

**DIFESA LEGITTIMA E «C.I.E.».
LA VULNERABILITÀ GIURIDICA DI UNA DETENZIONE
“FUORI LEGGE”**

di Andrea Gaboardi*

Nota a [Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, giudice D’Ambrosio, imp. Aarrassi e al.](#)

Abstract. La sentenza in commento riguarda un caso di rivolta all’interno di un «C.I.E.» (Centro di identificazione ed espulsione). In questa nota, l’autore condivide la tesi sostenuta dal giudice, che ha ritenuto le condotte degli imputati giustificate dalla difesa legittima. L’autore analizza le cause e i possibili effetti di tale inedita conclusione, mettendo anche in luce numerosi profili di “vulnerabilità giuridica” della disciplina del trattenimento.

Abstract. The judgment under review deals with a case of riot within an Italian CIE (Centre for identification and expulsion). The author shares the thesis upheld by the judge, who has considered the conduct of the defendants justified by self-defense. The author analyzes the causes and the possible effects of this unprecedented conclusion. He also points out several aspects of “legal vulnerability”, which characterize the rules and regulations governing the detention of immigrants in CIEs.

SOMMARIO: 1. Premessa: il caso oggetto di giudizio. – 2. La configurabilità della difesa legittima: l’esistenza di una “situazione aggressiva”. – 2.1. L’oggetto dell’aggressione. – 2.2. Le modalità dell’aggressione. – 2.3. L’ingiustizia dell’offesa. – 2.3.1. L’ingiustizia alla stregua della legislazione ordinaria e della normativa dell’Unione europea. – 2.3.2. L’ingiustizia alla stregua delle norme costituzionali. – 2.4. L’attualità del pericolo. – 3. La “reazione difensiva”. – 3.1. La costrizione. – 3.2. La necessità di difendersi. – 3.3. La proporzionalità della reazione. – 4. A mo’ di conclusione: la disciplina dei «C.I.E.» si scopre “debole”.

1. Premessa: il caso oggetto di giudizio

La sentenza in commento ha deciso il caso di una “rivolta” all’interno di un Centro di identificazione e di espulsione¹ calabrese: alcuni stranieri ivi trattenuti erano

* Si ringrazia il dott. Bruno Brancati per gli originali e preziosi stimoli di cui è stato munifico nel corso dei nostri numerosi scambi di vedute sul concetto di dignità umana e sul tema dei «C.I.E.».

¹ Sull’origine di tali centri, introdotti con il diverso nome di Centri di permanenza temporanea e assistenza dalla l. 6 marzo 1998, n. 40, v. I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una “terra di nessuno” tra ordine giuridico e fatto politico*, in <http://www.costituzionalismo.it/articoli/232>, 7 novembre 2006,

saliti sul tetto di uno dei moduli abitativi della struttura e da qui avevano gettato all'indirizzo del personale di vigilanza calcinacci e altro materiale prelevato all'interno. La protesta, protrattasi per diversi giorni, aveva, nelle intenzioni degli organizzatori, essenzialmente due finalità: da un lato, reagire in modo plateale contro un'operazione di bonifica (in sostanza, un'attività di para-perquisizione dei ristretti e dei luoghi in cui questi soggiornavano) condotta dalle forze dell'ordine poco prima e avvertita da molti come un sopruso; dall'altro, più radicalmente, il riacquisto della libertà personale, a fronte di condizioni di vita all'interno del centro descritte come inumane.

Il Tribunale si è trovato, in particolare, a giudicare su un'imputazione di resistenza a pubblico ufficiale aggravata ai sensi dell'art. 339 c.p. e di danneggiamento pluriaggravato (*ex artt. 635, comma 2, e 625 n. 7 c.p.*), dal momento che i protestanti – per reperire il materiale da gettare contro il personale di vigilanza – avevano sostanzialmente depredato il modulo abitativo in cui si trovavano; inoltre, attraverso il lancio di oggetti dal tetto avevano colpito anche un automezzo delle forze di polizia. Il tutto, ovviamente, cagionando ingenti danni.

I fatti, così riassunti, erano stati pacificamente ammessi dagli imputati e non si rivelavano certo di difficile qualificazione giuridica. Nessuna difficoltà probatoria, pertanto, e – si potrebbe dire – *nihil sub sole novi*: tanto più che episodi di protesta o, addirittura, di rivolta sono oramai assai frequenti all'interno degli affollati «C.I.E.»² e taluni di essi sono stati oggetto di precedenti sentenze di condanna³.

Il giudice, tuttavia, dimostrandosi straordinariamente sensibile al dibattito sulla legittimità sia in astratto sia in concreto della “detenzione amministrativa” nei suddetti centri, non si è appagato dell'apparente semplicità del caso sottopostogli e ne ha approfondito i profili di anti-giuridicità obiettiva. La “fata morgana” di un fatto tipico così limpido e incontestato si è così inaspettatamente dissolta e ha mostrato il suo volto ingannevole una volta che l'integrazione della fattispecie scriminante contemplata dall'art. 52 c.p. si è stagliata nitida sull'orizzonte della ragione.

4, e più di recente G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Dem. e dir.*, 2011, n. 3-4, 177 ss.

² Tra gli ultimi casi registrati dalle cronache, si possono qui ricordare la protesta presso il «C.I.E.» di Gradisca d'Isonzo (GO) nei giorni 17-18 agosto 2013; la rivolta presso il «C.I.E.» di Torino nei giorni 21-22 luglio 2013; quella presso il «C.I.E.» di Modena del 7 aprile 2013; quella, infine, presso la struttura di Roma Ponte Galeria del 18 febbraio 2013. Lo stesso centro calabrese (Crotone «Sant'Anna») oggetto della pronuncia in commento è stato, in seguito (agosto 2013), chiuso a causa delle devastazioni provocate da una rivolta dei trattenuti.

³ V., da ultimo, [Trib. Milano, 18 luglio 2012, Jaouadi e altri](#), oggetto di commento in [questa Rivista](#), 7 gennaio 2013, e in *Corr. mer.*, 2013, 517 s., con nota di G.L. GATTA. Più indietro nel tempo, v. *Trib. Milano*, 13 ottobre 2009, inedita. La frequenza delle rivolte e anche degli atti di autolesionismo nei «C.I.E.» si è, peraltro, notevolmente incrementata a seguito degli ultimi provvedimenti di ulteriore estensione della durata del trattenimento (da ultimo, il d.l. 23 giugno 2011, n. 89 ha aumentato la potenziale durata della detenzione amministrativa fino al limite massimo di diciotto mesi; in origine, il trattenimento non poteva, invece, protrarsi per più di trenta giorni). Ciò sarebbe dovuto al consequenziale peggioramento delle condizioni di vita dei ristretti. V., in proposito, A. DI MARTINO – F. BIONDI DAL MONTE – I. BOIANO – R. RAFFAELLI, *The criminalization of irregular immigration: law and practice in Italy*, Pisa, 2012, 102.

In queste brevi annotazioni, si cercherà allora di ripercorrere l'iter motivazionale della pronuncia in esame, verificando se e a che condizioni una rivolta nei «C.I.E.» – e precipuamente quella sopra illustrata – possa davvero ritenersi giustificata dalla difesa legittima. Nel condurre l'analisi, si è scelto di seguire pedissequamente la struttura della scriminante, per scongiurare il rischio di trascurare questo o quell'aspetto in un caso che – come si intuisce – si espone alla possibile forza accecante del convergere di contrapposte visioni ideologiche.

Dapprima, dunque, ci si soffermerà sui requisiti posti dall'art. 52 c.p. alla "situazione aggressiva" che costituisce – per così dire – il sostrato fattuale dell'ipotesi scriminante; in un secondo momento, ci si concentrerà, invece, sul profilo della legittimità della "reazione difensiva".

Da ultimo, si azzarderà qualche osservazione finale, anche in chiave prospettica. Se l'impostazione accolta nella sentenza in esame si dovesse rivelare corretta, ed anzi doverosa, forte e forse irresistibile sarebbe, infatti, la tentazione di gridare che finalmente, in materia di "detenzione amministrativa", «il re è nudo». Ciò, non solo perché si sarebbe riusciti così a smascherare le improvvide finzioni dei solerti eredi dei cortigiani di Andersen, ma anche nel senso più immediato e letterale: i pubblici poteri, che *in subiecta materia* agiscono perlopiù sottotraccia muovendosi tra le pieghe della disciplina secondaria (e talvolta senza neppure quella), si scoprirebbero "legittimamente minacciati" dall'esercizio di forme prevalenti di autotutela privata. Ma – si badi – la "nudità" del sovrano implicherebbe anche quella dei suoi funzionari, ed anzi se ne farebbe scudo: non si dimentichi, infatti, che in queste situazioni le reazioni, pur legittime, ricadrebbero su soggetti (gestori dei centri, forze dell'ordine, ecc...) perlopiù incolpevoli, in quanto esecutori di ordini insindacabili o comunque meramente dotati di "puntuali" funzioni operative.

2. La configurabilità della difesa legittima: l'esistenza di una "situazione aggressiva"

Il primo "polo" dell'analisi, come si accennava, deve essere dedicato all'accertamento della sussistenza di una "situazione aggressiva" nella vicenda in esame. Sul punto, la sentenza in commento si diffonde in un'accurata disamina, concentrandosi soprattutto sul profilo del rispetto da parte dell'amministrazione e dei giudici della normativa nazionale in materia di trattenimento, nonché sul tema – in parte contiguo e in parte interrelato – della conformità di quest'ultima alle fonti sovranazionali.

In questa sede, è bene procedere con il massimo ordine e approfondire ciascuno degli aspetti che, stante il disposto dell'art. 52 c.p., devono qualificare il contesto oggettivo in cui può lecitamente maturare una reazione di difesa implicante il compimento di condotte penalmente tipiche. Su ognuno di essi, del resto, la sentenza non manca di prendere un'esplicita posizione.

Nei prossimi paragrafi, il vaglio critico si focalizzerà, dunque, sulla ritenuta sussistenza dei requisiti attinenti: a) all'oggetto dell'aggressione; b) alle *modalità* di

realizzazione di quest'ultima; c) alla *qualificazione giuridica* dell'offesa; d) al tipo di *pericolo* richiesto ai fini della ricorrenza della causa di giustificazione.

2.1. L'oggetto dell'aggressione

Secondo l'opinione più convincente⁴, accolta sempre più anche dalla giurisprudenza⁵, possono costituire oggetto di un'offesa rilevante ai sensi dell'art. 52 c.p. tutte le situazioni giuridiche attive individuali (o, comunque, esponenziali di interessi individuali) del soggetto aggredito.

