¹⁷ Secondo l'art. 4 dell'OPCAT «Ogni Stato parte dovrebbe consentire visite in ogni luogo di detenzione sotto la propria giurisdizione dove ci sono persone private della loro libertà personale». In modo simile, l'articolo 2 della Convenzione europea per la prevenzione della tortura stabilisce che «le visite devono essere condotte in ogni luogo di detenzione sotto la giurisdizione e il controllo di uno Stato dove ci siano persone detenute».

mandato¹⁸. Le condizioni dei punti di ingresso alla frontiera e delle zone di transito sono state più volte ritenute inadeguate, non adatte soprattutto a trattenimenti prolungati. In particolare, le delegazioni del CPT hanno incontrato in varie occasioni persone detenute per interi giorni nelle sale d'attesa degli aeroporti, in condizioni assolutamente precarie (CPT, 1997, par. 26).

Il CPT si è inoltre occupato delle possibili violazioni durante le procedure di espulsione, denunciando l'utilizzo di metodi coercitivi come mezzo per gestire i detenuti nelle procedure di espulsione: casi di maltrattamenti fisici, somministrazione forzata di tranquillanti, utilizzo di gas irritanti per costringere la persona a spostarsi. Il CPT ha più volte ribadito come il ricorso a mezzi coercitivi dovrebbe essere evitato e limitato il più possibile (CPT, 2003).

Un altro punto importante è il rischio per le persone espulse di essere sottoposte a tortura o a trattamenti inumani e degradanti nel Paese verso il quale si è rimpatriati. Compito del Comitato dovrebbe quindi essere anche quello di avere un colloquio con i detenuti in procinto di essere espulsi e, qualora qualcuno lamenti il rischio di essere espulso verso un Paese non sicuro, il CPT dovrebbe verificare tale affermazione, portarla all'attenzione delle autorità nazionali, indagare possibili misure alternative all'espulsione, accertare se la persona in questione ha avuto modo di denunciare la cosa prima di ricevere il decreto di espulsione.

L'azione del CPT finora ha dato un contributo fondamentale nello stabilire regole per la protezione dei migranti irregolari, diminuendo in questo modo il rischio per queste persone di subire maltrattamenti (C. Danisi, 2009). Il Comitato dovrebbe, dunque, incrementare le proprie visite presso i centri per migranti, nell'ottica di offrire la maggiore protezione e garanzia possibile da serie violazioni dei diritti fondamentali.

4.2.2. Meccanismi OPCAT e monitoraggio nei centri di detenzione per migranti

I meccanismi creati nell'ambito dell'OPCAT agiscono, come per il CPT, anche nel caso di centri di detenzione per immigrati (art. 4, OPCAT). Tali meccanismi possono, quindi, operare nei diversi contesti di detenzione legati all'immigrazione: detenzione all'arrivo, centri dove sono trattenute persone in

¹⁸ Si riporta a titolo esemplificativo il caso *Amuur c. France* (presentato alla CEDU), riguardante quattro richiedenti asilo trattenuti nella zona di transito dell'aeroporto di Parigi per venti giorni. La Corte ha stabilito che «il solo fatto che i richiedenti asilo abbiano la possibilità di lasciare il Paese dove hanno intenzione di chiedere asilo non significa che si possa escludere una restrizione della libertà personale», e specifica come «trattenere i richiedenti nelle zone di transito equivalga, in pratica, in relazione alle restrizioni subite, a privazione della libertà personale».

attesa di espulsione, così come zone di transito negli aeroporti o in altre zone di frontiera (A. Edwards, 2008). Per quanto riguarda, in particolare, tali zone di transito occorre ricordare che esse rientrano nella giurisdizione di un determinato Stato e dunque ricadono dentro il mandato dei meccanismi OPCAT.

Gli elementi chiave da indagare nel contesto della detenzione amministrativa di migranti dovrebbero includere: condizioni di detenzione, accesso effettivo alla procedura d'asilo, effettiva protezione dal rischio di *refoulement*.

I meccanismi nazionali di prevenzione, in questo senso, possono rivestire un ruolo importante nel monitoraggio delle condizioni di detenzione, assicurando che siano adeguate e che non violino la dignità delle persone private della loro libertà.

Conclusioni

L'esistenza di un sistema effettivo di monitoraggio è una preconditione per assicurare che i diritti sanciti negli strumenti internazionali vengano effettivamente garantiti e applicati. Questo è importante in generale, ma soprattutto nella delicata situazione della detenzione amministrativa utilizzata nel contesto della gestione dell'immigrazione.

Un sistema effettivo di visite potrebbe, dunque, essere un buon modo per garantire una protezione adeguata. Come si è cercato di mettere in evidenza, tali meccanismi hanno un importante valore aggiunto: essi hanno accesso ai luoghi di privazione della libertà, possono monitorare le condizioni di detenzione, scoraggiare possibili violazioni, provvedere a rimedi in caso tali abusi abbiano luogo. I meccanismi di monitoraggio possono essere uno strumento per promuovere maggiore trasparenza e prevenire violazioni. La loro forza sta, infatti, nello scopo preventivo: il semplice fatto che qualcuno dall'esterno abbia accesso a luoghi di detenzione in maniera costante contribuisce alla protezione delle persone trattenute in quei posti.

Ovviamente il loro potere dipende da quanta capacità essi hanno di influenzare il livello politico e i *policy makers* nel chiedere i cambiamenti ritenuti necessari e, non avendo un potere coercitivo, da quanto le istituzioni sono disposte ad accettare le raccomandazioni date. L'efficacia dipende anche dal grado di coordinamento con altri strumenti di monitoraggio, a livello nazionale e internazionale; dalla loro effettiva indipendenza; dalle possibilità che hanno di avere accesso ai luoghi di detenzione, di parlare privatamente con i detenuti per avere informazioni sulla realtà del centro. I meccanismi di monitoraggio sono, tuttavia, essenziali per la protezione dei diritti umani, specialmente per quelli dei migranti irregolari, che necessitano di un'attenzione specifica.

Quali dunque le sfide? Come rendere questi meccanismi più efficaci?

Innanzitutto, una delle sfide maggiori è quella di aumentare il numero di ratifiche dell'OPCAT, finora piuttosto basso, in particolare per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione europea¹⁹, tradizionalmente Paesi di maggiore destinazione dei flussi migratori. È necessaria, dunque, un'azione di promozione per la ratifica di questo importante strumento, che ha il merito di stabilire, oltre al *Subcommittee on Prevention of Torture (SPT)* a livello internazionale, anche dei meccanismi nazionali di prevenzione. Gli Stati sono incoraggiati, in questo modo, ad assumersi la responsabilità primaria nella protezione delle persone sotto la propria giurisdizione dalla tortura e dai trattamenti inumani e degradanti. L'OPCAT, dunque, ha il pregio di «portare a casa, a livello domestico, la responsabilità di monitorare e prevenire le violazioni del diritto a non essere sottoposto a tortura» (S. Valenti, 2009, p. 15). Un sistema di meccanismi nazionali di prevenzione funzionante ed efficiente, dunque, potrebbe divenire «un'importante prima linea di difesa» (A. Edwards, 2008, p. 812) per i migranti sottoposti a detenzione amministrativa. È dunque necessario costruire una sinergia e un giusto coordinamento tra il livello internazionale e quello nazionale di meccanismi di monitoraggio, entrambi importanti, crearne dove non ci sono, rinforzare quelli già esistenti.

C'è, inoltre, bisogno di un'attenzione specifica alla tematica del rispetto dei diritti dei migranti in detenzione. È dunque necessario rafforzare il ruolo dei meccanismi di monitoraggio esistenti in tale direzione: dovrebbe, ad esempio, essere data maggiore possibilità a tali meccanismi di monitorare le procedure di espulsione.

I soli meccanismi di monitoraggio non possono, da soli, eliminare le violazioni. In ogni caso, però, essi sono importanti per tutelare la categoria particolarmente vulnerabile dei migranti. Nonostante gli Stati abbiano il diritto di gestire e controllare l'immigrazione, le persone devono essere trattate con dignità, a prescindere dal loro status legale. Un sistema efficiente di monitoraggio può dunque essere un buon mezzo per garantire la loro protezione, una maniera per assicurare che quei diritti inalienabili riconosciuti dai vari strumenti internazionali non rimangano solo scritti sulla carta ma diventino rispettati nella realtà.

Monitorare può essere un mezzo per evitare che le violazioni dei diritti umani rimangano nascoste dietro porte chiuse.

¹⁹ Per una lista completa delle ratifiche, si veda http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9-b&chapter=4&lang=en.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Amnesty International (2008), *EU return directive affects dignity and security of irregular migrants*, disponibile in <http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/eu-return-directive-affects-dignity-security-irregular-migrants-20080704>.

Amnesty International (2009), *Irregular migrants and asylum seekers, alternatives to migrant detention*, Amnesty International Publication, London.

Bietlot Mathieu (2005), *Le camp révélateur d'une politique inquiétant de l'étranger*, in *Cultures et conflits*, 57, pp. 221-250.

Boeles Pieter - Heijer Maarten den - Lodder Gerrie - Wouters Kees (2009), *European migration law*, Intersentia, Antwerp.

Consiglio d'Europa (2010), *Detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe* (Risoluzione n. 1707), disponibile in <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1707.htm>.

CPT (1997), *Seventh General Report*, CPT Doc. CPT/Inf (97), disponibile in <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-07.htm>.

CPT (2003), *Thirteenth General Report*, CPT Doc. CPT/Inf (03), disponibile in <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-13.htm>.

CPT (2009), *20 Years of Combating Torture*, 19th General Report, 1 August 2008 - 31 July 2009, Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Danisi Carmelo (2009), *Preventing Torture and controlling irregular migration: the role of the European Committee for the Prevention of Torture and its activities in Italy*, disponibile in <http://projects.essex.ac.uk/ehrr/V6N1/Danisi.pdf>.

Edwards Alice (2008), *The Optional Protocol to the Convention Against Torture and the detention of refugees*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 57, 4, pp. 789-825.

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) (2009), *The Stockholm Programme: A Chance to put Fundamental Rights Protection Right in the Centre of the Griffiths*, Melanie (2010), *I'm not a criminal but I've been here 11 months. The Criminalisation of Asylum Seekers in a British Immigration Detention Centre*, Paper presented at the Oxford University. Conference on The Meaning and Practice of Immigration Detention: Perspectives from Legal, Social, and Political Theory, Oxford University, 21 May 2010.

Human Rights Council (2006), *Opinion adopted by the Working Group on Arbitrary Detention*, Opinion n. 45/2006, United Kingdom, Session, Item3, A/HRC/7/4/Add 1.

Human Rights Council (2010), *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Novak, Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in the world, including an assessment of conditions of detention*, disponibile in http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A.HRC.13.39.Add.5_en.pdf.

Migreurope (2005), *From european migration and asylum policy to migration camps*, disponibile in http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/4_page_Migreurop_EN.pdf.

Neal Andrew W. (2009), *Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of FRONTEX*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 47, 2, pp. 333-356.

Rodley, Nigel (2001), *Report of the Special Rapporteur on the Question of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN Doc A/56/156, 3, disponibile in <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a56156.pdf>.

Silove Derrick - Steel Zachary - Mollica Richard F. (2001), *Detention of asylum seekers: an assault on health, human rights and social development*, *Lancet*, 357, pp. 1436-37.

Steps Consulting Social (2006), *The conditions in centres for third-country nationals (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member States*, disponibile in http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_eu-ep-detention-centres-report.pdf.

Triandafyllidou Anna (2010), *Irregular migration in Europe, myths and realities*, Ashgate, Farnham.

UN ECOSOC, Commission on Human Rights (2002), 59 Session, Report of *The Working Group on Arbitrary Detention: Visit to Australia*, UN Doc E/CN.4/2003/8/Add.2, 24 October 2002, disponibile in <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/6035497b015966fec1256cc200551f19?Opendocument>.

UN High Commissioner for Refugees (1999), *UNHCR's Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, disponibile in <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3c2b3f844.html>.

Valenti Stefano (2009), *Rights of persons deprived of their liberty: the role of national human rights structures which are Opcat mechanisms and of those which are not*, Workshop debriefing paper, disponibile in http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/proceedings_Padua_April2008.pdf.

Vohra Shyla (2007), *Detention of irregular migrants and asylum seekers*, in Cholewinski Ryszard - Macdonald Euan - Perruchoud Richard (eds.), *International migration law. Developing paradigms and key challenges*, T.M.C Asser Press, The Hague, pp 49-69.

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA DEGLI STRANIERI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA E DEGLI ATTI DI INDIRIZZO DEL CONSIGLIO D'EUROPA

Caterina Torchiaro

Attraverso l'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, questo articolo esplora il tema della detenzione amministrativa dall'angolo del (non) rispetto, da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa, dei diritti umani degli stranieri detenuti nei centri di detenzione.

In questi ultimi anni, si è sviluppato un intenso dibattito tra gli Stati, la Corte e gli altri organi del Consiglio d'Europa sull'urgenza di evitare detenzioni arbitrarie, e quindi gravi violazioni dei diritti umani.

La nostra analisi mostra che gli Stati tendono a ricorrere alla detenzione amministrativa spesso in modo improprio, a detenere gli stranieri in cattive condizioni e a non rispettare i diritti fondamentali, nonostante i principi enunciati dalla Corte e le dichiarazioni emesse dagli altri organi del Consiglio d'Europa.

Keywords: detenzione amministrativa, diritti umani, Corte europea dei diritti dell'uomo, Consiglio d'Europa, principio di *non refoulement*.

Premessa

La detenzione amministrativa degli stranieri suscita sempre più indignazione per il non rispetto dei diritti umani nei confronti degli stranieri detenuti. A livello internazionale diverse organizzazioni, quali le Nazioni Unite e il Consiglio d'Europa, esprimono le proprie preoccupazioni quanto al ricorso sempre più frequente di questa misura di controllo delle migrazioni, mentre le organizzazioni non governative auspicano una maggior salvaguardia dei diritti umani per gli stranieri senza documenti (UNHCR, 1999, p. 11; PICUM, 2007).

Si tratta di una misura privativa di libertà decisa dalle autorità amministrative competenti di uno Stato nei confronti di uno straniero in situazione

irregolare (OIM, 2007). Essa è prevista nella maggior parte delle legislazioni nazionali e si attua in centri specifici. I primi centri sono nati negli anni Settanta nel Regno Unito in applicazione dell'*Immigration Act 1971* (attualmente dodici) e successivamente in altri Paesi europei. In Francia sono oggi circa una trentina e sono stati introdotti a metà degli anni Ottanta, ma bisognerà aspettare il 2001 per vedere regolamentati i luoghi di implementazione e il numero di centri autorizzati (Décret n. 236/2001). Similmente, in Belgio i centri di detenzione oggi sono sei e sono stati creati alla fine degli anni Ottanta, mentre fino ad allora gli stranieri in situazione irregolare erano detenuti nelle prigioni. In Italia, la detenzione amministrativa degli stranieri è stata introdotta dal d.lgs n. 286 del 25 luglio 1998 ed esistono diverse tipologie di strutture presso le quali uno straniero in situazione irregolare può essere detenuto. Si tratta dei cinque centri di accoglienza (CDA), degli otto centri di accoglienza richiedenti asilo (CARA) e dei tredici centri di identificazione ed espulsione (CIE). La loro creazione è avvenuta in modo graduale: nel 1995 con la legge Puglia per i CDA e nel 2008 con il d.lgs n. 25 per i CARA; il decreto legge n. 92/2008 ha rinominato CIE i Centri di permanenza temporanea e assistenza già previsti dal citato decreto legislativo 286/1998.

Tuttavia le legislazioni nazionali che regolamentano i centri di detenzione non garantiscono, di per sé, il rispetto dei diritti degli stranieri in quanto persone. Tale situazione è tipica di tutti i Paesi membri del Consiglio d'Europa, nonostante il fatto che gli Stati contraenti siano tenuti ad applicare la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi: Convenzione) e a conformarsi alle dichiarazioni degli organi del Consiglio d'Europa, in particolar modo della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi: Corte) le cui sentenze sono vincolanti per gli Stati, ma anche dell'Assemblea parlamentare, del Comitato dei ministri e del Commissario per i diritti umani.

Questo contributo intende mettere in luce il peso della giurisprudenza della Corte, chiamata a vigilare sul rispetto dei diritti dell'uomo, nei suoi rapporti con gli Stati e con gli altri organi del Consiglio d'Europa in un contesto giuridico intrinsecamente complesso.

1. La Corte europea dei diritti dell'uomo sulla detenzione amministrativa

La Corte si pronuncia sulla violazione degli articoli della Convenzione nei confronti degli stranieri, fornendo in tale modo un complemento alla Convenzione che non contiene disposizioni specifiche per gli stranieri, a eccezione dell'articolo 4 del Protocollo n. 4 sul divieto delle espulsioni collettive.

ve di stranieri e dell'articolo 1 del Protocollo n. 7 sulle garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri. I diritti e le libertà più spesso violati da parte degli Stati riguardano il diritto alla libertà e alla sicurezza, la proibizione della tortura, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, il divieto di espulsioni collettive di stranieri e le garanzie processuali, ossia i diritti al ricorso a un tribunale e a un ricorso effettivo.

1.1. Il diritto alla libertà e alla sicurezza

La Convenzione garantisce, al suo articolo 5 § 1, il diritto alla libertà e alla sicurezza a ogni persona, stranieri compresi. Si tratta della libertà fisica della persona e della «garanzia rispetto alle arbitrarie interferenze della pubblica autorità nella libertà di un individuo» (M. Pisani, 2001, p. 117). Tuttavia, il sottoparagrafo *f)* del suddetto articolo prevede la privazione di libertà ad alcune condizioni:

Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:
f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione.

La misura detentiva deve essere *regolare*, ossia conforme alle norme processuali e sostanziali della legislazione nazionale e allo scopo dell'articolo 5 che è quello di proteggere l'individuo contro l'arbitrio (CEDU, *Amuur c. Francia*). Tale, tuttavia, non è il caso in numerose situazioni. L'autorità amministrativa non sempre si conforma alle decisioni dei tribunali interni. Ad esempio, nei casi *Riad*, sulla detenzione in Belgio di due stranieri in situazione irregolare nella zona di transito dell'aeroporto di Bruxelles-National per un periodo superiore a dieci giorni, e *Mubilanzila*, sulla detenzione in Belgio di una minore straniera non accompagnata in situazione irregolare in un centro per adulti per due mesi, benché i tribunali interni avessero constatato l'illegalità della detenzione e richiesto la rimessa in libertà dei ricorrenti, lo Stato ha continuato comunque a detenerli.

Oltre ad apprezzare la legislazione in vigore, la Corte prende in considerazione anche la qualità della legge (C. Teitgen-Colly, 1999, p. 276). Nel caso *Amuur*, sulla detenzione di ricorrenti richiedenti asilo nella zona di transito dell'aeroporto Paris-Orly, la Corte considera che il diritto francese dell'epoca in materia non costituisce «una legge di una qualità sufficiente in base alla giurisprudenza della Corte» (Corte EDU, *Amuur c. Francia*, §

54)¹. Infatti, la legislazione alla base della detenzione amministrativa, vale a dire il decreto del 27 maggio 1982 e la circolare del 26 giugno 1990, non è appropriata poiché, da una parte, il decreto «non riguarda il trattenimento degli stranieri nella zona internazionale» e, dall'altra, la circolare «non contiene delle garanzie comparabili a quelle istituite dalla legge del 6 luglio 1992» (*ivi*, § 53). Per questi motivi la Corte ritiene che vi sia stata violazione dell'articolo 5 § 1.

Inoltre, per essere ammissibile, la detenzione deve avere lo scopo di «impedire [a una persona] di entrare illegalmente nel territorio» ovvero nel «corso [di] un procedimento d'espulsione o d'extradizione». Se lo scopo è altro, la detenzione è inammissibile, come in *A. e altri*, i cui ricorrenti erano sospettati di attività terroristica nel Regno Unito. In tale caso, la Corte afferma che la detenzione è inammissibile perché lo scopo della privazione di libertà da parte dello Stato è quello di detenere i ricorrenti in quanto presunti terroristi e non di espellerli.

Infine, la Corte tiene presente anche la durata della detenzione. Dato che la Convenzione non stabilisce una durata massima di detenzione, la Corte valuta le situazioni *caso per caso*, talvolta riconoscendo la violazione di diritti umani, talvolta il rispetto delle prerogative degli Stati. Nel caso *Saadi*, la Corte conclude che «detenere il ricorrente per sette giorni non era incompatibile con l'art. 5 § 1(f) della Convenzione» dati «i seri problemi amministrativi che il Regno Unito si trovava a fronteggiare in un periodo in cui il numero dei richiedenti asilo aumentava vertiginosamente» (CEDU, *Saadi c. Regno Unito*, § 80).

Nel caso *Chahal*, sulla detenzione per sei anni del ricorrente in attesa di espulsione per motivi di sicurezza nazionale, tredici giudici della Corte su diciannove ritengono che, nonostante la lunga detenzione, il ricorrente non è stato privato arbitrariamente della sua libertà poiché «non è né nell'interesse del ricorrente né nell'interesse generale a una buona amministrazione della giustizia che tale decisione sia presa in fretta, senza tener conto di tutti i punti e gli elementi pertinenti» (CEDU, *Chahal c. Regno Unito*, § 117). Trattandosi di un caso nel quale lo Stato deve accertarsi dell'implicazione del ricorrente in atti terroristici, la necessità di esaminare attentamente il dossier del ricorrente giustifica, secondo la maggioranza della Corte, la lunga detenzione e quindi la procedura interna è stata attuata in modo diligente.

¹ Le citazioni dei documenti del Consiglio d'Europa sono in traduzione libera, esistendo solo le versioni inglese e francese.

1.2. Il rispetto della dignità umana in condizione di detenzione

Oltre a pronunciarsi sull'ammissibilità della detenzione, la Corte si accerta che le condizioni detentive siano rispettose della dignità umana. Tale esigenza si riscontra nella proibizione della tortura, nel rispetto del diritto alla vita privata e familiare e nel divieto di espulsioni collettive di stranieri.

1.2.1. La proibizione della tortura e dei maltrattamenti. Il principio di non refoulement

A più riprese, la Corte si pronuncia sulla proibizione della tortura nei centri di detenzione. In base all'articolo 3 della Convenzione, che costituisce «uno dei valori fondamentali delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa» (CEDU, *Soering c. Regno unito*, § 88), «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti», ossia a trattamenti che provocano «grandi sofferenze morali o fisiche deliberatamente inflitte che sono ingiustificabili» (CEDU, *Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi bassi c. Grecia*, p. 186). La Convenzione stabilisce che quest'articolo è inderogabile². Pertanto, non essendo autorizzata nessuna deroga, la proibizione della tortura è assoluta.

Così, nel caso *Riad*, la Corte, prendendo in considerazione la natura e il contesto del trattamento, ritiene che i ricorrenti abbiano patito sofferenze mentali tali da aver subito un trattamento inumano o degradante. Il centro di transito dove erano detenuti non era un luogo appropriato per una detenzione superiore ai dieci giorni data la mancanza di attività ricreative, quali la possibilità di stare all'aria aperta, una mensa interna e l'assenza di radio e televisione per garantire agli stranieri detenuti un minimo di contatto con l'esterno.

Parimenti, nel caso *Mubilanzila*, la Corte ritiene che la situazione vissuta dalla minore sia assimilabile a un trattamento inumano o degradante, vietato dall'articolo 3 poiché la minore di cinque anni è stata detenuta, sola, in un centro per adulti, senza nessun tipo di accompagnamento psicologico o educativo da parte di personale qualificato e designato a tale fine, mentre le autorità erano tenute ad adottare disposizioni adeguate, cosa che è stata fatta ma in modo insufficiente, e avrebbero dovuto valutare le gravi conseguenze psicologiche della detenzione sulla bambina.

La proibizione dei maltrattamenti si applica anche ai casi specifici di estradizione/espulsione per i quali la Corte ha introdotto, attraverso la pro-

² Articolo 15 § 2. Deroga in caso di stato d'urgenza: «La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7».

pria giurisprudenza, il principio di *non refoulement* di una persona in un Paese dove rischia di subire tortura o altri maltrattamenti. Ciò significa che lo Stato ha «l'obbligo implicito di non estradare» (CEDU, *Soering c. Regno unito*) e, *mutatis mutandis*, di espellere lo straniero detenuto. Nel caso *Chahal*, sulla base del carattere assoluto dell'articolo 3, la Corte afferma che «ogni volta che vi sono dei seri e accertati motivi di credere che una persona corra il rischio reale di essere sottoposta a trattamenti contrari all'articolo 3 se fosse espulsa verso un altro Stato, la responsabilità dello Stato contraente – di proteggerla da tali trattamenti – è impegnata in caso d'espulsione» (CEDU, *Chahal c. Regno unito*, § 80). Per cui, se l'espulsione del ricorrente in India, suo Paese d'origine, avesse avuto luogo, questi avrebbe rischiato di subire dei maltrattamenti.

Una situazione simile si riscontra nel caso *Jabari*, riguardante la detenzione in Turchia in vista dell'espulsione della ricorrente in Iran, suo Paese d'origine in cui ha commesso un adulterio. La Corte ha chiesto allo Stato di non rinviare la ricorrente in Iran finché non avesse statuito. Essa rileva che lo Stato, non prendendo in considerazione i rapporti dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati e di Amnesty International che sottolineavano le pene inflitte alle donne iraniane in caso di adulterio, non ha rispettato il principio di *non refoulement* verso un Paese in cui esiste un rischio per l'individuo di subire un maltrattamento. Per cui ritiene che vi sarebbe stata violazione dell'articolo 3 se la decisione di espellere la ricorrente in Iran fosse stata eseguita.

1.2.2. *Il rispetto della vita privata e familiare. La protezione dei minori*

Oltre a non far subire trattamenti inumani o degradanti agli stranieri detenuti, gli Stati sono tenuti a rispettare la loro vita privata e familiare in virtù dell'articolo 8 della Convenzione. Tale articolo impone loro l'obbligo negativo di non ingerenza nella vita privata e familiare di ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione e l'obbligo positivo di prendere le misure appropriate per assicurare la protezione dei diritti in questione (P. Leach, 2005, p. 285).

Nel caso *Mubilanzila*, la Corte constata che la minore ha subito un'ingiusta intromissione da parte dello Stato nella sua vita privata e familiare. Trattandosi di una minore non accompagnata, lo Stato avrebbe dovuto facilitare la riunificazione familiare tra la minore e la sua famiglia, lo zio e la madre all'occorrenza; cosa che non è stata fatta. Invero, lo Stato non solo non si è conformato all'obbligo negativo di non ingerenza, separando la minore dallo zio che inizialmente l'accompagnava, ma non ha preso nessuna misura positiva per far ricongiungere la minore alla madre. Per questi motivi la Corte ritiene che lo Stato non abbia rispettato l'articolo 8. Così, secondo la Corte,

nei casi riguardanti i minori stranieri non accompagnati, lo Stato ha l'obbligo di facilitare la riunificazione familiare (CEDU, *Mubilanzila c. Belgio*, § 85).

In un caso simile, *Muskhadzhiyeva*, ma riguardante dei minori stranieri accompagnati detenuti per più di un mese in Belgio, la Corte constata l'assenza di disposizioni specifiche per loro. Di fatto, non solo i ricorrenti sono stati detenuti in un centro non adatto ad accogliere dei minori, ma le autorità non hanno adottato misure adeguate al fine di evitare ai bambini problemi fisici e psicologici dovuti alla detenzione. Secondo la Corte, lo Stato è venuto meno al suo obbligo di proteggerli.

1.2.3. Il divieto di espulsioni collettive

Nei casi d'espulsione, gli Stati sono tenuti a rispettare il divieto delle espulsioni collettive contenuto nell'articolo 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione, in virtù del quale «le espulsioni collettive di stranieri sono vietate». Per espulsioni collettive la Corte intende «qualsiasi misura che costringe degli stranieri, in quanto gruppo, a lasciare un Paese, tranne il caso in cui una tale misura è presa al termine e sulla base di un esame ragionevole e oggettivo della situazione particolare di ciascun straniero che forma il gruppo» (CEDU, *Čonka c. Belgio*, § 59). Pertanto, è la procedura di espulsione, e non il numero di individui che formano il gruppo o i legami tra di loro, a costituire il criterio applicativo dell'articolo 4 del Protocollo n. 4. Lo Stato, quindi, deve attestare di aver preso in considerazione realmente e in modo differenziato la situazione individuale di ciascuna persona in questione (*ivi*, § 63).

Nel caso *Čonka*, riguardante la detenzione in Belgio dei ricorrenti in vista dell'espulsione, la Corte ritiene che lo Stato non abbia rispettato il divieto delle espulsioni collettive di stranieri poiché non ha esaminato caso per caso la situazione dei ricorrenti. In effetti, i ricorrenti sono stati convocati simultaneamente ad altre persone in vista della loro espulsione con un ordine di lasciare il territorio e un ordine d'arresto identico per tutti gli interessati.

1.3. Le garanzie processuali

Riguardo alle garanzie processuali, gli articoli più spesso invocati nei casi di detenzione amministrativa degli stranieri sono gli articoli 5 § 4 e 13 della Convenzione.

L'articolo 5 § 4 garantisce il diritto al ricorso a un tribunale, da intendersi come il diritto a richiedere un controllo giudiziario sulla misura detentiva. In virtù di tale articolo, compito del tribunale interno è quello di decidere sulla regolarità della detenzione. Secondo la Corte, «il tribunale [deve] disporre di un controllo abbastanza ampio per decidere sulla regolarità della

detenzione», benché il suo giudizio «non sostituisca il giudizio dell'autorità ordinante la misura di privazione di libertà» (CEDU, *A. e altri c. Regno unito*, § 202). Tale, tuttavia, non è il caso in molteplici situazioni. Nel caso *Chahal*, la Corte constata che i tribunali non hanno potuto adempiere tale funzione. Avendo lo Stato invocato questioni di sicurezza nazionale che rientravano nel campo dell'esecutivo, il potere giuridico si vede impossibilitato a esercitare pienamente le sue funzioni e a pronunciarsi sulla regolarità della detenzione.

Il ricorso, inoltre, deve essere accessibile in teoria e in pratica (CEDU, *R.M.D. c. Svizzera*, § 51), vale a dire che i ricorrenti devono poter contestare in modo effettivo le accuse emesse contro di loro. Non è tuttavia sempre il caso. In *Mubilanzila*, la Corte rileva che lo Stato aveva programmato l'espulsione della minore prima della decisione del tribunale belga, privando in tale modo la ricorrente del suo diritto al ricorso a un tribunale e violando, in questo modo, l'articolo 5 § 4.

Parimenti, nel caso *A. e altri*, la Corte nota che alcuni ricorrenti, accusati di finanziare organizzazioni terroristiche, non hanno potuto contestare validamente le accuse contro di loro, poiché «gli elementi che avrebbero dovuto provare il legame tra il denaro raccolto e il terrorismo sono stati [loro] dissimulati» (CEDU, *A. e altri c. Regno unito*, § 223). Gli altri ricorrenti, invece, secondo la Corte, si sono visti notificare solo delle allegazioni generali, col risultato che non hanno potuto far valere utilmente le loro rimostranze. Per questi motivi la Corte ritiene che vi sia stata violazione dell'articolo 5 § 4.

L'articolo 13 garantisce il diritto a un ricorso effettivo alle persone fisiche e alle persone morali contro gli atti di terzi e dei pubblici poteri. L'effettività del ricorso dipende dal suo carattere accessibile e adeguato. Accessibile nel senso che l'interessato deve avere la qualità di parte nel processo e soprattutto deve avere la possibilità di adire l'istanza nazionale (A. Drzemczewski e C. Giakoumopoulos, 1999, p. 467). Adeguato nel senso che l'istanza nazionale è competente per conoscere il contenuto della rimostranza (CEDU, *Jabari c. Turchia*, § 48).

L'accessibilità e l'adeguatezza al ricorso si traduce, teoricamente, nel conoscere i capi d'accusa oppure nella possibilità di far valere i propri diritti. Ciò, però, non è sempre garantito nella pratica. In *Çonka* i ricorrenti avevano presentato due ricorsi davanti al Consiglio di Stato ma, come notato dalla Corte, né l'uno né l'altro aveva effetto sospensivo. Riguardo al primo ricorso, il Consiglio di Stato disponeva di quarantacinque giorni per statuire, mentre l'ordine dato ai ricorrenti di lasciare il territorio prevedeva un tempo massimo di cinque giorni. Riguardo al secondo, l'autorità amministrativa

non era tenuta ad aspettare la decisione del Consiglio di Stato per procedere all'espulsione e il Consiglio di Stato non era obbligato a informarsi sulle decisioni dell'autorità amministrativa. Per questi motivi la Corte ritiene che i ricorrenti non abbiano disposto della possibilità di presentare un ricorso conformemente alle condizioni richieste dall'articolo 13.

Una situazione simile si riscontra nel caso *Jabari*. La Corte rileva che il tribunale interno non ha preso in considerazione gli argomenti della ricorrente sul rischio di subire la tortura o un trattamento inumano o degradante nel caso in cui fosse stata espulsa nel proprio Paese d'origine. Il tribunale quindi non ha ottemperato all'obbligo di procedere a un esame indipendente e rigoroso, privando in tal modo la ricorrente di un ricorso effettivo per contestare la decisione d'espulsione.

Inoltre, nei casi di espulsione di uno straniero verso un Paese in cui rischierebbe di subire un maltrattamento, il ricorso deve avere effetto sospensivo per essere efficace. Sempre nel caso *Jabari*, ma anche nel caso *Chahal*, la Corte chiede agli Stati di non espellere i ricorrenti finché non abbia statuito³.

2. La detenzione amministrativa negli atti degli altri organi del Consiglio d'Europa

Gli altri organi del Consiglio d'Europa concordano spesso con le posizioni della Corte riguardo all'esigenza del rispetto dei principi contenuti nella Convenzione e nella giurisprudenza della Corte.

Alla stregua delle condizioni enunciate dalla Corte, l'Assemblea parlamentare, nelle sue risoluzioni, invita gli Stati membri a seguire i principi secondo cui «la detenzione è ordinata solo allo scopo specifico di impedire [a una persona] di entrare illegalmente nel territorio, oppure in vista di un procedimento d'espulsione o d'estradizione» e «la detenzione non [deve essere] arbitraria» (Résolution 1707(2010), §§ 9.1.4-5). In materia di espulsioni collettive, l'Assemblea parlamentare invita gli Stati che non hanno ancora ratificato il Protocollo n. 4 a farlo e in generale esorta tutti gli Stati a rispettare detto Protocollo (Résolution 1741(2010), § 6.3). Ciò perché effettivamente a tutt'oggi il Protocollo n. 4 non è ancora stato ratificato da tutti gli Stati contraenti. Il Regno Unito e la Turchia hanno firmato il Protocollo n. 4 ma non l'hanno ancora ratificato, mentre la Grecia e la Svizzera non l'hanno né firmato né ratificato.

³ Sentenze *Jabari*, cit., § 6, e *Chahal*, cit., § 4. La Corte esercita questa facoltà in virtù dell'articolo 39 § 2 del regolamento della Corte.

In merito alle condizioni detentive, la Corte e gli altri organi del Consiglio d'Europa hanno a più riprese segnalato, nei loro rispettivi atti, le cattive condizioni di vita materiale nei centri, la scarsa considerazione delle persone vulnerabili ivi detenute, quali i minori, da parte degli Stati e il non rispetto della vita privata e familiare. L'ex Commissario per i diritti umani, Thomas Hammarberg, biasima le cattive condizioni di vita nei centri di detenzione belgi e francesi per il loro aspetto vetusto e totalmente inappropriato alla detenzione (CommDH(2009)14). Il Comitato dei ministri, nelle raccomandazioni agli Stati membri, spesso raccomanda che i centri di detenzione negli aeroporti europei siano appropriati alle esigenze dei richiedenti asilo al fine di garantire i bisogni essenziali, le cure mediche e i supporti psicologici per i richiedenti asilo vittime di tortura o di trattamenti inumani o degradanti. Infine, esorta che nei centri vi siano strutture separate per uomini e donne, e per minori e adulti (Recommandation Rec(94)5, §§ 9-19; Recommendation Rec(2003)5, §§ 10-19).

Sulla questione del rispetto della vita privata e familiare, gli organi del Consiglio d'Europa sostengono le posizioni della Corte. L'ex Commissario per i diritti umani, Alvaro Gil-Robles, riprendendo i termini dell'articolo 8 della Convenzione, afferma che «i cittadini dei Paesi terzi non devono essere oggetto di alcuna ingerenza arbitraria o illegale riguardante la loro vita privata, la loro famiglia, il loro domicilio o la loro corrispondenza» (CommDH, 2006). Riflettendo sulla nozione di famiglia, l'Assemblea parlamentare raccomanda agli Stati di «includere la famiglia naturale, permettere ai membri di una stessa famiglia di essere riuniti fin dallo stadio della procedura di determinazione dello status di rifugiato [e] rivedere le loro politiche di riunificazione familiare nei confronti delle persone beneficianti di uno status di protezione temporanea o d'autorizzazione di soggiorno per motivi umanitari» (Recommandation 1327(1997), § 8). Infine, il Comitato dei ministri afferma che «il diritto alla vita privata e familiare dovrebbe essere garantito» (Recommandation Rec(2003)5, § 14).

Parimenti sulla questione delle garanzie processuali (articoli 5 § 4 e 13 della Convenzione) gli altri organi del Consiglio d'Europa concordano con quanto stabilito dalla Corte. Essi si mostrano particolarmente sensibili alla necessità di esercitare un ricorso effettivo da parte di un richiedente asilo, la cui domanda d'asilo è stata rigettata, in attesa d'espulsione verso un Paese in cui rischia di subire un maltrattamento. A tale riguardo, il Comitato dei ministri insiste sul fatto che, oltre a essere accessibile al richiedente asilo ed esercitarsi davanti a un'istanza giurisdizionale o quasi-giurisdizionale indipendente e competente per decidere sull'esistenza delle condizioni previste dall'articolo 3 della Convenzione, il ricorso deve avere un effetto sospensivo (Recommenda-

tion Rec(98)13). I punti di divergenza, invece, sembrano riferirsi alla detenzione delle persone vulnerabili, quali i minori, e alla durata della detenzione.

Riguardo ai minori, la Corte, come rilevato da Giovanni Cellamare (2009, p. 187) nel suo commento al caso *Mubilanzila*, «[non esclude] in via di principio l'ammissibilità della detenzione alle frontiere dei minori stranieri irregolari non accompagnati» benché riconosca la necessità di proteggere i minori in quanto persone vulnerabili. Su tale questione, gli altri organi del Consiglio d'Europa, invece, si mostrano più radicali. Il Comitato dei ministri sconsiglia fortemente ed esplicitamente la detenzione dei minori non accompagnati (Recommandation Rec(2003)5, § 20).

La durata della detenzione costituisce uno dei temi più dibattuti all'interno del Consiglio d'Europa. Se la Corte non si pronuncia in modo categorico sulla necessità di fissare una durata massima al di là della quale la detenzione amministrativa è inammissibile, preferendo analizzare la situazione caso per caso, gli altri organi del Consiglio d'Europa sostengono una posizione più netta in materia. L'Assemblea parlamentare, ad esempio, invita gli Stati membri a limitare il periodo di detenzione a un tempo il più breve possibile (Résolution 1707 (2010), § 9.1.10), mentre l'ex Commissario per i diritti umani, Alvaro Gil-Robles, raccomanda l'armonizzazione delle legislazioni nazionali tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa (CommDH(2001)19, § II.5).

L'assenza di disposizioni specifiche sulla durata massima di detenzione è oggetto di critica non solo da parte degli altri organi del Consiglio d'Europa, ma anche nel mondo giuridico. Nel caso *Chahal*, la conclusione secondo la quale la detenzione, benché lunga sei anni, è legittima, non è condivisa da tutti i giudici della Corte. Per esempio, il giudice De Meyer considera la detenzione del ricorrente come eccessivamente lunga. Secondo lui, né l'estrema gravità del caso né la complessità della procedura penale a cui il ricorrente è stato sottoposto giustificano la detenzione (CEDU, *Chahal c. Regno unito*). Il giudice Pettiti afferma che «la procedura volta alla messa in libertà non può essere motivo di prolungamento della detenzione, quando quest'ultima è contraria alle disposizioni dell'articolo 5» e non può nemmeno servire da «copertura a una detenzione non giustificata dalla Corte penale» (*ivi*). Il prolungarsi del ricorso non giustificherebbe quindi la lunga durata della detenzione. Parimenti, in dottrina, il ragionamento della maggioranza della Corte è stato criticato da alcuni autori. Per esempio, ci si chiede com'è possibile conciliare una detenzione di sei anni con la necessità di attuare la procedura di espulsione in modo diligente, o ancora se non sarebbe auspicabile definire un criterio temporale al di là del quale la detenzione diventerebbe inammissibile (D. Wilsher, 2004, pp. 907 e 904).

Conclusioni

Data l'influenza che esercita da ormai più di cinquant'anni in Europa nell'ambito dei diritti dell'uomo, la Corte è particolarmente importante. Nel contesto attuale, essa facilita il rispetto dei diritti dell'uomo attraverso la sua giurisprudenza, incide sulle leggi nazionali, obbliga gli Stati a modificare le loro legislazioni e la prassi amministrativa in molti settori, nonché ricorda agli Stati membri che i diritti enunciati nella Convenzione e nei suoi protocolli sono garantiti a chiunque si trovi sotto la loro giurisdizione. D'altra parte, ha istituito un sistema dinamico in grado di interpretare le disposizioni della Convenzione in modo evolutivo, tenendo conto dei cambiamenti sociali e tecnici, permettendo così di evitare qualsiasi anacronismo a una Convenzione che data al 1950. In effetti, da allora, l'applicazione dei diversi articoli della Convenzione è stata tributaria di diverse interpretazioni alla ricerca di una migliore applicazione del diritto. Il contributo della Corte in questo processo è stato rilevante poiché «nel corso degli anni i diritti nazionali hanno progressivamente integrato gli obblighi giurisprudenziali della Corte» (H. Labayle, 1999, p. 83).

Tuttavia in materia di detenzione amministrativa degli stranieri, nonostante l'incidenza della Corte, il rispetto dei diritti dell'uomo non è pienamente garantito dalle democrazie europee. Si nota un divario tra, da una parte, numerose e varie legislazioni nazionali tese a regolamentare l'istituto della detenzione amministrativa degli stranieri e, dall'altra, la tendenza da parte degli Stati a non rispettare i diritti umani ovvero la dignità delle persone. Purtroppo le politiche d'immigrazione in Europa tendono a orientarsi verso una logica della reclusione e dell'espulsione delle persone in cerca di rifugio in Europa. Il cambiamento di denominazione dei "centri di permanenza temporanea e assistenza" del 1998 in "centri di identificazione e di espulsione" nel 2008 esprime tale evoluzione.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI E NORMATIVI

Cellamare Giovanni (2009), *Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 1, p. 181-199.

Drzemczewski Andrew e Giakoumopoulos Christos (1999), *Article 13*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. Pettiti - E. Decaux - P.-H. Imbert, 2^e ed., Economica, Paris, pp. 455-474.

Labayle Henri (1999), *L'article 8 de la Convention des droits de l'Homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale*, in *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, sous la direction de H. Fulchiron, LGDJ, Paris, p. 83-107.

Leach Philip (2005), *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Ser. «Blackstone's human rights», 2^e edition, OUP, Oxford, 2005.

Pisani Mario (2001), *Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, pp. 116-151.

Teitgen-Colly Catherine (1999), *L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, sous la direction de H. Fulchiron, LGDJ, Paris, pp. 243-303.

Wilsher Daniel (2004), *The Administrative Detention of Non-Nationals Pursuant to Immigration Control: International and Constitutional Law Perspectives*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, part. 4, october, pp. 897-934.

Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Sentenza *A. e altri c. Regno unito* [GC] del 19 febbraio 2009, ricorso n. 3455/05.

Sentenza *Amuur c. Francia* del 25 giugno 1996, ricorso n. 19776/92, *Raccolta 1996-III*.

Sentenza *Chahal c. Regno unito* [GC] del 15 novembre 1996, ricorso n. 22414/93, *Raccolta 1996-V*.

Sentenza *Čonka c. Belgio* del 5 febbraio 2002, ricorso n. 51564/99, *Raccolta delle sentenze e decisioni 2002-I*.

Sentenza *Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia (Caso greco, I caso)*, ricorsi nn. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67, verbale del 5 novembre 1969, *Annuario CEDU*, vol. 12, 1969, p. 186.

Sentenza *Jabari c. Turchia* del 11 luglio 2000, ricorso n. 40035/98, *Raccolta delle sentenze e decisioni 2000-VIII*.

Sentenza *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio* del 12 ottobre 2006, ricorso n. 13178/03, *Raccolta delle sentenze e decisioni 2006-XI*.

Sentenza *Muskhadzhiyeva e altri c. Belgio* del 19 gennaio 2010, ric. n. 41442/07.

Sentenza *R.M.D. c. Svizzera* del 26 settembre 1997, ricorso n. 19800/92, *Raccolta 1997-VI*.

Sentenza *Riad e Idiab c. Belgio* del 24 gennaio 2008, ricorso n. 29810/03.

Sentenza *Saadi c. Regno unito* [GC] del 29 gennaio 2008, ricorso n. 13229/03.

Sentenza *Soering c. Regno unito* del 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, serie A, n. 161.

Rapporti

PICUM, *Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants* (2007), *Undocumented Migrants Have Rights! An Overview of the International Human Rights Framework*.

OIM, *Organisation Internationale pour les Migrations* (2007), *Glossaire de la migration*, Coll. Droit international de la migration, n. 9.

Atti di soft law

Assemblée parlementaire

Recommandation 1327 (1997) relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe.

Résolution 1707 (2010) Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe.

Résolution 1741 (2010) Les accords de réadmission, un mécanisme de renvoi des migrants en situation irrégulière, édition provisoire.

Committee of Ministers

Recommendation n. R (94) 5 on Guidelines to inspire Practices of the Member States of the Council of Europe concerning the Arrival of Asylum-seekers at the European Airports.

Recommendation n. R (98) 13 sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Recommendation REC (2003) 5 aux États membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile.

Commissaire aux Droits de l'Homme (CommDH)

(2006), *Les migrants ne doivent pas être privés de leurs droits fondamentaux. «Point de vue» du 30 mai*, in www.commissioner.coe.int.

Recommandation relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion, CommDH(2001)19.

Rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe Thomas Hammarberg faisant suite à sa visite en Belgique 15-19 décembre 2008, CommDH(2009)14.

UNHCR (1999), *Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile*, Genève, février 1999.

Convenzioni del Consiglio d'Europa

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, aperta alla firma il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953, 47 ratifiche/adesioni (situazione al 13 ottobre 2012).

Protocollo n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che riconosce alcuni diritti e libertà oltre quelli che già figurano nella Convenzione e nel Protocollo addizionale alla Convenzione, aperto alla firma a Strasburgo il 16 novembre 1963, entrato in vigore il 2 maggio 1968, 43 ratifiche/adesioni (situazione al 13 ottobre 2012).

Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, aperto alla firma a Strasburgo il 2 novembre 1984, entrato in vigore il 1 gennaio 1988, 43 ratifiche/adesioni (situazione al 13 ottobre 2012).

Legislazioni nazionali

Italia

Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

Decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25. Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato.

Decreto legge 23 maggio 2008, n. 92. Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica.

Francia

Décret n. 236 du 19 mars 2001 relatif aux centres et locaux de rétention administrative.

Regno unito

Immigration Act, 1971.

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA DEI MINORI MIGRANTI E RICHIEDENTI ASILO NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Adele Del Guercio

Nell'ordinamento internazionale la detenzione amministrativa dei minori migranti e richiedenti asilo che abbiano fatto ingresso non autorizzato nel territorio statale non costituisce oggetto di un divieto assoluto. Ammessa in linea di principio, essa deve tuttavia avvenire nel rispetto di precise garanzie sostanziali e procedurali, poste a tutela di una categoria di persone estremamente vulnerabile in ragione dell'età e del difetto della cittadinanza. Con il presente scritto ci si propone di esaminare la normativa e la giurisprudenza internazionale in materia, con particolare attenzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e alle direttive dell'Unione europea adottate nei settori dell'asilo e dell'immigrazione.

Keywords: detenzione amministrativa, minori migranti e richiedenti asilo, migliore interesse del minore, obblighi positivi nella tutela dei diritti, garanzie procedurali.

Introduzione

Fuggono da guerre, persecuzioni, violenze familiari, miseria. Affrontano il mare su imbarcazioni di fortuna o sfidano l'oscurità e la mancanza d'aria nei rimorchi di un camion. Sono tra le principali vittime delle organizzazioni criminali dedite allo sfruttamento e alla tratta degli esseri umani (Save the children, 2012). Sono bambini, bambine, adolescenti, che giungono in un Paese loro estraneo, spesso non accompagnati, alla ricerca di protezione, e nel quale si trovano invece a sperimentare l'angoscia della reclusione, in condizioni già difficilmente tollerabili per un adulto. Privati della libertà solamente perché stranieri non autorizzati all'ingresso e al soggiorno nel territorio statale.

Sono centinaia ogni giorno i minori migranti soggetti a forme di detenzione amministrativa, in Stati come la Spagna, la Grecia, il Regno unito e

il Belgio¹, e questo benché siano noti i danni prodotti a livello psicologico da tale pratica². Peraltro va da subito precisato che, seppure l'ordinamento internazionale si sia dotato, nel corso del XX secolo, di un sistema di tutela dell'infanzia e dell'adolescenza, non sussiste allo stato attuale, almeno non sul piano normativo, un divieto assoluto di sottoporre i minori a misure privative della libertà, che sono ammesse, purché nel rispetto di precise garanzie sostanziali e procedurali. Non mancano, ad ogni modo, posizioni maggiormente orientate al *favor minoris*, come quelle che emergono dai numerosi atti di *soft-law* adottati nell'ambito delle Nazioni Unite e delle organizzazioni regionali, che vietano, di norma, la detenzione amministrativa dei bambini e degli adolescenti migranti³. Sebbene si tratti di documenti privi di portata giuridica vincolante, a noi sembra che possano quantomeno essere considerati espressione di un consenso, che si va formando, sulla necessità di limitare le ipotesi di trattenimento nei confronti di soggetti estremamente vulnerabili in ragione dell'età e del difetto della cittadinanza.

Con il presente scritto ci si propone pertanto di illustrare le garanzie approntate nell'ordinamento internazionale e in quello regionale europeo a tutela dei bambini e degli adolescenti stranieri, accompagnati e non, migranti e richiedenti asilo⁴, privati della libertà in conseguenza dell'ingresso non autorizzato nel territorio statale.

1. La tutela dei minori migranti e richiedenti asilo privati della libertà nell'ordinamento delle Nazioni Unite

1.1. La Convenzione di New York del 1989

L'ordinamento internazionale non dispone di uno specifico strumento giuridicamente vincolante a tutela dei bambini e degli adolescenti migranti e richiedenti asilo. Questi beneficiano innanzitutto delle garanzie contem-

¹ A tal riguardo si rinvia ai dati disponibili al sito <http://endchilddetention.org>; e anche a UNICEF (2011).

² Si rinvia per un approfondimento al rapporto dell'International Detention Coalition (2012). Cfr. altresì JRS-Europe (2010); Medical justice (2010).

³ *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, François Crépeau, A/HRC/20/24 del 2 aprile 2012; *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, del 14 maggio 2009.

⁴ Nel presente scritto verranno utilizzati i termini "migranti" e "richiedenti asilo" per distinguere tra migrazioni volontarie e forzate, sebbene, soprattutto con riguardo ai minori, la linea di demarcazione sia estremamente labile.

plate dai trattati sui diritti umani adottati a livello universale e regionale (Bhabbha, 2003; Cataldi, 2011; Saccucci, 2000), alle quali si sono poi venute a sommare, in una logica di «complementarità aggiuntiva» (Saccucci, 2000, p. 222), quelle specificamente approntate dalla Convenzione sui diritti del minore (d'ora in avanti, CDM)⁵, che rappresenta indubbiamente il testo normativo internazionale di riferimento per la tutela dell'infanzia e dell'adolescenza. Come specificato all'art. 2, nell'ambito di applicazione *ratione personae* della stessa ricadono tutti i minori di anni diciotto (art. 1) sottoposti alla giurisdizione degli Stati contraenti, senza distinzioni di sorta. Se ne deduce che destinatari delle situazioni giuridiche soggettive contemplate dal dettato convenzionale sono anche i bambini e gli adolescenti migranti e richiedenti asilo, indipendentemente dalla cittadinanza, dallo status giuridico e dai motivi per cui hanno fatto ingresso nel territorio⁶.

Particolare rilevanza assume, nel contesto della CDM, il principio del superiore interesse del minore, al quale deve essere attribuita una considerazione preminente in tutte le decisioni – delle istituzioni pubbliche o private, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi – che lo riguardano (art. 3, par. 1) (Focarelli, 2010). Il principio in questione rappresenta la chiave di lettura degli obblighi sanciti dalla Convenzione, tra i quali meritano un approfondimento, ai fini della nostra indagine, quelli di cui all'art. 37. Oltre a vietare la tortura e i trattamenti inumani e degradanti (lett. *a*), detta disposizione stabilisce che bambini e adolescenti non devono essere sottoposti a detenzione arbitraria. La CDM non esclude pertanto la detenzione dei minori, ma la ritiene una misura di *extrema ratio*, da utilizzarsi, conformemente a quanto disposto dalle leggi nazionali, per un periodo di tempo il più breve possibile (lett. *b*).

L'art. 37 detta poi le condizioni in base alle quali può avvenire il trattamento dei minori. In particolare viene precisato che il bambino – o l'adolescente – detenuto deve essere trattato con umanità, in maniera da tenere conto delle esigenze connesse alla condizione di minore, e che deve essere separato dagli adulti, salvo che non sia nel suo superiore interesse (lett. *c*). Fondamentali sono inoltre le garanzie di natura procedurale contemplate alla lett. *d*: al minore privato della libertà deve essere consentito di rivolgersi a un tribunale o a un altro organo competente, che dia garanzia di indipen-

⁵ Adottata a New York dalle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore, sul piano internazionale, il 2 novembre 1990.

⁶ Si veda il Commento generale del Comitato per i diritti dei minori, n. 6: «Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin», CRC/GC/2005/6, del 1 settembre 2005, parr. 5 e 6.

denza e di imparzialità, perché si pronunci sulla misura detentiva. A tal fine deve poter essere assistito da un legale.

Gli obblighi di cui sopra trovano riscontro e sviluppo nel Commento generale n. 10, “Children’s rights in Juvenile Justice” (CRC/C/GC/10 del 25 aprile 2007), adottato nel 2007 dal Comitato sui diritti del minore (d’ora in avanti, ComDM), nel quale si chiede agli Stati contraenti di garantire al minore l’accesso al giudice per la convalida del provvedimento di restrizione della libertà entro ventiquattro ore dal fermo e di prevedere periodicamente la revisione della decisione adottata, possibilmente almeno ogni due settimane (par. 28, lett. *b*). I principi sanciti in tale documento dovrebbero trovare applicazione anche qualora la privazione della libertà sia stata disposta in ragione dell’ingresso o del soggiorno non autorizzato nel territorio statale (Hodgkin e Newell, 2007, p. 547 ss.)⁷.

1.1.1. Il Commento generale n. 6 sui minori migranti non accompagnati

Di particolare rilevanza con riguardo alla tematica oggetto del presente lavoro è il Comm. gen. n. 6, “Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin”, adottato dal ComDM nel 2005. Sebbene i commenti generali non abbiano valore giuridicamente vincolante, non se ne può tuttavia disconoscere il rilievo, almeno in termini di guida per Stati che, ratificando la CDM, si sono impegnati a una leale collaborazione con l’organo da essa istituito.

Con il documento di cui sopra, il ComDM ha voluto richiamare l’attenzione sulla situazione di particolare vulnerabilità dei minori migranti non accompagnati o separati – la cui definizione è fornita ai parr. 6 e 7 – perché venga approntato a livello nazionale un sistema di protezione e accoglienza nel rispetto della CDM (parr. 1-4). Il documento ribadisce espressamente che nessuna discriminazione nel beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione può essere prevista sulla base della condizione di non cittadini o di non accompagnati (par. 18). Trattamenti differenziati sono esclusivamente ammessi nel superiore interesse del minore e per rispondere a specifiche esigenze, quali quelle di genere. Fondamentale la precisazione di cui al par. 20: al fine di stabilire quale sia il superiore interesse del minore è necessaria una valutazione individuale che presti la dovuta attenzione a elementi quali *«her or his nationality, upbringing, ethnic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs»* (Cfr. altresì UNHCR, 2008).

⁷ Cfr. altresì *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* (cd. “Beijing Rules”), ris. dell’AG, 29 novembre 1985; *Rules for the Protection of Juveniles deprived of their liberty*, ris. dell’AG n. 45/113, 14 dicembre 1990.

Tra gli aspetti più delicati sui quali il Commento generale si sofferma vi è proprio quello della detenzione amministrativa (parr. 2 e 3). In linea generale, i bambini e gli adolescenti migranti non dovrebbero essere soggetti a forme di privazione della libertà; soprattutto, queste non dovrebbero essere disposte sulla base dello status giuridico o della condizione di non accompagnati. Gli Stati parti – viene affermato categoricamente al par. 62 – «*should ensure that such children are not criminalized solely for reasons of illegal entry or presence in the country*»⁸. A tal riguardo appare opportuno richiamare altresì l'art. 31 della Convenzione di Ginevra del 1951, che vieta ai contraenti di punire penalmente i richiedenti asilo che abbiano fatto ingresso nel territorio statale privi di autorizzazione. Tale norma deve trovare applicazione a maggior ragione con riguardo ai minori a rischio di persecuzione.

Se la detenzione può essere giustificata solo in condizioni eccezionali, essa va ad ogni modo disposta, in conformità all'art. 37 della CDM e con le norme nazionali rilevanti, come *measure of last resort* e per il più breve tempo possibile (par. 61). Viene anche specificato che le autorità statali dovrebbero fare tutti gli sforzi possibili perché si trovi una forma di sistemazione alternativa alla detenzione, più idonea per dei minori d'età (par. 61)⁹. Vengono quindi dettate le condizioni alle quali dovrebbe essere assoggettata la privazione della libertà (nei casi *eccezionali* in cui risulti necessaria). Questa dovrebbe avvenire in luoghi forniti di tutti i servizi essenziali, inclusi quelli sanitari, idonei all'accoglienza di un minore. I bambini e gli adolescenti migranti dovrebbero essere separati dagli adulti, a meno che non sia nel loro superiore interesse, e dovrebbero poter mantenere i contatti con l'esterno (con familiari, amici, tutore, legale). Dovrebbe inoltre essere loro garantito il diritto all'istruzione e alle attività ricreative, conformemente all'art. 31 della CDM.

Alle garanzie elencate al par. 63 si sommano poi quelle di cui al par. 31, tra le quali appare opportuno richiamare l'apertura della tutela legale e la nomina di un tutore, che appaiono fondamentali per i minori privi di una figura familiare di riferimento (Liguori, 2011). L'obiettivo primario delle autorità statali dovrebbe essere quello di garantire, in ogni fase della procedura, il benessere del bambino e dell'adolescente coinvolto, il suo sviluppo fisico e mentale, conformemente all'art. 6 della CDM. Una tutela rafforzata dovreb-

⁸ Sul punto si veda anche il *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Jorge Bustamante, Protection of children in the context of migration, Al HRC/11/7* del 2009, in part. pp. 6-7 e 9.

⁹ Appare opportuno rammentare che l'art. 20 della CDM indica quali opzioni per l'accoglienza del minore l'ospitalità, la *kafalah*, l'adozione e la sistemazione in un istituto.

be poi essere garantita ai minori non accompagnati o separati che presentano domanda di asilo¹⁰, in conformità con l'art. 22 della Convenzione di New York del 1989.

Gli indirizzi sopra illustrati hanno trovato compimento nel «Report of the 2012 Day of General Discussion the Rights of All Children in the Context of International Migration States», adottato nel febbraio 2013. La raccomandazione n. 78 afferma infatti perentoriamente che «*States should expeditiously and completely cease the detention of children on the basis of their immigration status*». Inoltre viene precisato che, qualora la privazione della libertà non possa essere evitata, deve essere garantito che la stessa avvenga nel rispetto di condizioni irrinunciabili, quali «*a child-friendly environment; separation from adults who are not the child's parent or guardian (even if the child is above the age of 16 years); child protection safeguards; and, independent monitoring*»¹¹.

Sebbene l'attuazione del trattato in questione sia di fatto limitata, a causa della debolezza del meccanismo di controllo istituito, oltre che delle riserve poste dagli Stati contraenti al momento della ratifica, non se ne può disconoscere la rilevanza a livello internazionale, non solo perché rappresenta la cornice normativa per la protezione dei diritti dei bambini e degli adolescenti, ma altresì perché ha fornito ad altri organi di controllo internazionali, tra i quali la Corte europea dei diritti umani, i principi cui ispirarsi quando si trovano a dover esaminare nel merito casi di cui sono vittime dei minorenni (Farrugia e Touzenis, 2010).

2. La tutela dei minori migranti e richiedenti asilo in Europa

2.1. Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Tra gli strumenti regionali volti alla protezione della persona ci soffermeremo in particolar modo sulla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (Bartole - Conforti - Raimondi, 2001), in considerazione dell'alto grado di giustiziabilità delle disposizioni in essa

¹⁰ Al riguardo si rinvia altresì alle *Detention Guidelines. Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention* dell'UNHCR, rivedute nel 2012, in particolare alla *Guideline 9.2*.

¹¹ Il Rapporto è stato accolto con grande favore dai promotori della campagna "End immigration detention of children". Informazioni al riguardo possono essere reperite al sito endchilddetention.org.

contemplate e dell'efficacia del meccanismo di controllo istituito, incentrato su di un vero e proprio organo giurisdizionale, la Corte europea dei diritti umani (detta anche *di Strasburgo*). Qualsiasi persona può rivolgersi a detto organo per far valere le proprie ragioni avverso una misura statale che la riguardi, anche il minore d'età, con o senza il consenso dei genitori o del legale rappresentante (Berghé Loreti, 1995, p. 4).

La Convenzione europea non contempla disposizioni specificamente destinate alla tutela dei minori migranti. Tuttavia, come gli altri trattati sui diritti umani, la sua applicazione si estende a tutte le *persone* sottoposte alla *giurisdizione* degli Stati parti (art. 1). Nessuna distinzione viene ammessa sulla base della cittadinanza, dello status giuridico (Gaja, 2001) e dell'età, anche alla luce dell'art. 14, che sancisce il divieto di discriminazione nel godimento delle situazioni giuridiche soggettive garantite. Se ne ricava che nell'ambito di applicazione del suddetto trattato rientrano anche i minori migranti, non accompagnati o entrati a seguito dei familiari, con o senza permesso di soggiorno.

La Corte europea dei diritti umani ha avuto diverse occasioni per pronunciarsi sulla fattispecie oggetto della presente indagine, dimostrando, con le proprie sentenze, di non essere indifferente alla condizione di disagio vissuta da quei minori che, per cause diverse, sono costretti ad affrontare, spesso privi di riferimenti familiari, le difficoltà derivanti dal trovarsi in un Paese straniero (Cellammare, 2009; Liguori, 2011; Pertile, 2010). Va da subito precisato che, pur consapevole della estrema vulnerabilità in cui versano bambini e adolescenti migranti, fino a questo momento il suddetto organo non ha ricavato dal dettato convenzionale un divieto assoluto di detenzione amministrativa nei loro confronti, ritenendo tale pratica legittima nel contesto della lotta all'immigrazione irregolare. Cionondimeno, attraverso un rigoroso scrutinio, caso per caso, della necessità del trattenimento e della compatibilità con il dettato pattizio delle concrete modalità in cui lo stesso avviene, ha posto dei limiti considerevoli alla discrezionalità degli Stati contraenti.

Al fine di ricostruire la giurisprudenza resa in materia di detenzione amministrativa dei minori migranti e richiedenti asilo, e le conseguenti indicazioni che ne derivano per le autorità statali, prenderemo in considerazione alcune pronunce particolarmente rilevanti: quelle adottate in merito ai casi *Mubilanzila Mayeka c. Belgio*¹² e *Rahimi c. Grecia*¹³, che vedevano coinvolti, rispettivamente, una bambina congolese di cinque anni e un adolescente

¹² Corte EDU, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, ric. n. 13178/03, sentenza del 12 ottobre 2006.

¹³ Corte EDU, *Rahimi c. Grecia*, ric. n. 8687/08, sentenza del 5 aprile 2011.

afghano non accompagnati; e le sentenze *Muskhadzhiyeva e altri c. Belgio*¹⁴, *Kanagaratnam e altri c. Belgio*¹⁵ e *Popov c. Francia*¹⁶, che hanno invece come protagonisti bambini trattenuti con la madre in centri di espulsione per migranti adulti. Le condizioni di detenzione hanno costituito oggetto del sindacato della Corte sotto tre diversi profili: della violazione del divieto di tortura e di trattamenti e pene inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU, del mancato rispetto della vita privata e familiare ex art. 8, della violazione dell'art. 5 (che consente la privazione della libertà per i motivi tassativamente indicati al par. 1, tra i quali rientra altresì l'ingresso e il soggiorno irregolare nel territorio statale, ma nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali elencate agli altri paragrafi). Ci soffermeremo, infine, sul profilo delle condizioni di *accoglienza* dei minori migranti, dimensione speculare della detenzione. Se, infatti, quest'ultima dovrebbe essere disposta solo in circostanze eccezionali, la regola, quando ad essere coinvolti sono dei minori d'età, dovrebbe essere l'accoglienza in luoghi, idonei a ospitarli, dove vengano soddisfatte le loro peculiari esigenze.

2.1.1. Le condizioni di detenzione dei minori migranti sotto il profilo della violazione del divieto di tortura

Il primo profilo da esaminare è, come si diceva, quello della compatibilità della detenzione dei minori migranti con il divieto di portata assoluta sancito dall'art. 3 della CEDU che, come ribadito costantemente dal suddetto organo, rappresenta uno dei valori fondamentali delle società democratiche¹⁷.

A venire in rilievo è innanzitutto la sentenza resa il 12 ottobre 2006 in merito al ricorso *Mayeka*, concernente la detenzione, durata circa due mesi, in un centro per migranti in attesa dell'espulsione, di una bambina congolese di cinque anni che, partita dal Paese di origine per raggiungere la madre rifugiata in Canada in compagnia dello zio, era stata da quest'ultimo separata durante uno scalo aereo¹⁸, divenendo di fatto non accompagnata. Con questa pronuncia è stato ritenuto che la detenzione della minore, nelle

¹⁴ Corte EDU, *Muskhadzhiyeva e altri c. Belgio*, ric. n. 41442/07, sentenza del 19 gennaio 2010.

¹⁵ Corte EDU, *Kanagaratnam e altri c. Belgio*, ric. n. 15297/09, sentenza del 13 marzo 2012.

¹⁶ Corte EDU, *Popov c. Francia*, ric. nn. 39472/07 e 39474/07, sentenza del 19 aprile 2012.

¹⁷ Cfr. per tutte Corte EDU [GC], *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, sentenza 22 febbraio 2008.

¹⁸ Per l'assenza di documenti comprovanti l'identità e la parentela della bambina con lo zio.

concrete modalità in cui era avvenuta, configurasse un trattamento inumano, ponendosi dunque in violazione dell'art. 3. Infatti, malgrado vi fossero sistemazioni alternative più idonee, quali ad esempio l'affido allo zio (cittadino olandese) o a una casa-famiglia, le autorità statali avevano preferito trattenere la bambina nel centro di detenzione, alle stesse condizioni dei migranti adulti, senza nemmeno preoccuparsi di affidarla a personale specializzato o di predisporre misure di sostegno psicologico e attività ricreative. La profonda sofferenza provocata alla bambina dalle concrete modalità di detenzione dimostra una inammissibile «*manque d'humanité*» da parte delle autorità belga (ivi, par. 58), che avrebbero dovuto tener conto dell'appartenenza della ricorrente a una categoria di persone tra «*les plus vulnérables*» della società (in ragione dell'età e della condizione di non accompagnata), e di conseguenza avrebbero dovuto attivarsi per adempiere agli obblighi *positivi* di protezione che derivano dall'art. 3 CEDU. In un passaggio degno di essere evidenziato, la Corte di Strasburgo ha affermato che, «*eu égard à la protection absolue conférée par l'article 3 de la Convention, il convient (...) de garder à l'esprit que c'est cet élément qui est déterminant et que celui-ci prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal de la seconde requérant*» (*Mayeka*, cit., par. 55, tondo aggiunto).

La stessa fermezza ha contrassegnato la sentenza resa sul caso *Rahimi c. Grecia*, e ciò benché la presunta vittima della violazione non fosse un bambino in tenera età, ma un adolescente. Il ricorso era stato infatti presentato da un quindicenne afghano, Rahimi, fermato dalla polizia al momento dell'ingresso non autorizzato nell'isola di Lesbo. Il giovane era stato condotto nel centro di Pagani per migranti adulti in condizione irregolare e ivi trattenuto due giorni. Rimesso in libertà con l'ordine di lasciare il territorio, era stato abbandonato a se stesso, non avendogli le autorità elleniche fornito un alloggio, né alcuna forma di assistenza legale o materiale.

La Corte ha innanzitutto ribadito che, seppure la detenzione degli stranieri sia legittima nel contesto del controllo delle frontiere, essa deve tuttavia avvenire in conformità con i principi che discendono dalla Convenzione e deve tener conto della situazione peculiare della persona coinvolta (cfr. *Rahimi*, cit., parr. 61-62). Nel caso di specie le doglianze del ricorrente, che lamentava di aver dovuto condividere la cella con degli adulti, in condizioni di sovraffollamento e di scarsa igiene, e di non aver avuto alcun contatto con il mondo esterno, trovavano riscontro nei rapporti di organi e organizzazioni internazionali di comprovata credibilità. Nonostante, dunque, la detenzione fosse durata solo due giorni, la Corte è giunta ad affermare che le condizioni del centro di Pagani erano così gravi – il Comitato europeo per la prevenzione della tortura (organo di controllo dell'omonima Convenzione) le aveva

definite «abominevoli»¹⁹ – «*qu'elles portaient atteinte au sens même de la dignité humaine*», e ha dunque accertato, con voto unanime, la responsabilità della Grecia sotto il profilo dell'art. 3 della Convenzione (par. 86). A rilevare nel caso di specie, oltre alla gravità delle condizioni del centro di Pagani (che costituiscono un trattamento inumano e degradante per qualsiasi persona, anche adulta, come si ricava da una consolidata giurisprudenza), è la circostanza che a essere stato detenuto è un minore straniero non accompagnato, quindi un soggetto che, già vulnerabile in ragione dell'età, si trova a dover affrontare una condizione lesiva della dignità umana privo di riferimenti familiari che possano alleviarne il disagio. Come nella sentenza *Mayeka*, anche in *Rahimi* emerge con chiarezza lo sconcerto dei giudici per l'indifferenza dimostrata dalle autorità statali nei confronti del ricorrente nonostante la condizione di estrema debolezza in cui versava (cfr. *Rahimi*, cit., par. 86).

La responsabilità statale è stata accertata altresì con riguardo al ricorso *Muskhadzhiyeva e altri c. Belgio*, del gennaio 2010, sebbene in tal caso i minori singalesi (di sette mesi, tre anni e mezzo, cinque e sette anni), trattenuti in un centro per migranti irregolari in seguito al diniego della domanda di asilo, potessero contare sulla presenza della madre. Anche nel caso di specie a rilevare sono state infatti le concrete modalità di detenzione nel famigerato centro *127 bis*, caratterizzato da sbarre alle finestre, recinzioni di filo spinato, personale in uniforme, condizioni igieniche precarie e una generale mancanza d'intimità, tutti elementi che lo rendono inadatto all'accoglienza di bambini. La Corte, dunque, tenuto conto della tenera età dei minori coinvolti e dei problemi psichici (stress post-traumatico) che avevano sviluppato a causa della permanenza nel centro, oltre che della eccessiva durata (due mesi) della detenzione stessa, ha riscontrato la violazione dell'art. 3 CEDU. Nel caso *Popov c. Francia*, in cui a essere privati della libertà per due settimane erano stati due bambini kazaki di tre anni e sei mesi, è stato ribadito che «*les conditions dans lesquelles les enfants ont été détenus, pendant quinze jours, dans un milieu d'adultes, confrontés à une forte présence policière, sans activités destinées à les occuper, ajoutées à la détresse des parents, étaient manifestement inadaptées à leur âge*» (par. 102). È emblematico poi che, nel pronunciarsi sul caso *Kanagaratnam e altri c. Belgio*, concernente tre minori congolesi di sedici, quattordici e undici anni, trattenuti per quattro mesi in un centro di espulsione per migranti adulti, la Corte si sia spinta ad affermare che i sentimenti di angoscia e di inferiorità cui i bambini erano stati esposti a causa del trattenimento rischiano di comprometterne lo sviluppo (cfr. *Kanagaratnam*,

¹⁹ *Report sulla visita in Grecia del 17-29 settembre 2009*, reso pubblico il 17 novembre 2009, par. 64.

cit., par. 68). Trattavasi, infatti, di minori già traumatizzati dalle cause della fuga dal loro Paese, elemento al quale le autorità statali non hanno riservato alcuna attenzione, come avrebbero invece dovuto fare alla luce dell'art. 3 CDM. In tutti e tre i casi richiamati, dunque, i minori potevano contare sulla presenza della madre, ma ciò non è bastato a sollevare i governi convenuti dalla responsabilità di averli trattenuti in strutture inadeguate alle loro specifiche esigenze.

Dall'esame svolto è possibile ricavare che la detenzione amministrativa dei minori migranti, anche quando non accompagnati, non è di per sé ritenuta contraria all'art. 3 CEDU, come emerge peraltro dalla circostanza che, nei casi esaminati, la mancata ottemperanza del divieto di cui alla suddetta disposizione non è stata configurata come violazione di un obbligo negativo – divieto di trattenimento –, ma di un obbligo positivo – inadempimento del dovere di protezione (Pertile, 2010). In effetti si è visto che a essere oggetto di un rigoroso scrutinio da parte della Corte sono piuttosto le concrete condizioni in cui avviene la privazione della libertà, la durata della stessa, l'adeguatezza del luogo, eventuali problemi di salute dei minori. Dalla giurisprudenza del suddetto organo emerge che elementi quali le scarse condizioni igienico-sanitarie, il sovraffollamento, l'insufficienza delle cure mediche, l'impossibilità di accedere a spazi aperti sono lesivi della dignità di qualsiasi essere umano²⁰, indipendentemente dall'età e dalla cittadinanza. Tuttavia, i casi presi in considerazione hanno dimostrato come il giudice di Strasburgo sia tanto più inflessibile nel valutare la compatibilità della misura detentiva con il dettato convenzionale quanto maggiore è la vulnerabilità del soggetto coinvolto (perché minore d'età, non accompagnato, affetto da sindromi psicologiche o da patologie fisiche, richiedente asilo...).

Nell'ambito del Consiglio d'Europa non mancano posizioni anche più garantiste, con riguardo alla categoria oggetto della presente indagine, di quelle della Corte di Strasburgo. Assemblea parlamentare, Commissario per i diritti umani e Comitato per la prevenzione della tortura sono infatti dell'avviso che la detenzione dei minori migranti, in particolar modo quando non accompagnati, andrebbe *tassativamente* vietata²¹. Persino il Comitato

²⁰ Corte EDU, *A. e altri c. Regno Unito*, ric. n. 3455/05, sentenza del 19 febbraio 2009; *S.D. c. Grecia*, ric. n. 53541/07, sentenza del 1 gennaio 2009; *Tabesh c. Grecia*, ric. n. 8256/07, sentenza del 26 novembre 2009. Sulla giurisprudenza della Corte europea sulle condizioni di detenzione dei migranti si veda D. Serrapede e N. Ricciuti, 2011, pp. 155-200; S. Vohra, 2007, pp. 49-69; sia consentito rinviare altresì a Del Guercio, 2011a, in part. p. 271 ss. e bibliografia indicata.

²¹ AP, *Unaccompanied children in Europe: issues of arrival, stay and return*, ris. n. 1810 e racc. n. 1969 del 15 aprile 2011; CommDÜ, *Positions On Children's Rights*

dei ministri, nelle *Twenty Guidelines on Forced Return* del 2005, ha precisato che «*children shall only be detained as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time*» (*Guideline* n. 11).

Anche senza tener conto della portata più limitata dei documenti adottati dagli organi di cui sopra, che sono, lo ricordiamo, privi di carattere vincolante, a noi sembra che la differenza di vedute sia più formale che sostanziale. A ben guardare, infatti, il giudice della CEDU, seppur non vietando in modo esplicito la detenzione amministrativa dei bambini e degli adolescenti migranti, ha svolto, nell'esame dei casi che li ha visti vittime, il suo consueto ruolo di garante delle prerogative delle persone. E lo ha fatto, peraltro, ribadendo costantemente che la condizione di *minore* deve essere considerata prevalente su quella di *straniero in condizione irregolare* (*Rahimi*, par. 87)²².

2.1.2. (Segue): sotto il profilo della violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare

Venendo al secondo profilo di violazione sul quale vogliamo soffermarci, appare indicativo che, nella sentenza resa sul ricorso *Mayeka*, le stesse condizioni di detenzione ritenute inumane abbiano portato il giudice della CEDU a riscontrare la responsabilità statale anche sotto il profilo della violazione dell'art. 8. La disposizione in questione non ha portata assoluta ma ammette un bilanciamento tra l'esigenza statale di contrasto dell'immigrazione irregolare – che di per sé può giustificare la detenzione degli stranieri che abbiano fatto ingresso, o soggiornino, in maniera irregolare – e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive contemplate (nella fattispecie, il rispetto del diritto alla vita privata e familiare). Tuttavia tale bilanciamento deve avvenire nel rispetto degli obblighi internazionali cui lo Stato è vincolato, e in particolare dei diritti fondamentali della persona (cfr. *Mayeka*, cit., par. 81). Tra questi rileva il principio del superiore interesse del minore, sancito dall'art. 3 della CDM, espressamente richiamato dalla Corte proprio per escludere che la detenzione della bambina, che avrebbe potuto essere accolta in strutture più idonee alla sua età (cfr. *ivi*, par. 83), fosse necessaria nel caso di specie. Non solo, dunque, è stato negato il diritto al rispetto della vita familiare di madre e figlia, non essendo stato facilitato il ricongiungimento delle stesse, ma altresì il diritto della minore al rispetto della sua vita privata.

del 3 maggio 2010, *Positions on the rights of minor migrants in an irregular situation* del 25 giugno 2010 e *Migrant children should not be detained, Comment*, dell'8 febbraio 2011; CPT, *20 years of combating torture*, XIX Rapporto generale, 2009.

²² Peraltro va osservato che in tutti i casi presi in esame la Corte ha riconosciuto alle giovani vittime un sostanzioso indennizzo per i danni morali subiti.

La violazione dell'art. 8 è stata riscontrata altresì nella sentenza *Popov c. Francia*, nonostante i bambini potessero contare sulla presenza della madre, giacché il rispetto del principio del preminente interesse del minore richiede che le autorità statali non si limitino a non separare i familiari ma che mettano in atto «*tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants et préserver effectivement le droit à une vie familiale*», obiettivo che in un centro per migranti in attesa dell'espulsione non può essere conseguito in modo soddisfacente (par. 147). L'ingerenza nella vita familiare dei ricorrenti è stata pertanto ritenuta sproporzionata (par. 148).

Paradossalmente, tuttavia, il suddetto organo non era giunto alla stessa conclusione nel pronunciarsi, poche settimane prima, sul ricorso *Kanagaratnam*, e ciò sebbene si trattasse anche in quel caso di minori accompagnati detenuti in condizioni inumane. Peraltro va rilevato, non senza disappunto, come successivamente alla sentenza *Mayeka* non sia più stata riscontrata la violazione del dettato convenzionale sotto il profilo dell'art. 8 per il mancato rispetto della vita privata dei minori coinvolti, e ciò malgrado in tutti i casi esaminati le condizioni di detenzione fossero lesive della dignità umana.

2.1.3. (Segue): sotto il profilo della violazione dell'art. 5 CEDU

Nelle sentenze sopra richiamate il giudice della CEDU ha infine constatato l'inottemperanza da parte delle autorità statali delle garanzie sostanziali e procedurali contemplate dall'art. 5. Ad ogni modo, a porsi in contrasto con gli obblighi sanciti dalla Convenzione non è di per sé la detenzione di un minore, che ricade peraltro nelle ipotesi di cui alla lett. *f* della disposizione in questione (cfr. *Mayeka*, cit., par. 101), quanto, piuttosto, la necessità della stessa e, ancora una volta, le condizioni concrete in cui è avvenuta.

In *Mayeka* la Corte ha ritenuto che all'epoca dei fatti l'ordinamento belga non garantisse in maniera adeguata il diritto della minore alla libertà e ha pertanto riscontrato la violazione del par. 1 della suddetta norma (parr. 104 e 105). Appare opportuno sottolineare che per giungere a tale conclusione è stato richiamato un principio ritenuto fondamentale dal giudice della CEDU, in base al quale, perché la detenzione sia *regolare* ai sensi dell'art. 5, vi deve essere un collegamento tra le ragioni invocate per attuare una restrizione della libertà e il luogo e le condizioni in cui questa concretamente avviene. Se nel caso di specie non si poteva dubitare della legalità della detenzione, la stessa è tuttavia avvenuta in un centro per migranti adulti, nelle stesse modalità riservate a questi ultimi, dunque in maniera non compatibile con la situazione di estrema vulnerabilità di una minore non accompagnata.

Anche nella sentenza *Rahimi c. Grecia* la detenzione del ricorrente non è stata ritenuta conforme ai requisiti di “legalità” e “regolarità” richiesti dall’art. 5 parr. 1 e 4 (nonché dell’art. 13)²³. Il provvedimento di restrizione della libertà di Rahimi è stato infatti disposto sulla base dell’attuazione automatica della normativa interna in materia di immigrazione e non ha tenuto conto della sua condizione di non accompagnato, in contraddizione con il principio del superiore interesse del minore (parr. 108-109). Lo stesso provvedimento non rispondeva peraltro al principio di necessità e pertanto, anche in considerazione delle condizioni «abominevoli» del centro di Pagani, le autorità elleniche avrebbero dovuto preferire una misura alternativa alla detenzione (par. 109). Il giudice della CEDU ha inoltre contestato al governo convenuto di non aver fornito al ricorrente informazioni adeguate sui mezzi di ricorso disponibili, essendo la *brochure* messa a sua disposizione nel centro di Pagani redatta in arabo, lingua a lui sconosciuta (par. 120), e non avendo provveduto a garantire l’assistenza di un interprete; peraltro, ove anche Rahimi fosse stato in grado di comprendere le informazioni contenute nella *brochure*, si sarebbe trovato nell’impossibilità di agire, non essendo stato nominato un tutore, né designato un avvocato²⁴.