Nel caso analizzato dalla sentenza in commento è, allora, necessario identificare le posizioni soggettive che si assumono violate. Questa operazione, ovviamente, non può prescindere dalle finalità della protesta organizzata dagli imputati, che – sulla base delle loro stesse dichiarazioni e di riscontri oggettivi – possono così essere riassunte:

- a) esprimere veementi rimostranze contro l'attività di "bonifica" portata a termine dalle forze dell'ordine;
- b) riacquistare la libertà personale, anche per sottrarsi alle condizioni di vita inumane all'interno del centro.

Come appare evidente e come correttamente asserito nella pronuncia in esame, sono essenzialmente due i diritti soggettivi potenzialmente violati attraverso il trattenimento nel centro: il diritto alla libertà personale e il diritto alla dignità umana. Pur assumendo entrambi rango costituzionale (ed anzi assurgendo a veri e propri principi supremi dell'ordinamento), essi si distinguono nettamente l'uno dall'altro per la loro "capacità di resistenza" nel giudizio di bilanciamento con altri principi e, di conseguenza, per la loro "forza espansiva".

Il diritto alla libertà personale⁶, infatti, trova nell'art. 13 Cost. la misura della propria estensione: non sono ammesse forme di detenzione, ispezione, perquisizione o

⁴ Cfr., per tutti, T. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012, 163 s.; ID., voce *Difesa legittima*, in *Dig. pen.*, III, 1989, 500 s.; G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II ed., Torino, 2011, 287. L'impostazione più tradizionale adotta, invece, una nozione di «diritto» ancora più estesa e coincidente con ogni interesse oggettivamente protetto (cfr., per tutti, C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 36). Ormai superata è, invece, la tesi che restringe l'alveo applicativo della scriminante alle sole ipotesi di difesa di un diritto soggettivo *stricto sensu* inteso (cfr. G. BATTAGLINI, *Sulla legittima difesa*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 342).

⁵ Cfr., per tutte e sia pure con qualche persistente ambiguità, Cass., 3 marzo 2000, n. 2692, D'Apollo, in *Cass. pen.*, 2001, 478.

⁶ Sull'estensione di tale diritto la dottrina costituzionalistica è, peraltro, divisa: per un'illustrazione delle principali tesi in materia, v. C. MAINARDIS, sub *art. 13*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, 102 ss. La giurisprudenza costituzionale è perlopiù orientata, pur con qualche oscillazione, a favore di una nozione di libertà personale coincidente con la libertà fisica contro arbitrarie misure coercitive (cfr., *ex multis*, C. cost., 10 aprile 2001, n. 105; 12 giugno 1996, n. 194; 25 giugno 1980, n. 99; 23 giugno 1956, n. 2). In senso sostanzialmente conforme, v. per tutti G. AMATO, sub *art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 1 ss.; A. PACE, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, cit., 287 ss. La Corte costituzionale ha, peraltro, chiarito che anche lo straniero è titolare del diritto di cui all'art. 13 Cost.: v., *ex multis*, C. cost., 16 giugno 2000, n. 198.

altre modalità di restrizione della libertà personale che «per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Dunque, nel valutare la legittimità della reazione difensiva dei ristretti nel centro, occorrerà *in primis* chiedersi se l'indubbia⁷ restrizione della libertà personale, realizzata mediante il trattenimento, abbia rispettato le stringenti procedure stabilite nella suddetta disposizione costituzionale e riassumibili nella garanzia della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione. Il ragionamento dovrà naturalmente essere esteso anche alle attività di "bonifica" condotte dalle forze di polizia all'interno del centro.

Inoltre, bisognerà verificare se la disciplina che prevede il trattenimento, quand'anche rispetti i vincoli procedurali di cui all'art. 13 Cost., realizzi un corretto temperamento tra il diritto alla libertà personale e i beni che, con tale misura restrittiva, essa mira a tutelare (essenzialmente, ordine pubblico e controllo dei flussi migratori): non si deve, infatti, dimenticare che – nella logica del giudizio di bilanciamento – la privazione della libertà personale è possibile solo come *extrema ratio*, ovvero se non vi siano alternative che, tutelando ugualmente il bene di pari rango concorrente, comportino un sacrificio minore alla sfera delle libertà del destinatario⁸.

Diversa portata applicativa ha, invece, il diritto al rispetto della dignità umana, che affonda le sue radici nel combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost. Esso, implicando una valutazione assiologica di stampo universalistico che coinvolge la "globalità" di ogni singolo uomo nel proprio intrinseco finalismo, si mostra per sua natura refrattario a qualsiasi tentativo di graduazione e risulta, pertanto, insuscettibile di bilanciamento con altri principi costituzionali⁹. La dignità umana, del resto, ponendosi come sostrato pregiudiziale del principio personalista, incarna l'autentico fine "ultimo"

⁷ Un'affidabile conferma del carattere autenticamente detentivo del trattenimento nei «C.I.E.» si riceve dalla lettura delle disposizioni di cui all'art. 14, comma 7, T.U. Imm. e all'art. 21 d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394. In dottrina, tuttavia, contesta la possibilità di ricondurre l'istituto del trattenimento al novero delle restrizioni della libertà personale R. BIN, *Molti dubbi, un'unica certezza*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti: trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, secondo il quale si tratterebbe piuttosto di una misura a cavaliere tra l'incisione della libertà personale e la limitazione alla libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost. Per la sicura inclusione del trattenimento nella sfera di applicazione dell'art. 13 Cost., cfr. soprattutto C. cost., 10 aprile 2001, n. 105, cit. Tale sentenza, tuttavia, è stata giustamente criticata (cfr. E. GIANFRANCESCO, *La disciplina sul trattenimento e sull'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2001, 2716 ss.) nella parte in cui considera corollario indefettibile di ogni «assoggettamento fisico all'altrui potere» «la mortificazione della dignità dell'uomo». Tale impostazione, oltre a produrre l'assurdo risultato per cui ogni forma di restrizione della libertà personale sarebbe intrinsecamente vietata (dato che la Costituzione riconosce l'assoluta intangibilità della dignità umana), si scontra – a tacer d'altro – con la stessa sistematica del codice penale, che distingue tra reati contro la libertà personale (ad es., sequestro di persona) e reati contro la personalità individuale (delitti di schiavitù): nei primi, certo non è implicata la violazione della dignità umana che invece caratterizza in modo specifico e, per così dire, categoriale i secondi.

⁸ Così, ad es., C. MAINARDIS, sub art. 13, cit., 103.

⁹ In senso conforme, v. A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2010, 38 s.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/silvestri.html>; J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in <http://polis.unipmn.it/pubbl/RePEc/uca/ucapdv/luther79.pdf>, 6 ss. V. anche BVerGE 75, 369 (380).

dell'ordinamento, rispetto al quale le stesse norme costituzionali sono concepite come un semplice mezzo¹⁰: esse, infatti, traggono la loro "linfa vitale" proprio da tale parametro super- e meta-costituzionale, che guida – non a caso – anche la soluzione di eventuali conflitti tra principi.

In questo caso, sarà allora sufficiente appurare che le condizioni di vita all'interno del centro (o addirittura la stessa disciplina normativa che ne regola la gestione) realizzino una lesione della dignità umana: nessun ulteriore accertamento sull'illegittimità della violazione del diritto sarà necessaria, posto che il carattere *ingiusto* di un'offesa alla dignità umana risiede *in re ipsa*.

Sul punto, naturalmente, non possiamo che attenerci alle circostanze di fatto riportate in sentenza, la cui verisimiglianza è peraltro suffragata dai numerosi rapporti di enti e organizzazioni nazionali e internazionali sulle condizioni di detenzione nei «C.I.E.» italiani¹¹. Inoltre, l'affidabilità della ricostruzione operata nella pronuncia in commento appare ulteriormente avvalorata dall'ispezione diretta dei luoghi di detenzione disposta dal giudice. Un'iniziativa, quest'ultima, il cui merito – lo si dice *per incidens* – travalica il profilo della sua utilità processuale, giacché ha contribuito a far penetrare fisicamente – sia pure in via indiretta ed occasionale – l'attività di controllo e di tutela giurisdizionale all'interno di strutture, i «C.I.E.», normativamente sottratte alle regole della trasparenza¹² e, perciò, dello stesso metodo democratico¹³ di esercizio dei pubblici poteri.

¹⁰ Così A. SPADARO, *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, a cura di F.F. Segado, Madrid, 2003, 169 ss.

¹¹ Per un quadro aggiornato, v. l'accurata indagine di A. DI MARTINO – F. BIONDI DAL MONTE – I. BOIANO – R. RAFFAELLI, *The criminalization of irregular immigration*, cit., 102 ss. (è disponibile anche una versione ridotta in lingua italiana dal titolo *La criminalizzazione dell'immigrazione irregolare: legislazione e prassi in Italia*, Pisa, 2013, 51 ss.) e il recente rapporto dal titolo *Arcipelago CIE* curato da *Medici per i diritti umani*, in <http://www.meltingpot.org/IMG/pdf/arcipelagociesintesi.pdf>. La drammaticità delle condizioni di vita nei «C.I.E.» trova riscontro anche nel *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia* (6 marzo 2012), redatto dalla *Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, istituita presso il Senato della Repubblica: v. http://www.ristretti.it/commenti/2012/marzo/pdf1/rapporto_comm_diritti_umani.pdf. Critico sulle condizioni di trattenimento in tali strutture era stato anche il rapporto della *Commissione per le verifiche e le strategie dei centri per gli immigrati* (c.d. Commissione De Mistura) istituita dal Ministero dell'Interno nel 2007. Cfr., poi, il rapporto di *Amnesty International* dal titolo *Italia: presenza temporanea, diritti permanenti: il trattamento dei cittadini detenuti nei "centri di permanenza temporanea" (CPTA)*, 2005, in www.amnesty.eu; v. anche, più di recente, il rapporto di *Medici senza frontiere*, intitolato *Al di là del muro. Viaggio nei centri per migranti in Italia*, febbraio 2010, disponibile in forma sintetica sul sito www.medicisenzafrontiere.it. A livello sovranazionale, si vedano le relazioni delle attività del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e disumani o degradanti punizioni (CPT), che compie regolarmente visite presso i centri di detenzione per stranieri in tutti i Paesi europei. Per una rassegna delle diverse tipologie di centri per stranieri in Europa e nell'intera area mediterranea, si consulti il sito www.migreurop.it.