Sebbene nei casi *Muskhadzhiyeva, Kanagaratnam e Popov* i minori fossero accompagnati dalla madre, la Corte ha confermato le osservazioni già svolte nella sentenza *Mayeka*, ribadendo che ai sensi dell’art. 5 della CEDU la privazione della libertà deve essere *ragionevolmente necessaria*.

2.1.4. *Gli obblighi in materia di accoglienza di minori migranti e richiedenti asilo*

In conclusione, si vogliono svolgere alcune considerazioni con riguardo a un ulteriore profilo, quello dell’*accoglienza* dei minori migranti e richiedenti asilo, rispetto al quale deve evidenziarsi un apprezzabile sviluppo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Questa ha fatto espressamente derivare dall’art. 3 CEDU degli *obblighi positivi* in capo agli Stati contraenti, i quali sono tenuti a fornire ai minori migranti una *protezione adeguata* in termini di sistemazione, vitto, cure mediche e psicologiche, accesso alle attività ricreative, oltre che di tutela legale per quanto concerne i non accompagnati. Il fine ultimo delle autorità statali dovrebbe essere quello di mettere i bambini e gli adolescenti stranieri al riparo dalla situazione di estrema vulnerabilità

²³ Sulle garanzie procedurali contemplate dalla CEDU si rinvia a Liguori, 2008, p. 26 ss.

²⁴ Per un esame più dettagliato della sentenza ci sia consentito rinviare a Del Guercio, 2011b.

nella quale versano a causa dell'età, del difetto della cittadinanza e, per alcuni, dell'assenza di familiari in grado di prendersi cura di loro (*Rahimi*, par. 87). Pertanto, seppure la detenzione amministrativa non sia di per sé vietata, la stessa si pone in contrasto con il dettato convenzionale qualora avvenga in condizioni inumane e degradanti, rispetto alle quali sembra essersi abbassata la soglia minima di gravità richiesta per accertare la responsabilità delle autorità statali. Anche la breve durata del trattenimento – come nel caso *Rahimi* – ha un rilievo secondario quando le condizioni di detenzione non sono *a misura di bambino*. Si ritiene dunque di poter affermare che la considerazione riconosciuta al principio del superiore interesse del minore, espressamente richiamato dalla Corte nelle sentenze di cui sopra, stia orientando la giurisprudenza europea verso soluzioni di favore per la vittima, in particolar modo quando in gioco siano i valori protetti dall'art. 3 CEDU.

Degna di nota anche la precisazione che gli obblighi nei confronti dei minori migranti e richiedenti asilo, ricavati da una disposizione avente carattere assoluto e inderogabile, non possono trovare alcuna attenuazione sulla base della situazione di fatto del Paese convenuto. Come già la sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*²⁵ aveva dimostrato, e come confermato in *Rahimi*, nemmeno una grave crisi economico-finanziaria può giustificare trattamenti deleteri della dignità umana derivanti dalla mancata predisposizione di idonee garanzie nei confronti di categorie vulnerabili. Ciò che preme evidenziare, inoltre, è che tali garanzie devono trovare applicazione nei confronti di *tutti* i minori migranti, *accompagnati e non*, indipendentemente dai motivi e dalle modalità dell'ingresso nel territorio statale, che siano legate a necessità economiche o al rischio di subire persecuzione o tortura nel Paese di origine. Come si legge, infatti, nella sentenza *Kanagaratnam*, «*si le degré de protection pouvait varier selon que les enfants sont accompagnés ou non (Rahimi c. Grèce, n. 8687/08, § 63, 5 avril 2011), cet élément ne suffisait pas à exempter les autorités de protéger les enfants et d'adopter des mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3*» (par. 64). Se ne ricava che uno *standard minimo di trattamento e accoglienza* deve essere garantito ai *tutti* i minori migranti e richiedenti asilo, sebbene misure speciali possano essere previste per quella categoria estremamente vulnerabile che sono i non accompagnati.

Infine, ci sia consentita una considerazione sul sistema di protezione istituito dalla CEDU. Secondo una parte della dottrina, alle sentenze della Corte europea dovrebbe essere attribuito, oltre che un valore di *res judicata*, altresì quello di *res interpretata*. Pertanto, non solo lo Stato chiamato in giudizio ma

²⁵ Corte EDU [GC], *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011, sulla quale vds. Rebasti, 2011.

tutte le Parti contraenti sono tenute a conformare il proprio ordinamento alla giurisprudenza complessiva del suddetto organo e ad astenersi dal mettere in atto condotte che si pongano in palese violazione dell'orientamento dello stesso su di una specifica questione già sottopostagli (Cataldi, 2010, pp. 578-79). Alla luce di tale orientamento, le indicazioni ricavabili dai casi esaminati dovrebbero trovare ottemperanza da parte delle autorità statali di tutti gli Stati parti della Convenzione, anche tenuto conto del carattere generale delle stesse. Ciò si concretizzerebbe in un passo ulteriore verso una tutela concreta ed effettiva di quella categoria estremamente vulnerabile costituita dai minori migranti.

2.2. Nell'Unione europea

2.2.1. La tutela dei minori nell'ordinamento dell'UE

La giurisprudenza esaminata nei precedenti paragrafi ha rilevanza altresì con riguardo al diritto dell'Unione europea che, com'è noto, deve essere conforme alla CEDU (art. 6 TUE). L'attenzione nei confronti del minore è rinvenibile, oltre che all'art. 3 del TUE, altresì all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali, che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito portata giuridica obbligatoria. Con la comunicazione della Commissione "Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori" del 2006 (cfr. COM, 2006, 367 definitivo), e più di recente con il "Programma UE per i diritti dei minori" (cfr. COM, 2011, 60 definitivo del 15 febbraio 2011), l'organizzazione si è impegnata esplicitamente a improntare le politiche e le prassi in materia al principio del superiore interesse del minore come sancito dall'art. 3 CDM. Tra le azioni concrete che vengono espressamente menzionate nel documento da ultimo citato vi sono quelle a favore dei "minori vulnerabili", categoria nella quale ricadono altresì i minori richiedenti asilo e quelli non accompagnati (cfr. *ivi*, p. 9); i settori rispetto ai quali è richiesta maggiore attenzione sono proprio quelli dell'accoglienza e del trattenimento²⁶.

Ai minori non accompagnati è poi specificamente dedicato il Piano d'azione per il quinquennio 2010-2014²⁷, nel quale viene evidenziato che, seb-

²⁶ *Ibidem*. Cfr. altresì PE, *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU Member States*, 2007.

²⁷ COM(2010)213 definitivo. Al Piano d'azione della Commissione hanno fatto seguito le Conclusioni del Consiglio sui minori non accompagnati del 3 giugno 2010. Si vedano altresì la *Relazione intermedia relativa all'attuazione del Piano d'azione sui minori non accompagnati*, COM(2012)554 finale, del 28 settembre 2012,

bene gli strumenti normativi comunitari adottati in materia di asilo, immigrazione e tratta degli esseri umani già garantiscono una “tutela rafforzata” dei diritti dei bambini e degli adolescenti²⁸, gli stessi andrebbero ulteriormente migliorati, nell’ambito di un “processo a lungo termine”, al fine di dare pienamente attuazione al principio del superiore interesse del minore.

Nei successivi paragrafi ci si propone pertanto di illustrare le garanzie offerte ai minori migranti posti in stato di trattenimento amministrativo dagli atti normativi attualmente in vigore in materia di asilo e immigrazione, senza tralasciare le proposte di modifica in discussione nel momento in cui si scrive. A tal riguardo è doveroso evidenziare sin da subito come, nell’ambito dell’UE, le disposizioni sulla protezione dei minori migranti siano specifiche per contesto, facendo distinzione tra richiedenti asilo, beneficiari di protezione internazionale, vittime della tratta e migranti in condizione di irregolarità, e prevedendo per ciascuna categoria differenti livelli di accoglienza e assistenza²⁹. Sotto tale profilo, dunque, il diritto dell’Unione non è in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, precedentemente esaminata, che, come si è visto, prevede uno *standard* minimo di trattamento per *tutti* i minori migranti, indipendentemente dai motivi dell’ingresso nel territorio statale, giacché si tratta di soggetti accomunati da una condizione di estrema debolezza dovuta alla minore età e al difetto della cittadinanza. Ad ogni modo, la Commissione europea ha dimostrato di essere consapevole delle discrepanze, non rispondenti ai principi di oggettività e ragionevolezza, che possono derivare dall’applicazione degli atti normativi comunitari a discapito dei bambini e degli adolescenti coinvolti; e si è impegnata a verificare l’opportunità di adottare «uno strumento specifico che detti norme comuni sull’accoglienza e l’assistenza applicabili a tutti i minori non accompagnati» (*ivi*, p. 10).

Passiamo dunque all’esame delle disposizioni che vengono in rilievo con riguardo al trattenimento amministrativo e all’accoglienza dei minori migranti, mantenendo, per necessità di chiarezza, la distinzione operata negli stessi atti normativi tra minori richiedenti asilo e minori migranti, e prestando particolare attenzione alle disposizioni applicabili a quella categoria estremamente vulnerabile che sono i bambini e gli adolescenti non accompagnati.

e il *Commission Staff Working Document on the Implementation of the Action Plan on Unaccompanied Minors*. Si ricorda anche la risoluzione del Consiglio dell’UE 97/C 221/03 del 26 giugno 1997 sui minori non accompagnati cittadini di Stati terzi.

²⁸ Per un’analisi critica si rinvia al rapporto di *France terre d’asile*, 2012.

²⁹ Sul punto si rinvia al *Piano d’azione sui minori non accompagnati*, p. 9.

2.2.2. *La detenzione amministrativa dei minori migranti negli atti normativi in materia di asilo*

Tra gli atti adottati in materia di asilo (Peers e Rogers, 2006) a venire in rilievo con riguardo alla questione che qui interessa sono principalmente le direttive “accoglienza” (cfr. Direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003) e “procedure” (cfr. Direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 1 dicembre 2005), attualmente in fase di revisione. Va innanzitutto osservato che detti documenti hanno incorporato il principio del superiore interesse del minore di cui all’art. 3 CDM e 24 CDF (art. 18 della prima, art. 17 della seconda).

Entrambi i testi normativi sopra menzionati si soffermano sull’assistenza e l’accoglienza da riservarsi ai minori richiedenti asilo, e non disciplinano l’ipotesi del trattenimento amministrativo degli stessi, che non è tuttavia escluso. Se si guarda, innanzitutto, alla direttiva “procedure”, questa, in conformità con l’art. 31 della Convenzione di Ginevra del 1951, sancisce il divieto per gli Stati membri di trattenere una persona «per il solo motivo che si tratta di un richiedente asilo», ma ammette poi implicitamente la possibilità che la stessa sia posta in stato di trattenimento, giacché garantisce in tale ipotesi l’accesso a un sindacato giurisdizionale (art. 17). Venendo alla direttiva “accoglienza”, sebbene non si parli espressamente di detenzione, viene prevista la possibilità di «*confinare* il richiedente asilo in un determinato luogo nel rispetto della legislazione nazionale» qualora risultasse necessario per motivi legali o di ordine pubblico (art. 7, par. 3, corsivo aggiunto). Dal momento che i minori non possono essere separati dai genitori o dai familiari che ne sono responsabili (art. 14, par. 3), se ne deduce che gli stessi potrebbero essere soggetti, come gli adulti, al *confinamento*. Ad ogni modo, le autorità statali sono tenute a garantire ai richiedenti asilo condizioni materiali d’accoglienza che assicurino una qualità della vita adeguata (art. 13), e in particolare vitto, vestiario (art. 2, lett. *i*), alloggio (art. 14), prestazioni sanitarie – quanto meno quelle di pronto soccorso e per il trattamento essenziale delle malattie (art. 15) –, forme di supporto nel caso siano vittime di tortura e violenza (art. 20) e, per quanto concerne espressamente i minori, il diritto all’istruzione (art. 10). L’accoglienza dovrebbe avvenire *di norma* in locali, centri di accoglienza, case private, appartamenti, alberghi o altre strutture che siano adeguate a rispondere ai bisogni dei richiedenti asilo.

La direttiva contempla specifiche disposizioni per quanto riguarda i “minori non accompagnati”, definiti, all’art. 2, lett. *b*, come quelle «persone d’età inferiore ai diciotto anni che entrino nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnate da un adulto che ne sia responsabile per legge o in

base agli usi, fino a quando non siano effettivamente affidate a un tale adulto; il termine include i minori che vengono abbandonati dopo essere entrati nel territorio degli Stati membri». Questi debbono essere alloggiati, in ordine di priorità, presso familiari adulti, presso una famiglia affidataria, in centri di accoglienza che dispongano di specifiche strutture per i minori o in altri alloggi idonei a rispondere alle esigenze degli stessi (art. 17). La possibilità di alloggio in centri di accoglienza per richiedenti asilo adulti è contemplata esclusivamente per i minori non accompagnati che abbiano compiuto sedici anni. Trattasi, a nostro avviso, di un'eccezione che non trova riscontro nella CDM, nella quale nessuna differenza di trattamento basata sull'età viene ammessa³⁰, né nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Sia la direttiva "accoglienza" sia quella "procedure" garantiscono a tutti i richiedenti asilo, adulti o minori, il diritto di essere informati, in una lingua che è ragionevole supporre di loro conoscenza, sulle procedure per la richiesta della protezione internazionale e sulle condizioni di accoglienza; di ottenere i documenti che ne attestino l'identità e lo status di richiedente asilo; di comunicare con l'UNHCR; di essere assistiti, quando necessario, da un interprete e da un rappresentante legale; di presentare ricorso avverso la decisione che li riguarda. In quanto ai minori non accompagnati, le autorità devono provvedere, «non appena possibile», a nominare un tutore o un legale rappresentante (art. 19.1 dir. "accoglienza" e art. 17 dir. "procedure") che li assista nello svolgimento delle procedure di asilo. Appare al riguardo fortemente criticabile che la direttiva "procedure" consenta una deroga a tale obbligo nel caso di adolescente non accompagnato che raggiunga la maggiore età prima che sia adottata una decisione di primo grado in merito alla sua domanda, che possa disporre gratuitamente di un avvocato, o che sia, o sia stato, coniugato (art. 17, par. 2). La figura del tutore legale rappresenta infatti, come evidenziato anche dalla Commissione, «*a crucial element of child protection*»³¹. Va dunque accolta con parziale favore la modifica introdotta nella proposta di rifusione della direttiva 2005/85/CE (cfr. COM, 2011, 319 definitivo), nella quale la deroga alla nomina del rappresentante è ammessa solo nella prima delle ipotesi sopra richiamate.

³⁰ Tale previsione è stata mantenuta anche nella proposta di rifusione della direttiva "accoglienza" (COM(2011)320 def.), sulla quale si rinvia, per un commento critico, al documento dell'ECRE del settembre 2011, p. 25.

³¹ Commissione europea, *Shaping a common approach on unaccompanied minors*, 28 settembre 2012, p. 4; e anche *Relazione intermedia*, cit., p. 7. L'importanza di tale figura emerge altresì dal rapporto dell'Agenzia dei diritti fondamentali dell'UE, *Separated, asylum-seeking children in European Member States*, 2010, p. 49 ss.

Come si diceva, le direttive 2003/9/CE e 2005/85/CE non contemplano espressamente il trattenimento amministrativo dei minori, in particolare di quelli non accompagnati. La situazione è destinata a mutare quando entreranno in vigore le proposte di rifusione dei suddetti atti normativi³². L'art. 11 della proposta di rifusione della direttiva "accoglienza" contempla espressamente la possibilità di trattenere i minori richiedenti asilo, accompagnati e non, sebbene come misura di *extrema ratio*, per il minor tempo possibile, previa verifica che non vi siano alternative efficaci e a condizione che vengano rilasciati appena si renda disponibile una sistemazione più idonea. Viene inoltre precisato che il trattenimento dovrebbe avvenire in centri adatti ai bambini e agli adolescenti, dove questi ultimi possano svolgere attività ricreative, e dove le famiglie siano separate dagli altri detenuti, sebbene tali garanzie possano subire delle restrizioni, «*in duly justified cases*», nelle zone di transito e di frontiera. A tal riguardo non si possono dunque condividere le osservazioni dell'ECRE, secondo cui «*in case Member States are not capable of ensuring these basic and essential safeguards at the border or in transit zones, (...) it simply means that the facilities concerned are not appropriate to accommodate these vulnerable groups and that other accommodation on the territory must be found*». Negare ai minori il diritto allo svago e l'intimità familiare rischia infatti di aggravare la vulnerabilità di questi soggetti. Peraltro l'espressione *in duly justified cases* non trova una precisazione nella direttiva e lascia spazio a interpretazioni arbitrarie da parte degli Stati membri.

Per quanto concerne più specificamente i minori non accompagnati, questi dovrebbero essere detenuti esclusivamente in circostanze *eccezionali* e dovrebbero essere separati dagli adulti. Nel disporre il trattenimento dei minori richiedenti asilo, anche da parte dell'autorità amministrativa, il principio del loro preminente interesse dovrebbe essere tenuto in debita considerazione³³. A tal riguardo sembra opportuno evidenziare che il nuovo

³² Il testo di rifusione presentato dalla Commissione (COM(2011)320 def.) è stato emendato da PE e Consiglio che hanno raggiunto un compromesso politico il 19 ottobre 2012. Il 25 ottobre il testo è stato adottato dai ministri di giustizia e affari interni (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/133193.pdf). Pertanto, una volta che la proposta sarà stata approvata anche dal PE, la stessa potrà essere formalmente adottata. In quanto alla proposta di rifusione della direttiva procedure (COM(2011)319 def.), questa è ancora al vaglio degli organi legislativi dell'UE.

³³ Il testo sul quale è stato raggiunto il compromesso è stato oggetto di forti critiche da parte di Statewatch (2012), che ha evidenziato come gli *standard* garantiti siano ben al di sotto di quelli previsti dalle precedenti versioni della proposta, e come

art. 23 impone agli Stati membri di assicurare *standard* di vita adeguati «*for the minor's physical, mental, spiritual, moral and social development*». Dalla lettura dei lavori preparatori si ricava che il trattenimento dei minori non accompagnati vuole rispondere all'esigenza di tutelarli dai rapimenti cui sono soggetti quando ospitati nei centri aperti (cfr. COM, 2011, 320 def., par. 3.1.2). A tal riguardo, tuttavia, si condivide la posizione del Commissario per i diritti umani del COE, il quale ha evidenziato come per conseguire tale fine non sia necessario privare della libertà i minori, ma sarebbero sufficienti misure «*to strengthen their protection (...), simply by ensuring a sufficiently strict control by custodial institutions of the movement of the minors in their care*»³⁴.

È apprezzabile che la proposta di rifusione della direttiva “accoglienza” si esprima in modo netto sulla necessità di nominare il prima possibile il tutore legale in caso di minori non accompagnati (nuovo articolo 24), e vieti tassativamente la detenzione degli stessi nelle carceri. Risulta tuttavia inspiegabile l'aver ammesso tale possibilità qualora i minori possano contare sulla presenza di familiari, seppure solo nei casi – non meglio specificati – in cui lo Stato sia impossibilitato a fornire una sistemazione nei centri destinati ai richiedenti asilo. Ad avviso di chi scrive l'ipotesi del trattenimento delle famiglie con minori negli istituti penitenziari si pone in palese contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, come si è visto, ha costantemente ribadito che «*un lien doit exister entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention*» (*Mayeka*, cit., par. 102). Peraltro i casi esaminati hanno mostrato come gli stessi centri di detenzione per i migranti adulti non siano un luogo idoneo all'accoglienza dei minori, anche qualora possano contare sulla presenza di un genitore. Ci si domanda pertanto come il trattenimento presso gli istituti penitenziari, seppure in aree separate dai detenuti ordinari, possa ritenersi conforme alla CEDU nell'interpretazione fornita dal suddetto organo³⁵. Appare chiaro, infatti, che «*a prison is by definition not a suitable place in which to detain someone who is neither convicted*

non vi siano sostanziali progressi rispetto alla direttiva attualmente in vigore. Cfr. altresì, sulle precedenti versioni della proposta di rifusione, i commenti dell'ECRE del settembre 2011, di Save the children del marzo 2009 e del novembre 2008, e dell'UNHCR del marzo 2009.

³⁴ *Positions on the rights of minor migrants*, cit. In argomento si veda anche ECRE, *op. cit.*, p. 17.

³⁵ Sulla possibilità della Corte di Strasburgo di pronunciarsi su violazioni della CEDU derivanti dall'attuazione di atti comunitari si rinvia alla sentenza *M.S.S.*, cit.

nor suspected of a criminal offence» (CPT Standards, CPT/Inf/E/(2002)1, rev. 2010, par. 28).

Una volta preso atto della circostanza che nella nuova direttiva “accoglienza” il trattenimento dei minori richiedenti asilo è ammesso, bisogna domandarsi se lo stesso trovi la sua base legale nell’art. 8, che disciplina, in maniera tassativa, le ipotesi che legittimano la privazione della libertà del richiedente la protezione internazionale, e al quale rimanda altresì la proposta di rifusione della direttiva “procedure”³⁶. Nella suddetta disposizione viene specificato che il trattenimento può essere disposto, solo in seguito a un esame individuale dal quale emerga che non sono disponibili alternative efficaci, esclusivamente: al fine di determinare o verificare l’identità o la cittadinanza del richiedente la protezione; per determinare, nell’ambito del colloquio preliminare, gli elementi sui cui si basa la domanda se gli stessi non possono essere ottenuti senza il trattenimento; nel procedimento volto a stabilire se lo stesso abbia il diritto di fare ingresso nel territorio; quando necessario per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale. A noi sembra che, se la detenzione dei minori può essere disposta in tali circostanze, si riconosce alle autorità statali una discrezionalità eccessiva, tenuto conto che a essere coinvolti sono dei soggetti estremamente vulnerabili. Peraltro non viene indicata la durata massima della detenzione – a differenza di quanto avviene nella direttiva “rimpatri” –, ma ci si limita a precisare che deve essere il più breve possibile.

Nella proposta di rifusione della direttiva “accoglienza” sono ad ogni modo contemplate delle garanzie procedurali a favore dei richiedenti protezione internazionale privati della libertà. Innanzitutto, sebbene sia ammessa la possibilità che a disporre il trattenimento sia un organo amministrativo, viene quantomeno previsto un pronto e periodico riesame giurisdizionale sulla legalità del provvedimento; quest’ultimo deve essere disposto per iscritto, in una lingua che il richiedente asilo conosce o è ragionevole supporre che conosca, e motivato in fatto e in diritto. Inoltre il richiedente asilo deve essere informato sui mezzi di ricorso avverso il trattenimento e sulla possibilità di beneficiare dell’assistenza legale gratuita. Un elemento degno di nota è che la proposta di rifusione riconosce il diritto all’interprete e all’assistenza legale gratuita in tutte le fasi della procedura. Tali garanzie trovano applicazione anche nei confronti dei minori richiedenti asilo.

³⁶ Tali ipotesi sono state definite sulla base del diritto internazionale, della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e di quella di Strasburgo, e delle raccomandazioni del Comitato dei ministri del COE.

2.2.3. (Segue): *negli atti normativi in materia di immigrazione*

Le norme in materia di detenzione dei minori migranti in attesa dell'espulsione perché privi dei documenti che autorizzano l'ingresso e il soggiorno nel territorio statale sono contenute nella direttiva "rimpatri"³⁷. Fin dal Preambolo viene richiamato, al considerando 22, il principio del superiore interesse del minore, che dovrebbe costituire una considerazione preminente degli Stati membri nell'attuazione della direttiva, come ribadito altresì all'art. 5 e all'art. 17, par. 5. Nonostante tali richiami, viene espressamente ammesso il trattenimento, disposto dalle autorità amministrative o giudiziarie, dei minori accompagnati e non, sebbene questo venga subordinato ad alcune condizioni. Viene infatti precisato, all'art. 17, che i minori migranti possono essere trattenuti «*solo* in mancanza di un'altra soluzione e per un periodo adeguato il più breve possibile» (corsivo aggiunto), nel rispetto del principio di proporzionalità e di necessità, precisazione, questa, degna di nota. Peraltro il trattenimento è giustificato solamente per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento, quando non siano disponibili misure meno coercitive, in particolare qualora sussista un rischio di fuga o il cittadino di un Paese terzo possa ostacolare la preparazione del provvedimento (considerando 17 e art. 15). Se alle famiglie con minori la direttiva garantisce una sistemazione separata nel rispetto della vita privata delle stesse, i minori non accompagnati dovrebbero trovare accoglienza, *di regola*, in istituti dotati di strutture e personale consoni al soddisfacimento delle esigenze connesse all'età (art. 17, parr. 2 e 4). Apprezzabile, inoltre, la previsione di cui al par. 3 dell'art. 17, in base alla quale a tutti i bambini e gli adolescenti, accompagnati o non, dovrebbe essere offerta la possibilità di svolgere attività di svago e di accedere all'istruzione.

Va tuttavia preso atto, con disappunto, che sono ammesse deroghe significative alle regole generali in materia di trattenimento quando il numero di cittadini di Paesi terzi da rimpatriare sia «eccezionalmente elevato» (...); in tal caso, infatti, è giustificato che la privazione della libertà avvenga non negli appositi centri di permanenza temporanea adibiti a tal scopo, ma negli istituti penitenziari, sebbene sia precisato che i migranti debbono essere separati dai detenuti ordinari. L'eccezione ammessa può avere forti ricadute sul benessere delle persone, soprattutto di quelle vulnerabili come i minori, cui pure – e ciò appare particolarmente allarmante – si applica. Non sembra pertanto a chi scrive che il legislatore europeo abbia compiuto ogni possibile sforzo per garantire che le esigenze delle persone vulnerabili siano prese

³⁷ Direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, sulla quale si rinvia a: Liguori, 2008, p. 163 ss., e bibliografia ivi indicata.

in debita considerazione, come pure l'art. 14, par. 2, lett. *d* richiederebbe. A ciò si aggiunga che lo strumento della direttiva lascia di per sé alle autorità statali un ampio margine di discrezionalità, che rischia di inficiare *de facto* le garanzie che pure sono contemplate dal testo normativo. Ai sensi dell'art. 15, infatti, la privazione della libertà dovrebbe avere durata il più breve possibile ed essere mantenuta solo il tempo necessario all'espletamento del rimpatrio. Inoltre, il provvedimento di trattenimento dovrebbe essere disposto per iscritto e motivato in fatto e in diritto. Seppure sia ammessa la possibilità che ad adottare detto provvedimento siano le autorità amministrative, viene quanto meno previsto – e ciò rappresenta indiscutibilmente un elemento positivo della direttiva – un *pronto* riesame giudiziario sulla legittimità dello stesso. Ad ogni modo, il trattenimento dovrebbe cessare qualora risulti che non esiste alcuna prospettiva ragionevole di attuare l'allontanamento.

Ai cittadini dei Paesi terzi posti in stato di trattenimento, compresi i minori, la direttiva riconosce, inoltre, la possibilità di entrare in contatto con rappresentanti legali, con i familiari e con le autorità consolari, di beneficiare delle prestazioni sanitarie, quanto meno quelle d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie, e di essere informati sui loro diritti (art. 16).

In conclusione, a noi sembra che la direttiva 2008/115/CE, pur contenendo delle apprezzabili garanzie sotto il profilo delle procedure da seguire nel disporre la privazione della libertà, risulti tuttavia problematica con riguardo a tre principali aspetti. Innanzitutto, non viene prevista la nomina di un *tutore legale* che assicuri il rispetto del superiore interesse del minore nel corso della procedura di rimpatrio. L'art. 10 si limita infatti a richiedere l'assistenza da parte di organismi appropriati diversi dalle autorità che eseguono il rimpatrio, ma ciò appare insufficiente rispetto alle esigenze specifiche di un soggetto eccezionalmente vulnerabile quale il minore non accompagnato. Peraltro si è visto come gli organi internazionali, e anche la Commissione europea, insistano particolarmente sulla centralità di tale figura. Un altro aspetto problematico riguarda la possibilità, esaminata sopra, di detenere i minori migranti negli istituti penitenziari, sebbene in circostanze eccezionali non meglio definite. Infine, a destare preoccupazione, sotto il profilo della salvaguardia dei diritti dei bambini e degli adolescenti migranti, è la durata della detenzione: come emerge dal combinato disposto dei parr. 5 e 6 dell'art. 15, la stessa può arrivare fino a un massimo di diciotto mesi, senza che alcuna considerazione venga attribuita alla vulnerabilità di tali soggetti.

Conclusioni

Seppure esuli dall'oggetto del presente lavoro, ci sia consentito svolgere alcune brevi considerazioni sulla tutela riservata ai minori migranti e richiedenti asilo dall'ordinamento italiano. La normativa in vigore prevede la detenzione amministrativa dei minori solo qualora tale misura sia disposta nei confronti del genitore o dell'affidatario colpito da provvedimento di espulsione. Tassativo è, invece, il divieto di trattenimento nei confronti dei non accompagnati. La disciplina applicabile a tale categoria di persone si ricava dalla combinazione di diverse fonti normative³⁸, che prevedono, tra l'altro, l'apertura della tutela legale, la nomina del tutore, e l'accoglienza in strutture idonee a soddisfare le esigenze connesse alla minore età³⁹.

Malgrado le garanzie approntate, il sistema italiano di accoglienza dei minori non accompagnati è stato oggetto di costante denuncia per le sue croniche carenze e inefficienze⁴⁰, che si palesano in particolar modo in occasione delle ricorrenti *emergenze sbarchi*. A più riprese Save the children ha richiamato l'attenzione sulle condizioni in cui erano costretti bambini e adolescenti nel Centro di primo soccorso (CPSA) di Lampedusa⁴¹. A nostro avviso, la situazione di tali minori, trattenuti per intere settimane in sovraffollati CPSA, in promiscuità con migranti adulti e in condizioni igieniche precarie, senza la possibilità di uscire e di svolgere attività ricreative, a favore dei quali viene attivata con enormi ritardi la procedura di tutela legale e di nomina del tutore, presenta indiscutibili tratti in comune con quella dell'adolescente *Rahimi*⁴², vittima, secondo la Corte di Strasburgo, di una palese violazione dei diritti che gli sono riconosciuti dalla CEDU. Peraltro, non può tacersi sulla decisione del suddetto organo di sospendere in alcuni casi, sulla base dell'art. 39 del

³⁸ Si rinvia a *Principali elementi della normativa su immigrazione, asilo e cittadinanza*, reperibile al link www.stranieriinitalia.it/brigugliolimmigrazione-e-asilo/2013/gennaio/manuale-normativa-25.html#apmin.

³⁹ Le procedure e le forme di accoglienza sono differenti a seconda che il minore abbia avanzato richiesta di asilo.

⁴⁰ Tra gli altri, rapporto della Commissione De Mistura, 2007, in www.interno.it; Amnesty International, *Invisibili. Dodici mesi dalla parte dei minori migranti detenuti all'arrivo in Italia*, 23 febbraio 2007; Agenzia dei diritti fondamentali dell'UE, cit.

⁴¹ *Lampedusa: Save the children, condizioni inaccettabili per donne, neonati e minori non accompagnati stipati al CPSA dopo gli ultimi sbarchi*, 28 novembre 2012. Si veda altresì Save the children, *Lampedusa: sull'isola condizioni di accoglienza inadeguate ai minori*, 18 agosto 2011, documento redatto in occasione degli sbarchi prodotti dall'"emergenza Nord-Africa", e *I minori stranieri in Italia. Secondo rapporto annuale*, 2011. In dottrina Vassallo Paleologo F., *Diritti sotto sequestro*, Roma, 2013.

⁴² Oltre a essere incompatibile con le linee-guida fornite dal ComDM.

proprio regolamento di procedura, il trasferimento in Italia da altri Stati europei di minori richiedenti asilo non accompagnati.

Come evidenziato nel corso dell'indagine, e come le brevi riflessioni sull'Italia confermano, quello della detenzione amministrativa (e anche delle prassi di trattenimento *de facto*) è uno dei settori rispetto ai quali emergono in modo più lampante le contraddizioni tra l'obbligo di tutelare i minori, anche se privi dello *status civitatis*, e le prerogative sovrane in materia di ingresso e soggiorno dello straniero. Prerogative che, come si è avuto modo di dimostrare, non hanno carattere assoluto, essendo subordinate al rispetto delle norme poste a salvaguardia dell'infanzia e dell'adolescenza e, più in generale, della persona.

Nel continente europeo un ruolo fondamentale nell'affermazione di limiti alla discrezionalità statale è stato svolto dalla Corte di Strasburgo, attraverso una giurisprudenza che – seppure non scevra da elementi di criticità – ha messo al centro il minore nella sua condizione di estrema vulnerabilità, circostanza che lo rende meritevole di una tutela rafforzata. Non sembra invece, ad avviso di chi scrive, che, al di là di qualche statuizione di principio, lo stesso orientamento si sia affermato nell'ordinamento dell'UE. A creare disappunto non sono solo le incongruenze tra la normativa in materia di immigrazione e asilo e le indicazioni fornite dalla Corte di Strasburgo, quanto, soprattutto, la *prudenza* degli atti normativi in vigore e delle proposte di rifusione attualmente al vaglio degli organi dotati del potere legislativo. Proposte che sono ben lontane dal garantire il rispetto del superiore interesse di bambini e adolescenti estremamente vulnerabili quali quelli migranti e richiedenti asilo, soprattutto quando non accompagnati. Ci saremmo aspettati posizioni più audaci da una organizzazione che fa del rispetto dei diritti umani e della *rule of law* la fonte della propria legittimazione.

A nostro avviso, perché politiche e prassi statali lesive dei diritti fondamentali dei minori migranti⁴³ siano adeguatamente prevenute è necessario che la cornice normativa sia certa e non lasci eccessivi margini di manovra ai governi. A ispirare l'azione statale dovrebbe essere in ogni circostanza, anche quando si tratti di bambini e adolescenti privi dello *status civitatis* e dell'autorizzazione all'ingresso e al soggiorno, il principio del superiore interesse del minore. Perché, come ribadito costantemente dalla Corte europea dei diritti umani, un fanciullo, anche se straniero, è prima e innanzitutto un fanciullo, in quanto tale meritevole della massima protezione.

⁴³ Casi emblematici sono la detenzione amministrativa dei minori migranti in Grecia (UNHCR, 2012) e il trattenimento nei centri di prima accoglienza e soccorso a Lampedusa durante gli sbarchi prodotti dall'emergenza Nord-Africa (al riguardo ci sia consentito rinviare a: Del Guercio, 2012, e riferimenti bibliografici ivi indicati).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Agenzia dei diritti fondamentali dell'UE (2010), *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States. Summary Report*.

Bartole S. - Conforti B. - Raimondi G. (2001), a cura di, *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, Padova.

Berghé Loreti M. (1995), *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, in A. Berghé Loreti (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova.

Bhabbha J. (2003), *Children, Migration and International Norms*, in T.A. Aleinikoff e V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, p. 203 ss.

Briguglio S. (2012), *Principali elementi della normativa su immigrazione, asilo e cittadinanza*, reperibile al sito www.stranieriinitalia.it.

Cataldi G. (2010), *La natura self-executing delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in A. Caligiuri - G. Cataldi - N. Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, p. 565 ss.

Cataldi G. (2011), *La tutela dei minori nell'ordinamento internazionale*, in A. Cilaro (a cura di), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli.

Cellamare G. (2009), *Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, p. 181 ss.

Del Guercio Adele (2011a), *La compatibilità dei respingimenti di migranti verso la Libia con la Convenzione europea dei diritti umani alla luce del ricorso Hirsi e altri c. Italia*, in *RDPE*, n. 2, p. 255 ss.

Del Guercio Adele (2011b), *Minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti umani: il caso Rahimi*, in *DUDI*, n. 3, p. 634 ss.

Del Guercio Adele (2012), *La tutela dei minori stranieri tra diritti consolidati e politiche di chiusura verso l'Altro*, in R. Bonito Oliva (a cura di), *Identità in dialogo*, Milano-Udine, pp. 153-178.

ECRE (2011), *Comment on the Amended Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive (COM(2011)319 final)*.

Farrugia R. e Touzenis K. (2010), *The international protection of unaccompanied and separated migrant and asylum-seeking children in Europe*, in Kanic J. et al. (eds.), *Migrating Alone: Unaccompanied and Separated Children's Migration to Europe*, UNESCO Publishing, Paris, pp. 21-56.

Focarelli C. (2010), *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, in *Rivista di diritto internazionale*, p. 981 ss.

France terre d'asile (2012), *Le droit d'asile des mineurs isolés étrangers dans l'Union Européenne*.

Gaja G. (2001), *Art. 1*, in S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi, 2001, cit.

- Hodgkin R. e Newell P. (2007), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF Publication.
- Human Rights Watch (2013), *L'Italia respinge i minori non accompagnati*.
- International Detention Coalition (2012), *Captured Childhood*.
- JRS-Europe (2010), *Becoming vulnerable in detention. Civil society report on the detention of vulnerable asylum seekers and irregular migrants in the European Union (The Devas Project)*.
- Liguori A. (2008), *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli.
- Liguori A. (2011), *I minori migranti nel diritto europeo*, in A. Cilardo (a cura di), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea*, cit., p. 49 ss.
- Medical justice (2010), *State sponsored cruelty. Children in immigration detention*.
- Peers S. e Rogers N. (2006), *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, Martinus Nijhoff.
- Pertile M. (2010), *La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: dal caso Mubilan-zila al caso Muskhadzhiyeva*, in *DUDI*, vol. 4, n. 2, p. 457 ss.
- Rebasti E. (2011), *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia d'asilo*, in *DUDI*, p. 343 ss.
- Saccucci A. (2000), *Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 1, p. 222 ss.
- Save the children (2012), *I piccoli schiavi invisibili*.
- Serrapede D. e Ricciuti N. (2011), *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo in Europa*, in *RDPE*, n. 2, pp. 155-200.
- Statewatch (2012), *The EU Directive on Reception Conditions: a weak compromise*.
- UNHCR (2008), *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*.
- UNHCR (2011), *UNHCR Comments on the European Commission's amended recast proposal for a Directive of the European Parliament and the Council laying down standards for the reception of asylum-seekers*.
- UNHCR (2012), *Protecting children on the move*.
- UNICEF (2011), *Administrative detention of children: a global report*.
- Vassallo Paleologo F. (2013), *Diritti sotto sequestro*, Roma.
- Vohra S. (2007), *Detention of Irregular Migrants and Asylum Seekers*, in R. Cholewinski e R. Perruchoud (eds.), *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, The Hague, pp. 49-69.

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA DEGLI STRANIERI: DA MISURA ECCEZIONALE A STRUMENTO DI (INEFFICACE) CONTROLLO ORDINARIO DELL'IMMIGRAZIONE ILLEGALE E DI MORTIFICAZIONE DELLE GARANZIE FONDAMENTALI

Guido Savio

La detenzione amministrativa degli stranieri illegali, introdotta nell'ordinamento italiano per la prima volta nel 1998, ha visto mutare significativamente la sua funzione nel corso del tempo. Originariamente limitata a poche decine di giorni e prevista in casi eccezionali, la detenzione amministrativa è oggi divenuta misura ordinaria di controllo del fenomeno migratorio con una durata massima di diciotto mesi. Questa profonda trasformazione è frutto di mutamenti normativi fortemente connotati da presunte esigenze securitarie, senza tuttavia incrementare significativamente l'effettività degli allontanamenti, e scontando elevati costi in termini di sacrificio delle garanzie fondamentali e di rispetto dei diritti umani. Oggi la detenzione amministrativa è la "pena" comminata agli stranieri riottosi a lasciare la "fortezza Europa".

Keywords: detenzione amministrativa, trattenimento, Centri di identificazione ed espulsione (CIE), riserva di legge, riserva di giurisdizione.

1. Cos'è la detenzione amministrativa

Con il termine "detenzione" si intende qualsiasi forma di privazione della libertà personale, ovvero di sottoposizione della persona all'altrui potere. Tutti gli ordinamenti giuridici prevedono forme di detenzione che, per essere legittime, debbono essere conformi alle leggi sovranazionali e nazionali e debbono essere applicate nei casi e con le modalità previste dalla legge. L'ordinamento italiano prevede molteplici forme di detenzione: quella in carcere (arresto e reclusione) – sicuramente la più nota –, quella domiciliare, in istituti di cura, in comunità, in casa di lavoro. Tutte queste forme di *detenzione* hanno la comune caratteristica di essere disposte da un giudice. Questo perché l'art. 13, comma 2, della Costituzione prescrive che «*non è ammessa*

alcuna forma di detenzione [...] né qualsiasi altra forma di restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Altra caratteristica comune alle forme ordinarie di detenzione è che queste sono sempre conseguenti a violazioni della legge penale, infatti la detenzione – *sub specie* di reclusione – è la sanzione penale per eccellenza. Questa cornice della detenzione è stata per la prima volta superata, dacché esiste il nostro ordinamento costituzionale, con l'introduzione dei *Centri di permanenza temporanea e accoglienza* (CPTA) ad opera della legge Turco-Napolitano del 1998, che ha previsto una forma di restrizione della libertà personale – il trattenimento in detti centri – disposto con autonomo decreto del questore, autorità amministrativa e non giudiziaria.

2. L'origine dell'istituto della detenzione amministrativa per gli stranieri

Introdotta con la legge n. 40/98, la detenzione amministrativa aveva la funzione di trattenere gli stranieri destinatari di decreti espulsivi da eseguirsi coattivamente, al fine di evitare che, nelle more dell'esecuzione, costoro si dileguassero. Era una sorta di area di parcheggio ove trattenere forzatamente gli stranieri da espellere, in forza di un decreto di trattenimento disposto dal questore, fino a che non si rimuovessero le seguenti cause che impedivano l'esecuzione di provvedimenti ablativi: necessità di soccorso, necessità di procedere all'identificazione dello straniero, assenza dei documenti di viaggio, indisponibilità del vettore. I termini massimi di trattenimento erano di venti giorni, prorogabili – una sola volta – di ulteriori dieci giorni, dopodiché, se l'amministrazione non riusciva a dare esecuzione all'espulsione, lo straniero doveva essere comunque dimesso. Va evidenziato che, nell'impianto espulsivo delineato nel 1998, le espulsioni coattive costituivano l'eccezione, mentre ordinariamente la loro esecuzione era delegata allo straniero che aveva l'obbligo di ottemperare alla relativa ingiunzione entro il termine di quindici giorni: quindi, la detenzione amministrativa nasce come circoscritta a casi eccezionali e nel tempo breve.

Tuttavia, la previsione di una detenzione senza reato disposta dall'autorità amministrativa di polizia suscitò un vivace dibattito nella cultura giuridica garantista al punto di richiedere l'intervento della Corte costituzionale, sollecitata da numerose ordinanze di rimessione del Tribunale di Milano. Va subito detto che la sentenza n. 105/2001 della Consulta salvò la costituzionalità dei CPTA, sia pure con una decisione che, tuttora unica sull'argomento, offriva all'interprete utili indicazioni ancora adesso valide e troppo spesso ignorate. Senza entrare nei dettagli tecnici, è utile rammentare in questa sede alcuni dei

principi espressi nella sentenza citata, ai fini del discorso che qui interessa: il trattenimento è misura incidente sulla libertà personale che non può essere adottata al di fuori delle garanzie previste dall'art. 13 Cost. (riserva di legge e riserva di giurisdizione); per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di ordine pubblico connessi a flussi immigratori incontrollati, non può essere minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale che, al pari di altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani. Quindi la detenzione amministrativa è legittima, dice la Corte, a condizione che siano rigorosamente rispettate le garanzie previste dall'art. 13 Cost., che, al comma 3, consente che *«in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro 48 ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive 48 ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto»*. Orbene, la limitazione della libertà personale determinata dalla detenzione amministrativa è legittima, in quanto la prevede la legge (il testo unico immigrazione, d.lgs 286/98), e la Costituzione non specifica affatto che tale previsione debba risultare da una legge *penale*; il meccanismo della convalida ad opera dell'autorità giudiziaria rispetta la riserva di giurisdizione, posto che – rammenta la Consulta – l'onere di trasmissione degli atti al giudice *«non può avere altro significato se non quello di rendere possibile un controllo giurisdizionale pieno, e non un riscontro meramente esteriore, quale si avrebbe se il giudice della convalida potesse limitarsi ad accertare l'esistenza di un provvedimento di espulsione purchessia. Il giudice dovrà rifiutare la convalida tanto nel caso in cui un provvedimento di espulsione manchi del tutto, quanto in quello in cui tale provvedimento, ancorché esistente, sia stato adottato al di fuori delle condizioni previste dalla legge»*.

Nel sistema espulsivo del 1998 il trattenimento costituiva l'eccezione, i termini massimi della limitazione della libertà erano abbastanza contenuti e il controllo ad opera del giudice della convalida del trattenimento nel termine massimo di 96 ore era idoneo a salvaguardare la tenuta dell'istituto rispetto ai parametri di cui all'art. 13 Cost.

3. La Bossi-Fini

Il quadro descritto durò assai poco. Con la legge 189/2002 (cd. "Bossi-Fini") il legislatore introdusse la previsione di immediata esecutività di tutte le espulsioni, in forma coattiva. Teoricamente, lo straniero irregolarmente

soggiornante avrebbe dovuto essere immediatamente accompagnato alla frontiera; ove ciò non fosse stato possibile a causa di ostacoli temporanei, quali la necessità di prestare soccorso, la necessità di procedere all'accertamento della nazionalità e/o identità, o l'acquisizione dei documenti, o l'indisponibilità del vettore, ecco che il questore poteva disporre il trattenimento nei CPTA. Tuttavia, nella consapevolezza dell'insufficiente capienza dei centri di detenzione, la legge inventò l'istituto dell'ordine di allontanamento: non potendo lo Stato dare esecuzione ai suoi stessi provvedimenti – né con l'accompagnamento immediato, né previo trattenimento – il questore ordinava allo straniero di autoespellersi nel breve volgere di cinque giorni. La disubbidienza all'ordine impartito, salvo giustificato motivo, costituiva reato contravvenzionale con previsione di arresto obbligatorio in flagranza. Con la Bossi-Fini l'uso della forza entrò a pieno titolo come strumento ordinario di controllo dell'immigrazione irregolare: con l'accompagnamento forzato – eventualmente preceduto dal trattenimento – o con l'arresto, in caso di inottemperanza all'ordine di polizia. Va da sé che la detenzione amministrativa non costituiva più l'eccezione, ma la regola. Regola derogabile solo a causa dell'indisponibilità di posti nei centri di detenzione amministrativa e sostituita con l'arresto obbligatorio, per le ipotesi di disubbidienza all'ordine di allontanamento disposto dal questore. Venne così introdotto un marchingegno diabolico cui era assai difficile sottrarsi: la spirale CPTA – carcere, destinata a ripetersi all'infinito, fino a espulsione avvenuta. Con l'occasione i termini massimi di trattenimento nei centri lievitarono da 40 a 60 giorni.

4. La giurisprudenza costituzionale del 2004 e il seguito normativo

Due importanti dichiarazioni di incostituzionalità relative ad alcune norme della Bossi-Fini (sentt. 222 e 223/2004) costituirono l'occasione per un seguito normativo inatteso. Ma procediamo con ordine. Anche l'accompagnamento alla frontiera – aveva affermato la Corte costituzionale (sent. 105/2001) – inerisce la coercizione della libertà personale, «*in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione*», perciò il legislatore con una leggina *ad hoc* (l. n. 106/2002) introdusse una forma di convalida della misura dell'accompagnamento al fine di evitare una dichiarazione d'incostituzionalità. Lo stratagemma ebbe vita corta, essendo una convalida *ex post*, a cose fatte, quando gli effetti dell'eventuale non convalida sarebbero stati evidentemente nulli; la Consulta non tardò a rilevarne il

contrasto con il diritto di difesa e il principio d'eguaglianza. Analogamente la previsione di arresto obbligatorio per un reato contravvenzionale (l'inottemperanza all'ordine del questore) non consentiva l'applicazione di misure cautelari, secondo le regole del codice di rito, sicché l'obbligo di arresto venne espunto dall'ordinamento in quanto fine a se stesso. Il ricorso alla decretazione d'urgenza fu immediato: decreto legge 241, convertito nella legge 271/04. Con l'occasione, il legislatore stabilì tre novità: la contravvenzione divenne da un giorno all'altro delitto (punito con la reclusione da tre a quattro anni), sì da poter consentire l'applicazione della custodia cautelare in carcere (così i migranti in carcere iniziarono ad andarci per davvero); fu introdotto l'obbligo di celebrare l'udienza di convalida dell'accompagnamento prima dell'allontanamento; fu sottratta la competenza in materia di espulsioni amministrative ai giudici togati e affidata ai giudici di pace. La scelta di sottrarre il controllo di legalità al giudice professionale per attribuirlo ai giudici onorari non aveva altro significato se non quello di sterilizzare il controllo giurisdizionale sulla legittimità dei provvedimenti di espulsione, delle convalide dei trattenimenti nei CRTA e delle loro proroghe. Opzione dal forte sentore punitivo nei confronti di una magistratura che aveva determinato, sollevando le relative questioni, i due pesanti interventi ablativi della Corte costituzionale che assestarono un duro colpo alla Bossi-Fini. È quindi dal 2004 (salvo una brevissima parentesi di qualche mese nell'ultimo governo Prodi, e salvo che il trattenuto sia un richiedente asilo o un cittadino comunitario) che il giudice della detenzione amministrativa è quello di pace: un giudice non professionale, che non esercita la giurisdizione in via esclusiva, pagato poco e a cottimo, troppe volte succube della pubblica amministrazione, e, quindi, che non offre sufficienti garanzie di indipendenza e autonomia. Inoltre, l'attribuzione del potere di sindacare la legittimità di atti di polizia fortemente limitativi della libertà personale stride con la filosofia cui s'ispira l'operato del giudice di pace: il suo paradigma è la composizione delle liti, ma in materia di espulsione e trattenimento non c'è proprio nulla da comporre, v'è semmai da sindacare l'esercizio del potere amministrativo restrittivo della libertà personale. Nemmeno per le sue competenze in materia penale al giudice di pace è consentita l'applicazione di sanzioni detentive, salvo la permanenza domiciliare, ma avverso le sentenze che la dispongono è consentito l'appello al tribunale; analogo mezzo d'impugnazione non è contemplato invece per espulsioni amministrative e trattenimenti, i cui provvedimenti di convalida sono solo ricorribili per cassazione. Venne così individuato un giudice di serie *b* per utenti di serie *b*, nel silenzio quasi generalizzato degli operatori del diritto. Evidente, quindi, come nel breve volgere di sei anni la detenzione amministrativa da eccezione

è divenuta regola, affidata alle cure di una magistratura non professionale. I principi enucleati dalla Corte costituzionale, prima sommariamente ricordati, di fatto restano troppo spesso fuori dai centri di detenzione amministrativa per una chiara scelta politica relativa all'individuazione dell'arbitro, la cui origine storica è eloquente.

5. Dai “pacchetti sicurezza” 2008 e 2009 alla Direttiva rimpatri e al suo (insoddisfacente) recepimento

Con la prima tranche dei *pacchetti sicurezza* fortemente voluti dal Governo Berlusconi, che introdusse l'aggravante della clandestinità e altre misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, tra cui l'incremento vertiginoso di pena per il reato di false generalità, il legislatore avvertì la straordinaria necessità e urgenza (decreto legge 92/2008, convertito in l. 125/2008) di mutare il nome dei centri di detenzione amministrativa: da Centri di permanenza temporanea e assistenza (CPTA) negli attuali Centri di identificazione ed espulsione (CIE), definizione certamente più aderente alla realtà, posto che i centri hanno fornito ben poca assistenza.

Quanto al venir meno del criterio della temporaneità della detenzione amministrativa, il nuovo *nomen* anticipava le future e imminenti riforme. L'anno successivo, infatti, i termini massimi di trattenimento furono elevati da 60 a 180 giorni (l. 94/2009): fu l'unico punto della Direttiva 2008/115/CE recepito prontamente e prima della scadenza del termine dall'Italia.

La Direttiva rimpatri, anche detta *Direttiva della vergogna* per gli elevatissimi termini massimi di trattenimento (fino a 18 mesi), nel frattempo era entrata in vigore e gli Stati membri dell'UE avrebbero dovuto trasporla nel diritto interno entro il 24 dicembre 2010. L'Italia fece orecchie da mercante. Anzi, la osteggiò apertamente, al punto che, in luogo del recepimento normativo, pochi giorni prima della scadenza del termine diramò una circolare – a firma del Capo della polizia – battezzata circolare *salva ricorsi*, il cui fine precipuo era evitare che, a seguito di ricorso avverso un'espulsione, i giudici annullassero i provvedimenti amministrativi, applicando direttamente lo strumento normativo europeo, contrastante con quello interno. Per raggiungere l'obiettivo prefissato, la circolare imponeva a prefetture e questure di motivare attentamente i provvedimenti espulsivi e di trattenimento facendoli sembrare conformi alla direttiva. In realtà la circolare Manganelli conteneva, *in nuce*, i principi che sarebbero poi comparsi nella normativa di recepimento. Giova rammentare (senza entrare nei dettagli giuridici) che l'impianto della Direttiva rimpatri privilegia la *partenza volontaria* con la

concessione di un termine compreso tra 7 e 30 giorni, per porre fine al soggiorno illegale dello straniero. Solo nel caso in cui lo straniero non ottemperi all'obbligo di allontanarsi dal territorio dell'UE nel termine concesso, ovvero sia da considerarsi "a rischio di fuga" è concessa agli Stati membri la possibilità di ricorrere a strumenti coercitivi secondo un principio di proporzionalità: consegna del passaporto (da restituire al momento della partenza), obbligo di presentazione periodica presso gli uffici di polizia, obbligo di dimora; solo ove nessuna di queste misure sia in concreto applicabile allora, e solo allora, è consentito il ricorso alla detenzione in appositi centri. Evidente che l'impianto espulsivo nostrano sia diametralmente opposto a quello delineato dall'UE: basti rammentare che, da noi, il trattenimento nei CIE costituisce la regola, derogabile in caso di possibilità di accompagnamento immediato o di indisponibilità di posti, mentre la concessione di un termine per la partenza volontaria come modalità principale di esecuzione delle espulsioni non era prevista nell'impianto della Bossi-Fini. Al fine di far apparire conforme alla normativa europea quel che all'evidenza non era, la circolare Manganelli suggeriva di sottoporre a un'intervista l'espellendo per accertare se avesse un concreto interesse a far ritorno nel suo Paese di origine, se avesse la disponibilità di un alloggio ove potesse essere concretamente rintracciabile, se fosse in possesso di passaporto in corso di validità e se potesse dimostrare la linearità della sua condotta di vita; con la prescrizione che, in caso di anche solo una risposta negativa, costui fosse da considerarsi automaticamente "a rischio di fuga" e, pertanto, meritevole di trattenimento al CIE. Lo stratagemma architettato dal Governo italiano, prima con la citata circolare, poi con il dl 89/11, convertito nella l. 129/2011, fu quello di dilatare a dismisura il perimetro del "rischio di fuga" in modo da potervi ricomprendere la maggior parte delle persone da espellere, impedendo loro così il riconoscimento della partenza volontaria e sottoponendoli al rimpatrio coatto, previa permanenza nei CIE, in tal modo aggirando la Direttiva rimpatri nelle sue parti più garantiste. Significativa è la circostanza temporale che convinse il Governo italiano a metter mano alla disciplina espulsiva, fingendo di adeguarla a quella europea: la nota sentenza 28 aprile 2011 della Corte di giustizia UE nella causa El Dridi, che sancì il *de profundis* per il reato di ingiustificata inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore, come rimodulato nel 2004. In sintesi, ad avviso della Corte di giustizia, l'applicazione della detenzione in carcere per gli stranieri che devono essere espulsi contrasta con lo scopo della direttiva, in quanto allunga la permanenza dello straniero nello Stato membro, invece che accelerarne il suo allontanamento dal territorio della "fortezza Europa". Solo allora lo Stato italiano avvertì la straordinaria necessità e urgenza di trasporre nell'or-

dinamento interno la Direttiva rimpatri, lo fece ricorrendo alla decretazione d'urgenza, ma non va sottaciuto che l'urgenza il Governo se la cercò, essendosi rifiutato di adempiere all'obbligo comunitario nel termine previsto. La trasposizione nel diritto interno della Direttiva rimpatri fu a dir poco omeopatica: l'Italia sfruttò tutte le opportunità più restrittive consentite, come la previsione che la partenza volontaria possa essere accordata solo a richiesta dell'interessato (la mancata richiesta comporta l'esecuzione coattiva, eventualmente previo trattenimento). Va da sé però che lo straniero in tanto può chiedere il termine per la partenza volontaria (in luogo dell'esecuzione coatta) in quanto sia adeguatamente informato circa le conseguenze dell'una o dell'altra scelta: ebbene nessuna norma disciplina il contenuto delle schede informative che pure la legge prevede, con la conseguenza che pochissimi espellendi si avvalgono della facoltà che la legge consente loro, ignorando cosa sia in concreto l'istituto della partenza volontaria e, soprattutto, ignorando che in caso di mancata richiesta scatta automaticamente il rimpatrio coatto. Ulteriore esempio dell'approccio riduttivo del Governo italiano è riscontrabile nell'opzione – consentita dalla Direttiva rimpatri – di non applicare le norme ivi previste per i respingimenti differiti: si consideri che gli stranieri sbarcati a Lampedusa vengono attinti da decreti di respingimento e non da espulsioni. Alcune disposizioni della normativa europea sono state semplicemente ignorate dalla legge italiana di recepimento come l'obbligo di far cessare il trattenimento ove non esista più alcuna prospettiva ragionevole di eseguire l'allontanamento, con immediato rilascio del trattenuto: previsione, questa, che indica chiaramente che la detenzione amministrativa deve essere finalizzata esclusivamente all'allontanamento, senza alcun contenuto sanzionatorio che è in contrasto con gli scopi della direttiva. L'Italia ha ignorato altra importante disposizione inerente l'istituto del riesame del trattenimento che deve essere effettuato, su richiesta dell'interessato o d'ufficio, *in ogni caso*, specie nei trattenimenti prolungati.

Come intendere questa scelta di politica legislativa se non finalizzata a evitare il controllo di un giudice sulla detenzione amministrativa in corso? Mentre non si è esitato a prolungare fino a un anno e mezzo i termini massimi di trattenimento.

Insomma, si può ragionevolmente affermare che lo Stato italiano non voleva dare applicazione alla normativa europea sui rimpatri, ritenendola troppo garantista; sicché dapprima ha tentato di guadagnare tempo, ritardandone la trasposizione, poi l'ha recepita in termini assolutamente riduttivi – quanto agli istituti di garanzia – e in termini massicci, circa i pesanti termini massimi di detenzione. Certo, il giudice nazionale deve dare attuazione diretta al diritto sovranazionale, ove ravvisi il contrasto con la norma interna,

ovvero può rivolgersi alla Corte di giustizia europea chiedendole di pronunciarsi sulla conformità della norma nazionale con quella europea, oppure ancora può sollevare questione di legittimità investendo il giudice delle leggi. Ma l'uso di questi strumenti presuppone che vi sia un *giudice* professionale, indipendente, adeguatamente remunerato, che conosca il diritto dell'immigrazione e quello dell'Unione europea.

La sterilizzazione del controllo giurisdizionale costituisce un tassello fondamentale nell'involuzione della detenzione amministrativa, da strumento circoscritto nel tempo breve e finalizzato all'esecuzione dell'allontanamento effettivo a strumento anomalo e acefalo, riservato ai non cittadini, intrinsecamente discriminatorio, rispondente all'opzione dell'uso della forza nel controllo delle migrazioni invece che all'uso della ragione, come si cercherà di dimostrare nei paragrafi seguenti.

6. L'affievolimento concreto della riserva di giurisdizione nella detenzione amministrativa

Proviamo ora a sottoporre a verifica la tesi sopra indicata, conseguente alla ricostruzione storica dell'istituto della detenzione amministrativa, in base all'art. 13 della Costituzione che, com'è noto, disciplina rigorosamente le limitazioni della libertà personale, ancorandola a due riserve assolute: riserva di legge e riserva di giurisdizione. Non può esservi alcuna forma di limitazione della libertà personale se non nei casi e modi previsti dalla legge (riserva di legge), e per atto motivato dell'autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione). Cominciamo da quest'ultima. In prima battuta è facile osservare che il trattenimento nei CIE non è disposto da un giudice, ma dall'autorità amministrativa di polizia, il questore. Se all'autorità di polizia fosse consentito solo un potere propositivo, ma la decisione di privare della libertà personale un migrante fosse adottata da un giudice a seguito di contraddittorio con l'interessato, assistito da un legale e un interprete adeguatamente preparati e formati, non si porrebbe alcuna questione sotto il profilo del rispetto delle garanzie costituzionali. È significativo, però, che questa scelta non sia mai stata non solo attuata ma neppure approdata all'esame del Parlamento. Vero è che la Costituzione consente, in casi eccezionali di necessità e urgenza previsti dalla legge, che sia l'autorità di pubblica sicurezza a sostituirsi temporaneamente al giudice nell'adozione di provvedimenti limitativi della libertà personale, salvo successiva convalida nel termine massimo di 96 ore da parte del giudice, in difetto della quale il provvedimento restrittivo provvisorio perde ogni effetto. Ma cosa vuol dire convalidare? Vuol dire attri-

buire validità – ora per allora – a un atto precedentemente compiuto, sanare quindi una situazione che, in difetto della convalida, cioè della verifica della legittimità di quell'atto, sarebbe illegittima. Un esempio concreto chiarirà ogni dubbio. Supponiamo che Tizio venga arrestato dalla polizia mentre sta rubando un'autovettura. Il nostro ordinamento prevede che entro 48 ore gli atti dell'arresto vengano comunicati all'autorità giudiziaria che, entro le successive 48 ore, dovrà decidere se quell'arresto è stato eseguito legittimamente o no: questa è l'attività di convalida, che vale a sancire la legittimità o l'illegittimità della limitazione della libertà personale posta in essere dalla polizia. Dopodiché il giudice deciderà con autonomo provvedimento se Tizio deve essere posto in libertà, oppure messo in carcere, oppure sottoposto ad altre misure coercitive. Specularmente supponiamo ora che Caio sia uno straniero irregolare, che per legge debba essere espulso. Il questore, dovendo eseguire l'espulsione e non potendo accompagnarlo immediatamente alla frontiera, dispone il suo trattenimento al CIE. Anche in questo caso il questore trasmette gli atti, negli stessi termini, al giudice di pace, il quale dovrà procedere alla convalida esattamente come nel caso dell'arresto di Tizio, ma c'è una rilevante differenza: la legge prevede che il provvedimento di convalida (del trattenimento) comporti la permanenza nel CIE per 30 giorni, e ciò vuol dire che il giudice non può graduare il tempo del trattenimento in relazione alle esigenze specifiche che, di volta in volta, l'amministrazione gli prospetta. Pertanto, se, per esempio, il questore motiva il trattenimento sulla base dell'indisponibilità di un vettore per accompagnare immediatamente in frontiera lo straniero, il giudice non può limitare il trattenimento a 5, 7, o 15 giorni, cioè per il tempo strettamente necessario a reperire il vettore; al contrario la convalida costituisce il titolo della detenzione amministrativa per un mese. È pertanto evidente che la convalida del trattenimento non limita i suoi effetti a sanare la pregressa restrizione della libertà personale di Caio (come, invece, nell'ipotesi della convalida dell'arresto di Tizio), ma vale anche per il futuro: 30 giorni prorogabili fino a 18 mesi, senza che vi sia un autonomo titolo di trattenimento del giudice, successivo alla convalida stessa (come avviene nell'ipotesi del ladro Tizio). Questa peculiarità dell'istituto della convalida del trattenimento, rispetto alla convalida dell'arresto, comporta un'evidente mortificazione della riserva di giurisdizione, essendo inibito al giudice decidere i tempi della detenzione amministrativa, che sono rigidamente predeterminati per legge, sulla base delle prospettazioni astratte dell'autorità di polizia al cui cospetto al giudice è riservata una scelta secca: convalidare o non convalidare.

La peculiarità del trattenimento è ancor più evidente in relazione ai presupposti che lo consentono, assolutamente indeterminati: basti pensare

che il questore dispone il trattenimento «*a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento*», locuzione talmente ampia da essere comprensiva di plurime fattispecie, lasciate alla libera interpretazione dell'amministrazione, anche indipendenti dalla volontà dello straniero. Il che presupporrebbe un sindacato stringente e rigoroso del giudice su presupposti, tempi e modi della detenzione, pena l'aggravamento sostanziale della riserva di giurisdizione.

Inoltre, la convalida del trattenimento è suscettibile di proroghe fino a 18 mesi, secondo lo schema seguente:

- Dopo i primi 30 giorni il questore può chiedere al giudice una prima proroga di ulteriori 30 giorni se l'accertamento dell'identità/nazionalità o l'acquisizione dei documenti per il viaggio presentino gravi difficoltà.

- Qualora permangano le condizioni predette il questore può chiedere al giudice altre due proroghe di 60 giorni ciascuna (in tutte queste ipotesi il giudice non ha il potere di concedere proroghe per termini inferiori).

- Il periodo massimo di trattenimento è di 180 giorni, ma, se – nonostante ogni ragionevole sforzo – non sia stato possibile procedere all'allontanamento, il questore può chiedere al giudice altre proroghe per periodi non superiori a 60 giorni l'una (qui il giudice può concedere termini più brevi) fino a un termine massimo di ulteriori 12 mesi.

- La durata massima del trattenimento può pertanto raggiungere il termine di un anno e mezzo.

La legge non prevede che le proroghe del trattenimento vengano concesse previa celebrazione di apposita udienza (a differenza della convalida). Fu la giurisprudenza della Cassazione che stabilì, a partire dal 2010, l'obbligo di tenere tali udienze, con la partecipazione necessaria dell'interessato e del suo difensore, pena l'incostituzionalità del sistema delle proroghe. Ebbene, in molte situazioni queste udienze non si celebrano perché il Ministero non riconosce alcun compenso ai giudici di pace (che sono retribuiti a cottimo); altri uffici pur tenendo un'udienza formale di pochi minuti non dispongono la comparizione del trattenuto, che può quindi vedersi privato della sua libertà personale fino a 18 mesi, vedendo solo una volta – all'atto della convalida iniziale del trattenimento – il suo «giudice naturale precostituito per legge». L'occasione del recepimento della Direttiva rimpatri sarebbe stata ottima per metter mano a questa modifica della legge, ma il nostro Governo è stato sordo, ignorando la giurisprudenza di legittimità, e, soprattutto, ignorando – come poc'anzi si è evidenziato – l'obbligo di introdurre la possibilità di chiedere il riesame del trattenimento da parte dell'interessato, pur previsto dalla citata direttiva, che avrebbe consentito un maggior controllo giurisdizionale delle detenzioni amministrative.

Infine, si consideri che l'effettività del controllo di legalità, estrinsecazione della riserva di giurisdizione, presuppone sempre un'attenta e consapevole attivazione delle figure istituzionali cui è devoluta la sua attuazione: i giudici e gli avvocati. Dei primi s'è detto, a proposito delle modifiche del 2004. Quanto alla tutela legale, va rammentato che la legge prevede la partecipazione necessaria all'udienza di convalida del trattenimento nei CIE di un avvocato, fiduciario o officioso. Nel caso il trattenuto non nomini alcun difensore, per legge la scelta cade sui difensori iscritti negli elenchi dei difensori d'ufficio in materia penale. Occorre però considerare che un ottimo penalista può essere del tutto a digiuno della legislazione in materia di diritto dell'immigrazione, non avendo conseguito alcuna specifica preparazione al riguardo. È per questo motivo che alcuni ordini forensi – come quello di Torino – hanno creato apposite liste per i difensori d'ufficio nel locale CIE, subordinandone l'iscrizione alla partecipazione a moduli formativi predisposti appositamente. Peraltro, occorre ancora considerare che in materia di espulsioni e trattenimenti lo straniero è ammesso per legge al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, a condizione che lo richieda, indipendentemente da alcun requisito di carattere reddituale; tanto premesso è ovvio che – soprattutto nelle attuali critiche contingenze economiche che riguardano anche le libere professioni – la difesa nei CIE può costituire un (relativamente) appetibile strumento di acquisizione di clientela con garanzia di sia pur minima remunerazione da parte dello Stato. Pertanto, è auspicabile che ordini e associazionismo forense si facciano promotori di specifiche formazioni sul complesso diritto dell'immigrazione per gli avvocati che, per scelta o per necessità, si trovino a difendere gli stranieri sottoposti a detenzione amministrativa, al fine di scongiurare il concreto rischio che la funzione defensionale sia ridotta a una mera e inutile formalità, sulla pelle dei migranti.

Alla luce del deprimente contesto normativo e fattuale in cui versa il controllo giurisdizionale nei CIE si comprende bene come, a fronte di un numero complessivo di persone trattenute nei centri di detenzione amministrativa italiani pari a 7735 unità nel 2011, vi siano stati solo 609 casi di non convalida del trattenimento da parte dell'autorità giudiziaria¹. Delle due, l'una: o la Pubblica Amministrazione italiana lavora benissimo, con scrupolo e attenzione, o il deficit di giustizia è evidente.

¹ Fonte: Medici per i diritti umani (a cura di), *L'iniquo ingranaggio dei CIE*, luglio 2012.

7. La violazione della riserva di legge nella detenzione amministrativa

Passando ora all'altra riserva assoluta che l'art. 13 della Costituzione prevede inderogabilmente per tutti i casi di limitazione della libertà personale – la riserva di legge – si osserva quanto segue. È indubbiamente vero che la detenzione amministrativa degli stranieri è prevista dalla legge sull'immigrazione, è però altrettanto vero che indeterminati sono i suoi presupposti e che le modalità del trattenimento non sono affatto disciplinate per legge, ma per regolamento (sott'ordinato alla legge nella gerarchia delle fonti del diritto).

Quanto ai presupposti, con la scusa del recepimento della Direttiva rimpatri il legislatore ha ampliato i presupposti della detenzione nei CIE. Infatti, mentre prima della l. 129/11 il trattenimento poteva essere disposto solo per quattro ipotesi tassativamente indicate nella legge (necessità di prestare soccorso, necessità di procedere ad accertamenti circa l'identità o nazionalità dello straniero, necessità di acquisire documenti per il viaggio e indisponibilità di idoneo vettore per operare il rimpatrio), ora il trattenimento è disposto quando non sia 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*», e le precedenti fattispecie degradano a titoli meramente esemplificativi delle suddette «*situazioni transitorie*». Già s'è detto come la locuzione scelta dal legislatore del 2011 sia assolutamente generica, ma è proprio in tale genericità dei presupposti applicativi della detenzione amministrativa che si annida la violazione della riserva di legge. Molteplici possono essere le «*situazioni transitorie*» che, non essendo determinate per legge, consentono un amplissimo margine di discrezionalità alle questure, né, per converso, possono essere conoscibili anticipatamente e con certezza dai potenziali destinatari dei decreti di trattenimento.

Ancora l'art. 13, comma 2, Cost. prescrive che «*non è ammessa alcuna forma di detenzione ... se non ... nei soli casi e modi previsti dalla legge*». Ebbene, non solo i *casi*, ma neppure i *modi* della detenzione amministrativa sono disciplinati dalla legge, ma dal suo regolamento di attuazione. È solo una norma regolamentare (art. 21, DPR 394/99) che stabilisce i diritti dei trattenuti: libertà di colloquio con i familiari conviventi, con il difensore e i ministri di culto, libertà di corrispondenza anche telefonica, assicurazione dei servizi sanitari essenziali, interventi di socializzazione, accompagnamento presso istituti di cura, presso l'ufficio del giudice che procede o presso la rappresentanza consolare del proprio Paese. Mentre altra disposizione, anch'essa regolamentare (art. 20, DPR 394/99), prescrive l'obbligo di informare il trattenuto circa il suo diritto all'assistenza legale e all'ammissione al

gratuito patrocinio a spese dello Stato. Il trattenuto non è giuridicamente un detenuto, pertanto se si allontana dal CIE non commette il reato di evasione, tuttavia è ancora una norma del regolamento di attuazione del testo unico sull'immigrazione che stabilisce l'obbligo di informarlo «*che in caso di indebito allontanamento la misura del trattenimento sarà ripristinata con l'ausilio della forza pubblica*». Tutte le modalità con cui si esplica il trattenimento non sono determinate dalla legge: ciò pare in contrasto con la citata disposizione costituzionale. Il che rileva, sul piano delle garanzie costituzionali, ancor prima e indipendentemente dalla elevata o pessima qualità della detenzione amministrativa, cioè delle condizioni di vita quotidiana nei CIE che non sono sancite dalla legge.

Questo profilo di possibile illegittimità della detenzione amministrativa è pure significativo sotto altro aspetto: la sostanziale differenza tra detenzione in carcere e detenzione amministrativa.

Invero, il detenuto sa (almeno astrattamente) perché si trova in carcere e, se è in fase di espiatione di una pena, sa anche quanto durerà la sua detenzione, mentre se si trova in custodia cautelare sa che può sempre adire il suo giudice e/o il tribunale del riesame per chiedere la sua scarcerazione o la sostituzione della misura intramuraria con altre cautele meno afflittive. Il trattenuto spesso non sa perché si trova al CIE, ma, soprattutto, non sa quanto durerà la sua detenzione: giorni, settimane, mesi, fino a un anno e mezzo. L'incertezza assoluta della durata della detenzione, che dipende da fattori estranei allo straniero, essendo subordinata al momento – *dies incertus an et quando* – in cui la questura potrà organizzare la sua partenza, è uno degli elementi più iniqui della detenzione amministrativa e, al tempo stesso, il fattore scatenante di proteste, rivolte, atti di autolesionismo etc. incide in maniera determinante sul modo della detenzione e sulla sua percezione soggettiva. Certezza (relativa) della pena e incertezza (totale) della detenzione amministrativa sono pure conseguenti al fatto che il detenuto in carcere ha comunque un giudice cui rivolgersi – la magistratura di sorveglianza o il giudice di merito – mentre il trattenuto può solo sperare nella professionalità dei funzionari dell'ufficio immigrazione della questura, essendogli inibita la possibilità di rivolgersi a un giudice perché il “giudice del trattenimento” non esiste.

Ma, soprattutto, la condizione giuridica del detenuto in carcere è determinata da una legge dello Stato: l'ordinamento penitenziario, mentre la condizione giuridica del trattenuto è blandamente determinata da pochi articoli di un regolamento. L'ampiezza della discrezionalità amministrativa in materia di restrizione della libertà personale è dunque solare. I modi del trattenimento dipendono dalle convenzioni stipulate tra le prefetture terri-

torialmente competenti e gli enti gestori dei CIE a seguito di gara d'appalto, altro che legge e Costituzione! È la privatizzazione della detenzione. Tutti i centri di detenzione per stranieri sono gestiti da cooperative più o meno misericordiose o dal corpo militare della Croce rossa italiana in regime di convenzione con l'ente statale. L'appalto lo vince chi fa l'offerta più bassa. È il mercato che regola la detenzione amministrativa.

La detenzione data in appalto costituisce una nuova frontiera della limitazione della libertà personale, per ora solo riservata agli stranieri riottosi a lasciare il bel Paese. Resta da verificare quanto sia conforme ai criteri dettati dalla revisione della spesa pubblica.

È in questo contesto che riserva di giurisdizione, riserva di legge, garanzie costituzionali, diritto di difesa valgono relativamente poco, perché la detenzione amministrativa costituisce un mondo a parte. Significativa, al proposito, è la gestione della salute nei centri, sottratta al servizio sanitario nazionale e gestita in regime di convenzione con l'ente gestore. La separatezza della detenzione amministrativa dal territorio è speculare alla sua separatezza dai presidi legittimi dello Stato di diritto.

Considerazioni conclusive

Se l'efficacia della detenzione amministrativa fosse misurata in relazione alla sua (apparente) funzione – l'effettiva esecuzione dei provvedimenti ablativi –, non v'è dubbio che il rapporto costi/benefici suggerirebbe a qualsiasi persona assennata l'immediata chiusura dei CIE.

Infatti, il totale dei rimpatriati sui trattenuti, nel periodo 1 gennaio - 31 dicembre 2011, è stato pari al 47,38%², a fronte di costi di gestione veramente ragguardevoli se si considera che – a titolo esemplificativo – la convenzione tra la Prefettura di Torino e la Croce rossa italiana per la gestione del CIE *Brunelleschi* riconosce all'ente gestore (vincitore dell'appalto) un corrispettivo triennale pari a 10.939.614,00 €, oltre le spese relative ai consumi di pubbliche forniture, i costi della forza pubblica impiegata quotidianamente e dell'attività amministrativa e giudiziale.

A ciò vanno aggiunti i *costi umani* dei trattenuti, privati della libertà in condizioni fattuali e giuridiche palesemente illegittime per le ragioni prima evidenziate. Sempre che – naturalmente – la sofferenza umana – specie se inutile – venga considerata un *costo*. Perché proprio questo è il punto. L'as-

² Anche in questo caso i dati sono tratti dal rapporto dei Medici per i diritti umani, citato nella nota precedente.

senza di giustificazione razionale della detenzione amministrativa com'è oggi configurata può trovare una sua logica a condizione che si cerchi altrove la sua giustificazione, al di là di quella ufficiale.

La giustificazione della detenzione amministrativa – nei fatti – non può che essere quella sanzionatoria: la vera pena per la clandestinità e l'illegalità amministrativa. Una pena comminata senza processo, per le vie brevi, con garanzie attenuate e un simulacro di difesa e di giurisdizione. Solo così i *costi umani* si giustificano e pure quelli economici. La sofferenza conseguente alla privazione della libertà è la punizione che la "fortezza Europa" infligge al non cittadino che ne ha indebitamente superato i confini. Non a caso, infatti, il reato d'ingresso e soggiorno illegale attribuisce la facoltà al giudice di sostituire la pena pecuniaria con l'espulsione, la sanzione penale diventa amministrativa e, una volta usciti dal sistema di garanzie proprie del processo penale, c'è spazio per l'arbitrio. A condizione che ci si dimentichi della Costituzione e delle Convenzioni internazionali.

LA DETENZIONE “AMMINISTRATIVA” DELLO STRANIERO E LA RISERVA DI GIURISDIZIONE IN MATERIA DI LIBERTÀ PERSONALE

Angelo Marletta

La durata della detenzione amministrativa dello straniero ha raggiunto, oggi, una entità tale da rendere pressante una riflessione attenta su quella, tra le due garanzie primarie previste dalla nostra Costituzione, che più dovrebbe presidiare in ogni singolo caso concreto la restrizione della libertà personale: la “riserva di giurisdizione”. Dal 2004, in tale complessa e delicata materia, la citata riserva è stata affidata alle cure di un magistrato onorario che la legge e la giurisprudenza prevalente hanno reso inaccettabilmente subalterno alle valutazioni della autorità amministrativa. Il presente lavoro tenterà una ricostruzione critica del controllo giurisdizionale sul “trattenimento” dello straniero, alla luce del concetto di “riserva di giurisdizione” costituzionalmente necessitato e dei principi espressi dalla Direttiva 2008/115/CE.

Keywords: detenzione amministrativa, riserva di giurisdizione, proporzionalità.

1. Le parole e le cose: “trattenimento”, detenzione amministrativa, riserva di giurisdizione

Il “trattenimento” dello straniero, nelle due *species* del “trattenimento” “pre-espulsivo” e del trattenimento del richiedente protezione umanitaria, è istituito attualmente disciplinato nel nostro ordinamento dagli artt. 14 del d.lgs 286/98 (d’ora in poi t.u.imm.) e 21 del d.lgs 25/08.

Germinato dalla curiosa “manipolazione” di una misura cautelare penale tipica¹, esso rappresenta oggi la forma più intensa di intervento che lo Stato,

¹ La prima stabile introduzione dei centri di detenzione amministrativa per stranieri sottoposti a espulsione si deve all’art. 12 della l. n. 40/98, cd. “Turco-Napolitano”. Ma già in precedenza, con l’art. 7 *sexies* comma 5 del dl 489/95, cd. “decreto

perseguendo finalità diverse da quelle proprie dell'ordinamento penale, può operare sulla libertà personale di un individuo.

A prescindere dalle scelte nomenclatorie del legislatore, lo qualificano indiscutibilmente come strumento incidente sulla libertà personale quei caratteri di diretto e immediato assoggettamento fisico all'altrui potere che sono tipici di una vera e propria «restrizione» della libertà tutelata dall'art. 13 Cost.² e che impongono il corredo delle garanzie da quella norma previste.

Riconciliando le parole alle cose, quindi, ci si riferirà all'istituto con il meno equivoco termine di «detenzione amministrativa»³ che, già su un piano intuitivo, permette di apprezzare meglio la dimensione dei valori che sono da esso messi in gioco.

Immersa nella prospettiva che le deve esser propria, la tematica che ci proponiamo di affrontare si colora, a nostro parere, di tinte particolarmente «forti» che chiamano in causa una ulteriore precisazione a carattere preliminare e definitorio.

Cosa si deve intendere per «riserva di giurisdizione» quando si opera nel dominio della libertà personale e delle sue restrizioni?

La risposta può risultare meno scontata di quanto si possa credere, anche alla luce delle risposte offerte da alcuni approdi giurisprudenziali di cui daremo conto in seguito. Ne tenteremo, comunque, fin d'ora una definizione.

Nella logica dell'art. 13 Cost., il concetto di «riserva di giurisdizione» si lega al concetto di «inviolabilità» ed esprime due particolari garanzie rispetto all'ingerenza statale nel diritto del singolo: da un lato, esso individua la specifica attribuzione soggettiva del potere restrittivo a favore della «autorità giudiziaria»⁴, autorità preferita rispetto ad altre per la propria particolare posizione ordinamentale caratterizzata da terzietà e indipendenza rispetto agli

Dini», era stata prevista una particolare applicazione allo straniero da espellere della misura cautelare dell'obbligo di dimora con divieto di allontanamento «dall'edificio o struttura indicati nel provvedimento e scelti fra quelli individuati con uno o più decreti del Ministero dell'interno», ai sensi dell'art. 283, comma 4, cpp.

² In tal senso è inequivocabile l'affermazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 105/2001 che ha ricondotto il «trattenimento» alle «altre restrizioni della libertà personale» richiamate dal comma 2 dell'art. 13 Cost. La Corte è pervenuta a tale conclusione guardando al «contenuto» della restrizione e delle sue modalità.

³ Con una precisazione doverosa: amministrativa, in tale caso, è solo la finalità perseguita dall'istituto e non la natura o la titolarità del potere restrittivo sulla libertà personale.

⁴ «Autorità giudiziaria» è concetto più ampio di quello di «giudice» e include anche la figura del pubblico ministero: in materia di libertà personale, nondimeno, si è nel tempo affermata una interpretazione soggettivamente più «stretta» che limita al «giudice» la piena titolarità potere restrittivo. Su tale dibattito cfr. V. Grevi (1974).

altri poteri dello Stato; dall'altro – e questo più ci interessa – esso connota l'estensione e la qualità del controllo che a quella stessa autorità deve spettare nel caso concreto sui presupposti di legge.