¹² Si pensi, a titolo di esempio, alla disciplina sull'accesso ai centri (per un certo periodo addirittura vietato ai giornalisti: v. circ. Min. Interno, 1° aprile 2011, prot. 1305 – 11050/110(4), poi revocata con direttiva del 13 dicembre 2011). Su di essa, v. soprattutto A. DI MARTINO – F. BIONDI DAL MONTE – I. BOIANO – R. RAFFAELLI, *The criminalization of irregular immigration*, cit., 103, dove si mettono in evidenza altre "sacche" di segretezza nella regolamentazione e nella concreta gestione dei «C.I.E.». I parlamentari (che non sono nemmeno considerati dall'art. 21, comma 7, d.P.R. 394/1999, che disciplina la materia degli accessi ai

Ebbene, la verifica disposta dal Tribunale ha fatto emergere, nel caso in esame, condizioni di detenzione drammatiche in strutture men che precarie o, per usare la cruda espressione contenuta in sentenza, «al limite della decenza, intendendo tale ultimo termine nella sua precisa etimologia, ossia di *conveniente alla loro destinazione*: che è quella di accogliere *esseri umani*». Pare qui opportuno ripercorrere in sintesi gli esiti dell'ispezione giudiziale, per fornire direttamente al lettore il "materiale" su cui si è innestato il predetto giudizio del Tribunale: i trattenuti, fra i quali anche gli imputati, erano costretti a dormire su materassi «luridi», privi di lenzuola e con coperte sporche; utilizzavano servizi igienici altrettanto luridi, con bagni "alla turca" e asciugamani sudici (a detta di uno degli imputati, mai sostituiti); consumavano, infine, pasti scarsi in locali senza sedie e senza tavoli.

Come si intuisce, il giudice ha avuto gioco facile nel ritenere tali condizioni in concreto lesive della dignità dei ristretti; tali violazioni della dignità – il Tribunale si è affrettato a specificare – non potevano reputarsi meno gravi per il solo fatto di riguardare immigrati irregolari, in quanto tali mediamente abituati a contesti abitativi precari. Il rispetto della dignità dell'uomo, infatti, non può essere apprezzato facendo uso di parametri diversi a seconda della provenienza o della situazione giuridica dei singoli individui, se non si vuole rinunciare ad attribuire a tale diritto una portata universale, sulla scorta peraltro di quanto chiaramente impone la stessa qualificazione della dignità come *umana*.

Dunque, non ha nessun senso parlare di soglie minime di dignità: tale espressione, ben lungi dal costituire una garanzia di rispetto di tale diritto supremo, si risolve in una sua subdola negazione. Non vi può essere, infatti, alcun accoglimento del principio della dignità umana che non contempi il *pieno ed incondizionato rispetto* di quest'ultima.

Su questo itinerario argomentativo, del resto, sembra convergere anche la motivazione della pronuncia in esame, che corrobora, peraltro, l'affermazione dell'obbligo di un pieno rispetto della dignità dei trattenuti richiamando alcune importanti fonti normative. Oltre ai citati articoli della nostra Costituzione, vengono evocati, in particolare, l'art. 3 CEDU e l'art. 14, comma 2, T.U. Imm. (che esige il «pieno rispetto» della dignità degli stranieri durante il trattenimento).

Per quanto – come si è visto – il diritto costituzionale alla dignità umana non sia suscettibile di compressione o di bilanciamenti, ragionare in termini di disciplina positiva si rivela estremamente proficuo, ed anzi indispensabile.

Ferma l'intangibilità del principio della dignità umana (e del correlativo diritto soggettivo), si possono in effetti registrare due situazioni (non per forza

centri) possono, peraltro, accedere di fatto alle strutture solo con previa autorizzazione, a differenza di quanto disposto per le visite agli istituti penitenziari.

¹³ La tesi di una vulnerazione indiretta del principio democratico (art. 1 Cost.), per effetto del regime di segretezza cui sono soggetti gli stessi regolamenti dei centri, è sostenuta da A. DI MARTINO, [La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale. Un pamphlet](#), in *questa Rivista*, 11 maggio 2012, 7; v. anche ID., I «C.I.E.», *le fonti e l'articolo 1 della Costituzione*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013 (in corso di pubblicazione).

completamente alternative). La prima presuppone che la legislazione ordinaria in materia di detenzione amministrativa nei «C.I.E.» risponda all'imperativo supremo del riconoscimento e della tutela della dignità delle persone in quanto tali: in questo caso, la violazione del diritto si anniderebbe, allora, nei meccanismi di attuazione regolamentare o meramente esecutiva della disciplina di rango primario o, come accade assai raramente, della stessa Costituzione. La seconda implicherebbe, invece, un contrasto diretto della legge ordinaria con il principio della dignità umana: uno scenario a tinte certo più fosche, ma forse meno preoccupante, considerato il regime di pubblicità a cui è soggetta la legge ordinaria e la sua assoggettabilità al sindacato della Corte costituzionale.

La differenza tra le due ipotesi è gravida di conseguenze per il giudice che – come nel nostro caso – debba valutare la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 52 c.p.

Nella prima situazione, infatti, gli sarà sufficiente accertare l'illegittimità della normativa secondaria, dei provvedimenti amministrativi o addirittura delle azioni esecutive della pubblica amministrazione: non avrà, pertanto, alcuna difficoltà a riconoscere la lesione di una situazione giuridica attiva e a dichiararne il carattere *contra ius* o, quantomeno, *sine iure*¹⁴. Il parametro di valutazione potrà essere costituito dalle norme costituzionali, oppure – più frequentemente – dal contenuto della legislazione ordinaria (comprese le regole generali sulla formazione degli atti amministrativi).

Nella seconda eventualità, al contrario, il giudice non avrà altra strada che quella di sollevare una questione di legittimità costituzionale delle norme ordinarie su cui si appuntano le censure di violazione del principio supremo della dignità dell'uomo (i parametri del sindacato di costituzionalità sarebbero innanzitutto costituiti dagli artt. 2-3 Cost. e dall'art. 117, comma 1, Cost., con l'art. 3 CEDU come norma interposta¹⁵). Dato che un'eventuale sentenza di accoglimento della Corte costituzionale avrebbe efficacia *ex tunc*, egli potrebbe (ed anzi dovrebbe) poi utilizzarla

¹⁴ Tale è, infatti, la natura che deve assumere l'offesa per poter essere qualificata come "ingiusta" alla stregua dell'art. 52 c.p.: così, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 164; ID., voce *Difesa legittima*, cit., 506 ss.; C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, loc. cit.

¹⁵ Sulla disciplina della CEDU come "fonte interposta" nel giudizio di costituzionalità a seguito delle note sentenze "gemelle" 348 e 349 del 2007, v., *ex multis*, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, 63 ss.; F. BIONDI DAL MONTE – F. FONTANELLI, *The Decisions No. 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: the Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System*, in *German Law Journal*, IX, 2008, 7, 889 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 2, 201; M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss. V. anche C. cost., 23 gennaio 2013, n. 7; 11 marzo 2011, n. 80. Sull'evoluzione, nella giurisprudenza costituzionale, della dottrina della fonte interposta in relazione all'art. 117, comma 1, Cost., cfr. V. MANES, [La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" \(art. 117, comma primo, Cost.\)](#), in *questa Rivista*, 28 gennaio 2013; più in generale, sulla collocazione e sulla sistematizzazione delle fonti sovranazionali (e internazionali) nella giurisprudenza della Corte costituzionale, v. ID., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

per statuire – retroattivamente – il carattere *ingiusto* dell’offesa arrecata alla dignità degli stranieri trattenuti.

Ebbene, di fronte a questo bivio procedurale, il Tribunale ha ritenuto, nel caso di specie, di poter imboccare la prima delle strade sopra illustrate. La scelta si è proprio fondata sulla riscontrata esistenza, nella disciplina legislativa del trattenimento, di una disposizione (l’art. 14, comma 2, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286¹⁶) che espressamente impone il «pieno rispetto» della dignità dei ristretti e obbliga l’amministrazione ad assicurare loro la «necessaria assistenza». Sia pure con un’affermazione generalissima, dunque, la disciplina in materia di trattenimento si adegua espressamente al principio del rispetto della dignità umana, né sono ravvisabili disposizioni di rango primario che contraddicano in modo esplicito la regola enunciata dall’art. 14, comma 2, T.U. Imm. (quantomeno con riferimento alla disciplina delle condizioni di trattenimento nei centri). Del resto, tale disposizione nazionale deve essere interpretata anche alla luce del diritto europeo e, in particolare, dell’art. 3 CEDU, che – come noto – sancisce il divieto di torture e di pene o trattamenti inumani o degradanti.

Il percorso seguito dal giudice appare dunque corretto e, addirittura, obbligato. Come si vedrà, non mancano infatti profili di dubbia costituzionalità della disciplina ordinaria che intaccano potenzialmente in via mediata anche la piena tutela della dignità dei trattenuti, pur così solennemente riconosciuta; ma, a tacer d’altro, la strada di un giudizio di costituzionalità in via incidentale sarebbe sbarrata, in un tale contesto, dal difetto di rilevanza della *quaestio legitimitatis*, a fronte di un’offesa alla dignità umana che si pone comunque già in contrasto con la disposizione generale di cui all’art. 14, comma 2, T.U. Imm.

Più complicato parrebbe, invece, prendere posizione sui rapporti tra il concetto di trattamento inumano o degradante (evocato dall’art. 3 CEDU e raffinato nel suo significato dall’ormai copiosa giurisprudenza della Corte di Strasburgo) e quello di violazione della dignità umana.

La questione assume, in particolare, notevole rilevanza proprio in sede di interpretazione dell’art. 14, comma 2, T.U. Imm. Il nodo problematico risiede soprattutto nel fatto che un consolidato orientamento del giudice sovranazionale¹⁷ richiede, per dichiarare il contrasto con l’art. 3 CEDU di una condotta lesiva di beni personali, l’avvenuto superamento di una soglia minima di gravità, da individuarsi sulla base delle caratteristiche del caso concreto. Se pare, in effetti, indubitabile che pene o trattamenti inumani o degradanti comportino una lesione della dignità delle persone che vi sono sottoposte, qualche perplessità potrebbe al contrario sorgere su quei trattamenti che non abbiano valicato la soglia minima di gravità: questi ultimi

¹⁶ D’ora in avanti indicato con la dicitura T.U. Imm.

¹⁷ Sul quale si rimanda a B. EMMERSON – A. ASHWORTH – A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, London, 2007, 746 ss. Tra le pronunce in cui non si è ritenuta violata la norma di cui all’art. 3 CEDU per mancato superamento della soglia minima di gravità, ricordiamo qui Corte EDU, 22 aprile 2010, *Sevastyanov c. Russia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1302; Corte EDU, 25 marzo 2010, *Mutlag c. Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 772.

potrebbero comunque ritenersi lesivi del principio supremo ricavato dagli artt. 2 e 3 Cost.?

Sul punto, la pronuncia in commento assume un atteggiamento pragmatico, ipotizzando una sostanziale autonomia tra il concetto di trattamento inumano o degradante e quello di violazione della dignità dell'uomo: ciò che consentirebbe di liberare l'interpretazione dell'art. 52 c.p. dal riferimento costante e indefettibile alla giurisprudenza di Strasburgo.