Per risultare compatibile con la natura e le finalità di garanzia della riserva tale controllo deve essere pieno⁵: esso deve inerire tutti i «casi» e i «modi» previsti dalla legge e, deve, nelle ipotesi eccezionali del comma 3 dell'art. 13 Cost., investire anche lo scrutinio delle ragioni di «necessità» e «urgenza» tassativamente predeterminate dalla legge.

Non sono ammissibili, pertanto, «settori» della vicenda restrittiva in concreto «impermeabili» al sindacato del giudice; e anzi, dovrebbero considerarsi in conflitto con il significato della garanzia costituzionale tanto una disciplina dei casi e dei modi che avesse per effetto la totale espropriazione dell'autorità giudiziaria di un tale sindacato (ad esempio con rigide presunzioni *iuris et de iure*⁶), quanto una disciplina che rendesse le ragioni addotte dalla autorità di pubblica sicurezza in ordine alla legittimità del proprio intervento provvisorio insondabili da parte dell'autorità giudiziaria.

Poste tali premesse, di seguito, si affronteranno alcuni snodi critici della legislazione e della giurisprudenza sulla detenzione amministrativa degli stranieri: in particolare, ci interrogheremo sulla compatibilità delle norme e di alcune prassi rispetto a quei caratteri di effettività e pienezza che il controllo del giudice deve assumere in conformità alla Costituzione e alle fonti sovranazionali che influenzano la materia.⁷

⁵ «È comunque la forza del precetto costituzionale dell'art. 13 a imporre una accezione piena del controllo che spetta al giudice della convalida». In tal senso si pronuncia la sentenza Corte cost. n. 105/01 che, peraltro, sottolineava l'incompatibilità con la Carta di un potere di controllo del giudice che si riducesse a un «riscontro meramente esteriore» delle condizioni di validità del trattenimento e dell'atto ad esso presupposto. Che la riserva di giurisdizione dell'art. 13 Cost. implichi un «controllo pieno» è inoltre affermazione significativamente riscontrabile in un settore particolarmente prossimo a quello che ci interessa, quello delle misure di prevenzione cd. «atipiche»: cfr. sul punto Cass. pen., sez. unite, 27 ottobre 2004, n. 44273, Labiola (in materia di obblighi di presentazione *ex art. 6, comma 2, l. 13 dicembre 1989 n. 401*).

⁶ Vedremo, più avanti, come l'utilizzo di presunzioni sia presente nella materia *de qua*. In termini critici può osservarsi come il ricorso a presunzioni assolute o anche l'abuso di presunzioni semplici, rischia di subordinare e annullare la riserva di giurisdizione nella riserva di legge. Che una tale subordinazione della garanzia giurisdizionale sia ravvisabile nella norma costituzionale è assunto, quantomeno, discutibile. Sul punto, interessanti e problematiche riflessioni in V. Angiolini (1992).

⁷ Il diritto dell'Unione europea e, in particolare, la nota Direttiva del Parlamento e del Consiglio 2008/115/CE nota anche come «*direttiva rimpatri*», attuata dal nostro Paese tardivamente e in modo discutibile con il dl 89/11 (conv. dalla l. 129/11).

2. Alcune riflessioni sui contenuti necessari del controllo giurisdizionale

2.1. Un controllo negletto: la verifica della legittimità del provvedimento espulsivo presupposto

Rispetto alla nozione costituzionale della riserva di giurisdizione sulla libertà personale, un primo e importante punto di frizione del sistema, è individuabile nei limiti che la prevalente giurisprudenza è solita apporre alla cognizione del giudice chiamato a convalidare la detenzione amministrativa quanto alla possibilità di valutare, già in quella sede, la legittimità dell'atto presupposto.

Limitandoci, sul punto, alla detenzione amministrativa pre-espulsiva, occorre ricordare che la vicenda detentiva disciplinata nell'art. 14 t.u.imm. presuppone l'emissione di un decreto di espulsione da parte del Prefetto⁸.

Sebbene il nesso di dipendenza tra i due atti sia evidente⁹ e, nonostante la stessa lettera dell'art. 14 comma 4 t.u.imm. richiami la verifica dei «requisiti previsti dall'articolo 13 [t.u.imm.]», sono a tutt'oggi frequenti nella giurisprudenza della Corte di cassazione massime sconcertanti che affermano come insindacabile la legittimità del provvedimento di espulsione in sede di convalida del trattenimento¹⁰.

⁸ Nella nostra analisi, per ragioni di brevità, ci si limiterà alle “ordinarie” espulsioni amministrative prefettizie dell'art. 13, comma 2, t.u.imm. A volere essere più precisi e analitici, l'*iter* che può portare al “trattenimento” nei casi di espulsione amministrativa “ordinaria” prevede l'adozione di tre distinti provvedimenti da parte di autorità amministrative diverse: il decreto di espulsione da parte del prefetto, il decreto di accompagnamento immediato da parte del questore (soggetto ad autonoma convalida) e, infine, il decreto di trattenimento sempre nella competenza del questore.

⁹ E ciò ritiene anche la Corte costituzionale che nella sentenza n. 105/01 si è pronunciata esplicitamente sul tema.

¹⁰ Tra le tante: Cass. civ., sez. I, 23 aprile 2002, sent. n. 5918, Cass. civ., sez. VI - 1, 29 novembre 2010, ord. n. 24166; Cass. civ., sez. VI - 1, 22 marzo 2012, ord. n. 4638; Cass. civ., sez. VI - 1, 10 ottobre 2011, ord. n. 20869; Cass. civ., sez. VI - 1, 20 giugno 2012, ord. n. 10249; Cass. civ., sez. VI - 1, 21 giugno 2012, ord. n. 10369; Cass. civ., sez. VI - 1, 21 giugno 2012, ord. n. 10370. Le due pronunce da ultimo richiamate non riguardavano ipotesi di trattenimento disposti in conseguenza di espulsioni prefettizie ma esecutive dei – ben più problematici – decreti di respingimento “differito” ex art. 10, comma 2 lett. a, t.u.imm., di cui i ricorrenti lamentavano l'intempestività; sul punto si rinvia all'essenziale F. Vassallo Paleologo (2009, p. 17 ss.). In senso contrario esistono alcune, minoritarie, pronunce che parrebbero ammettere un controllo di validità sul decreto di espulsione, seppur in termini confusi: Cass. civ., sez. I, 3 giugno 2004, n. 10559, ove si parla di «necessità del controllo sull'esistenza (materiale e *giuridica*) del provvedimento espulsivo» (corsivo aggiunto); Cass. civ., sez. VI - 1, 10 luglio 2012, ord. n. 11598.

Secondo l'impostazione che si critica, la ricostruzione restrittiva dei poteri del giudice del trattenimento deriverebbe dall'esistenza di una autonoma sede di impugnazione per il decreto prefettizio¹¹: sarebbe solo il giudice di pace adito *ex art. 13*, comma 8 t.u.imm., a poter conoscere della legittimità dell'atto presupposto, secondo un rigido parallelismo tra poteri cognitivi e tipicità del potere di annullamento di un atto amministrativo.

Senonché, seguendo un tale ordine di idee si dovrebbe convalidare il trattenimento (e ancor prima il decreto di accompagnamento immediato) anche laddove il decreto di espulsione risultasse vistosamente illegittimo, con un triplice criticabile effetto: 1) di sacrificare ingiustificatamente – seppur in via temporanea fino all'esito del giudizio di opposizione *ex art. 13*, comma 8 t.u.imm. – un bene *inviolabile* come quello della libertà personale; 2) di menomare la riserva di giurisdizione nel suo significato costituzionale; 3) di abrogare *per via di fatto e in malam partem* la lettera dell'art. 14, comma 4 t.u.imm., nella parte in cui è prescritta la verifica dei «requisiti previsti dall'art. 13 [t.u.imm.]». Il sindacato incidentale sulla legittimità del presupposto decreto del Prefetto deve, diversamente, ritenersi doveroso in sede di convalida della misura detentiva.

Ciò, peraltro, non si scontra con (né può ritenersi inibito dalla) circostanza che il potere di annullamento del decreto di espulsione sia riservato dalla legge a una sede giurisdizionale distinta: ove ravvisasse l'illegittimità dell'atto presupposto il giudice del trattenimento, infatti, non procederebbe all'annullamento dello stesso ma alla sua disapplicazione¹², come è pacifico che il giudice ordinario possa fare rispetto agli atti amministrativi illegittimi, anche al di fuori di poteri di annullamento a egli espressamente attribuiti.

2.2. Controlli necessari: le “esigenze” legittimanti la detenzione amministrativa

Centrale, nella nostra prospettiva d'indagine risulta la verifica, in sede di udienza di convalida, delle ragioni che legittimano la richiesta del questore.

Le modifiche introdotte dal dl 89/11, in attuazione tardiva e non proprio fedele della cd. “*direttiva rimpatri*”, complicano parecchio il quadro normativo e non solo, come vedremo, perché lo rendano di difficile lettura.

¹¹ Tale atto, come noto, è suscettibile di autonoma impugnazione (“opposizione”) innanzi al giudice di pace del luogo ove ha sede l'autorità amministrativa che lo ha adottato con le forme e le modalità indicate dal comma 8 dell'art. 13 t.u.imm.

¹² Per una recente ricostruzione dell'istituto della disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario, si rinvia a F. Cintoli (2010).

Secondo l'art. 14, comma 1 t.u.imm., oggi, le situazioni transitorie che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione coattiva e, quindi, possono legittimare la detenzione amministrativa sono ravvisabili: *a)* nel rischio di fuga definito dall'art. 13, comma 4 *bis*, t.u.imm.; *b)* nella necessità di prestare soccorso allo straniero; nella necessità di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità; *c)* nella necessità di acquisire i documenti di viaggio (il cd. *lasciapassare* sostitutivo del passaporto); *d)* nella esigenza di reperire un vettore idoneo¹³.

Le ultime tre ragioni enunciate riproducono l'assetto normativo antecedente, mentre nuova è la menzione del rischio di fuga che, si noti, riveste, nella meccanica espulsiva una doppia funzione: da un lato, è condizione ostativa alla concessione del termine per la partenza volontaria quando il Prefetto decreta l'espulsione, dall'altro, è condizione legittimante la detenzione amministrativa disposta in esecuzione di quella stessa espulsione.

Rispetto alla seconda funzione, vale la pena di sottolineare come, nella attuale formulazione dell'art. 14, comma 1, t.u.imm., il rischio di fuga potrebbe costituire una condizione o esigenza di trattenimento autonoma.

Il che, per vero, desta non pochi dubbi, che tratteremo di seguito.

Ci sia però permessa, prima, una considerazione: in realtà, anche le esigenze originarie e preesistenti alla modifica del 2011, volendone tentare una lettura ragionata, non possono che trovare la propria ragion d'essere nel rischio di fuga o, più precisamente, nel rischio che il destinatario del provvedimento potesse sottrarsi all'esecuzione dell'espulsione.

A ben vedere, infatti, non si comprende in che termini l'espletamento delle attività di identificazione, acquisizione del lasciapassare, reperimento di un vettore e, volendo, anche di soccorso dovrebbero, *di per sé*, richiedere la *adprehensio* fisica dello straniero da parte della pubblica amministrazione mediante l'imposizione di un vincolo detentivo¹⁴.

¹³ La poco felice riscrittura della norma, è stato segnalato, pone un problema: se le «situazioni transitorie» debbano ritenersi esaurite nelle quattro elencate o se possano esserne di ulteriori. Il dubbio, in effetti, potrebbe sorgere dal tenore letterale dell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 14 t.u.imm., che esordisce con l'inciso «Tra le situazioni», formulazione che potrebbe lasciare intendere l'esistenza un insieme più ampio di ragioni legittimanti ulteriori e «atipiche» rispetto a quelle elencate. Una tale interpretazione della norma, a nostro avviso, deve ritenersi preclusa in quanto risulterebbe incostituzionale rispetto alla riserva di legge dell'art. 13 Cost. Sul punto si rinvia a G. Savio (2011).

¹⁴ Si tratta, infatti, di attività amministrative meramente «burocratiche» che, in sé, prescindono dalla «fisica disponibilità» dello straniero. Stessa cosa può dirsi per

È solo il timore che lo straniero si dia alla fuga, mentre si svolge una delle attività espressamente richiamate, a giustificare, razionalmente e giuridicamente, la necessità di restringerne la libertà personale.

Ciò, chiaramente, non deve intendersi nel senso che sia possibile una “surroga” delle specifiche e tassative esigenze indicate dalla norma con una generica valutazione sul rischio di fuga, ma come rafforzamento della tipicità di quelle stesse esigenze declinate in una logica più genuinamente cautelare in cui risulti valorizzata la relazione tra il mezzo (detenzione amministrativa) e il fine (effettiva esecuzione dell’espulsione).

In questo ordine di idee non basterebbe, ad esempio, la semplice allegazione da parte della pubblica amministrazione dell’assenza di compiuta identificazione del soggetto o della mancanza del passaporto a determinare automaticamente la detenzione di un soggetto il cui rischio di fuga, agli occhi del giudice risulti, in concreto, modesto o inesistente.

L’esito opposto, diversamente, realizzando una compressione non necessaria della libertà personale, entrerebbe in frizione con la sancita inviolabilità del diritto in questione e con il principio di proporzionalità¹⁵.

Con riferimento a tale ultimo principio e agli obblighi di derivazione europea che impongono agli Stati membri di dotarsi di un sistema articolato di misure per garantire l’effettività del rimpatrio, come vedremo, si aprono prospettive inedite per la disciplina che ci interessa.

2.3. (Segue) controlli necessari: il rischio di fuga tra presunzioni *iuris et de iure* e accertamento in concreto

Quanto appena considerato ci conduce a una delle questioni più spinose dell’attuazione italiana della *direttiva rimpatri*: quella della individuazione del «rischio di fuga» e del ruolo del giudice nel suo accertamento.

La definizione del rischio, come è noto, era stata concretamente rimessa dalla direttiva 2008/115/CE alla legislazione degli Stati membri¹⁶.

il soccorso che potrebbe espletarsi mediante il ricovero presso una comune struttura ospedaliera e non detentiva.

¹⁵ Quello di proporzionalità è, oggi, un principio cardine della materia. Anzitutto, perché rappresenta la proiezione della natura «inviolabile» del diritto alla libertà personale. In secondo luogo, in quanto costituisce un principio fondamentale del diritto dell’Unione europea, peraltro espressamente richiamato dalla direttiva 2008/115/CE: cfr. sul punto i *considerando* nn. 13 e 16, nonché l’art. 15 §1 della direttiva citata.

¹⁶ Cfr. art. 3, § 1, n. 7, della direttiva 2008/115/CE.

Nella legislazione italiana post dl 89/11 questa definizione è rinvenibile nell'art. 13, comma 4 *bis* t.u.imm.¹⁷, che individua cinque "indici di rischio": *a*) il mancato possesso del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità; *b*) la mancanza di idonea documentazione attestante la disponibilità di un alloggio; *c*) l'aver in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; *d*) l'aver violato il termine per la partenza volontaria, non avere ottemperato a un ordine di allontanamento, avere violato un divieto di reingresso; *e*) avere violato una delle misure "cautelari" coercitive disposte obbligatoriamente dal questore ai sensi dell'art. 13, comma 5.2.

Si tratta di indici estremamente discutibili per la loro stessa sostanza¹⁸ che se, per un verso, rivelano la perdurante *ossessione coercitiva* del legislatore italiano, per altro, non è ben dato comprendere in che termini la norma in discorso ricollegli al «rischio di fuga»: infatti, se a una prima lettura il tenore letterale della norma parrebbe suggerire una presunzione del rischio al ricorrere di almeno una delle circostanze contenute nell'elenco, non si dovrebbe giustificare il riferimento nella medesima unità normativa all'accertamento «caso per caso» da parte del Prefetto del pericolo che «lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione».

Sembra emergere un contrasto nella lettera della legge tra la necessità di accertamento in concreto e presunzione *iuris et de iure* del rischio: contrasto che, tenuto conto dei valori in gioco sul piano costituzionale e, soprattutto, delle conseguenze coercitive che l'integrazione troppo automatica del «rischio di fuga» può implicare¹⁹, non può che risolversi a favore dell'accertamento in concreto.

Occorre considerare infatti che in materia di libertà personale, il ricorso a presunzioni (*iuris et de iure*, ma anche *iuris tantum* se esasperato dal legislatore²⁰), aumenta la probabilità di esiti, in concreto, sproporzionati oltre che di inaccettabili livellamenti di situazioni che dovrebbero rimanere distinte.

¹⁷ In coda a un lungo catalogo di autonome situazioni ostative alla concessione del termine per la partenza volontaria, tra le quali la mancata richiesta dello straniero (art. 13, comma 4).

¹⁸ Particolarmente incisive e argomentate appaiono le considerazioni svolte da G. Savio, cit., p. 37. Toni non meno critici sono rinvenibili anche nella relazione della Corte di cassazione sul dl 89/11, licenziata "a prima lettura" il 4 luglio 2011 (Rel. n. III/08/2011 reperibile su www.cortedicassazione.it).

¹⁹ Sia sul piano della mancata concessione del termine che sul piano che ci interessa direttamente della convalida o meno della detenzione amministrativa.

²⁰ Significativamente E. Marzaduri (2003) che sottolinea come sia lo stesso requisito di «inviolabilità» della libertà personale a stridere con il ricorso a «momenti presuntivi».

Un'interpretazione costituzionalmente orientata nel prisma del controllo pieno ed effettivo, impone di rigettare una ricostruzione di tipo presuntivo.

Pertanto, a voler fare un esempio, la precedente declinazione o attestazione di false generalità potrebbe, nel singolo caso, assumere un valore relativo rispetto alla risalenza nel tempo dell'episodio di mendacio e, altrettanto, potrebbe dirsi della stessa mancanza di passaporto, qualora risulti incolpevole o, comunque, non riconducibile alla chiara volontà dello straniero di ostacolare la propria identificazione²¹.

La norma richiamata (art. 13 comma 4 *bis*) si riferisce all'attività di accertamento del rischio da parte dell'autorità amministrativa al momento di adozione dei provvedimenti di espulsione e di trattenimento ma, inevitabilmente, si deve riflettere nel potere cognitivo del giudice.

Rispetto a quest'ultimo, non può certo ritenersi che gli sia preclusa, nel contraddittorio anche tecnico dell'udienza di convalida, la piena rivalutazione delle circostanze addotte dal prefetto e dal questore a fondamento del rischio²².

Con una precisazione: in caso il giudice non riscontri in assoluto il rischio di fuga, il diniego di convalida deriverà dalla disapplicazione del decreto di espulsione presupposto, mentre nel caso in cui il rischio sussista ma in concreto non sia di intensità tale da giustificare la massima forma di restrizione della libertà personale, il diniego deriverà dalla concreta applicazione del principio di proporzionalità.

Rimane, infine, la questione della individuazione del rischio di fuga quale autonoma "esigenza" di trattenimento, slegata cioè da necessità di soccorso, identificazione, acquisizione di documenti per il viaggio e reperimento del vettore: come preannunciato, la formulazione della norma, sul punto, appare abbastanza chiara e sembra propendere per l'autonoma rilevanza, nondimeno sembra difficile immaginare i margini per una tale applicazione in un sistema in cui l'accompagnamento alla frontiera dovrebbe essere «immediato». Detta in altri termini, non si vede la ragione per cui l'esecuzione dell'espulsione di uno straniero "ad alto rischio di fuga" pienamente identifi-

²¹ E, qui, l'analisi potrà e dovrà necessariamente muovere dalle condizioni personali dello straniero: si pensi alle donne presumibilmente vittime di tratta, il cui passaporto viene sovente "sequestrato" dalle organizzazioni criminali.

²² In tal senso, ricorda come proprio in relazione alle ipotesi di cui all'art. 13, comma 3 Cost., vi debba essere tra le «valutazioni dell'«autorità giudiziaria» e quelle dell'«autorità di pubblica sicurezza [...] che le hanno precedute, una certa omogeneità di impianto sostanziale, un'identità o affinità di caratteri» V. Angiolini (cit., p. 167).

cato, munito di titolo di viaggio e per cui sia stato già individuato il vettore idoneo, debba essere differita.

Il rischio di fuga è quindi un criterio per valutare, rispetto alle “classiche” esigenze dell’art. 14, comma 1, la necessità di restringere la libertà dello straniero e, eventualmente, con quale grado di coercizione (mezzo).

2.4. (Segue) controlli necessari: il principio di proporzionalità e il comma 2 bis dell’art. 19 t.u.imm. nell’ottica «caso per caso»

Il principio di proporzionalità²³ costituisce l’architrave della disciplina ormai multi-livello dei rimpatri e della connessa detenzione amministrativa: esso, infatti, è alla base della logica del «caso per caso»²⁴ (malamente attuata dal nostro legislatore) e svolge un ruolo fondamentale nell’ambito di un sistema di “cautele” posto a garanzia dell’effettivo del rimpatrio che le fonti europee esigono plurale e diversificato.

Nel senso che maggiormente rileva ai nostri fini, la proporzionalità è un criterio di scelta che tra più mezzi idonei disponibili orienta verso quello meno restrittivo²⁵.

In questi termini, l’applicazione più interessante che il principio può rivestire è senza dubbio quella di criterio-guida del sindacato giurisdizionale sulla richiesta di convalida della detenzione amministrativa.

In sede di udienza, pertanto, ove dal contraddittorio emergesse che l’entità del rischio fuga potrebbe ragionevolmente contenersi con una o più delle misure meno coercitive tra quelle esistenti e previste dall’art. 14, comma 1

²³ Si tratta di un principio fondamentale del diritto europeo, elaborato in principio dall’esperienza giuridica tedesca esso è stato recepito e nel tempo affinato a livello comunitario dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. La “genesì” comunitaria del principio è classicamente riportata alle sentenze della Corte di giustizia *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità* del 29 novembre 1956 (C-8/55) e *Mannesmann AG c. Alta Autorità* del 13 luglio 1962 (C-19/61). Ci sembra quanto mai opportuno sottolineare come la proporzionalità nella sua evoluzione storica si sia essenzialmente affermata nell’ambito del controllo giudiziale sull’esercizio di un potere pubblico. Esso, quindi, pur potendo costituire una regola di condotta per i pubblici poteri, è anzitutto uno strumento nelle mani del giudice per verificarne il corretto esercizio. In tali panni, esso si compone di un test a due, o tre, “gradini”: l’idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto. Per una approfondita analisi dei concetti: D.U. Galetta (1998); S. Villamena (2008).

²⁴ Sul punto G. Savio (cit., p. 32) che valorizza significativamente l’argomento in chiave di interpretazione conforme.

²⁵ È il profilo della cd. “necessarietà”, concetto spesso individuato nella «imposizione del mezzo più mite». D.U. Galetta (cit., p. 17 ss.).

bis t.u.imm.²⁶, il giudice potrebbe respingere la richiesta del questore e negare la convalida della detenzione amministrativa.

In relazione a tale opzione si dovrebbe, peraltro, riflettere sulle criticabili limitazioni poste nella norma da ultimo richiamata per “accedere” alle misure meno coercitive: il possesso di passaporto²⁷ e il non essere l’espulsione stata disposta per cd. “*pericolosità sociale*”²⁸.

Una applicazione specifica e “rafforzata” del principio²⁹, inoltre, potrebbe aversi nel caso in cui la richiesta di detenzione amministrativa riguardi soggetti «vulnerabili» riconducibili alle categorie del nuovo art. 19, comma 2 *bis*,

²⁶ Misure identiche ma distinte da quelle previste dall’art. 13, comma 5.2. Si tratta di 1) consegna del passaporto; 2) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato; 3) obbligo di presentazione periodica alla autorità di p.s. territorialmente competente. Le singole misure sono espressamente cumulabili tra loro.

²⁷ La restrizione oltre a non trovare fondamento nelle previsioni europee, in-
nista nella disciplina interno l’ennesimo discutibile momento presuntivo *contra libertatem*. Sul punto si richiama ancora la citata Relazione della Corte di cassazione del 4 luglio 2011 (Rel. n. III/08/2011) Non ci sembra, peraltro, inconcepibile l’idea di una disapplicazione in *bonam partem* della norma interna “restrittiva” per contrasto con la direttiva del 2008 nella parte in cui questa esigendo l’esistenza di misure sufficienti ma meno coercitive del trattenimento, la cui applicazione debba valutarsi in relazione al caso concreto (art. 15 §1), ne postula anche l’effettiva fruibilità. L’abrogazione del limite per via legislativa, peraltro, sarebbe la soluzione preferibile.

²⁸ In particolare, quella statisticamente più ricorrente prevista dall’art. 13, comma 2 lett. c. Si consideri che in tale ipotesi risulta a monte ed *ex lege* esclusa la possibilità di richiedere e ottenere il rimpatrio volontario con concessione di termine (art. 13, comma 4 lett. a) e, quindi, l’unico “binario espulsivo” è quello totalmente coercitivo. Ciò, desta non poche perplessità, se si considera che tali soggetti vengono normalmente espulsi al momento della dimissione da un istituto penitenziario (ove, peraltro, se “definitivi”, avrebbero già dovuto essere sottoposti alle procedure amministrative propedeutiche all’espulsione *ex* art. 16, comma 5 t.u.imm.); si rischia così una irragionevole “continuità detentiva” oltre che la mutazione del “trattenimento” *ex* art. 14 t.u.imm. in una sorta di inquietante misura di sicurezza applicata da un giudice di pace.

²⁹ Applicazione in cui viene in gioco, a parere di chi scrive, il “terzo gradino” del *test*: quello relativo alla cd. “proporzionalità in senso stretto” che implica una ponderazione “sostanziale” tra mezzo e fine. È una valutazione comparativa che rapporta in concreto, a sua volta, tre elementi: 1. L’incisività dell’intervento nella sfera del singolo; 2. Il peso e l’urgenza dell’interesse generale; 3. Il peso dell’interesse individuale protetto dall’ordinamento. In tale valutazione, ove l’incisività dell’intervento dovesse superare una certa soglia, l’interesse generale da curare (e il mezzo che tende a realizzarlo in modo sproporzionato) potrebbe recedere del tutto a fronte dell’interesse individuale da proteggere. Sul punto D.U. Galetta (cit., p. 20).

t.u.imm.³⁰: in questi casi, il giudice potrebbe non solo scrutinare con maggiore rigore l'intensità del rischio di fuga ma, anche, la maggiore "afflittività" della massima misura sullo specifico soggetto.

Si pensi, in particolare, alle vittime di tratta – "ospiti" non infrequenti dei nostri CIE – per le quali la stessa ineluttabilità dell'esecuzione dell'espulsione potrebbe venir meno mediante l'attivazione di un percorso di protezione sociale *ex art.* 18 t.u.imm.

Conclusioni

Le questioni affrontate – seppur in modo "rapsodico" e senza alcuna pretesa di esaustività – pongono alcuni spunti per riflettere sulla compatibilità con la Costituzione e con il diritto europeo della riserva di giurisdizione disegnata dal t.u.imm. e dalle prassi applicative fin qui affermatesi.

Dopo il 2011, a nostro parere, si pone in termini sempre più pressanti la necessità e la possibilità di una interpretazione conforme ("doppia": alla Costituzione e alla direttiva) di alcune norme del t.u.imm., al fine di garantire una maggiore effettività al controllo giurisdizionale sulla detenzione amministrativa; e, in particolare, si pensa alla interpretazione delle norme che prevedono il controllo sulla legittimità del provvedimento di espulsione presupposto e di quelle che definiscono il rischio di fuga.

Per altre questioni³¹, invece, si apre (o riapre) la via dell'incidente di costituzionalità. A nostro parere, in alcuni casi, tale scrutinio andrebbe invocato rispetto all'art. 13 comma 2 Cost. richiamando la necessità del "controllo pieno" indicato dalla sentenza della Corte cost. n. 105/01.

Un'altra strada, inoltre, potrebbe dischiudersi per il tramite del rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE alla Corte di giustizia dell'Unione³².

³⁰ Che riprende la definizione dell'art. 3, § 1, n. 9 della direttiva; ad esse, benché secondo la fonte europea non ne sia vietata la detenzione amministrativa, deve essere comunque «prestata particolare attenzione».

³¹ Ci riferiamo, in particolare, alla possibilità del riesame periodico della detenzione amministrativa a richiesta dello straniero. Rispetto al tema, ulteriori parametri potrebbero ravvisarsi negli artt. 3 e 117, comma 1 Cost. connesso all'art. 15 § 3 della direttiva 2008/115/CE, anche considerando che l'art. 14, comma 1 *bis*, t.u.imm. attua l'istituto del riesame a richiesta, ma solo rispetto alle misure coercitive diverse dal trattenimento.

³² Si pensi, in particolare, al possesso del passaporto quale limite all'accesso alle misure *ex art.* 14, comma 1 *bis*, t.u.imm.

Nondimeno, riteniamo auspicabile una pacata e complessiva rimeditazione legislativa che riporti a razionalità e conformità una normativa ormai troppo stratificata e “pasticciata”.

In una prospettiva di riforma, una riflessione ci sembra, infine, centrale: quella dell’attribuzione del controllo sulla detenzione amministrativa a un giudice onorario.

Rimeditando “in chiave europea” l’intera disciplina viene, infatti, da chiedersi se la “logica” che nel 2004³³ aveva portato a modificare la competenza funzionale a favore del giudice di pace possa conservare ancora una sua validità.

Al tempo, in effetti, il quadro normativo prevedeva la coercizione come forma ordinaria dell’esecuzione delle espulsioni e il trattenimento come unica misura possibile³⁴: il timore di un sovraccarico del tribunale monocratico poteva quindi apparire fondato, ancorché non giustificabile. Aleggava, inoltre, la convinzione – erronea – che gli automatismi coercitivi introdotti dalla cd. legge “Bossi-Fini”³⁵, nei fatti, rendessero il giudizio sui provvedimenti espulsivi e sulle restrizioni ad essi riconnesse, tutto sommato, “semplice” e “sommalizzabile”.

Ma oggi?

Oggi, forse, anche nell’ottica in cui si voglia sinceramente rispettare lo spirito delle norme europee, un tale approccio potrebbe esser rimesso in dubbio.

Riteniamo che in un contesto in cui la detenzione amministrativa può sì protrarsi per un periodo significativo ma deve sempre costituire l’*extrema ratio* non sarebbe irragionevole, anzi potrebbe apparire costituzionalmente opportuno, il ripristino della competenza giurisdizionale in capo all’organo che per posizione ordinamentale, poteri istruttori, competenze tecniche e *habitus* mentale appare più idoneo a conoscere e tutelare il diritto alla libertà personale³⁶.

³³ Si tratta del dl 241/2004 conv. con l. 271/04.

³⁴ Ovviamente, non considerando l’ordine di allontanamento del vecchio art. 14, comma 5 *bis*, t.u.imm.

³⁵ L. n. 189/2002.

³⁶ Una critica netta alla scelta di attribuire al giudice di pace la competenza sulla convalida dell’accompagnamento e del trattenimento è svolta da A. Caputo, L. Pepino (2004).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Angiolini Vittorio (1992), *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, CEDAM, Padova.

Caputo Angelo e Pepino Livio (2004), *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, pp. 13-27.

Cintoli Fabio (2010), voce *Disapplicazione (dir. amm.)*, in *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, III, Giuffré, Milano, pp. 269-297.

Galetta Diana Urania (1998), *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffré, Milano.

Grevi Vittorio (1974), Voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enciclopedia del diritto*, 1974, pp. 315-423.

Marzaduri Enrico (2003), *Garanzia giurisdizionale e libertà personale degli extracomunitari nella disciplina dell'espulsione*, in AA.Vv., *Soggetti deboli e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 25-33.

Savio Guido (2011), *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, pp. 30-50.

Vassallo Paleologo Fulvio (2009), *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, pp. 15-29.

Villamena Stefano (2008), *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Giuffré, Milano.

UNACKNOWLEDGED ADMINISTRATIVE DETENTION: ANOTHER NARRATIVE OF ENFORCED DISAPPEARANCE

Ioanna Pervou*

This article examines administrative detentions in the context of counter-terrorism state policies. It argues that administrative detentions coupled with the concealment of information regarding the detention (secret or unacknowledged) constitute enforced disappearances. This practice poses great risks to detainees' human rights protection, since they are under the absolute and indiscreet control of state authorities. It analyses the terms' interrelation and conceptual relevance and takes the view that the Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance provides a valuable tool for the prevention and suppression of administrative unacknowledged detentions of terrorist suspects. Finally, it holds that any such detention conditions which pose jeopardy to detainee's dignity and life fall within the Convention's protective scope, irrespectively of their legal characterization.

Keywords: detenzione amministrativa, detenzione segreta, unacknowledged detention, terrorismo, Convenzione per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata

Introduction: The Features of Administrative Detention

Administrative detention attracts great legal concern, because it tests the validity and adaptability of general concepts and principles of international law, such as the international rule of law, equality before courts, as well as effective judicial protection. The term does not appear in international legal instruments, but instead it has emerged through state conduct, as part of operational terminology.

* The author is grateful to emeritus professor Emmanuel Roucouas for his valuable advice and comments. Many thanks to dr. Francesco Messineo and dr. Miltiadis Sarigiannidis for their help.

Initially, administrative detention was generally a practice «designed to encourage an individual to change or even renounce his opinions, using methods resembling coercion»¹. In most cases, administrative detention concerned a regime of a supposedly temporary custody for immigrants and asylum seekers², whilst in countries with totalitarian regimes it was a means to cleanse society from people that could hazard the regime's values³. Despite these references, administrative detention was utterly redesigned after the 9/11 terrorist attacks and adapted to the discourse of terrorism. In this framework, the term comprised all methods and practices fabricated by states to treat terrorist suspects. Albeit terrorist attacks have relented since then, the rhetoric of terrorism⁴ and the state practice it induces have been consolidated. In the post-9/11 security environment, the administrative detentions of suspects remain a central element of many states' security policy, and therefore require a thorough legal analysis.

A preliminary remark regarding the term would be that it is descriptive, self-contradicting and vague. More specifically, administrative detention is evidently descriptive for it refers to detentions authorized by the executive instead of the judiciary, a feature which in turn foreshadows the administration's arbitrary prevalence over justice. Indeed, a person's detention as well as the conviction penalties fall *ratione materiae* within the judiciary's powers. Thereby, detentions ruled by the executive annul the rule of law and thus «present serious problems as far as the administration of justice

¹ UN Doc E/CN.4/1993/24 (12 January 1993) 16.

² UN Doc E/CN.4/1996/40 (15 December 1995) par. 70.

³ For example, in China the communist regime has enacted laws which authorize the police to detain prostitutes and their clients as well as drug addicts. These acts aim at the rehabilitation of the detained and administrative detention is the means to make them useful to society. This act is still in force, although China progresses slowly towards democratization (S. Biddulph, 2005, pp. 217-218).

⁴ In several cases, states which suffered from terrorist attacks, declared the so-called "War against Terror". This rhetoric generated a debate on whether terrorists are combatants, and thus protected under the Geneva Conventions. This article takes the view that terrorism and the fight against it do not meet the requirements of war, and consequently humanitarian law should not apply. For this reason, all observations are limited to human rights law. However, even if the opposing view is accepted, the application of humanitarian law alongside human rights law is by now a well established principle of international law. Additionally, the relevant national jurisprudence contends that terrorism is "extraordinary" and therefore it exceeds classical legal fields. In this respect, national courts use bits and pieces of both humanitarian and human rights law when necessary. *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008) 70.

is concerned»⁵, because judicial organs are prevented from controlling or delimitating the discretionary powers of the executive (M. Nowak, 2005, p. 306). Apparently, the term is self-contradicting and on the verge of illegality, because it portrays the executive (administrative) running contrary to the judiciary (detention). Apart from state organization breaches, the illegality of administrative detention rests on the fact that well established civil and criminal procedures are waived, putting in jeopardy people's human rights (J.A. Radack, 2005, p. 544). The practices applied by a number of states worldwide, illustrate the perils that administrative detentions entail with regard to human rights. It has been reported that detainees are held in custody without any charges pressed against them, they are deprived of their right to a fair trial, they are not provided with a counsel of their choice, and they are not permitted to contact their next of kin. Usually, administrative detentions include the above cumulatively⁶. In general, there are not standardized methods and detainees are subject to any possible abuse by the state authorities. As a matter of fact, administrative detentions cover a wide range of human rights violations, rendering the term's definition vague and obscure.

1. Terrorism and the “Duty to Prevent”: Attempts to Legalize Administrative Detentions

In an attempt to circumscribe the term, a rudimentary definition of administrative detention could be the absence or sufficient application of minimum procedural standards during detention. This definition is precise, because it points at certain provisions of international instruments which are violated when administrative detentions take place and it also enables the legal spotting of the term. Although administrative detention is not stipulated *per se* in any general human rights convention, the combined reading of articles 9(3), 10(1) and 14(3)(c) of the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter ICCPR) removes all doubts on its prohibition, as it provides that «anyone [...] detained on a criminal charge [...] shall be treated with humanity [...] and entitled to a trial [...] without undue delay»⁷.

⁵ Human Rights Committee (HRC), *General Comment n. 13: Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (Art. 14)* (13 April 1984) par. 4.9.

⁶ UN Doc A/HRC/10/21 (16 February 2009) par. 54.

⁷ Arts 9(3), 10(1), 14(3)(c) ICCPR. Both the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Inter-American Convention on Human Rights (IACHR) con-

According to art. 9(1) of the ICCPR, it follows that any form of administrative detention is arbitrary, given that procedural guarantees are eliminated and detainees cannot access justice⁸. States performing such practices have time and again admitted that their ultimate goal is to render terrorist suspects helpless, in order to preserve national security⁹. There arises a typical question: is there an acceptable degree of arbitrariness by reason of national security claims? And in particular, is there a legal justification for administrative detention? The first question brings forward the well-known debate regarding the balancing of the conflicting notions of security and liberty. In the rise of international terrorism, it has been widely accepted that national security outweighed civil liberties. According to the predominant view, in a supposed sliding scale for human rights, the enjoyment of the majority's civil liberties justified the sacrifice of suspects' rights (R. Dworkin, 2002; O. Gross, F. N. Aolain, 2006, p. 105); however there has been cautiousness regarding the strengthening of governmental powers (J. Walrdon, 2003, p. 210).

Although the second question is less theoretical it is far more disputed. In principle, human rights conventions outlaw administrative detentions and *prima facie* there seems to be no legal underpinning for the practice. In this context, states have recourse mainly to two justifications. The most common reasoning involved a state of emergency due to terrorist threats. After 9/11, the relevant international provision (Art. 4 ICCPR) has been blatantly misinterpreted and governments authorized the «suspension» of terrorists' human rights (L.A. Dickinson, 2002, p. 1433). Indeed, state of emergency clauses have always been treated by states as loopholes for the curtailment of human rights and they constitute a usual policy argument.

States' second line of argumentation was more sophisticated, since it revolved exclusively around administrative detentions. States which resort to administrative detentions have genuinely supported that this practice has a preventive purpose; it is a necessary precautionary measure, in order to avert future terrorist attacks. To back this argument, they created the *sleeper cell theory*, according to which, members of terrorist organizations are trained to pretend they live an ordinary life (D. Cole, 2002, pp. 963-964). Had

tain similar provisions which guarantee detainees' protection, although terminology differs. The relevant articles of the ECHR and the IACHR (arts 6 and 8 respectively) refer to detainees' right to a fair trial and refrain from the term "due process" which is associated with common law systems. This terminology is preferable because it illustrates better detainees' inalienable right to access justice.

⁸ HRC, *General Comment n. 8: Right to liberty and security of persons (art. 9)*, (30 June 1982) par. 1.

⁹ UN Doc E/CN.4/2006/7 (12 December 2005) par. 57.

this been the case, terrorist “sacs” are potentially everywhere and therefore only administrative detentions could effectively address them. This view, dissociates detention from conviction, and consequently suspects’ capture, interrogation, and detention is lawful as long as a terrorist act is about to be committed. Under the pretext of prevention, severe measures were taken worldwide and even countries which did not face an imminent terrorist threat enunciated laws according to which suspects could be detained for a two-year period without pressing charges against them (Y. Ziliang, 2007, p. 30). Detention was also possible if two or more people were suspected of having set up a group pertaining to terrorist activities (K. Roth, 2008, p. 9-10). Overall, the necessity of prevention served as the theoretical foundation of administrative detentions, and soon preventive detention became a synonym to administrative.

Moreover, this legal argument was heavily based on art. 5(1)(c) of the ECHR which exceptionally permits detentions which aim at preventing someone from committing an offense. Despite the regional application of the ECHR, this article outreached its European scope and became an implicit point of reference by non-European governments, as it offered a proper legal justification for preventive detentions (T. Stahlberg, H. Lahmann, 2011, pp. 1084-1086). It is regrettable that the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) has not treated this provision as an exception to the rule that no one shall be deprived of his liberty, and its interpretation has not been restrictive. More specifically, it held that a state’s «investigating authorities [don’t need to] have obtained sufficient evidence to bring charges at the point of arrest or while in custody» of a terrorist suspect¹⁰, given that terrorist crimes form a special category which tests authorities’ «utmost urgency»¹¹. Due to the fact that the Court perceives terrorist activities as *sui generis* crimes, it sets a low evidentiary threshold to member-states, thus permitting detentions on almost no factual grounds. As a result, reasonable suspicion for preventing a terrorist act is sufficient for states in order to enforce administrative detention¹². The executive has almost unlimited power to determine which behaviours pose a terrorist threat to national security¹³.

¹⁰ *Fox, Campbell & Hartley v UK*, App. nn. 12244/86, 12245/86, 12383/86 (ECtHR 30 August 1980) par. 32.

¹¹ *Murray v UK*, App. n. 14310/88 (ECtHR 28 October 1994) par. 52.