Sembra, tuttavia, che una simile divaricazione prospettica non si riveli necessaria. Essa, da un lato, non trova convincenti appigli sul piano semantico: se la dignità umana è un concetto relazionale¹⁸, come potrebbe negarla un contegno che non offende il senso di umanità o che non dimostra mancanza di umanità (tale può appunto definirsi il contrario di un comportamento "inumano")? Dall'altro lato, poi, l'autonomizzazione dei due concetti appare pressoché inutile, specialmente nel caso esaminato dalla sentenza in commento: con un profluvio di pronunciamenti in materia penitenziaria¹⁹, la Corte EDU ha ritenuto superata la soglia minima di gravità in situazioni di gran lunga meno precarie di quelle accertate presso il «C.I.E.» visitato dal giudice crotonese. E, come sottolineato dallo stesso Tribunale, analoghe valutazioni sono state sviluppate dalla giurisprudenza di Strasburgo proprio con riferimento alle condizioni detentive presso centri di trattenimento degli stranieri in attesa dell'esecuzione del provvedimento di espulsione o dell'esito del procedimento per la concessione di asilo politico: condizioni equivalenti o addirittura migliori di quelle descritte nella sentenza in esame²⁰.

Nel caso analizzato, non dovrebbe, pertanto, residuare alcun dubbio circa l'avvenuta violazione dell'art. 3 CEDU.

Peraltro, a prescindere dalla riscontrata illegittimità "convenzionale", un segnale del concreto calpestamento della dignità dei ristretti nel «C.I.E.» *de quo* proviene dalla stessa normativa nazionale e, in specie, dalla possibilità di sussumere, senza particolari acrobazie ermeneutiche, nel fatto tipico del reato di cui all'art. 572 c.p.

¹⁸ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, cit., § 6; così anche H. HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, in *AöR*, 1993, 353 ss.

¹⁹ Non è possibile, ovviamente, dar conto qui dell'intera giurisprudenza di Strasburgo sulle condizioni di fatto della detenzione. Tra le decisioni più recenti, ricordiamo Corte EDU, 24 luglio 2012, *Iacov Stanciu c. Romania*; Corte EDU, 20 ottobre 2011, *Mandic e Jovic c. Slovenia*. L'Italia è stata più volte condannata per il sovraffollamento dei suoi stabilimenti penitenziari: cfr. Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in *Rass. penit. crim.*, 2009, 175, e in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1175, con nota di G. GARUTI, *La situazione carceraria in Italia*; da ultimo, v. la sentenza-pilota Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, con nota di G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss. e di F. VIGANÒ, [Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: l'Italia chiamata all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno](#), in *questa Rivista*, 9 gennaio 2013.

²⁰ Si tratta di pronunce riguardanti quasi tutte la Grecia: cfr. soprattutto Corte EDU, 22 gennaio 2011, *M.S.S. c. Grecia* e Belgio; Corte EDU, 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grecia*. Per un quadro della giurisprudenza di Strasburgo in materia di compatibilità delle condizioni di "detenzione amministrativa" con l'art. 3 CEDU, v. A. COLELLA, [La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2012, 222 s.; EAD., [La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti](#), *ivi*, 2011, 237.

il trattamento riservato agli stranieri all'interno di tale struttura. Al proposito, valgono le puntuali e persuasive osservazioni recentemente proposte rispetto ad analoghe situazioni di sovraffollamento e degrado che si registrano negli istituti penitenziari²¹. Qui preme solo ricordare come la dottrina più avveduta, confortata dall'esegesi giurisprudenziale, abbia identificato il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di maltrattamenti proprio con l'individuo «nell'intera sua dimensione e dignità di persona»²².

2.2. Le modalità dell'aggressione

Una volta appurata l'offesa ai beni della libertà personale e della dignità della persona, è necessario soffermarsi sulle *modalità* con cui la lesione di tali situazioni giuridiche attive è stata realizzata: il che significa individuare anche i soggetti resisi autori della condotta aggressiva e, perciò, potenzialmente esposti ad una reazione *legittima*.

Per quanto concerne le restrizioni della libertà personale, devi ritenersi pacifico che entrambe (l'internamento nel «C.I.E.» e l'operazione di bonifica effettuata dalle forze dell'ordine) siano scaturite da condotte attive. Esse sono state compiute da un novero di soggetti piuttosto ampio, ma comunque circoscritto: la bonifica è riconducibile a chi l'ha ordinata e organizzata, oltre che agli agenti di polizia che l'hanno concretamente eseguita; il trattenimento è stato disposto dal questore, confermato da un giudice, eseguito dalle forze dell'ordine, che ne hanno assicurato anche il mantenimento attraverso la sorveglianza del centro.

Le modalità di lesione della dignità umana, invece, appaiono più complesse: dalle condizioni di vita descritte nella sentenza in esame si evince che a prevalere siano stati soprattutto comportamenti omissivi da parte dei gestori del centro, dell'amministrazione e, più in generale, di tutti i soggetti a vario titolo coinvolti nell'organizzazione di tali strutture e nella vigilanza su di esse. La circostanza, peraltro, non pone particolari problemi, dato che – per opinione ormai consolidata in dottrina²³ – è ammessa la difesa legittima anche contro offese derivanti da comportamenti omissivi, tanto che questa si rivolga all'omittente per indurlo ad agire, quanto che coinvolga beni o soggetti diversi, dai quali l'offesa si trovi immediatamente a scaturire.

²¹ Cfr. A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 1261 ss. V. anche T. PADOVANI, *Se i detenuti sono vittime del reato di maltrattamenti*, in www.radiocarcere.com, 30 settembre 2009.

²² F. COPPI, voce *Maltrattamenti in famiglia*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 236.

²³ Cfr., per tutti, T. PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., 505; ID., *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 675 s.

2.3. L'ingiustizia dell'offesa

Come si è visto, l'accertata violazione del diritto soggettivo ad un "trattamento" conforme al principio della dignità umana appare di per sé sola sufficiente a ritenere integrato il requisito dell'ingiustizia dell'offesa nella sua manifestazione più eclatante (e meno discussa), quella di un vero e proprio contegno *contra ius*.

Nondimeno, si è anche accennato alla lesione, per effetto della condotta di "trattenimento" nei «C.I.E.», di un altro diritto, quello alla libertà personale. Esso, a differenza del diritto al rispetto della propria dignità in quanto "uomo", non è incondizionato ed anzi trova nell'art. 13 Cost., che pure lo enuncia solennemente, i termini e le modalità di un suo possibile sacrificio a fronte di beni confliggenti. È opportuno, allora, verificare se la restrizione della libertà personale subita dagli imputati nel centro calabrese fosse legittima alla stregua sia della legislazione ordinaria sia, soprattutto, dell'art. 13 Cost.

2.3.1. L'ingiustizia alla stregua della legislazione ordinaria e della normativa dell'Unione europea

In primis, occorre soffermarsi sulla legittimità dei provvedimenti con cui è stato disposto il trattenimento degli imputati all'interno del «C.I.E.» calabrese: a questo profilo – pur non decisivo ai fini dell'accertamento dell'antigiuridicità delle condotte tenute dai protestanti, in presenza di una già accertata violazione del diritto alla dignità umana – è dedicata, del resto, larga parte della pronuncia in esame.

Giustamente, il Tribunale ha individuato il parametro di legittimità dei provvedimenti di trattenimento nell'art. 14 T.U. Imm., il quale regola la fase esecutiva dei provvedimenti di espulsione. Esso deve essere interpretato in conformità del diritto europeo e, in particolare, della disciplina dettata dalla c.d. "direttiva rimpatri" del 2008 (dir. del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea 2008/115/CE)²⁴; qualora, poi, tale disposizione interna dovesse risultare incompatibile con il citato provvedimento normativo sovranazionale, il giudice nazionale è tenuto a non

²⁴ Come interpretata, peraltro, dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Per una valutazione dell'impatto di tale direttiva sull'ordinamento penale italiano, a seguito della famosa sentenza "El Dridi" (CGUE, sez. I, 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, *El Dridi*), si rinvia a A. DI MARTINO – R. RAFFAELLI, [La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano](#), in *questa Rivista*, 26 luglio 2011, ove si sottolinea come la direttiva concepisca il *favor libertatis* da essa riconosciuto in una logica di "strumentalità" rispetto allo scopo primario di assicurare la massima efficacia alle procedure di espulsione nei singoli Stati membri. Cfr., poi, G. MORGANTE, *Le "relazioni pericolose" tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea*, in *Leg. pen.*, 2012, 85 ss.; M.T. COLLICA, [Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente](#), in *questa Rivista*, 24 giugno 2011; A. NATALE, *La direttiva rimpatri, il testo unico immigrazione ed il diritto penale dopo la sentenza El Dridi*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, n. 2, 17 ss.; C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2009.

applicarla attribuendo per converso prevalenza al diritto europeo, ove questo contenga una disciplina *self executing*²⁵.

Orbene, l'art. 14 T.U. Imm., nella versione successiva alla novella operata con d.l. 89/2011²⁶, assegna al questore la competenza a disporre il trattenimento dello straniero espellendo; assicura, poi, un controllo giurisdizionale sul provvedimento questorile, assoggettando quest'ultimo all'obbligo di convalida da parte del giudice di pace²⁷. Stabilisce, poi, alcuni requisiti indefettibili per il ricorso al trattenimento: a) un provvedimento di respingimento o di espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera; b) la non immediata eseguibilità del respingimento o dell'espulsione con accompagnamento coattivo a causa di situazioni «che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento»; c) l'assenza di circostanze che rendano impossibile l'allontanamento, dato che le situazioni di cui sopra devono essere di natura *transitoria* e visto che lo straniero può essere trattenuto solo «per il tempo strettamente necessario» al conseguimento di tale obiettivo.

Come è stato osservato dalla dottrina²⁸, per vero, non tutti questi requisiti paiono conformi alle disposizioni della direttiva.

In primo luogo, l'art. 15 dir. 2008/115/CE consente il ricorso al trattenimento degli stranieri non in presenza di qualsivoglia situazione, sia pure transitoria, che ostacoli la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, ma solo in due casi: a) allorché sussista un rischio di fuga dello straniero; oppure b) quando quest'ultimo eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Dunque, la norma nazionale non può trovare applicazione con riferimento alle ipotesi nelle quali consente il trattenimento in assenza di uno dei suddetti requisiti posti dalla normativa europea, requisiti che sembrano giustificare il ricorso alla restrizione della libertà personale solo a fronte di effettive o potenziali condotte non collaborative dello straniero. Così, le stesse situazioni esemplificativamente elencate dal legislatore all'art. 14 T.U. Imm. non possono, in realtà, giustificare sempre il trattenimento: si pensi alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o

²⁵ Così a partire da C. cost., 5 giugno 1984, n. 170. V. anche C. cost., 18 aprile 1991, n. 168. Costituiscono diritto europeo direttamente applicabile anche le sentenze rese dalla Corte di Giustizia in sede pregiudiziale e contenziosa (C. cost., 11 luglio 1989, n. 389; C. cost., 23 aprile 1985, n. 113). In realtà, la successiva giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ha esteso l'istituto della "non applicazione" ben oltre i contrasti tra la disciplina interna e le disposizioni sovranazionali direttamente applicabili: v. soprattutto CGUE, Gr. Sez., 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold – Rüdiger Helm*.

²⁶ Con tale provvedimento normativo si è inteso adeguare l'ordinamento interno proprio alla c.d. "direttiva rimpatri": sulle modifiche apportate nel 2011, v. per tutti G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, n. 3, 30 ss.

²⁷ La competenza è stata attribuita a tale magistrato onorario dalla l. 12 novembre 2004, n. 271. Numerose le critiche appuntatesi sull'attuale regime di competenza: v., per tutti, A. CAPUTO – L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 3, 18. Il decreto di convalida del giudice di pace non è assoggettabile ad impugnazione, salvo il ricorso per cassazione per motivi di legittimità (privo, peraltro, di effetto sospensivo: v. art. 14, comma 6, T.U. Imm.).

²⁸ V., per tutti, A. NATALE, [La direttiva 2008/115/CE. Il decreto legge di attuazione n. 89/2011 – Prime riflessioni a caldo](#), in *questa Rivista*, 24 giugno 2011, 5 ss.

la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo; si pensi ancora alle circostanze di cui all'art. 13, comma 4-*bis*, T.U. Imm., qualora si dovesse accedere alla pur plausibile interpretazione che limita il rinvio operato dall'art. 14 a tale ultima disposizione alla sola casistica astratta ivi riportata, senza estenderlo alla necessità di una valutazione caso per caso del pericolo di fuga dello straniero (valutazione, invece, imposta al prefetto dall'art. 13, comma 4-*bis*, T.U. Imm. per l'emissione di un decreto di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica).

L'art. 15 della direttiva consente, in definitiva, di prendere in considerazione, ai fini del trattenimento, le situazioni indicate dall'art. 14 T.U. Imm. solo purché queste si accompagnino in concreto ad un rischio di fuga o a un contegno non collaborativo dello straniero nella preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento: un risultato a cui si giunge, in parte, non applicando frammenti della disciplina nazionale, in parte interpretando quest'ultima – come pare possibile nel caso del rinvio dell'art. 14 all'art. 13, comma 4-*bis*, T.U. Imm. – conformemente al diritto sovranazionale.

In secondo luogo, la disciplina posta dal novellato art. 14 T.U. Imm. si rivela carente anche sul piano dell'attuazione del c.d. *principio di proporzionalità* che – secondo il chiaro disposto dell'art. 15, § 1, dir. 2008/115/CE²⁹ – deve governare la scelta di restringere la libertà personale dello straniero per preparare il respingimento o l'espulsione. Tale principio, nell'adeguare il trattenimento al canone dell'*extrema ratio*, implica l'adozione di tale misura solo allorché si accerti, sulla base di una specifica valutazione del singolo caso, che ogni altro provvedimento meno afflittivo si riveli insufficiente ad assicurare l'esecuzione della decisione di rimpatrio o di allontanamento.

Vero è che il d.l. 89/2011 ha provveduto, contrariamente a quanto si sostiene nella sentenza in esame, a indicare alcune possibili misure meno restrittive alternative alla detenzione nei «C.I.E.», riproducendo nel nuovo comma 1-*bis* dell'art. 14 T.U. Imm. tre dei quattro provvedimenti coercitivi contemplati dall'art. 7, § 3, dir. 2008/115/CE per i casi di pericolo di fuga dello straniero sottoposto a una procedura di allontanamento³⁰; tuttavia, esso si è limitato a prevedere l'adozione di tali misure meno invasive come mera possibilità lasciata alla discrezionalità del Questore, non premurandosi di sancire espressamente il carattere sussidiario del trattenimento rispetto a queste ultime. Inoltre, la disciplina italiana si pone in evidente contrasto con la direttiva nel momento in cui subordina l'applicabilità di suddette misure alla presenza simultanea di due condizioni: *a*) il possesso di passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità; *b*) l'assenza di un decreto di espulsione emesso per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato ai sensi dell'art. 13,

²⁹ V. l'interpretazione di tale disposizione fornita da CGUE, sez. I, 28 aprile 2011, *El Dridi*, cit., §§ 38-47.

³⁰ Si prevedono, infatti, le seguenti misure: la consegna del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; l'obbligo di presentazione, in giorni e orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. Non è, invece, contemplata la misura della costituzione di una garanzia finanziaria adeguata.

commi 1 e 2, lett. c), T.U. Imm. ovvero ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv., con modificazioni, dalla l. 31 luglio 2005, n. 155.

Pertanto, con riferimento alle misure coercitive di cui all'art. 14, comma 1-*bis*, T.U. Imm., deve ritenersi che la loro applicazione in luogo del trattenimento in un «C.I.E.» sia obbligatoria laddove esse siano sufficienti a garantire la tempestiva esecuzione del rimpatrio o dell'allontanamento e, dunque, a scongiurare il rischio di fuga e/o a contrastare eventuali condotte elusive od ostruzionistiche dell'espellendo. Inoltre, la disciplina nazionale non può trovare applicazione nella parte in cui subordina a condizioni di natura generale e astratta l'adozione di tali provvedimenti meno afflittivi: sarà, invece, sempre necessario un accertamento in concreto della loro inadeguatezza a fronteggiare il rischio di fuga e/o i comportamenti non collaborativi dello straniero.

Risponde, invece, pienamente alle prescrizioni della direttiva la disciplina italiana del procedimento amministrativo, che prevede (art. 3 l. 10 agosto 1990, n. 241) l'obbligo di motivazione in fatto e in diritto per ogni provvedimento dell'amministrazione che non sia un atto normativo o non abbia un contenuto generale. Da quanto sopra osservato discende, peraltro, che la motivazione del decreto questorile³¹ debba, da un lato, estendersi alla dimostrazione della sussistenza dei requisiti che legittimano il ricorso al trattenimento (rischio di fuga e/o condotta non collaborativa dell'espellendo) e, dall'altro, ricomprendere anche l'esposizione delle ragioni per cui, nel caso concreto, non sia stato possibile disporre misure diverse dalla restrizione della libertà personale.

Va da sé che – come del resto si premura di stabilire l'art. 15, § 2, della direttiva – l'illegittimità del provvedimento di “detenzione amministrativa” dello straniero comporti l'immediata liberazione di quest'ultimo.

Così sommariamente ricostruita nei suoi tratti più qualificanti la disciplina legislativa che regola il trattenimento, non si può che condividere l'opinione del giudice crotonese che ha proposto per l'illegittimità di tutti i decreti questorili sottoposti alla sua attenzione. Due di essi erano, infatti, del tutto privi di motivazione sia in ordine ai requisiti della misura sia con riferimento al profilo dell'inadeguatezza di misure meno afflittive. L'altro, invece, pur non argomentando sulla proporzionalità del trattenimento, forniva spiegazioni più dettagliate in relazione alle situazioni che – a detta del Questore – consentivano tale misura restrittiva: la pericolosità sociale dello straniero, come ricavabile dai suoi precedenti penali e di polizia, e il pericolo di fuga, desumibile dalla mancata produzione di idonea documentazione che comprovasse la disponibilità di un alloggio e dalla carenza di mezzi di sostentamento leciti. Quanto al primo supposto requisito del trattenimento, il Tribunale ha avuto gioco facile nel

³¹ Evidenzia l'importanza di una motivazione completa del provvedimento amministrativo con cui si dispone il trattenimento (soprattutto al fine di rendere effettivo lo scrutinio giurisdizionale in sede di convalida) R. ROMBOLI, *Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione: la Corte costituzionale afferma importanti principi, ma lo fa sottovoce*, in *Foro it.*, 2001, I, 2709 s. Secondo Romboli, ancor prima che dalla disciplina del procedimento amministrativo, l'obbligo di motivazione del decreto questorile discenderebbe dal carattere sostanziale della riserva di giurisdizione, che non può risolversi in un mero “guscio” formale.

richiamare una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea con cui è stato tassativamente escluso il ricorso a tale misura per ragioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza³²: del resto, anche la disciplina nazionale non sembra contemplare un'ipotesi del genere. Semmai, motivi di ordine e sicurezza, insieme al rischio di fuga, possono a vario titolo incidere sul provvedimento di respingimento o di espulsione, che sta a monte dell'eventuale trattenimento, ma il decreto di cui all'art. 14 T.U. Imm. è atto autonomo e distinto rispetto ad esso, fondandosi su presupposti applicativi diversi e assai più stringenti. Proprio questa constatazione ha, d'altro canto, indotto il giudice a valutare insufficiente anche la motivazione in punto di pericolo di fuga: essa, infatti, da un lato, si limitava a riprodurre quella articolata dal Prefetto per giustificare l'accompagnamento coattivo alla frontiera, non aggiungendo ulteriori elementi rispetto soprattutto all'adottabilità o meno di misure coercitive più lievi; dall'altro, risultava addirittura incongruente ed illogica se confrontata con il contenuto del provvedimento di espulsione da cui poteva evincersi al contrario un forte radicamento dello straniero nel territorio italiano.

Corretta ci sembra, pertanto, la conclusione del giudice: la detenzione degli imputati nel centro calabrese poteva, senz'altro, definirsi «ingiusta» ai sensi dell'art. 52 c.p., in quanto innanzitutto contrastante con la disciplina nazionale e sovranazionale sul trattenimento.

2.3.2. L'ingiustizia alla stregua delle norme costituzionali

Il nostro sguardo deve, però, a questo punto allargarsi alla verifica della legittimità costituzionale della disciplina del trattenimento. Non si tratta, per vero, di indugiare su un mero esercizio di tecnica giuridica, privo di ricadute applicative: indubbiamente, nella vicenda processuale in esame, il giudice mai avrebbe potuto sollevare una questione di costituzionalità di tale normativa con qualche speranza di successo (in ragione della sua palese irrilevanza a fronte dell'avvenuto accertamento di condotte in ogni caso – e sotto più profili – contrastanti con la stessa legge ordinaria), ma ci sembra che il tema non possa essere in questa sede eluso, se si vuole saggiare fino a che punto, in ipotesi, la causa di giustificazione della difesa legittima possa, anche attraverso un incidente di costituzionalità, interferire con la regolare esecuzione dei provvedimenti di trattenimento. Occorre, dunque, prescindere per un istante dalle particolarità del caso deciso nella pronuncia in commento.