¹² *Tuncer & Durmuş v Turkey*, App. n. 30494/96 (ECtHR 2 November 2004) par. 50; Fionnuala Ní Aoláin (2007) pp. 69-75.

¹³ The same rationale is echoed in the decision of *Al-Marri v Wright* of the fourth Circuit, where the Court affirmed the legality of Al-Marri’s detention, although there was no evidence of his attachment to terrorist activities. Nevertheless, his detention

This jurisprudence facilitates the executive to convert preventive detentions to a covert investigation method; in most cases the authorities purport at obtaining information about terrorist networks. If the interrogation proves that the detainee cannot offer valuable information, he is released without charges and before coming to trial. In case the authorities suspect that the detainee has strong bonds and with a terrorist group and knowledge thereon, he is detained indefinitely. Thereby, the ECtHR does not identify preventive detention as a form of pre-trial detention and consequently detention is detached from justice. In this respect, the Court's elastic reading of art. 5(1)(c) partly deviates from the regular standards of the ECHR.

Some authors have also supported that the model of preventive detention exists outside the European legal order as well; it is compatible, or at least tolerable, with the ICCPR provisions. In particular, it is contended that administrative detention is not explicitly precluded under art. 9(1) of the Covenant¹⁴, which *a contrario* places the practice within the frame of legality (C. Macken, 2005, pp. 15-16). However, the post-9/11 application of the practice contravenes the Covenant's specific requirements regarding detention and therefore this argument has attained little endorsement. The unprecedented elaboration of the term, in relation to the anti-terrorist policies has reshaped its meaning; the current practices are not in conformity with international guarantees, even if a dynamic interpretation is applied.

To conclude, the reasoning of prevention is not a solid legal underpinning to administrative detentions. The major flaw of the preventive detention doctrine is that it prioritizes the preventive functions of criminal justice, while criminal laws are principally designed to address acts repressively (M. Waxman, 2009, p. 13). In turn, if prevention is the primary goal of detention, the evidence required for a suspect's detention is diminished, taking into account that the suspect has not proceeded yet to material, criminal acts. As a result, preventive detention punishes people's propensity to crime and not crimes as such. Finally, preventive detention reduces the detainees' prospect to access justice, provided that in most cases there are no charges against them. Therefore, the detainees are in the absolute discretion of the executive authorities since they have either remote or no access to justice. In this context, the potential of human rights violations rises sharply as the detained are kept outside the protection of the law (D. Cole, 2009, pp. 706-707).

was deemed imperative, so as "to prevent any future acts of international terrorism against the United States". *Al-Marri v Wright*, 487 F 3rd 160 (4th Cir 2007).

¹⁴ UN Doc E/CN.4/Sub.2/1990/29 (Louis Joinet) (24 July 1990).

2. Unacknowledged Detentions¹⁵: *Male Detentus, ad Infinitum Male Detentus*

The disruption of detention from trial increases the power of administrative authorities vis-à-vis the detainee and foreshadows the potential violation of human rights provisions. More specifically, United Nations reports indicate that administrative detentions involve almost always some form of secrecy, especially with regards to alleged terrorists¹⁶. According to the executive, secrecy is imperative with respect to terrorist suspects, as any leakage of information is to the detriment of national security. In this framework, secrecy has a threefold meaning, and it covers the information provided by the administration: *a)* to the detainee concerning the reasons, place, and duration of his detention, *b)* to the detainee's relatives, and counsel¹⁷, and *c)* anyone with a legitimate interest (authorized international agencies, human rights NGOs, and other states authorities if the detainee is a foreign national) through the official records of the detained¹⁸. Evidently, each of these forms

¹⁵ The terms *unacknowledged detention* and *secret detention* are used interchangeably to denote the lack of information regarding detentions, as part of governmental counter-terrorist policies. Yet, they differ slightly: unacknowledged detentions are detentions officially denied by the authorities, whereas in secret detentions the administrative might admit complicity, but refuse to disclose any information regarding them. Moreover, unacknowledged detentions are mostly carried out by secret intelligence services, while secret detentions use to be a responsibility of the military or the police.

¹⁶ UN Doc A/HRC/13/42 (26 January 2010) par. 223.

¹⁷ In the first two cases, when neither the detainees nor their relatives receive sufficient information by the authorities and a proper communication cannot be established in between, secret detention is by definition incommunicado. UN Doc A/HRC/16/47 (19 January 2011) par. 54. Although incommunicado detention is a narrow term compared to secret detention (usually equated to solitary confinement), ranking them together is to the benefit of the detainee, given that international jurisprudence sets a high threshold regarding its violation. *Brannigan & McBride v UK*, App. nn. 14553/89, 14554/89 (25 May 1993) par. 62; *Aksoy v Turkey*, App. n. 21987/93 (ECtHR 18 December 1996) par. 84.

¹⁸ Most often there are no official records attesting the detention of terrorist suspects, and even if they exist, the executive denies access to them and protects them as a state secret. Secrecy over official documentation extends to the detention's judicial review as well, constituting an insurmountable evidentiary obstacle for the detainee. In addition, excessive classification of documents as secret renders detainees' attempts to reach justice futile. The so-called "state secret privilege" is a rather popular doctrine in numerous national legal orders, partly accepted by international tribunals too. F. Messineo (2009) pp. 1036-1042; *Kerimova et al v Russia*, App. nn.

constitutes by itself a violation of minimum due process guarantees, consisting secret detention (N. Rodley, 2005, p. 331).

However, apart from procedural breaches, secrecy has substantial implications too. From a psychological perspective, lack of information in conjunction with inaccessibility to justice creates a state of anguish and insecurity both for detainees and their next of kin. In legal terms, psychological pressure is translated into interrogation vulnerability and civil obedience. More aptly, terrorist suspects are expected to reveal crucial information, whereas relatives to resign from any attempt to challenge the detention¹⁹. Hence, numerous states have characterized secret detentions as legitimate *enhanced interrogation techniques* practiced by intelligence agencies against suspects who have been trained not to disclose information, or to confess the commission of terrorist acts²⁰. Furthermore, secrecy has a direct effect on detentions' temporal features. By keeping detentions unacknowledged, the executive has the perfect shield to prolong their duration, and as a matter of fact detainees may be in custody indefinitely, especially when there is no indictment. Therefore, secret detention is considered a means to circumvent «the legal time limits governing police custody and pre-trial detention [and] the requirement to show reasonable suspicion for [...] detention»²¹.

Obviously, secrecy exacerbates the dangers posed to detained terrorist suspects, and contributes to the perpetuation of human rights violations. Despite the perils of secrecy, secret detentions have not been directly addressed until recently, whereas according to international legal documents²² and jurisprudence²³, they fall within the concept of arbitrary detention, thus violating the right to personal liberty. However, the Convention for the Pro-

17170/04, 20792/04, 22448/04, 23360/04, 5681/05 & 5685/05 (ECtHR 15 September 2011) par. 202; *Ameziane v Obama*, 620 F 3rd 1 (DC Cir 2010).

¹⁹ Often, when the authorities seek to intimidate the suspect's relatives, they capture him/her in their presence, and they make use of intense violence, thus creating "life-threatening situations". *Imakayeva v Russia*, App. n. 7615/02 (ECtHR 9 November 2006) par. 141.

²⁰ UN Doc A/HRC/10/3 (4 February 2009) par. 43.

²¹ UN Doc E/CN.4/2005/6 (1 December 2004) parr. 61, 63.

²² UN Doc A/HRC/16/47 (n. 29) parr. 54-55; Inter-American Commission on Human Rights (IACCommHR), *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas*, Res 1/08 (13 March 2008) Principle III.

²³ *Luluyev et al v Russia*, App. n. 69480/01 (ECtHR 9 November 2006); *Cyprus v Turkey*, App. n. 25781/94 (ECtHR 10 May 2001) par. 147. See also the applicant's allegations in the pending case *Al-Nashiri v Romania*, where the legality of secret CIA detention facilities in Romania is challenged. *Al-Nashiri v Romania*, App. n. 33234/12 (3 August 2012).

tection of All Persons from Enforced Disappearance (hereinafter the Convention) introduced a clear prohibition of secret detentions in art. 17(1), according to which «no one shall be held in secret detention»²⁴. Within the Convention's regime, the prohibition of secret detention is a sub-right of the prohibition of enforced disappearance (art. 1). Still, it is a distinct right which receives special legal protection. More specifically, secret detention is perceived as illegitimate deprivation of liberty, which is very likely to incur enforced disappearance²⁵. In other words, secret detention presents a great danger to the detainee, as it might efface his/her traces²⁶.

The causal relationship between secret detention and enforced disappearance is the reason why the former is stipulated *per se* in the Convention. The absolute prohibition of secret detention is a means to prevent or reduce the diffusion of enforced disappearance²⁷. To ensure compliance with this prohibition, art. 17(2)(3) of the Convention obliges member-states *inter alia* to: a) ensure that deprivation of liberty does not occur under life-threatening situations, b) transfer the captured to supervised detention facilities, c) allow the establishment of communication between detainees and their relatives, counsel or other authorized persons, d) permit visits, e) set effective judicial remedies, and f) provide up-to-date records of the detained, accessible to anyone with a legitimate interest. These requirements compose a safety net for detainees and according to the Convention's wording they should all be met during any detention. Apparently, the Convention formulates a coherent and integrated legal framework for the protection of detainees, which covers all stages of a detention, from arrest to judicial review.

There are three conclusions that can be drawn from this provision. Firstly, detainees' classifications are rejected under the Convention. Terrorist suspects do not form a special category of detainees, determined by the threats they pose to national security²⁸. Hence, the theory of «high value detainees» who deserve to be secretly detained is incompatible with the Convention which outlaws secret detention completely («no one shall»). Secondly, the above set of guarantees gives a very broad meaning to the concept of secret detention. The violation of a single guarantee suffices to establish secret detention. Therefore, even detainees who are in known detention centres are deemed secretly detained, if they are prevented from communicating with

²⁴ UN Doc A/61/488 (entry into force 23 December 2010).

²⁵ UN Doc A/HRC/16/47 (n. 29) par. 54.

²⁶ UN Doc E/CN.4/2002/71 (8 January 2002, par. 74).

²⁷ *Ibid.*, par. 83.

²⁸ UN Doc E/CN.4/2004/3 (15 December 2003) par. 53, 82.

the outside world. This wide definition of secret detention broadens the relevant field of protection too. For example, Guantánamo detainees can potentially be regarded as secret detainees, as they cannot contact (at least regularly) their next of kin. That is, according to the Convention the term is not restricted to secret detention facilities or unacknowledged detentions²⁹. Although, this interpretation of secret detention is over-expansive at first sight, it is consistent with regards to the subject-matter of protection, the detainee. The main purpose of secret detention practices is to efface the traces of detainees, with the view to either exterminate them, or to insulate them from other criminal suspects. As a matter of fact, this interpretation aims exactly at preventing these effects: the Convention places the detainee in the epicentre of its protection, and adopts a human-centric approach, instead of a location-based one. Finally, the third conclusion concerns the relationship between secret and administrative detention. Within the Convention's regime, administrative detention is a notion subsumed under secret detention (art. 17(2)(f)). This view though, is not fixed amongst the relevant UN bodies and there are significant discrepancies between their reports³⁰. Although, administrative and secret detention may overlap (if broadly interpreted), they are distinct concepts, and they can be implemented simultaneously. The UN Joint Report on secret detention in the context of countering terrorism better demonstrates this point and reconciles these concepts, as it mentions that

on a global scale, secret detention in connection with counter-terrorist policies remains a serious problem, either through the use of secret detention facilities [...] through declaration of a state of emergency, which allow prolonged secreted detention; or through forms of "administrative detention", which also allow prolonged secret detention³¹.

²⁹ This view has gained little ground so far, especially with regards to Guantánamo detainees. Organization of American States (OAS), *Regarding the Situation of the Detainees at Guantánamo Bay, United States*, Res n. 2/11 MC 259-02 (22 July 2011); UN Doc E/CN.4/2006/98 (28 December 2005) par. 23. Only the Council of Europe (CoE) seems to endorse it by referring to the "secret detainees of Guantánamo". CoE, *Lawfulness of Detentions by the United States in Guantánamo Bay* (8 April 2005) Doc 10497, par. 64.

³⁰ For example, the perspectives of the UN Working Group on Arbitrary Detention and that on Enforced or Involuntary Disappearances are divergent. However, their different approaches stem from their dissimilar mandates.

³¹ UN Doc A/HRC/13/42 (n. 28) par. 165.

This excerpt shows how multiple violations of due process guarantees can take place concurrently: terrorist suspects can be detained for a long time, secretly and without access to justice (D. Cole, 2003, pp. 293-294). This triple violation permanently isolates the prisoner from the outside world, effaces the rule of law and finally results to the detainee's victimization (I. Pervou, 2012, pp. 165-166). It is also heinous and the question to be answered is whether it amounts to an enforced disappearance.

3. Secret Administrative Detentions: As Bad as It Gets

The risks for detainees who remain in custody without access both to judicial remedies and to their next of kin go far beyond the concept of arbitrariness, as the detainee is isolated from any legal order and from the real world. This double jeopardy came to forefront mostly with regards to terrorist suspects who were held indefinitely under such conditions³². Hitherto, all attempts to analyze the impact of these parallel and piling violations on detainee's human rights focused primarily on decoding the different forms of detention's illegality and not on the overall results over the detainee's legal protection. However, the application of the Convention on Disappearance provides an all-embracing approach, provided that according to art. 2 a secret and administrative detention constitutes an enforced disappearance.

More specifically, under the Convention, an enforced disappearance occurs when a person is deprived of his liberty by state authorities or by persons or groups which somehow are attached to the state, who subsequently refuse to disclose information about the person's whereabouts. The definition consists of three major material elements: a) deprivation of liberty, b) state complicity, and c) subsequent concealment of one's fate or whereabouts. The combination of these elements ends up in placing the disappeared outside the protection of the law. Evidently, a secret and administrative detention meets the definition's requirements, since it is a) a detention, b) attributable to state authorities, c) which involves some kind of secrecy: the pertinent authorities either deny the detention, or interfere with and control the flow of information regarding it. Moreover, the state intends to place the detainee outside the protection of the law. In other words, detainees' inability to access

³² CoE, *Secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees in Europe (1st Report Marty)* (CoE Publishing 2008) 20; J. J Paust, (2003-2004) pp. 1340-1349.

justice is an element of policy, formally proclaimed by states, and not merely a result of the disappearance³³.

By attributing the status of disappeared persons to detainees, their protection is enhanced in three different ways. First, an enforced disappearance denotes the excessive form of violation of human rights, and more specifically it implies recourse to torture or at least cruel, inhuman, or degrading treatment. Thereby, a secret administrative detention is connected to substantial violations of various human rights and it is not only the breach of due process guarantees. Second, the concept of enforced disappearance extends protection to the relatives of the victim who cannot properly reach him. If someone reads between the lines of the Convention's definition, the effacement of the traces does not only affect the disappeared but also his/her next of kin, usually generating fear or anguish. For this reason, the relatives of the disappeared are entitled to reparation for the harm they have suffered because of the disappearance (art. 24). Finally, the characterization of a secret, administrative detention as an enforced disappearance raises the threshold of protection, given that the right not to be subjected to enforced disappearance is non-derogable³⁴ and it is a peremptory norm of international law³⁵. Furthermore, this characterization is of particular significance to terrorist suspects, since the prohibition of enforced disappearance constitutes customary law (Paust, 2003-2004, pp. 1352-1353). That is, even states which have not ratified the Convention are customarily bound not to practice disappearances. In this respect, it is argued that no state (not even the United States)³⁶ can detain and effectively disappear terrorist suspects for the sake of national security. As a result, this reading of secret administrative detentions increases the prospect of vindication and relief for detained terrorist suspects in international fora.

³³ Superior state authorities and agents deliberately intend to place detainees outside the protection of the law and to wipe out their traces; consequently both the objective (*actus reus*) and the subjective (*mens rea*) elements of the crime of enforced disappearance are met and therefore it should constitute an offense according to domestic criminal law of member-states to the Convention (art. 4). Even if the crime of enforced disappearance is not stipulated *per se* in domestic penal codes, state authorities should bear criminal liability for prolonged detention, the creation of life-threatening situations and denial of access to justice. T. Scovazzi, G. Citroni (2007), pp. 297-298.

³⁴ UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 August 2001) par. 13(b), p. 8.

³⁵ *Goiburú et al. v Paraguay*, Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) Ser C n. 153 (22 September 2006) par. 84.

³⁶ *Idem*.

Conclusions

American agents seized me and the five others. We were tied up like animals and flown to Guantánamo, the American naval base in Cuba. I arrived on Jan. 20, 2002. I still had faith in American justice. I believed my captors would quickly realize their mistake and let me go. But when I would not give the interrogators the answers they wanted – how could I, when I had done nothing wrong? – they became more and more brutal. I was kept awake for many days straight. I was forced to remain in painful positions for hours at a time. These are things I do not want to write about; I want only to forget [...] I was held there without explanation or charge. During that time my daughters grew up without me. They were toddlers when I was imprisoned, and were never allowed to visit or speak to me by phone (Lakhdar Boumediene, 2012)

This testimony shows manifestly that this governmental method oversteps the limits of the usual meaning that arbitrariness attains. That is, the accumulation of flagrant human rights violations composes a complex offence which could not fit under the settled and well founded legal norms until recently. Due to its complexity, this method (detainees who are denied access to justice and cannot properly contact their family and counsel) came under the legal terms of administrative detention and secret detention. However, it is legal rules that should conform to facts and not vice versa, since rules are a human construct which must reflect accurately the truthfulness of facts. In other words, law is just a medium between facts and validity claims (J. Habermas, 1997, p. 8).

This coupling between material facts and legal norms can only be achieved through the Convention on Enforced Disappearance. Its legal value lies mainly in two features. First, it offers a broad definition which can capture complex human rights offences. Its primary significance though, is that it established an absolute prohibition of enforced disappearance and of similar practices. Therefore, the emergence of this legal framework corresponds to modern state practices. More specifically, taking into account that international law-making is a response to international phenomena (A. Boyle, C. Chinkin, 2007. pp. 3-6), the Convention sensibly comprises a counter-terrorist perspective, as it has been drafted and negotiated when global terrorism was on its rise. In the absence of a special legal framework on the rights of prisoners (and detained terrorist suspects), the Convention supplements the general human rights instruments and offers an intrinsic view of the practices of administrative and secret detention. It indicates that these are not

merely violations of the procedural rules that govern detention, but instead they form substantial violations, which entail high risks for detainees' right to life and the prohibition of torture.

Overall, this article proposes a reverse reading of secret administrative detentions, which focuses on the results of this practice to detainees and their families altogether; because nothing but the placement of this practice under the concept of enforced disappearance can reveal the extent of human rights violations suffered by terrorist suspects.

REFERENCES

Biddulph Sarah (2004), *The Production of Legal Norms: A Case Study of Administrative Detention in China*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 20, n. 2, pp. 217-277.

Boumediene Lakhdar (2012), *My Guantánamo Nightmare* (7 January 2012) in *The New York Times*, <http://www.nytimes.com/2012/01/08/opinion/sunday/my-guantanamo-nightmare.html>, accessed on 31 October 2012.

Boyle Alan and Chinkin Christine (2007), *The Making of International Law*, Oxford University Press.

Cole David (2009), *Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists, and War*, in *California Law Review*, vol. 97, pp. 693-752.

Cole David (2003) *Their Liberties, our Security, Democracy and Double Standards*, in *International Journal of Legal information*, vol. 3, n. 1, pp. 290-311.

Cole David (2002), *Enemy Aliens*, in *Stanford Law Review*, vol. 54, pp. 953-1004.

Dickinson Laura A. (2002), *Using Legal Process to Fight Terrorism: Detentions, Military Commissions, International Tribunals, and the Rule of Law* in *Southern California Law Review*, vol. 75, n. 6, pp. 1407-1433.

Dworkin Ronald (2002), *The Threat to Patriotism*, in *New York Review of Books*, <http://www.nybooks.com/articles/archives/2002/feb/28/the-threat-to-patriotism/?pagination=false>, accessed 31 October 2012.

Gross Oern & Ní Aoláin Fionnuala (2006), *Law In Times of Crisis, Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press.

Habermas Jürgen (1997), *Between Facts and Norms*, Polity Press.

Macken Claire (2005), *Preventive Detention and the Right of Personal Liberty and Security under the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966*, in *Adelaide Law Review*, vol. 26, n. 1, pp. 1-28.

Messineo Francesco (2009), "Extraordinary Renditions" and State Obligations to Criminalize and Prosecute Torture in the Light of the Abu Omar Case in Italy, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 5, pp. 1023-1044.

Ní Aoláin Fionnuala (2007), *The Individual Right of Access to Justice in Times of Crisis: Emergencies, Armed Conflict, and Terrorism* in F. Francioni (eds.), *Access to Justice as Human Right*, Oxford University Press, pp. 57-93.

Nowak Manfred (2005), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, NP Engel Verlag Publisher.

Paust Jordan J (2003-2004), *Post-9/11 Overreaction and Fallacies Regarding War and Defense, Guantánamo, The Status of Persons, Treatment, in Judicial Review of Detention, and Due Process in Military Commissions*, vol. 79, *Notre Dame Law Review*, pp. 1335-1365.

Pervou Ioanna (2012), *The Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: Moving Human Rights Protection Ahead*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 5, n. 1, pp. 145-171.

Radack Jesselyn A. (2005) *You Say Defendant, I Say Combatant: Opportunistic Treatment of Terrorism Suspects Held in the United States and the Need for Due Process*, in *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 29, n. 3, pp. 525-554.

Rodley Nigel S (2005), *The Treatment of Prisoners under International Law*, III ed., Oxford University Press.

Roth Kenneth (2008), *After Guantánamo, The Case Against Preventive Detention*, in *Foreign Affairs*, vol. 87, n. 3, pp. 9-17.

Scovazzi Tullio e Citroni Gabriella (2007), *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers.

Stahlberg Tim & Lahmann Henning (2011), *A Paradigm of Prevention: Humpty Dumpty, the War on Terror and the Power of Preventive Detention in the United States, Israel and Europe*, 57 *AmJCompL* 1051, 1084-1086.

Walrdon Jeremy (2003), *Security and Liberty: The Image of Balance*, in *The Journal of Political Philosophy*, vol. 11, n. 2, pp. 191-210.

Waxman Matthew (2009), *Administrative Detention of Terrorists: Why Detain, and Detain Whom?*, in *Journal of National Security Law & Policy*, vol. 3, n. 1, pp. 1-37.

Ziliang Yang (2007), *Preventive Detention as a Counter-Terrorism Strategy: They Have Stopped Using It and so Should We*, in *Singapore Law Review*, 25, pp. 24-34.

LE RUBRICHE PERIODICHE



L'OSPITE INTERNAZIONALE

Con questa rubrica intendiamo dare ospitalità e possibilità di audience a contributi di studiosi provenienti dall'estero che consentano di proporre nuove prospettive in un contesto politico-culturale come quello italiano che, rispetto ai temi del sistema penale e penitenziario, è spesso asfittico e provinciale. Si tratterà per lo più di traduzioni di testi già pubblicati in libri o riviste straniere di non facile accessibilità per un pubblico di non addetti ai lavori. Requisito indispensabile per la scelta di tali testi sarà quello di individuare in essi degli elementi che permettano al lettore di accedere alla ricostruzione del dibattito internazionale sui temi trattati, in modo da consentire una visione ampia e documentata delle questioni in campo, non limitata al corto respiro della cronaca quotidiana del Belpaese.

La lezione di Stanley Cohen¹: dinieghi e riconoscimenti

Amedeo Cottino

Affermare che gli scritti di Stanley Cohen hanno segnato profondamente le scienze sociali in genere e, in particolare, la criminologia, è un'ovvietà. Tuttavia, a mio modo di vedere, ciò non è del tutto vero di uno dei suoi lavori

¹ All'età di settant'anni è recentemente scomparso Stanley Cohen (23 febbraio 1942 - 7 gennaio 2013), soffriva da tempo del morbo di Parkinson. Professore emerito di Sociologia presso la London School of Economics and Political Sciences e studioso la cui opera ha considerevolmente influenzato il campo della sociologia e della criminologia critica. Conosciuto soprattutto per lavori come *Folk Devils and Moral Panics* (1972), *Visions of Social Control* (1985), *Against Criminology* (1988) e, più recentemente, *States of Denial: Knowing about Atrocities and Suffering* (2001), trad. it.: *Stati di negazione*, Carocci, Roma, 2000, è stato autore di numerosissimi testi che affrontano i principali temi della sociologia del crimine e della devianza: teoria criminologica, politiche di giustizia penale, violazione dei diritti umani, potere di degradazione delle prigionie, povertà, sofferenza, ingiustizia, devianza giovanile, mass media. Ha ispirato studiosi e ricercatori di tutto il mondo con i suoi studi sul controllo sociale e sul *panico morale*, concetto, quest'ultimo, da lui coniato per descrivere la reazione sociale al celebre fenomeno degli scontri tra i *Mods* e i *Rockers* nell'Inghilterra degli anni Sessanta. Pubblichiamo qui di seguito un breve ricordo di Amedeo Cottino.

più importanti, *Stati di negazione*. Nelle poche righe che seguono tratterò, in estrema sintesi, quello che ritengo essere uno dei grandi debiti – di là dal mio personale – che la comunità scientifica ha contratto nei suoi confronti. Un debito, peraltro, particolare, e forse – se la storia tende a ripetersi – per molti difficile da soddisfare. Inizio dalla prefazione del volume.

«Dovevo avere dodici o tredici anni. Mio padre era in viaggio di lavoro. In queste rare occasioni, come molte famiglie della borghesia sudafricana (soprattutto se ebraiche e ansiose), assumevamo una guardia notturna: un nero adulto, che lavorava per una società privata di vigilanza, nel caso specifico un vecchio zulù (ho nitido il ricordo dei dischi di legno nei lobi delle sue orecchie). Poco prima di andare a letto, guardai fuori della finestra e lo vidi accoccolato accanto a un fuoco di carbonella che si strofinava le mani per scaldarsi, il bavero del cappotto kaki rialzato. Mentre scivolavo nel mio letto iper-riscaldato, lenzuola di flanella, bottiglia di acqua calda, un piumino ben imbottito portato dalla nonna dalla Polonia – *mi misi improvvisamente a riflettere sul perché lui fosse là fuori e io fossi dov'ero*» (Id., *Stati di negazione*, cit., p. 13, corsivo mio).

Con questo *incipit*, Stanley Cohen ci invitava, con la generosità che gli era propria, a riflettere su un'esperienza che, nelle forme più svariate, molti di noi possono aver vissuto o vivranno. È il momento in cui si percepisce che *qualcosa non torna* (*something is wrong*). E questo *qualcosa* può essere l'azione umanitaria di bombardare un Paese per liberarlo da un tiranno, o la *killin list* del presidente degli Stati Uniti Barak Obama o, più quotidianamente, il fatto di vedere un barbone dormire all'addiaccio in pieno inverno. È, in altre parole, l'efficacissima descrizione dello stato d'animo che precede immediatamente il bivio che si para davanti all'umano viaggiatore: scegliere la strada della negazione, oppure il cammino del riconoscimento.

Ma Stanley Cohen va ben oltre la presa d'atto – moralmente cogente – della responsabilità individuale di fronte allo sconfinato universo della violenza. Per un verso, egli ammette la presenza di limiti alla nostra capacità empatica. La stanchezza della compassione (*the compassion fatigue*), forse elemento indispensabile all'umano per la sua sopravvivenza – non possiamo farci carico di tutte le sofferenze del mondo –, interviene a segnare la soglia di là dalla quale noi diventiamo ciechi, sordi o muti. Il male, piccolo o grande che sia, non ci tocca più. Per altro verso, egli ci ricorda che al bivio, laddove la scelta tra il diniego e il riconoscimento è ineludibile, noi incontriamo non soltanto i soggetti individuali, le persone singole, ma gli attori collettivi (organizzazioni, governi, Stati). Ed è soprattutto a questi ultimi che egli ci invita a rivolgere il nostro sguardo di studiosi, attenti alle scelte che compiono. Ché – lo sappiamo bene – sono spesso loro i primi a essere i protagonisti, come

produttori egemonici di cultura, dell'universo delle negazioni. Certamente, «ogni vita privata e ogni società sono costruite sul diniego. Solo un principio che prevale, come può essere la giustizia sociale, può stabilire quali forme di diniego siano importanti, quali possano essere lasciate perdere. [Ma] a quel punto cerchiamo di abbassare la soglia di tolleranza trasformando la conoscenza in *conoscenza inevitabile*» (*ivi*, p. 388).

In verità, ben sappiamo come quest'operazione, all'apparenza non problematica, sia lungi dall'esserlo. Non soltanto perché, appunto, la compassione si arresta sempre a una soglia, e questo è probabilmente fisiologico, ma perché l'azione della cultura egemone, quella che *in primis* produce gli artefatti linguistici di cui il Potere si giova per nascondere, legittimare o giustificare l'esercizio della violenza, non lascia indenni neppure coloro che gli strumenti li avrebbero per disvelare le forme di tale esercizio. Parlo di noi, dei cosiddetti addetti ai lavori, e più in generale degli intellettuali. Non c'è Paese e non c'è storia passata e presente che non documentino la loro generale subalternità a qualche tipo di regime. Per ciò che riguarda l'Italia è forse sufficiente ricordare l'atteggiamento – un misto di servilismo e complicità – che la stragrande maggioranza degli intellettuali italiani assunse nei confronti del fascismo (cfr. M. Serri, *I redenti. Gli intellettuali che vissero due volte: 1938-1948*, Corbaccio, Milano, 2005). Ma Stanley Cohen – che ha vissuto sulla propria persona quest'esperienza in Israele – non è mai rinunciatario e dichiara, senza esitazione, che «se il diniego personale può essere tollerato, poiché anche la dignità e lo spazio privato sono importanti [...] a livello politico, tuttavia, semplicemente non possiamo tollerare stati di diniego. Non c'è spazio per i compromessi» (*ivi*, p. 389).

E allora, alla resa dei conti, e se siamo dell'avviso che non ci si può mai sottrarre a una scelta, anche se si tratta di una non scelta, l'alternativa è secca, ed è quella che si pone «tra i *riconoscimenti inquietanti* ai quali si può sfuggire (con i quali si può convivere) e quelli ai quali non si può sfuggire» (*ibidem*).

Grazie, Stan, ci proveremo.

RUBRICA GIURIDICA

Il diritto rappresenta tradizionalmente il quadro formale entro il quale si muovono tutti gli operatori del sistema penale e penitenziario. Questa accezione formalistica, tuttavia, rischia di far passare in secondo piano quegli elementi sociali, economici, culturali e politici che fanno del fenomeno giuridico un aspetto essenziale per comprendere la società stessa e le sue trasformazioni nel corso del tempo. In tale prospettiva, questa rubrica vuole dare spazio a letture giuridiche delle questioni trattate che tengano ben presente quello che i sociologi del diritto hanno chiamato diritto vivente, al preciso scopo di interessare una cerchia di lettori che vada al di là del ristretto pubblico dei giuristi.

Le novità normative e giurisprudenziali*

A cura di *Stefano Anastasia* e *Carlo Fiorio*

Ai primi di gennaio, mentre era in chiusura questo fascicolo della rivista, la Corte europea dei diritti umani è tornata sulle condizioni di detenzione nelle carceri italiane, decidendo dei primi tra i centinaia di ricorsi proposti dai detenuti italiani dopo la ormai storica sentenza Sulejmanovic. Lo ha fatto con una “sentenza pilota” che, pur accertando la violazione del diritto, non si limita al risarcimento del danno, ma sollecita espressamente le autorità nazionali italiane a provvedere al superamento delle cause strutturali che lo hanno causato. Si apre così una finestra temporale in cui le autorità nazionali dovranno provvedere a ridisegnare il sistema penale e penitenziario italiano, non diversamente da quanto è accaduto in California, prima con la decisione della Corte federale e poi della Corte suprema nel caso Brown c. Plata. Del resto, come già è stato negli Stati Uniti e in Germania, per iniziativa del Tribunale di sorveglianza di Venezia è ora all'ordine del giorno anche della Corte costituzionale italiana la decisione in ordine alla preminenza del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità rispetto all'esecutività delle sentenze penali di condanna. Ci aspettano svolgimenti interessanti: come avevamo già indicato con il fascicolo monografico dedicato ai

* I testi integrali delle leggi, delle sentenze, dei decreti e delle circolari citate sono in www.associazioneantigone.it.

“diritti reclusi” (n. 2-3/2011), il sistema dell’incarcerazione di massa, sviluppatosi in occidente nel trentennio neo-liberista, confligge con i presupposti di legittimazione dei sistemi penali e penitenziari nelle democrazie costituzionali. Siamo di fronte a un bivio che è una scelta di civiltà, cui bisognerà prestare molta attenzione. Per questo abbiamo deciso di dedicare lo spazio di questa rubrica, in questo fascicolo, esclusivamente alla sentenza *Torreggiani*, con due articolati e approfonditi interventi di Carlo Fiorio e di Michele Passione, e torneremo – nei prossimi fascicoli della rivista – sulle ordinanze pendenti davanti alla Corte costituzionale (Tribunale di sorveglianza di Venezia, ord. 169/2013 e Tribunale di sorveglianza di Milano, ord. 12 marzo 2013).

GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE

Corte europea per i diritti umani, sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013, n. 43517/09

Keywords: trattamenti inumani e degradanti, ineffettività mezzi di ricorso interni, sovraffollamento penitenziario, interpretazione art. 46 alla luce dell’art. 1 CEDU, condanna a un’equa soddisfazione.

TORREGGIANI C. ITALIA; ULTIMO ATTO

Carlo Fiorio

1. Le reazioni istituzionali e le misure di diritto interno

«Se mi fosse toccato mettere una firma lo avrei fatto non una ma dieci volte» (AGI, 6 febbraio 2013). Così, in riferimento a un atteso, seppur improbabile, provvedimento di clemenza, il Capo dello Stato all’uscita del carcere di S. Vittore, a meno di un mese dall’emanazione della sentenza *Torreggiani*¹, relativamente alla quale lo stesso Presidente della Repubblica aveva parlato di «nuovo grave richiamo» per l’Italia, insistendo sulla «mortificante conferma della incapacità del nostro Stato a garantire i diritti elementari dei reclusi in attesa di giudizio e in esecuzione di pena» (*La Repubblica*, 8 gennaio 2013).

¹ Vds. Corte EDU, sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*. Tra i primi commenti alla decisione, vds. Passione (2012); Fiorentin (2013); Tamburino (2013); Viganò (2013).

Anche la ministra Severino si è dichiarata «profondamente avvilita», seppur «non stupita», dalla recente decisione (cfr. *TMNews*, 8 gennaio 2013), rivendicando comunque il merito di aver tamponato l'emergenza sovraffollamento con la l. 17 febbraio 2012, n. 9, e non mancando di esprimere rammarico per la mancata approvazione del ddl S 3596, recante «[d]elega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili».

Va, peraltro, rilevato che, nonostante gli interventi del biennio 2010-2012, la situazione carceraria continua a essere insostenibile². Alla data del 31 dicembre 2012, a fronte di una capienza regolamentare pari a 47.040 unità³, i detenuti presenti negli istituti italiani erano 65.701, di cui 25.696 in stato di custodia cautelare⁴.

La tendenza, insomma, continua a essere la medesima degli anni passati: quasi il 40% dei detenuti è in attesa di giudizio, mentre il 35% della popolazione penitenziaria è costituito da stranieri. E anche le risposte istituzionali continuano, purtroppo, a essere immancabilmente le stesse: nonostante le condivisibili dichiarazioni d'intenti volte a un complessivo *restyling* del sistema sanzionatorio e al potenziamento delle alternative alla detenzione, l'attività legislativa del 2012 è stata caratterizzata da interventi "minimi", di trascurabile – se non, addirittura, ininfluente – impatto sul sistema-carcere. E in assenza di risposte parlamentari, l'onere di garantire la *restitutio in integrum* demandata all'Italia dalle decisioni della Corte di Strasburgo, ricade su una magistratura di sorveglianza dai ranghi già ridotti, la quale, con soluzioni spesso divergenti, tenta di garantire tutela ai diritti minimi della persona *in vinculis*.

Nello specifico, le linee-guida caratterizzanti i recenti interventi normativi sono state sostanzialmente riproposte nel 2012, nonostante gli interventi

² Vds. già il dPCm del 13 gennaio 2010, con il quale veniva dichiarato lo stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale, nonché i successivi dPCm dell'11 gennaio 2011 e del 23 dicembre 2011, con i quali si è ritenuto necessario prorogare lo stato di emergenza nazionale dovuta al sovraffollamento delle carceri fino al 31 dicembre 2012, ravvisando la necessità di mantenere poteri il regime derogatorio per il completamento degli interventi finalizzati alla realizzazione di nuove infrastrutture carcerarie e all'ammodernamento e ampliamento di quelle esistenti.

³ Oltre all'inedita capienza cd. "di necessità" pari a 71.356 unità (così la Relazione sulla amministrazione della giustizia nell'anno 2012 - Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria).

⁴ Con riguardo alla specificità del sovraffollamento cautelare, vds. Illuminati (2012), 2370; Valentini (2011), p. 287.

del 2010-2011⁵ non avessero inciso, se non in minima parte, sull'emergenza "sovraffollamento".

In particolare, nel corso della legislatura appena conclusa, il timido *input* funzionale alla proposizione di politiche di deflazione carceraria si è articolato intorno a due direttrici: la prima, di ispirazione governativa, si è tradotta nella l. 17 febbraio 2012, n. 9, operativa sia nell'ambito del procedimento di cognizione (convalida dell'arresto, riparazione per l'ingiusta detenzione) sia *in executivis* (ampliamento della detenzione "domestica", chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari)⁶.

La seconda direttrice, caratterizzante l'attività parlamentare, si è concretizzata in un vivace dibattito dal quale sono scaturite interessanti soluzioni *bipartisan*. Le cinque proposte di legge⁷, successivamente unificate in un testo unico, riguardano tutta la dinamica custodiale, proponendo la rilettura di talune esigenze cautelari (troppo spesso oggetto di applicazione "onnivora"), la "messa a punto" delle soluzioni in punto di proporzionalità delle cautele, sino alla rivisitazione dei termini di durata massima della custodia carceraria.

I numeri, però, non mentono. L'incremento del ricorso alla detenzione, imputabile a una politica "della sicurezza" contraddittoria e classista, ha condotto a un vergognoso tasso di prisonizzazione, mai registrato nell'Italia repubblicana⁸.

Altre sarebbero le soluzioni da percorrere, al fine di risolvere il problema strutturale: partendo dalla rivisitazione del catalogo sanzionatorio, ancora imperniato sull'arcaica dicotomia "pena detentiva - pena pecuniaria", il legislatore dovrebbe decisamente potenziare sia le "classiche" alternative alla detenzione, sia intraprendere la strada di una decisa depenalizzazione, non disgiunta dall'adozione di inedite soluzioni processuali che consentano un'uscita anticipata dal circuito penale (proscioglimento per tenuità del fatto, messa alla prova)⁹.

⁵ Il riferimento corre alla l. 26 novembre 2010, n. 199, a commento della quale vds. Degl'Innocenti-Faldi (2011), 2816; Della Casa (2011a), p. 5; Fiorentin (2011a), p. 52; Fiorio (2012a), p. 778; e alla l. 21 aprile 2011, n. 62, in ordine alla quale cfr. Fiorio (2012b), p. 784; Corvi (2011), p. 837; Fiorentin (2011b), 2613; Mastropasqua (2011), p. 1853; Pittaro (2011), p. 869.

⁶ Cfr., volendo, Fiorio (2012c), p. 410.

⁷ In ordine di presentazione: C 255 Bernardini e altri; C 1846 Cota e altri; C 4616 Bernardini; C 5295 Papa e altri; C 5399 Ferranti e altri.

⁸ Cfr., di recente, Gargani (2011), 1259; Id. (2012), p. 633; Cascini (2010), p. 52; Natale (2010), p. 91; Padovani (2009), p. 31.

⁹ Vds., in tale prospettiva, oltre al già ricordato ddl C 5019 (poi: S 3596), di iniziativa governativa, presentato alla Camera il 29 febbraio 2012, recante «Delega al

La politica dei “piccoli passi”, non disgiunta da un inveterato *favor* verso l’anacronistico potenziamento dell’edilizia penitenziaria produce, invero, testi legislativi sicuramente utili, benché non risolutivi.

Al contrario, dopo più di un decennio di politiche carcerocentriche¹⁰, l’azione governativa si è concentrata su un demagogico e antieconomico piano carceri¹¹, la cui attuazione desta più d’una perplessità, soprattutto alla luce degli imperativi europei¹².

Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili»; nonché la p.d.l. C 2094, presentata in data 22 gennaio 2009, a firma Tenaglia e altri, recante «Modifiche al codice di procedura penale per la definizione del processo penale nei casi di particolare tenuità del fatto».

¹⁰ Il riferimento corre alla cd. legge “ex Cirielli”, ai reiterati “pacchetti sicurezza” e alle generalizzate restrizioni alle misure alternative, operanti nei confronti di talune categorie soggettive di condannati ovvero di recidivi reiterati.

¹¹ Cfr. l’art. 44 *bis* dl 30 dicembre 2008, n. 207, conv. con mod. dalla l. 27 febbraio 2009, n. 14; nonché l’art. 17 dl 29 dicembre 2011, n. 216, conv. con mod. dalla l. 24 febbraio 2012, n. 14, che ha previsto la nomina di un apposito commissario straordinario. Sui “quattro pilastri” che compongono il piano carceri, vds. Aa.Vv. (2010), p. 495 ss.