In proposito, l'analisi deve concentrarsi su due profili: in primo luogo, sul rispetto da parte della normativa primaria delle scansioni procedurali prescritte dall'art. 13 Cost. per qualsiasi restrizione della libertà personale; inoltre, sulla ragionevolezza e sulla proporzione del ricorso a una compressione della libertà per tutelare i beni dell'ordine pubblico e del controllo dei flussi migratori.

³² CGUE, Gr. Sez., 30 novembre 2009, C-357/09, *Kadzoev*.

Il secondo profilo, pur essendo di estremo interesse e coinvolgendo l'istituto del trattenimento nei «C.I.E.» nelle sue stesse “fondamenta ideologiche”, merita tuttavia di essere – almeno in questa sede – liquidato in poche battute: chiunque si cimenti nel tentativo di dimostrare l'irragionevolezza della detenzione amministrativa nei «C.I.E.», perlomeno nella forma conferitale oggi dal legislatore, non può che imbattersi, durante il suo ammirevole cammino, nell'ingombrante ostacolo rappresentato dall'art. 5, § 1, lett. f) CEDU, che – come è noto – contempla tra le ipotesi consentite di privazione della libertà personale «l'arresto o [...] la detenzione legittima di una persona per impedirle di entrare nel territorio clandestinamente o contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione»: un indizio, non insuperabile ma certo estremamente affidabile, della piena conformità anche alla nostra Costituzione di un bilanciamento tra principi che abbia come esito la soccombenza (seppure a determinate condizioni e per un tempo rigorosamente limitato) del diritto alla libertà personale rispetto alle esigenze di regolazione e contenimento dei flussi migratori. D'altronde, la nostra Corte costituzionale, pur non essendo stata investita direttamente di una questione impostata in termini di ragionevolezza, ha sempre implicitamente dato per assodata la legittimità dell'istituto del trattenimento degli stranieri espellenti³³.

Piuttosto, è necessario soffermarsi sull'altro profilo, quello del rispetto della procedura prevista dall'art. 13 Cost., visto che – come evidenziato dalla più convincente dottrina costituzionalistica³⁴ – il più solido baluardo contro provvedimenti arbitrari in materia di libertà personale è proprio costituito, in assenza di vincoli finalistici³⁵, dalla garanzia della riserva di legge e di giurisdizione.

In effetti, questo è il versante su cui la disciplina del trattenimento sembra mostrare i più vistosi segni di cedevolezza. Gli attriti con l'art. 13 Cost. sono stati, innanzitutto, tradizionalmente rinvenuti nella previsione in via ordinaria della privazione della libertà mediante il trattenimento nei «C.I.E.» ad opera dell'autorità amministrativa, mentre l'art. 13, comma 3, Cost. contempla l'adozione di provvedimenti restrittivi ad opera dell'autorità di pubblica sicurezza solo «in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge»³⁶. I dubbi di costituzionalità addensatisi sul c.d. requisito dell'*eccezionalità*³⁷ (ma mai sottoposti allo

³³ V. ancora una volta C. cost., 10 aprile 2001, n. 105, cit.

³⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova, 1992, 190 s. V. anche C. MAINARDIS, sub art. 13, cit., 103.

³⁵ Contrariamente a quanto sostenuto da una parte minoritaria della dottrina (v. L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 938 ss.; ID., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 23 e *passim*), l'art. 13 Cost. non pare, infatti, contenere una riserva di legge rinforzata.

³⁶ Sottolinea questo aspetto, tra gli altri, P. BONETTI, *Considerazioni generali sul fondamento giuridico-costituzionale del trattenimento*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 607 ss.; ID., *Profili costituzionali della convalida giurisdizionale dell'accompagnamento alla frontiera*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 13 ss.

³⁷ Su tale requisito, v. R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza*, in AA.VV., *Stranieri e diritti*, cit., 12. Secondo l'A. esso non evocerebbe tanto la «rarità della fattispecie» quanto piuttosto «il fenomeno del

scrutinio della Corte costituzionale) non appaiono, peraltro, dissipati dall'efficacia diretta della c.d. "direttiva rimpatri": essa, infatti, si è limitata di fatto a ridurre il novero delle situazioni che legittimano il trattenimento (ora circoscritte al rischio di fuga e al contegno non collaborativo dello straniero), ma non ha modificato l'assetto normativo nazionale nella parte in cui assegna in via generale ed esclusiva l'adozione del provvedimento restrittivo al questore e non individua invece specifici casi di necessità e urgenza che, soli, legittimino il ricorso a tale procedura più snella. L'identificazione di queste ipotesi eccezionali, che implicano un apprezzamento della necessità e dell'urgenza del trattenimento in rapporto agli obiettivi perseguiti tramite tale istituto, si rivela pertanto ad oggi del tutto carente, non essendo certo ammissibile presupporre – come fa la disciplina attuale – che ogni provvedimento di trattenimento (anche qualora sussista un pericolo di fuga) presenti come connotato suo proprio quello di un'intrinseca urgenza.

Ulteriori profili di incostituzionalità della disciplina dei «C.I.E.» sono stati, inoltre, prospettati in un vibrante ma al contempo ragionato *pamphlet* a firma di Alberto di Martino³⁸ e recentemente ripresi in un'ordinanza con cui il Giudice di Pace di Roma³⁹ ha sollevato questione di legittimità costituzionale, tra l'altro, dell'art. 14 T.U. Imm.: tali profili, in particolare, si basano sulla formulazione del secondo comma dell'art. 13 Cost., che ammette restrizioni della libertà personale solo quando queste siano disposte «per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Ebbene, nella legislazione di rango primario che regola la "detenzione amministrativa" degli stranieri, a difettare sarebbe soprattutto la disciplina in via generale ed astratta dei *modi* del trattenimento⁴⁰: qualche accenno, peraltro estremamente scarno e problematico, alle condizioni generali del trattamento degli stranieri all'interno dei «C.I.E.» è contenuto solo nella normativa di rango secondario (artt. 20-23 d.P.R. 394/1999), la quale a sua volta delega la concreta definizione delle modalità del trattenimento (art. 21, comma 8, d.P.R. 394/1999) a fonti ulteriormente subordinate (emanate dal prefetto, sentito il questore): il tutto, dunque, è

porsi fuori dalle regole ordinarie (rappresentate nel nostro caso dall'intervento dell'autorità giudiziaria), le quali non possono essere seguite a causa dell'esistenza di ragioni di "necessità ed urgenza".

³⁸ A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, cit., 3 ss.

³⁹ G.d.P. Roma, sez. Stranieri, (ord.) 10 giugno 2013, in www.unitademocraticagiudicidipace.it. L'ordinanza ha, peraltro, ritenuto non manifestamente infondata anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 5-ter, T.U. Imm., nella parte in cui prevede che «al fine di assicurare la tempestività del procedimento di convalida dei provvedimenti di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 13, ed all'art. 14, comma 1, le questure forniscono al giudice di pace, nei limiti delle risorse disponibili, il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo», per contrasto con gli artt. 2, 3, 10, 13, 24, 97, 111 e 117, comma 1, Cost. In relazione all'ultima disposizione citata, norma interposta sarebbe l'art. 5 CEDU. Il remittente, in particolare, ha rilevato come, mediante la norma censurata, venga sostanzialmente attribuito al Ministero dell'Interno il potere di scegliere il giudice di pace competente alla convalida del trattenimento.

⁴⁰ Nel T.U. Imm., infatti, si trovano soltanto la previsione generalissima di cui al secondo comma dell'art. 14, che impone il rispetto della dignità umana e della libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno, e il disposto di cui all'art. 2, comma 6, in tema di traduzione di determinati atti in una lingua comprensibile allo straniero o comunque in una delle lingue "veicolari".

demandato alla discrezionalità delle autorità amministrative decentrate, senza che sia rinvenibile – né nel regolamento del 1999, né nel decreto legislativo del 1998 – alcuna direttiva di carattere generale che si premuri quantomeno di assicurare l'uniformità delle condizioni di detenzione sul territorio nazionale. Del resto, la normativa primaria non si preoccupa neppure di vincolare il Ministro dell'Interno a dei criteri generali nella scelta in concreto dei "luoghi" di detenzione, fissando requisiti minimi o ponendo precisi limiti alla riconversione all'uopo di strutture già esistenti⁴¹.

Tutto ciò non solo appare in netto contrasto con l'art. 13, comma 2, Cost. (la riserva, peraltro assoluta, di legge non è rispettata), ma stride pure con lo stesso principio di uguaglianza, visto che per forme più gravi e (almeno sulla carta) più afflittive di detenzione (come la reclusione, l'arresto o la custodia cautelare in carcere) le modalità del trattamento sono enunciate nella legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354) e, per le prescrizioni di dettaglio, nel correlativo regolamento di esecuzione (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230). *A fortiori*, una disciplina analoga si impone per i «C.I.E.».

A conclusione di questa disamina⁴², si può quindi ritenere «ingiusta» la detenzione nei «C.I.E.», anche a prescindere dall'illegittimità del provvedimento restrittivo alla stregua della legge ordinaria: la disciplina del trattenimento, infatti, si pone *nel complesso* in contrasto con l'art. 13, commi 2 e 3, Cost., oltre che con il principio di uguaglianza. Ogni singolo trattenimento sconta, pertanto, tale vizio di origine.

Resta ora da verificare se anche l'offesa realizzata mediante le operazioni di "bonifica" contestate dai protestanti potesse qualificarsi come «ingiusta». Tali operazioni sono state così descritte dal responsabile del «C.I.E.»: «attività di para-perquisizione degli ospiti e dei luoghi che vengono effettuate periodicamente da parte delle forze dell'ordine al fine di rinvenire e sottrarre agli ospiti oggetti che potrebbero essere utilizzati per evadere».

⁴¹ Esistono, in proposito, solo delle «Linee Guida per la Progettazione dei Centri di Identificazione e Espulsione», risalenti all'aprile 2009 ed elaborate da un mero comitato tecnico consultivo (v. www.classactionprocedimentale.it). Secondo A. di Martino (*ivi*, 3), peraltro, la mancanza di criteri legislativi di riferimento per la costruzione dei centri confliggerebbe con la stessa regola costituzionale della determinazione per legge dei *casì* di restrizione della libertà personale. I casi sarebbero, infatti, qui da intendersi come luoghi della detenzione. Tale tesi è ripresa, ancora una volta, da G.d.P. Roma, sez. Stranieri, (ord.) 10 giugno 2013, cit., 7.

⁴² Essa, peraltro, non esaurisce i profili di dubbia costituzionalità della disciplina del trattenimento, ma si limita a quelli che sembrano conculcare direttamente il diritto alla libertà personale, come garantito dall'art. 13 Cost. Tra gli altri aspetti che meritano attenzione in proposito, citiamo qui la violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, comma 1, Cost.) che si realizza, in materia di giudizio di convalida del trattenimento, attraverso la previsione della competenza territoriale del giudice di pace ove è sito il centro in cui lo straniero è ristretto e la contestuale espresa sottrazione (art. 14, comma 4, T.U. Imm.) al vaglio giurisdizionale del rispetto del requisito della vicinanza del centro di cui all'art. 14, comma 1, T.U. Imm. L'effetto, in sostanza, è quello di consentire all'autorità di pubblica sicurezza di scegliersi il giudice della convalida, attraverso il meccanismo delle assegnazioni ai vari «C.I.E.». Tutto ciò, peraltro, finisce con il ripercuotersi sullo stesso efficace esercizio del diritto di difesa, allontanando l'immigrato dal luogo in cui ha vissuto e quindi intrattenuto relazioni. Sul punto, cfr. I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero*, cit., 28.

Innanzitutto, si deve qui contestare con decisione l'idea, molto diffusa tra gli operatori, per cui tali attività non integrerebbero delle perquisizioni in senso tecnico-giuridico: non sono certo perquisizioni ai sensi dell'art. 247 c.p.p., ma lo sono senza dubbio ai sensi degli artt. 13 e 14 Cost., consistendo in attività di ricerca di oggetti "vietati" che contemplano un vero e proprio contatto fisico con la persona (c.d. investigazione sul corpo) e/o il rovistamento dei luoghi⁴³.

Ciò chiarito, è noto come la Corte costituzionale abbia sempre ritenuto le perquisizioni personali sui detenuti, disposte ai sensi dell'art. 34 o.p. e dei regolamenti che danno attuazione a tale norma, non eccedenti «il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna»⁴⁴. Esse, dunque, non sarebbero coperte dalla riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost., in quanto – per l'appunto – «comprese nelle misure di trattamento, rientranti nella competenza dell'Amministrazione penitenziaria»⁴⁵.

Volendo riassumere, secondo la Corte, le perquisizioni in ambito penitenziario, laddove effettuate nel rispetto dell'art. 34 o.p., non soggiacciono alla riserva di giurisdizione, perché rientranti tra le modalità di restrizione della libertà personale in carcere come tassativamente descritte dalla legge. Nel momento in cui un soggetto viene ristretto in carcere sulla base di un provvedimento giurisdizionale, egli è per ciò solo soggetto alla disciplina dell'ordinamento penitenziario che ammette anche l'esecuzione di tali operazioni, a certe condizioni e secondo determinate modalità.

Se ne deduce, *a contrario*, che, qualora – come nel caso del trattenimento nei «C.I.E.» – le condizioni di trattamento non fossero regolate dalla legge (quantomeno con riferimento a tali operazioni di "bonifica"), verrebbe meno la stessa possibilità di sottrarre le attività di perquisizione personale o locale alla garanzia della riserva di giurisdizione di cui agli artt. 13 e 14 Cost. Tali attività, infatti, realizzerebbero un'ulteriore dilatazione dell'effetto restrittivo della detenzione rispetto a quello genericamente previsto dalla legge: una dilatazione, pertanto, non automaticamente riconducibile alle potenziali conseguenze giuridiche del decreto questorile di trattenimento⁴⁶. Anzi, l'assenza di un'elencazione degli specifici *casi* (oltre che ovviamente dei *modi*) in cui tali "bonifiche" nei «C.I.E.» dovrebbero eseguirsi induce a ritenere violata la stessa riserva di legge di cui agli artt. 13 e 14 Cost.: esse, quindi, potrebbero essere effettuate solo nelle situazioni in cui esse sarebbero consentite per le persone libere e, dunque, allorché ricorrano i presupposti di cui all'art. 247 c.p.p. o quelli previsti dalle leggi speciali in materia di perquisizioni personali e locali. Naturalmente, secondo le modalità prescritte da tali norme.

Ebbene, le circostanze di fatto illustrate nella sentenza in esame escludono certamente la legittimità dell'operazione di "bonifica" effettuata: essa si pone in

⁴³ La circostanza è chiaramente desumibile, peraltro, da Trib. Milano, 18 luglio 2012, Jaouadi e altri, cit., 32.

⁴⁴ C. cost., 28 luglio 1993, n. 349.

⁴⁵ C. cost., 18 ottobre 1996, n. 351. V. anche C. cost., 22 novembre 2000, n. 526. In senso conforme, in dottrina, A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 68. Sulle perquisizioni in carcere, v. da ultimo G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 143 ss.

⁴⁶ Spunti in questo senso in A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, cit., 12.

contrasto diretto con gli artt. 13 e 14 Cost. e, perciò, integra senza dubbio un'offesa ingiusta ai sensi dell'art. 52 c.p.

2.4. *L'attualità del pericolo*

L'indagine sulla sussistenza di una "situazione aggressiva" rilevante ai sensi della norma sulla difesa legittima non può che chiudersi con l'accertamento dell'attualità del pericolo. In proposito, è opportuno scindere il profilo dell'offesa alla dignità umana e alla libertà personale per effetto del trattenimento in sé (oltre che delle sue concrete modalità di esecuzione) dal diverso aspetto costituito dalla lesione del diritto alla libertà personale come conseguenza dell'attività di perquisizione da parte delle forze di polizia.

Sul primo punto, non si possono nutrire perplessità di sorta. Le condizioni di detenzione appurate dal giudice erano tali da rendere, non probabile, ma addirittura certa la violazione della dignità umana dei ristretti nel centro.

Anzi, come sempre avviene quando ci si trova di fronte a condotte aggressive "permanenti", l'offesa era già iniziata e continuava ad essere perpetrata: un tipico caso di "pericolo perdurante", in cui il giudizio prognostico sulla probabilità della lesione trae precipuo alimento dall'offesa già prodottasi e in corso di realizzazione (oltre che dalla capacità dell'aggressore di perseverare nella sua condotta *contra ius* o *sine iure*). Lo stesso discorso vale, naturalmente, anche per l'offesa alla libertà personale per effetto dei provvedimenti illegittimi di trattenimento⁴⁷.

Diverse considerazioni devono effettuarsi, al contrario, per l'operazione di "bonifica". Si è visto, in effetti, come essa possa essere ricondotta al concetto di offesa ingiusta. Nondimeno, non può dirsi che nella situazione esaminata dalla pronuncia in commento la lesione della libertà personale connessa a tale attività fosse attuale o imminente: essa, al momento della rivolta degli imputati, si era anzi già compiutamente perfezionata ed esaurita. Il pericolo, dunque, pur fondato perché concretizzatosi in un'effettiva lesione della libertà personale dei trattenuti, deve qualificarsi come "passato": difetta, allora, il requisito dell'attualità del pericolo richiesto dall'art. 52 c.p. affinché la reazione (potenzialmente) scriminata non si tramuti da difesa in rappresaglia, in vendetta o in ritorsione.

3. La "reazione difensiva"

Il secondo "polo" della causa di giustificazione della difesa legittima si sostanzia nel comportamento difensivo dell'agredito. Nei paragrafi che seguono si verificherà, allora, se la "rivolta" degli stranieri nel «C.I.E.» calabrese possa essere considerata una reazione legittima alla situazione aggressiva sopra illustrata: a tal fine,

⁴⁷ Sull'attualità del pericolo nel caso di offese permanenti, v. T. PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., 502.

occorre appurare che la condotta degli imputati fosse assistita dai tre requisiti della costrizione, della necessità e della proporzione.

3.1. La costrizione

Piuttosto agevole appare l'accertamento in positivo del primo presupposto di una reazione legittima: la costrizione, conosciuta anche come «inevitabilità altrimenti del pericolo», denominazione che ha il pregio di sganciare del tutto tale requisito dagli opposti estremismi delle superate interpretazioni puramente obiettivistiche⁴⁸ o subiettivistiche⁴⁹.

Gli stranieri, per poter invocare la difesa legittima, devono – in sostanza – essersi trovati di fronte ad un'alternativa “secca” tra l'offendere e il subire⁵⁰. I casi in cui tradizionalmente manca la costrizione sono quelli delle offese evitabili per la disponibilità di un *commodus discessus* e delle aggressioni intenzionalmente provocate o consapevolmente accettate.

Nessuna di queste situazioni pare, in effetti, potersi ravvisare nella vicenda in esame. Con riferimento alla lesione della dignità umana, non sussisteva, difatti, l'evitabilità del pericolo, visto che gli imputati erano privati della libertà personale e, dunque, soggetti ai poteri coercitivi degli addetti alla custodia; nemmeno può dirsi che ci si trovava di fronte a un pericolo consapevolmente ricercato o messo in conto: come giustamente rileva il Tribunale, da un Stato di diritto è sempre lecito (ed anzi doveroso) attendersi il rispetto dei diritti fondamentali e specialmente di quelli assolutamente non conculcabili, come il rispetto della dignità di ogni individuo.

Osservazioni simili possono farsi per l'offesa alla libertà personale degli imputati: le legittime e doverose aspettative circa il corretto agire delle pubbliche autorità impediscono di attribuire rilevanza ad eventuali (ed improbabili) coscienti accettazioni di condotte *contra ius* da parte dell'amministrazione.

Quanto all'evitabilità del pericolo, si rivelerebbe del tutto inconcludente qualunque prospettazione che valorizzasse le condotte pregresse degli stranieri: i vizi motivazionali che affliggono i decreti con cui è stato disposto il trattenimento impediscono, infatti, di stabilire in modo attendibile quale sia stato il reale contegno degli immigrati e se questo davvero legittimasse (almeno in astratto) il ricorso a tale misura restrittiva. E allora, nel dubbio e a tacer d'altro, in caso per esempio di risposta

⁴⁸ Queste tesi, come noto, espandono l'area di applicabilità della scriminante, non considerando necessaria la rappresentazione da parte dell'agredito della situazione di necessità: cfr. C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 240 ss.; L. ZIMMERL, *L'art. 52 del codice penale italiano dal punto di vista sistematico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 365.

⁴⁹ Tali impostazioni richiedono che l'agente abbia deciso di difendersi perché indotto dalla necessità di reagire ad un pericolo da lui effettivamente percepito come dotato di tutti i requisiti contemplati dalla scriminante: v., per tutti, G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980, 59 ss.; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, Torino, 1968, 313; E. ALTAVILLA, voce *Difesa legittima*, in *Nss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 619 ss.