¹² Si legge, nell’art. 1, Principi di base, dell’Allegato alla Raccomandazione R(99)22: «1. La privazione della libertà dovrebbe essere considerata come una sanzione o una misura di ultima istanza e dovrebbe pertanto essere prevista soltanto quando la gravità del reato renderebbe qualsiasi altra sanzione o misura manifestamente inadeguata. 2. L’ampliamento del parco penitenziario dovrebbe essere piuttosto una misura eccezionale in quanto, in generale, non è adatta a offrire una soluzione duratura al problema del sovraffollamento. I Paesi la cui capacità carceraria potrebbe essere nel complesso sufficiente ma non adeguata ai bisogni locali, dovrebbero sforzarsi di giungere a una ripartizione più razionale di tale capacità. 3. È opportuno prevedere un insieme appropriato di sanzioni e di misure applicate nella comunità, eventualmente graduate in termini di gravità; è necessario motivare i procuratori e i giudici a farvi ricorso nel modo più ampio possibile. 4. Gli Stati membri dovrebbero esaminare l’opportunità di depenalizzare alcuni tipi di delitti o di riqualificarli in modo da evitare che essi richiedano l’applicazione di pene private della libertà. 5. Al fine di concepire un’azione coerente contro il sovraffollamento delle carceri e l’inflazione carceraria, dovrebbe essere condotta un’analisi dettagliata dei principali fattori che contribuiscono a questi fenomeni. Un’analisi di questo tipo dovrebbe riguardare, in particolare, le categorie di reati che possono comportare lunghe pene detentive, le priorità in materia di lotta alla criminalità, e gli atteggiamenti e le preoccupazioni del pubblico nonché le prassi esistenti in materia di comminazione delle pene». In tema di strumenti europei a tutela del sovraffollamento carcerario vds. specialmente i §§ 18.1 ss. delle cd. Regole penitenziarie europee Rec(2006)2, la Raccomandazione Rec(2006)13 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa in tema di carcerazione preventiva, nonché il Secondo (CPT/Inf

2. La vicenda concreta

Investita di sette ricorsi, presentati da detenuti che lamentavano la violazione dei più elementari diritti, la seconda sezione della Corte di Strasburgo non solo ha ribadito – e questa volta all’unanimità – la condanna per violazione dell’art. 3 CEDU di recente inflitta nella causa *Sulejmanovic c. Italia*¹³, ma ha emanato una sentenza “pilota”¹⁴, che mette in mora il nostro Paese, chiamandolo a istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei a offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, entro il termine di un anno dalla definitività della sentenza¹⁵.

In tale *spatium temporis* – continua la Corte – saranno sospese tutte le procedure relative a ricorsi analoghi attualmente pendenti.

Nella specie, le doglianze dei detenuti riguardavano un insufficiente “spazio vitale” all’interno delle loro celle (presso l’istituto di Busto Arsizio ogni camera detentiva, della capienza di 9 m², mobilio compreso, era occupata da tre persone), la mancanza di acqua calda nelle docce e, limitatamente al carcere di Piacenza, anche la scarsa illuminazione naturale, a causa di pesanti sbarre metalliche fissate alle finestre, che impediscono all’aria e alla luce del giorno di entrare nei locali.

Nel mese di aprile 2010, uno dei ricorrenti, insieme ad altri due detenuti ristretti nel carcere di Piacenza, aveva anche proposto reclamo al magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia, lamentando le mediocri condizioni detentive a causa dell’eccessivo sovraffollamento e ravvisando, di conseguenza, la lesione del principio di eguaglianza trattamentale, sancito dall’art. 3 ord. penit.

Il magistrato di sorveglianza aveva accolto tutti i reclami, evidenziando come le celle, di 9 m² ciascuna, fossero state concepite per una sola persona, ma che, in ragione del sovraffollamento, erano occupate da tre detenuti.

(92) 3, spec. §§ 46-50) e il Settimo (CPT/Inf (97) 10, spec. § 13) Rapporto generale del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT), espressamente citati nella sentenza Torreggiani.

¹³ Corte EDU, sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, a margine della quale vds. Bortolato (2009), p. 111; Eusebi (2009), 4938; Plastina (2009), 4928.

¹⁴ Cfr. l’art. 46 § 1 CEDU, nonché la Rule 61 delle Rules of Court, a margine delle quali vds. Palombino (2008), p. 91; Id. (2012), p. 399; Zagrebelsky (2008), p. 5.

¹⁵ Ai sensi degli artt. 43 e 44 CEDU, la sentenza diverrà definitiva se nel termine di tre mesi dalla sua pronuncia nessuna delle parti chiederà il rinvio della questione innanzi alla Grande Camera. In tale, ultima eventualità, un collegio di cinque giudici sarà chiamato ad esprimersi circa l’ammissibilità della richiesta e, nel caso di delibazione positiva, il caso sarà sottoposto alla decisione finale della Grande Camera.

Alla luce di tanto, operando espresso riferimento al caso Sulejmanovic, il magistrato reggiano ravvisava in tale tipologia detentiva un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU, rimarcando altresì un'evidente disparità trattamentale rispetto a chi si fosse trovato a condividere l'angusta cella con una sola persona. Provvedeva, pertanto, a trasmettere gli atti all'amministrazione penitenziaria, affinché adottasse i provvedimenti di competenza, ma solamente nel febbraio 2011 il ricorrente veniva trasferito in una cella progettata per due persone.

3. Il previo esaurimento dei ricorsi interni: la soluzione italiana

Al di là e oltre l'accoglimento dei *petita*, che ricalca sostanzialmente quanto già deciso dalla Corte nel caso Sulejmanovic, la sentenza in commento affronta un passaggio cruciale in riferimento all'effettività dei rimedi di diritto interno, cioè a dire del cd. reclamo generico di cui agli artt. 35 e 69 ord. penit.

Trattasi, come noto, di un modulo procedimentale¹⁶, di derivazione giurisprudenziale¹⁷, introdotto nel sistema penitenziario successivamente alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999, attraverso la quale il giudice delle leggi ha imposto il rispetto della giurisdizionalità a fronte di ogni atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo della persona detenuta.

Le mancate risposte legislative (cfr. Tirelli, 2010, p. 980) agli autorevoli *dicta*¹⁸ sono alla base di un assetto assolutamente insoddisfacente, che non ha mancato di creare disorientamenti interpretativi. A quasi quindici anni del celeberrimo *leading case*, il tema della "giustiziabilità" dei diritti del detenuto¹⁹, sotto il particolare profilo della esecutività dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza, non ha, infatti, ancora trovato una risposta defi-

¹⁶ Sul punto sia consentito rinviare a Fiorio (2011), 705.

¹⁷ Cfr. Cass., sez. unite, 26 febbraio 2003, Gianni, in *Cass. pen.*, 2003, 2961, secondo la quale i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria in materia di colloqui visivi e telefonici dei detenuti e degli internati, in quanto incidenti su diritti soggettivi, sono sindacabili in sede giurisdizionale mediante reclamo al magistrato di sorveglianza che decide con ordinanza ricorribile per cassazione secondo la procedura indicata nell'art. 14 *ter* ord. penit. A margine della decisione vds. Mura (2004), 1362.

¹⁸ Cfr., altresì, Corte cost., sent. n. 266 del 2009, a margine della quale vds. Renoldi (2009), p. 3779.

¹⁹ In prospettiva generale e di fondo cfr. Anastasia (2011); Pennisi (2002); Ruotolo (2002); nonché, volendo, Fiorio (2002). Con riferimento alla fondamentale opera di supplenza giurisprudenziale vds., specialmente, Bartole (1999), p. 190; D'Agnolo (2004), p. 141; Della Casa (1999), p. 854; Fazzioli (1999), p. 199; Fiorentin (2010), p. 2810; Fiorentin-Marcheselli (2006), p. 20; Renoldi (2009), p. 3779; Ruotolo (1999), p. 203; Santoriello (1999), p. 222.

nitiva. È più che mai indifferibile stabilizzare un sistema carente delle garanzie minime, onde adeguare, per quanto possibile, la realtà carceraria italiana agli *standard* europei.

Non solo, infatti, la giurisprudenza di legittimità tende a “dosare” il tasso di giurisdizionalità della procedura (e della ricorribilità della decisione conclusiva) in ragione di discutibili distinzioni tra violazione di diritti soggettivi, interessi legittimi e aspettative di mero fatto (cfr., diffusamente, Fiorentin, 2010, p. 2810), ma a tutt’oggi non è ancora chiaro il grado di forza che la decisione giurisdizionale è in grado di esercitare sull’amministrazione penitenziaria²⁰.

Tale incertezza si riflette sull’*an* e il *quomodo* delle eventuali condanne al risarcimento del danno: il magistrato di sorveglianza di Lecce, investito del reclamo presentato da un detenuto che lamentava di essere stato destinatario di un regime penitenziario irrispettoso della dignità umana²¹, ha condannato il Ministero della giustizia a risarcire il relativo danno²². In via pregiudiziale, il giudice salentino ha ribadito, da un lato, la competenza funzionale della giurisdizione ordinaria a conoscere delle controversie tra l’amministrazione penitenziaria e il detenuto in materia di lesione dei diritti fondamentali di

²⁰ Cfr., di recente, Corte cost., ord. n. 46 del 2012, con cui è stato dichiarato ammissibile il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, proposto dal magistrato di sorveglianza di Roma nei confronti del provvedimento 14 luglio 2011, prot. n. GDAP0254681 con cui il ministro della giustizia aveva disposto di non dare esecuzione al provvedimento del magistrato di sorveglianza di Roma (ord. 9 maggio 2011, n. 3031) il quale aveva stabilito che l’avvenuto oscuramento delle emissioni di “Rai sport” e di “Rai storia” aveva leso il diritto soggettivo all’informazione del detenuto, annullando il provvedimento dell’amministrazione penitenziaria e ordinando il ripristino della possibilità per il reclamante di assistere ai programmi trasmessi sui canali indicati. In quell’occasione il giudice delle leggi ha icasticamente affermato che «la tutela giurisdizionale dei diritti dei reclusi, costituzionalmente necessaria, sarebbe priva di effettività, ove si riconoscesse all’Amministrazione la possibilità di decidere discrezionalmente se dare esecuzione o no ai provvedimenti del magistrato» e che «non è dubbia, in particolare, la natura giurisdizionale della funzione assolta dal magistrato di sorveglianza nell’ambito della procedura di reclamo attualmente regolata dagli artt. 69 e 14 *ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), relativamente alla denunciata lesione di diritti soggettivi dei detenuti».

²¹ In particolare, il detenuto era stato ristretto per 18 ore al giorno in una cella di 11,50 m² con altri due detenuti, scarsamente illuminata e dotata di servizi privi di acqua calda.

²² Cfr. mag. sorv. Lecce, 9 giugno 2011, Slimani, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 settembre 2011, con nota di A. Ingrassia. A margine della decisione vds. anche Mari (2012), 259; Passione (2011), p. 104.

quest'ultimo. Dall'altro lato, lo stesso giudice ha ritenuto che la relativa cognizione potesse estendersi, oltre che all'accertamento della lesione dei diritti, anche al potere di liquidare il danno scaturente dalla violazione, senza la necessità di adire il giudice civile. Quanto al merito della vicenda, invece, il magistrato di sorveglianza, pur escludendo che il regime penitenziario cui il reclamante era stato sottoposto integrasse un «trattamento inumano o degradante», ha comunque ritenuto violata la dignità del detenuto e, per l'effetto, ha condannato l'amministrazione a risarcire il danno esistenziale *ex art. 2059 cc.*

Più di recente, un altro ufficio di sorveglianza ha risolto un'analogha questione in maniera diametralmente opposta²³. Il caso di specie vedeva quale reclamante un detenuto che, oltre a lamentare l'esiguità dello «spazio vitale» concessogli, si doleva della lesione del diritto alla salute e del diritto allo studio. Il magistrato di sorveglianza di Vercelli, dopo aver rilevato come l'ordinamento penitenziario attribuisca al giudice il mero potere di dettare all'amministrazione le disposizioni necessarie a far cessare la violazione del diritto inciso (art. 69 comma 5 ord. penit.), ha escluso, invece, di poter pronunciare anche una condanna al risarcimento del danno, approdo cui non pare possa giungersi additivamente in via interpretativa, implicando una scelta della tipologia di tutela e dell'assetto della giurisdizione che deve rimanere riservata alla discrezionalità legislativa. Deve, pertanto, escludersi la possibilità che, mediante il reclamo di cui agli artt. 14 *ter*, 35 e 69 comma 5 ord. penit., possa essere azionata una pretesa risarcitoria civilistica.

Una recente decisione di legittimità²⁴ parrebbe avallare tale, ultimo orientamento, avendo stabilito che, fatte salve le eccezioni specifiche, non rinvenibili in riferimento al combinato disposto degli artt. 35 e 69 comma 5 ord. penit., «in materia risarcitoria e indennitaria il sistema normativo prevede in via generale la sua attribuzione alla giurisdizione civile». In particolare, la Cassazione ha escluso, allo stato della normativa attuale, che alla magistratura di sorveglianza sia attribuita la competenza a pronunce su domande di carattere risarcitorio pur derivanti da pretese violazioni di diritti soggettivi di detenuti anche se connessi allo stesso stato di detenzione, precisando che, lungi dall'aver una competenza esclusiva sui diritti dei detenuti, essa vanta il limitato potere di impartire disposizioni all'amministrazione con un accertamento «assolutamente incidentale e a tale specifico fine preventivo, quello di eliminare eventuali violazioni».

²³ Vds. mag. sorv. Vercelli, 18 aprile 2012, X, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 maggio 2012, con nota redazionale di Viganò.

²⁴ Cfr. Cass., sez. I, 15 gennaio 2013, Vizzari, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 febbraio 2013, con nota di Viganò (2013a).

4. (*Segue*): la valutazione della Corte europea

Sgombrato il campo da un equivoco, erroneamente (e poco elegantemente) ingenerato dagli agenti del governo italiano, circa la sussistenza della qualità di “vittima” della violazione convenzionale in capo ai ricorrenti²⁵, la Corte di Strasburgo si sofferma sull’eccezione governativa concernente l’asserito mancato esaurimento delle vie di ricorso interne.

È facile, per il giudice transnazionale, irridere l’assetto procedimentale nostrano: l’eccezione governativa si appunta sul diritto di ogni detenuto di interporre reclamo al magistrato di sorveglianza al fine di riparare, con una decisione vincolante, a eventuali violazioni di diritti soggettivi. Salvo, poi, aggiungere che, nel caso dell’unico ricorrente reclamante, la mancanza di effettività della decisione del magistrato di sorveglianza era dipesa dalla mancata richiesta alle «autorità giudiziarie interne» della messa in esecuzione.

I ricorrenti sostengono, invece, che il sistema delineato dagli articoli 35 e 69 ord. penit. non costituisca un rimedio giudiziario, bensì un ricorso di tipo amministrativo, dal momento che le decisioni del magistrato di sorveglianza non sono affatto vincolanti per le direzioni degli istituti penitenziari.

La Corte europea individua l’«effettività» del rimedio interno nella attitudine del medesimo a garantire una riparazione giurisdizionale diretta e appropriata, impedendo il protrarsi della violazione denunciata e assicurando ai ricorrenti un miglioramento delle loro condizioni materiali di detenzione. In tale ottica, prosegue la Corte, «un’azione esclusivamente risarcitoria non può essere considerata sufficiente per quanto riguarda le denunce di condizioni d’internamento o di detenzione asseritamente contrarie all’articolo 3, dal momento che non ha un effetto «preventivo» nel senso che non può impedire il protrarsi della violazione dedotta o consentire ai detenuti di ottenere un miglioramento delle loro condizioni materiali di detenzione. In questo senso, continua la Corte, perché un sistema di tutela dei diritti dei detenuti sanciti dall’articolo 3 della Convenzione sia effettivo, i rimedi preventivi e compensativi devono coesistere in modo complementare.

²⁵ La Corte di Strasburgo (§§ 38-40), dopo aver ripercorso la propria giurisprudenza, conclude nel senso che la qualità di “vittima” permane anche a seguito della scarcerazione e/o del trasferimento in altre celle dopo la presentazione del ricorso, a meno che le autorità nazionali abbiano riconosciuto, esplicitamente o sostanzialmente, la violazione della Convenzione e vi abbiano posto rimedio.

Accantonata la falsa *quaestio*, articolata intorno alla dicotomia procedimento giurisdizionale/procedimento amministrativo²⁶, la Corte evidenzia come, nel caso di specie, l'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia, che comportava l'adozione d'urgenza di misure adeguate, è rimasta a lungo non eseguita.

Circostanza, quest'ultima, che i solerti agenti governativi imputano al ricorrente, il quale avrebbe dovuto chiedere la pronta esecuzione di detta ordinanza alle «autorità giudiziarie interne», senza peraltro precisare “quali”, né “come”²⁷.

Il marchio autogol governativo s'inscrive in tale, atipico giudizio di ottemperanza, che conduce la Corte europea ad affermare, non senza imbarazzo, la difficile conciliabilità di «quest'ultima affermazione del Governo con l'asserita effettività della procedura di reclamo dinanzi al magistrato di sorveglianza». Osserva, a tal proposito, il giudice di Strasburgo, «che, anche ammesso che esista una via di ricorso riguardante l'esecuzione delle ordinanze dei magistrati di sorveglianza, il che non è stato affatto dimostrato dal Governo, non si può pretendere che un detenuto che ha ottenuto una decisione favorevole proponga ripetutamente ricorsi al fine di ottenere il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali a livello dell'amministrazione penitenziaria»²⁸.

Nondimeno, prosegue la Corte, la rilevanza “strutturale” e non contingente del sovraffollamento carcerario italiano ben lascia presagire che l'amministrazione penitenziaria non sia in grado di eseguire le decisioni dei magistrati di sorveglianza e di garantire ai detenuti condizioni detentive conformi alla Convenzione.

²⁶ In *Norbert Sikorski c. Polonia*, n. 17599/05, § 111, la Corte EDU ha precisato come, in alcune circostanze, le vie di ricorso di natura amministrativa possono rivelarsi efficaci – e costituire quindi rimedi da esaurire – in caso di doglianze riguardanti l'applicazione della normativa relativa al regime carcerario.

²⁷ L'arrembante difesa governativa diviene anche grottesca allorquando (cfr. spec. § 71) i rappresentanti italiani sostengono – senza provarlo – sia un diverso numero di occupanti per cella, sia la diversa metratura delle celle piacentine. La Corte EDU rigetta le eccezioni, non mancando di rilevare (§ 74) come la metratura sia confermata dalle ordinanze del magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia.

²⁸ Sottolinea Fiorentin (2013), come «[i] rilievi del giudice europeo si appuntano, in particolare, sul profilo della ineffettività delle decisioni assunte dal giudice di sorveglianza, che integrano mere sollecitazioni all'autorità governativa per l'eliminazione delle violazioni eventualmente riscontrate, ma non possono valere come titolo esecutivo nei confronti dell'amministrazione penitenziaria (tanto sotto il profilo dell'eventuale *facere* imposto alla PA, quanto a maggior ragione sotto quello della condanna della medesima al risarcimento del danno provocato ai detenuti in conseguenza del sovraffollamento)».

Resta, comunque, violato l'art. 3 della Convenzione, in quanto i ricorrenti non hanno beneficiato di uno spazio vitale conforme ai criteri da essa ritenuti accettabili con la giurisprudenza di Strasburgo²⁹. La Corte europea desidera rammentare ancora una volta in questo contesto che la norma in materia di spazio abitabile nelle celle collettive raccomandata dal CPT è di quattro metri quadrati. Siffatto trattamento contrario alla Convenzione (protrattosi per periodi variabili dai quattordici ai cinquantaquattro mesi) è risultato, poi, ulteriormente aggravato dalla mancanza di acqua calda per lunghi periodi, nonché da un'illuminazione e ventilazione insufficienti.

5. I contenuti della sentenza “pilota”

Lungi dal voler suggerire agli Stati delle disposizioni riguardanti le loro politiche penali e l'organizzazione del loro sistema penitenziario, la Corte richiama quelle Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa che invitano gli Stati a esortare i procuratori e i giudici a ricorrere il più possibile alle misure alternative alla detenzione e a riorientare la loro politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione, allo scopo, tra l'altro, di risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria (cfr., *supra*, nota 14).

Quanto alla o alle vie di ricorso interne da adottare per far fronte al problema sistemico riconosciuto nella presente causa, la Corte rammenta che, in materia di tutela delle condizioni detentive, i rimedi «preventivi» e quelli di natura «compensativa» devono coesistere in modo complementare. Così, quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'art. 3 della Convenzione, il rimedio riparatorio si identifica con la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. Mentre, sul piano compensativo, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita.

La Corte prende atto che il solo ricorso indicato dal Governo italiano quale rimedio idoneo a migliorare le condizioni detentive denunciate, vale a dire il reclamo rivolto al magistrato di sorveglianza in virtù degli articoli 35 e 69 della legge sull'ordinamento penitenziario, è un ricorso accessibile, ma non effettivo nella pratica, dato che non consente di porre fine rapidamente alla carcerazione in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione. D'altra parte, il Governo italiano non ha dimostrato (anche per l'inesistenza

²⁹ In conseguenza della violazione dell'art. 3 CEDU lo Stato italiano è stato condannato a corrispondere ai sette ricorrenti, a titolo di equa soddisfazione per il danno morale subito, una somma complessiva superiore ai 100.000 euro, in relazione in particolare alla durata della rispettiva detenzione in condizioni di sovraffollamento.

di un diritto “vivente”) la praticabilità di un rimedio in grado di consentire alle persone detenute in condizioni lesive della loro dignità di ottenere una qualsiasi forma di riparazione per la violazione subita.

La Corte ne conclude che le autorità nazionali devono creare senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi che coniughino effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia. Tale o tali ricorsi dovranno essere conformi ai principi della Convenzione, come richiamati in particolare nella presente sentenza ed essere posti in essere nel termine di un anno dalla data in cui questa sarà divenuta definitiva.

6. Le soluzioni adottabili

Al di là delle opportune (e condivisibili) prese di posizione³⁰, la sentenza della Corte EDU vincola l'Italia ad adottare iniziative di carattere strutturale.

La recente storia legislativa evidenzia un legislatore pigro, che tende a “rincorrere” la Corte costituzionale metabolizzandone le conclusioni in nuove norme, piuttosto che a ipotizzare e proporre nuovi schemi concettuali in ambito sanzionatorio. Al di là della scorrettezza metodologica consistente nell’inserire brani giurisprudenziali in testi legislativi che dovrebbero, invece, caratterizzarsi per “generalità” e “astrattezza”³¹, resta la sostanziale inutilità dell’operazione, in considerazione che gli interventi demolitori del giudice delle leggi dovrebbero illuminare la successiva produzione normativa e non già relegarla alla stregua di un’operazione “notarile”.

Quali, però, le soluzioni³²? Allo stato della legislazione vigente si impone un drastico potenziamento dell’iniziativa *ex officio* della magistratura

³⁰ Vds. la Circolare del Procuratore della Repubblica di Milano, 15 gennaio 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 gennaio 2013, con cui si rammenta l’auspicio della Corte EDU volto all’osservanza delle «raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa che invitano gli Stati a sollecitare i procuratori e i giudici a ricorrere nella misura più larga possibile alle misure alternative alla detenzione e a riorientare la loro politica penale verso un minore ricorso alla carcerazione nella finalità, tra l’altro, di risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria (si vedano in particolare le raccomandazioni del Comitato dei ministri Rec(99)22 e Rec(2006)13)».

³¹ Cfr., ad esempio, gli artt. 4 *bis* e 41 *bis* ord. penit.

³² Interessanti prospettive *de iure condendo* sono evidenziate nella Relazione del Csm, Sesta Commissione, Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza, presieduta dal prof. Glauco Giostra, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 dicembre 2012.

di sorveglianza, al duplice scopo di supplire alle situazioni endemiche di “minorata difesa” caratterizzanti la maggioranza dei detenuti definitivi e di contribuire all’esodo “intelligente” dei liberandi, anche attraverso una calendarizzazione dei ruoli di udienza che tenga conto delle “soglie espiative” già maturate.

In tale prospettiva, andrebbe sicuramente potenziata la concessione della liberazione anticipata, da riconoscere automaticamente, previa verifica dell’insussistenza di provvedimenti disciplinari a carico dell’istante, salvo, ovviamente, reclamo del pubblico ministero (cfr., al proposito, Tamburino, 2013, p. 15).

Quanto alle prospettive *de iure condendo*, la prossima legislatura dovrà interrogarsi sulla decisa abrogazione di qualsivoglia preclusione cautelare (art. 275 comma 3 cpp) ed esecutiva (art. 656 comma 9 cpp, e artt. 4 *bis* e 58 *quater* ord. penit.), nell’alveo dell’opera riformatrice da tempo intrapresa dalla Corte costituzionale. Del pari, anche una decisa opera depenalizzatrice in materia di sostanze stupefacenti sortirebbe effetti benefici sullo stato delle carceri italiane.

Inoltre, stante l’estrema difficoltà di procedere a un’organica riforma del codice penale, ci si deve interrogare sull’opportunità di operare – sulla falsariga della legge n. 689 del 1981 – sulle sanzioni edittali, consentendo al giudice della cognizione di sostituire la pena detentiva con sanzioni prescrittive e /o interdittive.

Sempre sul piano strutturale sono state avanzate, di recente, talune proposte volte a utilizzare lo schema del cd. numero chiuso in ambito penitenziario³³: sicuramente condivisibili, nella misura in cui antepongono la digni-

³³ Vds., in una prospettiva di diritto comparato, Della Casa (2011b), p. 26. Cfr., *de iure condendo*, l’art. 8 comma 2 della p.d.l. popolare “Per la legalità e il rispetto della Costituzione nelle carceri”, ai sensi del quale «[n]essuno può essere detenuto per esecuzione di una sentenza in un istituto che non abbia un posto letto regolare disponibile. Qualora non sia possibile l’esecuzione della sentenza di un condannato proveniente dallo stato di libertà nell’istituto a tal fine individuato e non sia possibile individuarne altro idoneo che non contraddica il principio di territorializzazione della pena, di cui all’articolo 42 della legge 26 luglio 1975, n. 354, l’ordine di esecuzione della pena si tramuta in obbligo di permanenza presso il domicilio o altro luogo da lui indicato, con relative eventuali prescrizioni stabilite dal giudice responsabile dell’esecuzione». Di recente, Tribunale sorveglianza Venezia, 13 febbraio 2013, X, ha sollevato questione di costituzionalità dell’art. 147 cp, che disciplina le ipotesi di differimento facoltativo della pena, nella parte in cui non prevede l’ipotesi in cui «la pena debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità», per contrasto con gli articoli 27 comma 3, 117 comma 1 (in relazione all’art. 3 CEDU nell’interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo), nonché 2 e 3 Cost.

tà della persona alla forza del giudicato, dette soluzioni rischiano, peraltro, di perpetrare disegualianze, in considerazione del fatto che l'attuale normativa consente la "scelta" del carcere e, di conseguenza, della situazione legittimante la scarcerazione.

Infine, per quanto riguarda i rimedi di natura compensativa, è da ritenere che la devoluzione alla giurisdizione civile delle domande risarcitorie del detenuto costituisca una sofferenza aggiuntiva, in considerazione dei tempi non proprio "europei" che contraddistinguono il settore.

Piuttosto, non è dato evincere il motivo per il quale non si ritenga opportuno utilizzare lo schema rappresentato dagli artt. 666 e 678 cpp: l'apagamento integrale del contraddittorio, estensibile all'amministrazione penitenziaria, la possibilità di assumere prove, la ricorribilità, infine, della decisione conclusiva del procedimento sono tutti indici che paiono consentire al giudice di sorveglianza di formulare un giudizio pieno sull'*an* della responsabilità e sul *quantum* risarcitorio.

Insomma: il caso Torreggiani rappresenta l'ultimo atto di una sconcertante *pièce* che ha registrato un approccio dilettesco ai temi e ai problemi della pena e del carcere.

Cambiare si può e si deve. E anche soluzioni minime possono dare al sistema quel respiro di cui ha bisogno.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Aa.Vv. (2010), *Rapporto sui diritti globali 2010. Crisi di sistema e alternative*, Roma.

Anastasia (2011), *Lo status dei detenuti*, in *Questione giustizia*, n. 3-4.

Bartole (1999), *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*.

Bortolato (2009), *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, in *Questione giustizia*, n. 5.

Cascini (2010), *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, in *Questione giustizia*, n. 1.

Corvi (2011), *La l. n. 62/2011 rafforza almeno sulla carta la tutela delle detenute madri*, in *Corriere del merito*.

D'Agnolo (2004), *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in Scalfati (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, CEDAM, Padova, 2004.

Degl'Innocenti-Faldi (2011), *Le nuove disposizioni in materia di detenzione presso il domicilio*, in *Cassazione penale*.

Della Casa (1999), *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Diritto penale e processo*.

Della Casa (2011a), *Approvata la legge cd. svuota-carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Diritto penale e processo*.

Della Casa (2011b), *Il meccanismo del numerus clausus tra parziali legittimazioni e drastiche bocciature. Sinossi di due vicende concernenti l'ordinamento penitenziario tedesco e quello francese*, in *Antigone*, n. 2-3.

Eusebi (2009), *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cassazione penale*.

Fazzioli (1999), *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*.

Fiorentin (2010), *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giurisprudenza di merito*.

Fiorentin (2011a), *Approvato l'ennesimo provvedimento "tamponi" in attesa di una revisione organica della materia*, in *Guida al diritto*, n. 1.

Fiorentin (2011b), *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giurisprudenza di merito*.

Fiorentin (2013), *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 febbraio.

Fiorentin-Marcheselli (2006), *Il punto sui diritti dei detenuti*, in *Giurisprudenza di merito*.

Fiorio (2002), *Libertà personale e diritto alla salute*, CEDAM, Padova.

Fiorio (2011), *Procedimenti e provvedimenti penitenziari*, in G. Garuti (a cura di), *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, VII, Modelli differenziati di accertamento, Tomo I, UTET, Torino.

Fiorio (2012a), *Esecuzione delle pene detentive non superiori a un anno*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, Treccani, Roma.

Fiorio (2012b), *Regimi penitenziari differenziati. La tutela delle detenute madri con figli minori*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, Treccani, Roma.

Fiorio (2012c), *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in *Diritto penale e processo*.

Gargani (2011), *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cassazione penale*.

Gargani (2012), *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Diritto penale e processo*.

Illuminati (2012), *Carcere e custodia cautelare*, in *Cassazione penale*.

Mari (2012), *La tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cassazione penale*.

Mastropasqua (2011), *La legge 21 aprile 2011 n. 62 sulla tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive*, in *Diritto di famiglia*.

Mura (2004), *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cassazione penale*.

Natale (2010), *Carceri: capienza (in)tollelabile, cultura della giurisdizione e valore della prassi*, in *Questione giustizia*, n. 4.

Padovani (2009), *Giustizia e pena. Lo Stato di diritto tra pena, carcere e sovraffollamento*, in *Giustizia insieme*, n. 2-3.

Palombino (2008), *La "procedura di sentenza pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*.

Palombino (2012), *Sul potere della Corte europea dei diritti dell'uomo di cancellare un ricorso dal ruolo: in margine ai casi Greens e Pantusheva*, in *Rivista di diritto internazionale*.

Passione (2011), *I doveri dell'Amministrazione penitenziaria nei confronti dei detenuti e il risarcimento del danno in caso di inadempienza. Commento all'ordinanza Slimani (n. 17/2011) del magistrato di sorveglianza di Lecce*, in *Antigone*, n. 2-3.

Passione (2012), *Dal diritto violato al diritto negato*, in *Antigone*, n. 3.

Pennisi (2002), *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino.

Pittaro (2011), *La nuova normativa sulle detenute madri*, in *Famiglia e diritto*.

Plastina (2009), *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in *Cassazione penale*.

Renoldi (2009), *Una nuova tappa nella lunga marcia verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giurisprudenza costituzionale*.

Ruotolo (1999), *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*.

Ruotolo (2002), *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino.

Santoriello (1999), *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*, in *Giurisprudenza costituzionale*.

Tamburino (2013), *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cassazione penale*.

Tirelli (2010), *A quando la risposta del legislatore alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.

Valentini (2011), *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Politica del diritto*.

Viganò (2013a), *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 febbraio.

Viganò (2013b), *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio.

Zagrebel'sky (2008), *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*.

DAL DIRITTO VIOLATO AL DIRITTO NEGATO

Michele Passione

1. Il 16 luglio 2009 la Corte EDU condannava l'Italia nell'*affaire Sulejmanovic* per violazione dell'art. 3 della Convenzione; ad oggi c'è stata ancora una condanna da Strasburgo per il trattamento inumano e degradante dei detenuti ricorrenti.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dell'art. 6 TUE, la Convenzione europea, e la Corte, potrebbe mutare in parte il suo ruolo, assumendo a fonte direttamente applicabile nello spazio UE (F. Pocar, 2011; anche TAR Lazio, 11984/2010).

Rilevante è l'adozione da parte della CEDU di una sentenza pilota, per la prima volta sperimentata, su sollecitazione del Comitato dei ministri (ris. del 12 maggio 2004), con la sentenza *Broniowsky* del 22 giugno 2004: prassi recentemente *codificata* nel regolamento della Corte, all'art. 61, in vigore dal 31 marzo 2011. In un caso analogo, accertata la violazione dell'art. 3 per sovraffollamento carcerario, la Corte ha chiesto l'adozione di misure strutturali allo Stato inadempiente, data la natura sistemica del sovraffollamento delle carceri polacche (CEDU 22 ottobre 2009, *Orchowsky c. Polonia*), con 85.419 detenuti reclusi.

Nella sentenza *Torreggiani e altri* la Corte ha analizzato i casi di sette ricorrenti, ristretti a Busto Arsizio e Piacenza, richiamando dei precedenti in materia di *overcrowding* che, oltre a valutare di per sé la presenza di uno spazio minimo vitale quale elemento integrante la violazione dell'art. 3 (*Kadikis c. Lettonia*, n. 62393/00, 4 maggio 2006; *Makarov c. Russia*, n. 15217/07, 12 marzo 2009; *Sulejmanovic c. Italia*, n. 22635/03, 16 luglio 2009), tengono anche conto di altri aspetti delle condizioni detentive per l'esame della disposizione scrutinata.

La Corte evidenzia come il magistrato di sorveglianza, adito da un ricorrente durante la carcerazione, riconosce le inumane condizioni di de-

tenzione lamentate, trasmetteva i provvedimenti alla direzione del carcere, al Ministero della giustizia e al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria per le conseguenti determinazioni. I giudici di Strasburgo, sulla possibilità per i detenuti di ottenere una riparazione per cattive condizioni detentive, citano l'ordinanza n. 17 del 9 giugno 2011 del magistrato di sorveglianza di Lecce (sia consentito il richiamo a Passione 2011), affermando che essa «è rimasta un caso isolato in Italia», richiamando decisioni contrarie adottate dai magistrati di sorveglianza di Udine e Vercelli il 24 dicembre 2011 e il 18 aprile 2012. In quest'ultima si è rilevato che al magistrato di sorveglianza compete solo la possibilità di «impartire disposizioni», e non di condannare; disposizioni che, pur vincolanti per l'amministrazione (Corte cost., sentenza 8 ottobre 2009, n. 266/2009), non sono suscettibili di esecuzione coattiva. Per l'estensore, il modello utilizzabile, *ex art.14 ter ord. penit.*, come indicato dalle sezioni unite nella sentenza 26 febbraio 2003, n. 25079, *Gianni* «non appare idoneo ad assicurare un adeguato tasso di giurisdizionalità in relazione alla natura della materia risarcitoria che tramite esso si intende azionabile» e, dunque, «deve escludersi la possibilità che mediante il reclamo di cui agli articoli 14 *ter*, 35 e 69 comma 5 ord. penit. possa essere azionata una pretesa risarcitoria civilistica, poiché essa implicherebbe una pronuncia di condanna dell'amministrazione penitenziaria conseguente a un accertamento di natura squisitamente civilistica, entrambe possibilità che sembrano escluse dal quadro giuridico e normativo vigente e dalla giurisprudenza costituzionale che su di esso si è reiteratamente pronunciata».

2. In questa sede si segnala la recente pronuncia della Prima sezione penale della Suprema Corte (sent. n. 172/13) che, esaminando la questione se il magistrato di sorveglianza, investito da reclamo ai sensi degli artt. 35 e 69 l. 26 luglio 1975 n. 354, possa pronunciarsi sulla domanda di condanna dell'amministrazione penitenziaria al risarcimento dei danni derivanti da lesione dei diritti del detenuto, ha risposto negativamente, essendo materia riservata agli organi della giustizia civile.

La soluzione offerta dalla Corte influisce sulla necessità di individuare un rimedio giuridico interno e un ricorso effettivo, *ex art. 13 CEDU*, anche per i profili di ricevibilità dei ricorsi, *ex art. 35 della Convenzione*.

Esaminando la sentenza la Corte ricorda le misure adottate dall'Italia per rimediare al sovraffollamento, e «si rallegra dei passi compiuti dalle autorità nazionali, e non può che incoraggiare lo Stato italiano a proseguire i suoi sforzi». Tuttavia ricorda come lo stato di urgenza a livello nazionale a causa del sovraffollamento dei penitenziari, prorogato due volte, valesse sino al 31

dicembre 2012, nel mentre invece la l. 199/10, come modificata con la l. 9/12, sia destinata a restare in vigore non oltre il 31 dicembre 2013.

Si ricordi come il 20% dei penitenziari italiani risalga al periodo tra il 1200 e il 1500, il 60% a quello tra il 1600 e il 1800, e il restante 20% a quello tra il 1900 e il 2000; in essi la percentuale dei detenuti in attesa di giudizio definitivo è superiore al 40%, contro una media europea del 25%. Riguardo alla custodia cautelare, valga quanto ricordato dal Presidente Lupo nella relazione sull'amministrazione della giustizia nel 2012, che la natura di *extrema ratio* dell'istituto è ostacolata da «interventi emergenziali attuati su spinte emozionali-populistiche, piuttosto che in base a ragioni costituzionalmente accettabili di politica criminale», ma non può sottacersi come la custodia cautelare sia oggi intesa quale carcerazione preventiva, siccome «chiamata a svolgere improprie funzioni di anticipazione di un'incerta e remota pena definitiva, caricata di significati simbolici che ne snaturano la fisionomia normativa, a conferma del progressivo processo osmotico intercorrente tra custodia cautelare e detenzione esecutiva» (A. Gargani, 2012). Del resto, come di recente affermato da Antonio Bevere (A. Bevere, 2013, p. 15) «il biglietto di ingresso nelle carceri lo scrivono i giudici. All'origine della sovrabbondante presenza nelle carceri italiane non vi è solo la ristrettezza dei locali, ma anche una scarsa attenzione al principio della proporzionalità della pena e per l'insegnamento che viene dalla interpretazione, costituzionalmente guidata, della disciplina della sofferenza carceraria ... rimane il problema dello scarso impegno – anche di tutti i giudici – nella quotidiana lotta per l'indipendenza dalla cultura dell'emergenza, dai tribuni dell'allarme sociale e dei bisogni collettivi di sicurezza, amplificati e strumentalizzati a fini elettorali».

Con 146 detenuti ogni 100 posti letto, l'Italia ha il tasso di sovraffollamento più alto d'Europa, mentre il tasso di detenzione (107 detenuti ogni 100 mila cittadini) è in linea con gli altri Stati.

La Corte EDU richiama tra i testi internazionali pertinenti sul tema, il Secondo rapporto generale del CPT/Inf(92)3, il settimo rapporto generale del CPT/Inf(97)10 e la Raccomandazione Rac(99)22 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nel cui Annesso si afferma, al n. 3 dei Principi di base, che «conviene prevedere un insieme appropriato di sanzioni e misure applicate nella comunità, eventualmente graduate in termini di severità; è opportuno sollecitare i procuratori e i giudici a ricorrervi il più largamente possibile», al n. 11 «l'applicazione della detenzione provvisoria e la sua durata dovrebbero essere ridotte al minimo compatibile con gli interessi della giustizia», e al n.12 che «conviene fare l'uso più ampio possibile delle misure alternative alla detenzione provvisoria anche mediante sistemi di sorveglianza elettronica».

Nell'esame in diritto dei ricorsi, presentati nel 2009, i giudici affrontano in primo luogo il tema della ricevibilità.

A tal proposito lo Stato è obbligato ad adottare misure individuali e generali, sia assicurando ristori per le violazioni subite (rimedi compensatori *ex* articolo 41 CEDU), sia impedendo violazioni future e ponendo fine a quelle ancora in essere (rimedi preventivi); nel caso di specie, un solo ricorrente si era visto riconoscere l'esposizione a trattamenti inumani dal magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia, ma senza ristoro economico. L'ordinanza adottata, riconosciuta quanto proposto dal reclamante, avrebbe potuto ritenersi in contrasto con l'attribuzione della qualità di vittima, *ex* art. 34 CEDU: in alcuni casi la Corte ha ritenuto che l'eliminazione ad opera delle autorità nazionali della situazione di contrasto con la CEDU denunciata nel ricorso, pur tardiva e non accompagnata da alcuna riparazione per gli effetti pregiudizievoli già prodottisi, bastasse comunque a privare il ricorrente della qualità di vittima (CEDU, *Lacko e altri c. Slovacchia*, 2 luglio 2002; *Kuric e altri c. Slovenia*, 13 luglio 2010). In ogni caso, la Corte richiama la sua giurisprudenza contraria all'assunto del Governo italiano, concludendo che «tutti i ricorrenti» (sei dei quali non avevano ricevuto riconoscimento delle violazioni subite né ristoro economico) «possono sempre ritenersi vittime di una violazione dei loro diritti garantiti dall'articolo 3 della Convenzione».

Infatti è principio consolidato quello per cui una decisione o una misura favorevole al ricorrente a livello domestico, non vale a privarlo della qualità di vittima, a meno che le autorità nazionali abbiano riconosciuto la lamentata violazione della CEDU, e abbiano offerto al ricorrente una riparazione adeguata (*Eckle c. Repubblica federale tedesca*, 15 luglio 1982).

In secondo luogo, la Corte analizza e respinge l'eccezione dell'esaurimento delle vie di ricorso interne. A giudizio del Governo il reclamo proponibile al magistrato di sorveglianza, *ex* articoli 35 e 69 ord. penit., di cui si era avvalso un ricorrente, costituisce un rimedio giudiziario a tutti gli effetti. Secondo quanto obiettato dai ricorrenti, il sistema italiano non prevede un rimedio effettivo, e in più presenta caratteristiche amministrative, non giurisdizionali.

Sulla seconda obiezione, si ricorda la sentenza della Consulta n. 26 del 1999, sulla necessità di tutela giurisdizionale effettiva verso gli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti, nonché, la successiva sentenza della Consulta dell'8 ottobre 2009, n. 266, relativa alla vincolatività delle statuizioni adottate dal magistrato di sorveglianza nei confronti dell'amministrazione penitenziaria. Da tali pronunce emerge che i provvedimenti emessi dal magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti

devono considerarsi decisioni giurisdizionali, formalmente e sostanzialmente vincolanti per l'amministrazione penitenziaria; eppure, non può certo dirsi che sia sempre così.

Tuttavia la pronuncia della Consulta del 1999 non chiarisce quali siano le posizioni tutelabili giurisdizionalmente, tanto che in dottrina e nella pratica sono state sostenute diverse posizioni (C. Renoldi, 2011).

La Corte EDU osserva che la natura amministrativa del reclamo, per come proposta dai ricorrenti, «non è determinante», poiché talvolta soluzioni di tal fatta «possono rivelarsi efficaci e costituire dunque rimedi da esperire, laddove si tratti di addebiti relativi all'applicazione del regolamento relativo al regime carcerario». La Corte afferma che «la Convenzione prescrive l'esaurimento solo di quei ricorsi relativi alle disposizioni incriminate, disponibili e adeguati», di certa e pratica attuazione.

Il nesso funzionale tra l'art. 13 e l'art. 35 comma I CEDU è chiaro se si pone mente al carattere sussidiario del sistema di controllo internazionale posto dalla Convenzione (CEDU Grande Camera, 13 marzo 2007, n. 432: «spetta ai giudici nazionali interpretare le condizioni procedurali interne in modo da garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario»).

Per i giudici di Strasburgo l'accessibilità e l'adeguatezza del ricorso integrano la nozione di effettività ex art. 13 (CEDU, *Paulino Tomas c. Portogallo*, 27 marzo 2003), lasciando piena discrezionalità agli Stati parti nella scelta delle modalità di adempimento della garanzia (CEDU Grande Camera, *Oneryildiz c. Turchia*, 30 novembre 2004); è evidente che «ai fini dell'art. 13, l'efficacia di un ricorso non dipende dalla certezza di un risultato favorevole» (CEDU, *Sunday Times c. Regno unito*, 26 novembre 1991). L'adeguatezza rileva per ciò che attiene agli effetti delle tutele approntate dagli ordinamenti domestici (*remedy*), e viene declinato nelle forme più varie. Tra i *remedies*, si intendono l'interruzione del comportamento lesivo, il ritiro, la modifica o l'annullamento dell'atto costitutivo di una violazione della Convenzione, la commisurazione di misure adeguate di risarcimento del danno a favore delle vittime, l'irrogazione di sanzioni a carico dei responsabili delle violazioni.

Va ricordato che in casi di gravi violazioni di diritti assoluti, come quelli di cui agli artt. 2 e 3 CEDU, possa dedursi una violazione autonoma dell'art. 13 se è mancata nell'ordinamento interno la possibilità di ottenere idonee forme di riparazione a favore delle vittime (CEDU, *Maksimov c. Russia*, 18 giugno 2010); ancora, il parametro di valutazione di effettività-adequazione è accentuato oltre che per violazioni di *core rights* della CEDU, anche nei casi di violazioni strutturali dei diritti umani in un ordinamento.

In ogni caso, per la Corte «perché un sistema di protezione dei diritti dei detenuti garantiti dall'art. 3 della Convenzione sia effettivo, i rimedi preventivi e compensatori devono coesistere in maniera complementare».

È opportuno ricordare come la Corte abbia sempre affermato (CEDU Grande Camera, *Paksas c. Lituania*, 6 gennaio 2011) la possibilità di ottenere la cessazione dell'illecito in caso di violazioni che realizzino una situazione continua, intesa quale stato di fatto originato da una condotta statale, inclusa l'emanazione di una disposizione legislativa che si estenda nel tempo.

Quando, in aggiunta o in sostituzione alla cessazione dell'illecito e alla *restitutio in integrum*, si imponga il risarcimento dei danni per equivalente, il ricorso domestico dovrà offrire serie prospettive di riparazione per ogni voce di danno, e un risarcimento del danno non patrimoniale di entità comparabile all'equa soddisfazione *ex art. 41 CEDU* (Grande Camera, *Cocchiarella; CEDU, Pasculli c. Italia*, 4 dicembre 2007). La Corte ha peraltro chiarito che i ricorrenti possono anche rimettersi alle sue valutazioni quanto alla definizione finale del valore dell'equa soddisfazione (CEDU, *Muminov c. Russia*, 4 novembre 2010; CEDU, *Muminov c. Russia*, 11 dicembre 2008).

Ciò considerato, tenendo conto dell'importo liquidato al reclamante *Slimani* dal magistrato di sorveglianza di Lecce nell'ordinanza citata (€ 220,00), «pur nutrita di generosità» (queste le parole del giudice Zagrebelsky nella *dissenting opinion* sulla sentenza *Sulejmanovic*), non può dirsi effettivo il sistema dei ricorsi previsti dal nostro ordinamento in materia.

Alla luce di quanto sopra la Corte, che censura l'assunto del Governo italiano, secondo il quale gli interessati avrebbero dovuto sollecitare l'esecuzione rapida del magistrato di sorveglianza presso imprecisate «autorità giudiziarie interne», rilevando come «le autorità penitenziarie italiane non siano in grado di eseguire le decisioni dei magistrati di sorveglianza e di garantire ai detenuti condizioni di detenzione conformi alla Convenzione», in ragione del fenomeno strutturale del sovraffollamento, respinge l'eccezione sollevata dall'Italia.

Concludendo è opportuno richiamare due provvedimenti emessi da giudici italiani. Il primo è l'ordinanza del 20 gennaio 2011, emessa dal magistrato di sorveglianza per le circoscrizioni dei Tribunali di Torino, Asti e Pinerolo. Secondo il giudice piemontese, adito con reclamo da cinque detenuti, «essendo la Corte europea dei diritti dell'uomo il giudice naturale riconosciuto per accertare se effettivamente uno Stato firmatario della Convenzione abbia o meno violato uno dei diritti sanciti dall'accordo internazionale, appare chiaro che questo Giudice non può in alcun modo pronunciarsi sull'oggetto del reclamo». Per il magistrato «solo in caso di esito positivo e di accoglimento del suo ricorso il giudice italiano, valutata

la singola pronuncia e la comparazione tra le norme della Convenzione e la singola posizione del recluso, potrà intervenire qualora l'amministrazione penitenziaria non si adegui ai parametri fissati dalla Corte per le condizioni detentive del singolo recluso, rimanendo impregiudicato ogni diritto di chiedere alla Corte un equo indennizzo per il trattamento inumano eventualmente subito nel passato». Va segnalato che la decisione si pone in totale contrasto con la normativa interna e convenzionale, con il principio della sussidiarietà della CEDU, e prospetta un irragionevole percorso ad ostacoli per il detenuto. Non solo.

Con ordinanza n. 46 del 20 febbraio 2012 la Consulta ha dichiarato ammissibile il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proposto dal magistrato di sorveglianza di Roma nei confronti del Ministro della giustizia. La *res judicanda* origina da un provvedimento del giudice romano, che con ordinanza del 9 maggio 2011 aveva annullato il provvedimento dell'amministrazione penitenziaria, reintroducendo la possibilità per il reclamante (sotto regime sospensivo delle regole trattamentali, *ex art. 41 bis* ord. penit.) di assistere ai programmi televisivi trasmessi da due emittenti, oscurate per ragioni di sicurezza. Ciò malgrado, dopo la perdurante inosservanza del provvedimento, che aveva condotto ad avanzare un ulteriore reclamo, il Ministro della giustizia, su proposta del Capo del Dipartimento amministrazione penitenziaria, ha disposto con decreto del 14 luglio 2011 la «non esecuzione» del provvedimento adottato in esito al primo reclamo.

Come si vede, c'è poco da rallegrarsi sullo stato di salute dell'art. 13 CEDU.

3. In seguito la Corte analizza il contenuto del ricorso proposto, osservando come «l'incarcerazione non fa perdere a un detenuto il godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore protezione in ragione della vulnerabilità della sua situazione, perché essa si trova completamente sotto la responsabilità dello Stato». L'affermazione è di tale solennità da essere tradita nei fatti dal numero di morti e suicidi che ogni anno interessa le carceri italiane.

La Corte EDU richiama la propria giurisprudenza in deroga al principio *affermanti incumbit probatio*, nei casi in cui, come quelli in esame, il Governo sia il solo a disporre delle informazioni inerenti le condizioni lamentate dai ricorrenti. Considerando la mancata collaborazione italiana, quanto affermato dai ricorrenti e, per uno di loro, le ordinanze del magistrato di Reggio Emilia, la Corte riconosce la violazione dell'art. 3 della Convenzione.

Dunque, accertata la violazione del principio, la Corte adotta la procedura della sentenza pilota, senza opposizione del Governo, atteso il carattere

strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario all'origine della violazione, «risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano» (§ 88), tale da comportare la presentazione di molteplici ricorsi identici nel contenuto. Poiché «il numero di questo tipo di ricorsi non smette di crescere», la Corte «rileva anche il bisogno urgente di offrire alle persone interessate un rimedio appropriato a livello nazionale».

La Corte ricorda come spetti allo Stato scegliere, con il controllo del Comitato dei Ministri, i mezzi per assolvere al suo obbligo giuridico rispetto a quanto indicato dall'art. 46 della Convenzione, richiamando in proposito il proprio precedente *Scozzari e Giunta c. Italia* (cita antiche pronunce, secondo le quali «la Convention ne lui attribue pas competence pour enjondre à l'Etat de modifier sa législation ... ses arrêts laissent à l'Etat concerné le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53» (ora, 46).

Va detto che l'art. 46 CEDU pone a carico degli organi statali la responsabilità di adottare misure necessarie per conformarsi alla sentenza emessa. Spesso è indispensabile un intervento governativo, altre volte del potere legislativo, altre del potere giudiziario (i provvedimenti adottati dopo le pronunce sui casi *Somogy c. Italia*, *Dorigo c. Italia*, *Drassich c. Italia*), come affermato dalla Suprema Corte nella sent. n. 20514 del 28 aprile 2010, secondo la quale «alla doverosa osservanza degli obblighi che scaturiscono dai provvedimenti anche provvisori della Corte di Strasburgo, oltre al Governo sono tenute tutte le istituzioni della Repubblica, compresi gli organi giurisdizionali nell'ambito delle rispettive competenze, e specificamente, in materia di misure di sicurezza, il Magistrato di sorveglianza».

La Corte dispone oggi di più ampi poteri di interlocuzione e intervento sul rispetto delle misure generali indicate agli Stati con le sentenze pilota, in virtù di quanto disposto dai §§ 3 e 4 dell'art. 46.

Per quanto attiene alla riduzione del numero dei detenuti nelle carceri italiane, la sentenza *Torreggiani e altri* afferma che «quando lo Stato non è in grado di garantire a ogni detenuto condizioni di detenzione conformi all'articolo 3 della Convenzione, la Corte lo incoraggia ad agire in modo da ridurre il numero di persone incarcerate, soprattutto applicando di più misure punitive non privative della libertà e riducendo al minimo il ricorso alla carcerazione provvisoria».

Non è arduo pensare a futuri interventi ablativi sull'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario e sull'art. 275 cpp, già oggetto di censura da parte della Consulta, ma anche al lavoro svolto dalla Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza, istituita dal Csm e presieduta dal prof. Glauco Giostra, contenente proposte di intervento sul

piano legislativo e amministrativo, citata dal Presidente Lupo nella relazione sull'amministrazione della giustizia nel 2012.

Del resto, l'avverbio «soprattutto» non esclude, anzi incoraggia, l'adozione delle cd. «liste di attesa», sulla scia di quanto previsto in Norvegia e di quanto statuito nelle sentenze della Corte suprema degli Stati Uniti del 23 maggio 2011 (*Brown c. Plata*) e del BVeG di Karlsruhe del 22 febbraio 2011 (incentrata su di un profilo individuale rispetto all'archetipo del *numerus clausus*; F. Della Casa, 2011).

Sul finire la Corte ricorda come spetti all'Italia individuare «la ou les voies de recours internes à adopter pour faire face au problème systémique reconnu dans la présente affaire», ribadendo però che «in materia di condizioni detentive i rimedi preventivi e quelli di natura compensativa devono coesistere in maniera complementare». A tal proposito la Corte EDU ribadisce l'ineffettività del reclamo davanti al magistrato di sorveglianza rispetto alla situazione denunciata, e l'inesistenza di un idoneo strumento per garantire il ristoro dei danni patiti dai detenuti.

4. Concludendo, è opportuno ricordare come in Italia, per favorire l'attuazione delle sentenze della CEDU emesse ex art. 46, §1 CEDU sono state adottate la l. 12/06 (e, successivamente, con dPCm del 1 febbraio 2007, le relative misure di attuazione), recante(i) disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte, a integrazione della l. 400/88 sulla presidenza del Consiglio.

Il sovraffollamento non è una calamità naturale ma il frutto di scelte di politica criminale e di leggi carcerogene; occorre procedere ad affrontare seriamente il problema, anche se l'esperienza tratta dall'infruttuoso decorso del termine di cui all'art. 3 *ter* dl n. 221/11, convertito con modificazioni nella l. 9/12, per ciò che riguarda le «disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» non autorizza grandi speranze. Sarà compito delle associazioni operanti in materia vigilare sull'adempimento di quanto imposto da Strasburgo.

Nel frattempo il Tribunale di sorveglianza di Venezia ha sollevato questione di costituzionalità dell'art. 147 cp, nella parte in cui non prevede il rinvio dell'esecuzione della pena quando quest'ultima debba avvenire in condizioni contrarie al principio di umanità, come sancito dagli artt. 27 cpv comma 2 Cost., 117 comma 1 Cost., 3 CEDU, in ragione del sovraffollamento carcerario.

Infine si osserva l'inevitabilità, in caso di inadempimenti, di ricadute in materia di estradizione attiva ed esecuzione dei MAE richiesti dalle autorità giudiziarie italiane; infatti, sebbene i casi relativi al diniego di espulsione,

estradizione o allontanamento di individui riguardino prevalentemente ipotesi di consegna a Paesi terzi rispetto alla CEDU, non mancano esempi che coinvolgono Stati parte, dovendosi considerare la situazione generale di rispetto dei diritti umani nel Paese di destinazione e la situazione particolare lamentata dal ricorrente (CEDU, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*; CEDU, *T.N. c. Danimarca*, 20 novembre 2011).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Bevere Antonio (2013), *Un giorno di galera ogni 5 centesimi*, in *Il Manifesto*, 5 febbraio 2013, p. 15.

Della Casa Franco (2011), *Il meccanismo del numerus clausus tra parziali legittimazioni e drastiche bocciature*, in *Antigone, quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, anno VI, n. 2-3, pp. 26-44.

Gargani Alberto (2012), *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Diritto penale e processo*, n. 5, p. 635.

Passione Michele (2011), *I doveri dell'Amministrazione penitenziaria nei confronti dei detenuti e il risarcimento del danno in caso di inadempienza*, in *Antigone*, cit., pp. 104-122.

Pocar Fausto (2011), *Diritti umani: la difficile ricerca di equilibrio tra le giurisdizioni delle Corti internazionali*, in *Guida al diritto*, n. 44.

Renoldi Carlo (2011), *Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Antigone*, cit., pp. 80-103.

RECENSIONI

La presente rubrica recensisce lavori teorici e ricerche empiriche che affrontano il tema del carcere, della giustizia penale e, più in generale, del controllo sociale. In conformità con i principi che ispirano l'associazione Antigone, particolare attenzione verrà riservata a testi in grado di promuovere un dibattito sui modelli di legalità penale e sulla loro evoluzione; sull'evoluzione delle realtà carcerarie e giudiziarie nel nostro e negli altri Paesi; sulle trasformazioni dei modelli del controllo sociale nella società contemporanea. A fronte dell'estesa produzione su questi temi, verranno privilegiate opere che, di qualsiasi ispirazione e provenienza, collettive o monografiche, si dimostrino aperte al confronto e sostenute da spirito critico.

ALESSANDRO BARBERO

I prigionieri dei Savoia. La vera storia della congiura di Fenestrelle

Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 368, 18 euro

JURI BOSSUTO, LUCA COSTANZO

Le catene dei Savoia. Cronache di carcere, politici e soldati borbonici a Fenestrelle, forzati, oziosi e donne di malaffare

Il Punto, Torino, 2012, pp. 440, 15 euro

Sono usciti quasi contemporaneamente nelle librerie due ricostruzioni storiche delle vicende ottocentesche di una celebre struttura militare sabauda che venne a lungo utilizzata come carcere: la fortezza di Fenestrelle. Si tratta di un insieme di costruzioni difensive conosciute (e descritte anche dalla penna di Edmondo De Amicis) per le loro straordinarie dimensioni, che ne fanno la costruzione in muratura più grande del mondo dopo la Grande Muraglia cinese; i Savoia la costruirono ai primi del Settecento per garantirsi dalle invasioni dalla Francia, ma venne ben presto utilizzata per custodire sia soldati disertori o indisciplinati che oppositori politici (in particolare quelli arrestati a Torino dopo i moti del 1821), nonché ragazzi della borghesia piemontese definiti “discoli e oziosi”, ma in realtà colpevoli solamente di apparire riottosi alla disciplina familiare (con la nota procedura delle *lettere a sigillo segreto* con cui i *pater familias* chiedevano al sovrano la deportazione

al correzionale dei familiari *ribelli*, spesso garantendo il mantenimento del proprio congiunto per il periodo della detenzione).

La storia della fortezza di Fenestrelle è senza dubbio un capitolo importante della storia dell'istituzione penitenziaria nella nostra penisola, ma è salita alla ribalta del circuito politico-mediatico per un episodio specifico che avvenne nell'ultima fase della sua vicenda plurisecolare. Nell'inverno del 1860 vennero infatti custoditi entro le sue possenti mura i soldati borbonici che erano stati arrestati e deportati dopo la resa di Capua dell'esercito del Regno delle Due Sicilie. Su questa detenzione si è scatenata una polemica giornalistica guidata da improbabili movimenti politici che sembrano rappresentare la risposta becera del Sud al peggior secessionismo leghista, ma che hanno avuto una certa *audience* soprattutto su internet (tale vicenda, tra l'altro, è molto istruttiva su cosa può accadere alla storiografia e in generale ai saperi esperti ai tempi della rete). In un sito citato da Alessandro Barbero (è molto istruttivo andarlo a visitare all'indirizzo http://www.eleaml.org/sud/fenestrelle/soldati_napolitani_fenestrelle_luglio_2008.html), viene ad esempio rievocata una visita alla fortezza effettuata nel luglio 2008 da un sedicente Comitato delle Due Sicilie in cui, prima della celebrazione in onore dei caduti borbonici di una messa in rigoroso rito tridentino (tanto per non farsi mancare nulla...), si è inaugurata una lapide (ancora oggi collocata nella fortezza) presentata in questo modo nel discorso di certo Duccio Mallamaci, esponente di spicco del Partito del Sud: «La lapide è per i circa ottomila, ottomila di quarantamila che morirono qui a Fenestrelle. In questo forte vi fu un campo di sterminio, molto prima di Auschwitz-Birkenau, Belzec, Dachau e altri posti. Ottomila, nel giro di un anno o due, furono fatti morire di fame e di freddo. Di ottomila tornarono a casa solo duecentocinquanta. Ed erano il fior fiore della gioventù del meridione, altri sei-sette mila furono fatti morire a San Mauro, altri sette-otto mila a San Maurizio Canavese, nella fortezza di Alessandria, a Milano, a Savona, a Gaeta. Quarantamila quasi, trenta-quaranta mila, voi capite... quarantamila, il cuore, il nocciolo duro dello Stato delle Due Sicilie. Erano tutti giovani e forti»... e sono morti.

Il puntiglioso lavoro d'archivio di Alessandro Barbero ha smentito punto per punto questa operazione che pare eccessivo definire storiografica. Si tratta piuttosto di una ricostruzione storica costruita ad arte per convalidare tesi politiche che vorrebbero recuperare l'orgoglio meridionalista attraverso la riscrittura del Risorgimento come brutale opera di colonizzazione da parte delle forze piemontesi. Tale operazione viene effettuata utilizzando ampiamente le modalità di quel dispositivo comunicativo che Giovanni De Luna ha definito *paradigma vittimario* (cfr. Id., *La Repubblica del dolore. Le memorie di un'Italia divisa*, Feltrinelli, Milano, 2011), attraverso il quale si assume

senza precauzioni la prospettiva della vittima e attraverso il quale ogni revisionismo storico è legittimato emotivamente, ponendo le basi per un utilizzo della storia a finalità politiche che un tempo si sarebbero definite reazionarie. In tale prospettiva, tutti possono autoproclamarsi vittime di qualcuno e, in ultima istanza, viene dissolta la stessa possibilità di distinguere la vittima dal carnefice. Partendo dall'assunto, per molti aspetti condivisibile, secondo il quale la storia è scritta dai vincitori, tali impostazioni giungono a conclusioni ideologiche (e talvolta francamente aberranti) per le quali ogni vittima è degna non solo della *pietas* che deve essere riservata ai defunti, ma anche di riabilitazione politica postuma. Qui la vittima da riabilitare è niente meno che il Regno delle Due Sicilie di Re Franceschiello, in una ricostruzione caricaturale del nostro Risorgimento che non si impegna, come aveva fatto sin dagli anni Settanta la storiografia di matrice marxista, a sottolineare gli aspetti ambigui di un processo di sviluppo capitalistico della nostra penisola seguito all'occupazione militare piemontese e che certo non favorì le forze economiche delle regioni meridionali. Si cerca invece di recuperare *tout court* i valori della tradizione di un regime politico corrotto e profondamente anti-moderno e destinato (fortunatamente!) a una inesorabile sconfitta. In tale visione, anche il brigantaggio può essere riabilitato come movimento politico fedele al legittimo sovrano che proclama la resistenza all'invasore e Cavour può essere disegnato come una copia un po' sbiadita (si sa i piemontesi son falsi, ma per lo meno cortesi) di Hitler! (ignorando peraltro che, se non fosse stato messo davanti al fatto compiuto della spedizione dei Mille, lo statista piemontese nel fare l'Italia si sarebbe volentieri fermato a Firenze...). In questa prospettiva, diventa possibile anche chiedere la restituzione e la sepoltura del teschio di un brigante calabrese, tal Vilella, custodito nel Museo Lombroso di Torino, sotto il pretesto che quest'ultimo avrebbe teorizzato l'inferiorità della razza meridionale (ignorando le sue posizioni progressiste nell'ambito del positivismo scientifico in favore del riscatto delle classi popolari) e come se non si potessero allestire musei non celebrativi su personaggi della storia della scienza che certo oggi suscitano forti perplessità, ma che hanno rappresentato pietre miliari, riconosciute anche a livello internazionale, della vicenda plurisecolare delle scienze dell'uomo.

Rispetto alla vicenda di Fenestrelle e dei prigionieri di guerra borbonici, Barbero ricostruisce con abbondanza di documentazione d'archivio il funzionamento della macchina amministrativa del neonato Stato italiano alle prese con una quota di soldati delle regioni meridionali riottosi non tanto alla nuova dominazione piemontese, quanto avviliti da anni di soprusi e umiliazioni che li avevano resi diffidenti nei confronti di qualsiasi forma di governo. A questo si aggiunse la scarsa conoscenza (e il conseguente timore)

che le classi dirigenti piemontesi avevano delle popolazioni meridionali, che favorì comportamenti non certo amichevoli e inclusivi nei confronti dei soldati ex borbonici, i quali venivano peraltro sobillati dalle ultime resistenze borboniche e papaline che non mancavano di vellicare gli istinti più retrivi e antimoderni di quelle popolazioni. Una vicenda dunque non priva di chiaroscuri, ma nulla che faccia neanche lontanamente pensare a volontà di sterminio: ci furono morti e sofferenze, ma non in misura superiore a quelle che i tempi e le circostanze avrebbero reso prevedibili. Due soli esempi per tutti: i soldati borbonici morti a Fenestrelle, accertati da una documentazione d'archivio del tutto attendibile, si possono contare sulle dita delle mani; il presunto *lager* di San Maurizio Canavese, in cui vennero addestrate le nuove reclute meridionali per l'esercito piemontese, venne chiuso all'inizio del novembre 1861 perché l'amministrazione non era in grado di far fronte alla fornitura invernale di coperte e di cappotti per gli internati. Una ben strana premura per chi si proponeva di sterminare il popolo meridionale!

Il libro di Bossuto e Costanzo si impegna con altrettanto scrupolo documentaristico a ricostruire le vicende del forte di Fenestrelle come carcere civile e militare. Da questo punto di vista, la struttura piemontese è interessante per la storia della detenzione, in quanto ci insegna a scorgere le rotture che tale storia presenta spesso celate dietro fuorvianti continuità lessicali. Quello che ha preso vita nelle fredde mura della fortezza non è infatti quella che oggi chiamiamo pena detentiva, con il suo apparato trattamentale e la sua retorica rieducativa, ma piuttosto quella che il codice penale carloalbertino del 1839 chiamava *relegazione*. Si trattava di una forma di reclusione dei corpi che poco aveva a che spartire con quello che Foucault avrebbe chiamato "potere disciplinare", ma piuttosto una forma di "morte civile" che veniva riservata a quei personaggi politici che costituivano un pericolo per l'ordine costituito, ma che per qualche ragione (per lo più a causa della loro elevata estrazione sociale) non potevano essere eliminati fisicamente con la pena capitale. Agli estremi di questo paradigma punitivo, destinato a perdere la sua centralità rispetto a quello disciplinare ben presto dominante con l'avvento della società industriale, possiamo indicare quello annientatore della fortezza dello Spielberg dove in quegli anni Silvio Pellico subiva il rigore delle prigioni asburgiche e ne usciva piegato nel corpo e nello spirito, e quello romantico della torre della Certosa di Parma dove Stendhal descriveva il "rifugio dorato" del marchese Fabrizio Del Dongo come una prigione in cui era possibile trescare con la propria amante e godere, pur nella reclusione, di quegli agi che le finanze del prigioniero potevano garantire. La fortezza di Fenestrelle (che tra l'altro viene evocata un paio di volte nella

Chartreuse stendhaliana proprio come uno spauracchio per cospiratori politici, sorta di Spielberg sabauda) per la sua collocazione geografica (ai confini del regno e separata dal mondo dalla considerevole altitudine), per la sua struttura architettonica (fondata sul modello militare) e per il tipo di personale che vi operava (quasi esclusivamente appartenente all'esercito piemontese) rappresenta molto bene il dispositivo neutralizzante della relegazione. E anzi la presenza nelle sue mura di un esiguo numero di minori, discoli e oziosi, dimostrano come anche la correzione dei minori indisciplinati potesse talora avvalersi degli strumenti coercitivi pensati per oppositori politici e soldati disertori. In quei ragazzi che venivano deportati a Fenestrelle possiamo scorgere l'occasionale, anche se inquietante, convergere dell'annientamento fisico del nemico interno con la disciplina dei minori. Ma che tale convergenza non fosse che occasionale è dimostrato dal fatto che quando il legislatore sabauda si pose l'obiettivo di modernizzare il sistema penitenziario non pensò certo a Fenestrelle, ma ristrutturò nel 1826 la Castiglia di Saluzzo e in seguito pensò a istituti *ad hoc* quali furono le nuove strutture di Alessandria e di Oneglia. Esperimenti architettonici e amministrativi che ben presto peraltro mostreranno la strutturale inadeguatezza del dispositivo carcerario come strumento di disciplinamento. Poco dunque ha da dirci Fenestrelle sulla storia del disciplinamento dell'uomo moderno, ma oggi, che forse la parabola di tale dispositivo ha concluso la sua traiettoria storica, deve certo apparire inquietante che del carcere sia rimasta solamente quella funzione neutralizzativa che nella prima metà dell'Ottocento era riservata alla relegazione.

Claudio Sarzotti

OSSERVATORIO CARCERE DELL'UNIONE CAMERE PENALI ITALIANE (A CURA DI)

Prigioni d'Italia. Viaggio nella realtà delle carceri

Pacini, Pisa, 2012, pp. 96, euro 12

«Entrare dentro il carcere non è eguale che parlarne da fuori, non è come farselo raccontare in una sala colloqui da chi ci è ristretto. Il carcere ha i suoi odori, le sue luci, i suoi silenzi assordanti e i suoi rumori cattivi. Il carcere ha le sue regole, spesso incomprensibili, molto spesso grottesche» (p. 6). Sono alcune delle parole con cui Valerio Spigarelli, Presidente dell'Unione Camere penali, introduce il testo che raccoglie l'esperienza biennale di un gruppo di avvocati nell'ambito dell'Osservatorio carcere.

Partiamo dagli obiettivi. Il filo conduttore delle visite condotte negli ultimi due anni a una serie di istituti penitenziari in tutta Italia è l'impegno per la garanzia della legalità all'interno di tali luoghi – da più parti definiti “incivili” – e in tal senso rispecchia fedelmente la prospettiva della cultura giuridica che tali osservatori incarnano. Ma l'attività viene dagli stessi più volte definita un gesto precisamente “politico”, che diventa rivendicazione e che in tal senso si accompagna a una serie di altre attività portate avanti dall'organizzazione, spesso in rete con altri soggetti impegnati sul tema (tra i quali la nostra associazione). Si pensi alla stesura e presentazione del documento *Sovraffollamento che fare?*, elaborato in Veneto e recepito poi a livello nazionale (la cui presentazione è avvenuta durante la conferenza stampa del 13 luglio 2011), allo sciopero della fame a staffetta, all'iniziativa “cella in piazza”. Le visite agli istituti penitenziari si inseriscono quindi in un più ampio tentativo di interlocuzione con l'amministrazione penitenziaria e con il sistema politico. Da segnalare, in particolare, la felice scelta strategica di abbinare alle visite agli istituti penitenziari in alcune città l'organizzazione di convegni che hanno coinvolto, tra gli altri, esponenti della magistratura, nell'intento di instaurare un confronto tra addetti ai lavori che spesso ha avuto altresì un riscontro mediatico non indifferente.

Venendo ai contenuti specifici, nel volume sono riportate, oltre alle schede relative agli istituti visitati (cap. 2), talune relazioni presentate in occasione di eventi convegnistici (cap. 3), per esempio sui temi delle misure alternative e delle misure di sicurezza (con particolare attenzione agli OPG e alle Case di lavoro), spesso accompagnati da proposte di riforme legislative. Infine, il volume contiene la riproduzione di alcuni documenti dell'archivio dell'Unione Camere penali, diffusi in occasione di dibattiti in corso su specifiche questioni come il 41 *bis*, l'introduzione del reato di tortura, i CIE o i suicidi in carcere (cap. 4).

Tre sono i pregi principali del presente volume, a parere di chi scrive. In primo luogo esso costituisce un bell'esempio di come la cultura giuridica interna possa smussare l'alone di formalità che spesso la connota («Puoi sgoltarti nei convegni per far comprendere a qualche anima bella che il diritto alla salute è un valore costituzionale, che in carcere vale come da qualsiasi altra parte, ma quando vedi un cesso alla turca usato come dispensa non sai bene se vergognarti o distogliere lo sguardo, e alla fine fai tutte e due le cose assieme», p. 6). E l'occasione è significativa altresì per veicolare l'attenzione e la partecipazione di altri soggetti istituzionali, *in primis* la magistratura.

In secondo luogo, l'affinità con una delle principali attività della nostra associazione – l'Osservatorio sulle condizioni di detenzione – è lampante. Affinità di mezzi (la visita e la stesura di schede informative, l'organizzazione

di conferenze stampa per la divulgazione dei dati etc.) e di obiettivi («rendere il carcere più trasparente», richiama alla mente il titolo del nostro *Primo rapporto sulle condizioni detentive* e il senso generale del nostro lavoro). In quest'ottica, la condivisione di esperienze simili e il confronto con chi parte da un bagaglio di competenze in larga parte differente non può che andare nella direzione di un reciproco rafforzamento. L'amministrazione penitenziaria, d'altra parte, non può che giovare di un confronto con un osservatore esterno che può fungere sia da occasione di riflessione sul proprio agire organizzativo che da portavoce per una pluralità di istanze nei confronti del decisore politico. A questo proposito occorre rilevare la progressiva apertura nell'atteggiamento di larga parte degli operatori penitenziari in occasione delle nostre visite (così come in quelle degli avvocati rappresentanti delle Camere penali, come emerge chiaramente dal testo), rispetto agli albori dell'attività di monitoraggio.

Infine, il testo offre un'occasione di riflessione su una innovativa modalità di presentazione delle istanze nel campo della tutela dei diritti delle persone private della libertà personale: il cartello di associazioni. Da alcuni anni a questa parte, in particolare, sembra essersi notevolmente diffusa la tendenza a porre l'attenzione su specifici temi (per esempio attraverso iniziative comuni in merito alla lettura critica della normativa esistente o la presentazione di proposte di legge) in maniera aggregata, nel tentativo di «parlare a più voci sullo stesso tema» (p. 15). L'esempio più recente è la campagna in atto di raccolta firme per le tre proposte di iniziativa popolare contro la tortura, contro la legge sulle droghe e per la legalità nelle carceri. Ed è su questo terreno che si sviluppa la possibilità di interloquire tra soggetti del terzo settore, sindacati, associazioni di magistrati, avvocati, volontari, che, unendo le reciproche competenze, diventano un interlocutore politico preparato e competente.

Daniela Ronco

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

STEFANO ANASTASIA, ricercatore di Filosofia e sociologia del diritto presso l'Università di Perugia.

MARIA ELENA CARUSO, borsista presso il Centro diritti umani dell'Università di Padova, *m.elena.caruso@gmail.com*.

AMEDEO COTTINO, già professore di Sociologia del diritto presso l'Università di Torino.

ADELE DEL GUERCIO, ricercatrice di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale", *adelguercio@unior.it*.

VALERIA FERRARIS, docente di Sociologia della devianza all'Università di Torino e membro del direttivo dell'associazione Amapola - Progetti per la sicurezza delle persone e delle comunità, *valeria.ferraris@unito.it*.

CARLO FIORIO, professore associato di Procedura penale presso l'Università di Perugia.

ANGELO MARLETTA, dottorando di Procedura penale nell'Università di Bologna e praticante abilitato del Foro di Bologna, *angelo.marletta2@unibo.it*.

MICHELE PASSIONE, avvocato penalista, componente dell'Osservatorio carcere dell'Unione Camere penali italiane.

IOANNA PERVOU, PhD Candidate Aristotle University of Thessaloniki, *ioanna.pervou@cantab.net*.

DANIELA RONCO, dottoressa di ricerca e assegnista presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

CLAUDIO SARZOTTI, professore ordinario di Sociologia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

GUIDO SAVIO, avvocato del Foro di Torino

SILVIA SCORDO, dottoranda di Sociologia all'Università di Torino, *silvia.scordo@unito.it*.

CATERINA TORCHIARO, dottoressa in Studi europei e internazionali, *marteve@libero.it*.

REGOLE PER L'INVIO DI CONTRIBUTI

Le proposte di contributo devono essere inviate alla redazione di *Antigone. Quadri-mestrale di critica del sistema penale e penitenziario* in formato elettronico (usando le estensioni .doc o .rtf) tramite il seguente indirizzo di posta elettronica: *rivista@associazioneantigone.it*.

La redazione valuterà in prima istanza i contributi pervenuti, verificandone la qualità scientifica e l'originalità del testo, nonché il grado di presumibile interesse per i lettori della *Rivista*.

Ogni contributo sarà valutato anonimamente da due studiosi competenti per materia tratti da una lista di nomi predeterminata dalla redazione della Rivista. A tale scopo, gli autori devono predisporre due pagine iniziali: la prima contenente nome, cognome, affiliazione accademica o di altro tipo, indirizzo di posta, telefono, e-mail e ruolo professionale; la seconda contenente il solo titolo del contributo. Gli autori riceveranno un parere scritto sul loro contributo entro tre mesi dalla sua ricezione da parte della redazione. Qualora il contributo fosse accolto per la pubblicazione, gli autori riceveranno una copia omaggio del fascicolo contenente il loro contributo.

Ciascun articolo non dovrà eccedere le 70.000 battute (spazi inclusi), note e riferimenti bibliografici inclusi. L'autore dovrà altresì preparare un *abstract* di circa 1000 battute, comprensivo delle parole chiave (da tre a cinque) ritenute significative, che verrà pubblicato nella *Rivista* all'inizio dell'articolo.

I titoli dei paragrafi devono essere numerati, ordinati secondo un criterio di progressione numerica e senza eccedere le cinque sotto-sezioni (es. 3.1; 3.2; 3.3...).

I riferimenti alle opere menzionate nel testo dovranno essere effettuati tra parentesi tonde secondo il sistema "autore/data", con l'iniziale del nome che precede il cognome, es.: (L. Ferrajoli, 1990). Le lettere a, b, c, andranno utilizzate per distinguere le citazioni di lavori differenti di un medesimo autore pubblicati nel corso dello stesso anno, es.: (L. Ferrajoli, 1990a; 1990b). Nel caso sia effettuata una citazione tra virgolette del testo si aggiungerà il numero della pagina citata (es. L. Ferrajoli, 1990, p. 234). Si precisa che il sistema di citazione autore/data consente comunque di utilizzare le note a piè di pagina quando la nota contenga un testo in cui si sviluppa un tema collaterale all'esposizione principale. Tutti i riferimenti effettuati nel testo dovranno essere elencati in ordine alfabetico (con indicazione del cognome e nome dell'autore), e in dettaglio, alla fine dell'articolo, utilizzando lo stile seguente:

Libri:

Ferrajoli Luigi (1990), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.

Nel caso di più libri dello stesso autore nello stesso anno:

Ferrajoli Luigi (1990a), ...

Ferrajoli Luigi (1990b), ...

Per libri antichi citati su riedizioni più recenti citare l'anno dell'edizione originale:

Beccaria Cesare (1764), *Dei delitti e delle pene*, ed. 2003, Feltrinelli, Milano.

Curatele:

Ceretti Adolfo e Giasanti Alberto (1996), a cura di, *Governo dei giudici*, Feltrinelli, Milano.

Articoli contenuti in opere collettive:

Salento Angelo (2009), *Pierre Bourdieu. La socioanalisi del campo giuridico*, in Giuseppe Campesi - Ivan Populizio - Nicola Riva (a cura di), *Diritto e teoria sociale. Introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo*, Carocci, Roma, pp. 131-164.

Articoli contenuti in riviste:

De Leonardis Ota (2009), *Verso un diritto dei legami sociali? Sguardi obliqui sulle metamorfosi della penalità*, in *Studi sulla questione criminale*, IV, 1, pp. 15-40.

Nei casi di citazioni di *siti internet* o di *quotidiani* occorre precisare l'indirizzo o la testata con relativa data, es.: in *La Stampa*, 12 dicembre 2003, oppure: in *www.ristretti.it*.

Regole grafiche

Non sono ammessi nel testo il **grassetto** e il sottolineato. Soltanto il titolo dell'articolo e quelli dei paragrafi vanno in **grassetto**.

Il *corsivo* va utilizzato per le parole o le espressioni in lingua straniera (compreso il latino): es. *prima facie*, *screening* etc. e quando si vuole enfaticizzare un termine.

Le virgolette servono *esclusivamente* per le citazioni e non per enfaticizzare determinate parole o passaggi espositivi (in questo caso si usi il *corsivo*).

Nelle citazioni i passaggi omessi vanno segnalati con tre puntini tra parentesi tonde: «nel caso in cui (...) la questione».

I riferimenti alle note a piè di pagina, così come le citazioni degli autori, vanno collocate prima del segno di interpunzione, es.:

- ... nella collaborazione con il sistema penitenziario¹.
- oppure: ... nella collaborazione con il sistema penitenziario (E. Santoro, 2000).

Il titolo dell'articolo e quelli dei paragrafi non vanno conclusi con il punto.

Gli acronimi vanno indicati con l'iniziale maiuscola e le altre lettere in maiuscoletto, senza spazi né punti tra le lettere, es.:

ONU (e non O.N.U.); CSM (e non C.S.M.).

Per designare organi il cui nome è composto da un sostantivo seguito da un aggettivo occorre usare la maiuscola per il sostantivo e il minuscolo per l'aggettivo (es. Corte costituzionale, Dipartimento Amministrazione penitenziaria, Cassazione penale etc.).

Eventuali tabelle o grafici devono essere numerati progressivamente con l'indicazione del titolo e della fonte. Essi vanno inviati alla redazione con files separati rispetto al testo e devono essere in bianco e nero.