⁵⁰ Cfr. T. PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., 510.

negativa a tale ultimo quesito, avrebbe senso ragionare nei termini di evitabilità/inevitabilità, di fronte ad una chiara negazione di qualsivoglia pericolo per la libertà personale da parte dello stesso diritto positivo? Il pericolo, in effetti, non doveva esserci e gli aggrediti certo non potevano (ed anzi non dovevano) prefigurarselo, a patto che non si vogliano porre in perenne discussione la credibilità dell'ordinamento (dunque, la sua capacità precettiva o, se si preferisce, la sua forza cogente) e l'affidabilità dei pubblici poteri.

Né, infine, potrebbe attribuirsi rilevanza a condotte ulteriormente antecedenti e che costituiscono *condiciones sine quibus non* del trattenimento: si pensi alle condotte dello straniero che hanno portato alla sua espulsione con accompagnamento coattivo⁵¹ o alla stessa permanenza irregolare nel territorio dello Stato. È evidente, infatti, che far retrocedere in modo così significativo (praticamente *ad infinitum*) il giudizio di evitabilità comporterebbe, tra l'altro, un'eccessiva erosione dell'ambito applicativo dell'art. 52 c.p., fino a decretarne addirittura una sostanziale e tacita abrogazione⁵².

Tutto ciò si dice, peraltro, omettendo di considerare i già illustrati profili di incompatibilità della disciplina del trattenimento con il dettato dell'art. 3 Cost.

3.2. La necessità di difendersi

Il requisito della necessità della difesa è, dei tre, senz'altro il più problematico.

Innanzitutto, non vi può essere difesa necessaria che non s'indirizzi all'aggressore. In proposito, si è visto come la situazione aggressiva, nel caso di specie, sia scaturita dalla combinazione materiale e, per così dire, funzionale di più condotte: da quella del questore che ha disposto il trattenimento a quella degli agenti preposti alla sorveglianza del centro.

Tra queste condotte, è necessario operare una prima selezione: lo stato di detenzione degli stranieri protestanti impone, infatti, di prendere in considerazione, ai fini che ci interessano, solo i contegni offensivi con cui i trattenuti sono venuti "direttamente a contatto". In altre parole: i comportamenti che rientravano nella portata della possibile reazione difensiva dei ristretti.

Ciò, in sostanza, significa che, tra tutti i potenziali "aggressori", bisogna prestare attenzione soltanto a coloro che – a vario titolo – lavoravano nel centro. Si tratta, come è facile intuire, perlopiù di soggetti non colpevoli e, quindi, non punibili, in quanto – soprattutto con riferimento al profilo della lesione al diritto alla libertà personale – meri esecutori di provvedimenti emessi da organi della pubblica amministrazione e, quando necessario, convalidati dall'autorità giudiziaria. Quanto, poi, alle gravi carenze organizzative e strutturali che contribuiscono, nel loro complesso, all'effettivo calpestamento della dignità dei trattenuti nei centri, deve

⁵¹ Cfr. art. 13, comma 4, lett. a-g), T.U. Imm.

⁵² D'altronde, la giurisprudenza di legittimità è ferma nel negare ogni rilevanza, ai fini dell'esclusione della difesa legittima, alla possibilità di un *commodus discessus* c.d. preventivo, ossia attuabile prima ancora che il pericolo assuma una qualche consistenza (v., per tutte, Cass., 8 ottobre 1992, n. 9708, Suraci).

rilevarsi come esse o costituiscono il prodotto deliberato di scelte politico-amministrative o, molto più frequentemente, discendono da generali difficoltà di natura finanziaria nel reperimento di risorse adeguate ad assicurare condizioni di detenzione decenti all'interno dei «C.I.E.».

Come è noto, nondimeno, la dottrina maggioritaria⁵³ esclude, del tutto correttamente, che fattori incidenti sulla mera punibilità del fatto (ad esempio, per difetto di colpevolezza) e non sull'esistenza dell'illecito possano influire tanto sulla valutazione di *ingiustizia* dell'offesa, quanto sulla legittimità di un contegno reattivo dell'offeso rivolto all'effettivo aggressore (al più, essi sono suscettibili di rilevare in sede di apprezzamento della proporzione tra offesa e difesa).

Ebbene, nella vicenda in esame la difesa degli stranieri ristretti si è rivolta proprio contro alcuni soggetti preposti al funzionamento del centro; in particolare, contro gli agenti delle forze dell'ordine chiamati a presidiare la struttura, a garantire l'ordine e la sicurezza all'interno di essa, nonché – soprattutto – a prevenire ed impedire l'allontanamento dei trattenuti. Nessun dubbio può sussistere circa il fatto che la violazione del diritto alla libertà personale degli stranieri provenisse materialmente prima di tutto dalla condotta di sorveglianza del personale di polizia. A ben guardare, peraltro, lo stato di privazione della libertà è preconditione ineludibile del trattamento inumano riservato ai ristretti: una volta sottratta a questi ultimi la libertà, essi erano di fatto costretti a soggiacere alle modalità di gestione del centro in cui erano reclusi. In sostanza, la detenzione implica necessariamente la soggezione alle regole e alle condizioni di vita del luogo in cui si è costretti a vivere, con la conseguenza che ogni condotta diretta ad assicurare la permanenza del trattenimento contribuisce pienamente anche a realizzare eventuali lesioni del diritto al rispetto della dignità umana: anzi, queste ultime connotano di illiceità la stessa detenzione in atto e, dunque, ogni attività volta a mantenerla in vita.

Il fatto che la reazione difensiva degli "aggredditi" si sia indirizzata a dei soggetti qualificabili come "aggressori" non è, tuttavia, sufficiente a dimostrare la *necessità* della difesa. Occorre, infatti, accertare se il comportamento degli imputati fosse obiettivamente idoneo a neutralizzare il pericolo di una protrazione del trattenimento o, quantomeno, di una sua protrazione nelle condizioni di precarietà più volte descritte.

L'accertamento dell'idoneità oggettiva della reazione a scongiurare o, quantomeno, ad alleviare il pericolo costituisce uno degli aspetti più delicati del giudizio richiesto dall'art. 52 c.p. Se tale requisito dovesse essere inteso in termini eccessivamente rigorosi e, perciò, "restrittivi", si correrebbe il rischio di negare la liceità di forme di autotutela privata, per così dire, "deboli", in quanto difficilmente capaci di evitare un danno che si mostra, rispetto ad esse, soverchiante. Viceversa, se si

⁵³ Cfr., *ex multis*, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 164 e 166 ss.; ID., voce *Difesa legittima*, cit., 506 ss.; G. BROCCA – M. MINGRONE, *La legittima difesa*, Padova, 2003, 40; M. BOSCARRELLI, voce *Legittima difesa*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1990, 2; C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, cit., 41; T. BRASIELLO, *In tema di legittima difesa*, in *Arch. pen.*, 1960, 15. *Contra*, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, a cura di G.D. Pisapia, II, Torino, 1981, 360 ss.

allargassero oltre misura le “maglie” della valutazione di idoneità, si finirebbe con il giustificare anche condotte reattive di significato puramente dimostrativo o vendicativo.

Non è certo agevole orientarsi a fronte della molteplicità di situazioni diverse che possono venire in considerazione, ma un buon punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze in gioco pare potersi rinvenire in un’accezione di idoneità che abbracci le sole reazioni obiettivamente dirette a neutralizzare o a ridimensionare il pericolo e che presentino un’attitudine anche solo minima a conseguire tale scopo, ovviamente da apprezzarsi su un piano pure esso rigorosamente oggettivo.

Nel caso in esame, la resistenza e i danneggiamenti posti in essere dagli imputati, pur assumendo *anche* una valenza dimostrativa, erano obiettivamente diretti *in primis* a che le autorità preposte alla gestione del centro ponessero fine alla situazione di aperta violazione dei loro diritti in atto. Tali comportamenti presentavano, peraltro, un’incontestabile, per quanto tenue, idoneità alla realizzazione di tale obiettivo: ritagliandosi tramite esse un inaspettato e perciò temuto spazio di libertà in un contesto detentivo, gli stranieri sono riusciti a sollecitare l’attenzione dei soggetti preposti alla custodia sulle loro condizioni di vita. L’autorità amministrativa avrebbe quindi potuto, grazie alla loro condotta reattiva, ricevere le rimostranze dei trattenuti, accertare le violazioni in atto ed agire per porvi rimedio.

Appare, invece, più improbabile che, mediante la loro condotta di protesta, gli imputati sarebbero riusciti a darsi alla fuga, eludendo la sorveglianza. Ma anche rispetto al fine di porre termine a una detenzione di per sé illegale, il contegno dei ristretti sembra poter superare positivamente il vaglio di *idoneità*. Esso, infatti, avrebbe potuto indurre le autorità preposte e, *in primis*, il questore a riesaminare la correttezza della propria precedente decisione o a revocare il trattenimento per il ricorrere di nuovi elementi sopravvenuti.

Del resto, eventuali altre strade per ottenere la piena tutela dei loro diritti si mostravano ai trattenuti precluse, vuoi per ragioni giuridiche vuoi per circostanze di fatto. L’assenza di una disciplina corrispondente a quella della l. 354/1975 impediva *in toto* ogni percorso giudiziario (diverso dal ricorso alle giurisdizioni sovranazionali, per sua natura insufficiente peraltro ad assicurare un ripristino pieno e tempestivo della situazione conforme a diritto): non esiste, infatti, in materia di detenzione amministrativa, alcun organo giudiziario corrispondente anche solo in parte al magistrato di sorveglianza. Sul versante, invece, dell’indebita restrizione della libertà personale, vero è che il provvedimento questorile è soggetto al controllo giurisdizionale del giudice di pace (per mezzo della convalida *ex art. 14, comma 1-bis, T.U. Imm.*), ma talune situazioni di fatto, opportunamente enumerate nella pronuncia del giudice crotonese, hanno certamente reso tale verifica in sede giudiziaria in concreto ineffettiva: gli avvisi di cui all’art. 20 d.P.R. 394/1999 non sono stati tradotti nella lingua madre degli stranieri trattenuti; nel corso del giudizio di convalida questi ultimi non sono stati assistiti da un interprete, benché la complessità tecnica del procedimento rendesse una conoscenza elementare della lingua italiana palesemente inadeguata a garantire la piena comprensione di quanto si stava svolgendo; nel giudizio di convalida gli stranieri erano, infine, stati assistiti da difensori d’ufficio nominati

immediatamente prima e, come tali, impossibilitati a conoscere adeguatamente le vicende specifiche delle singole cause⁵⁴. Proprio la difficoltà per gli imputati di comprendere appieno quanto era stato deciso in sede di convalida e di conoscere le procedure stesse per un'eventuale impugnazione rendevano di fatto non esperibile qualsivoglia soluzione di carattere giurisdizionale. Per questa stessa ragione, anche la possibilità di richiedere un riesame del provvedimento di trattenimento in sede amministrativa risultava meramente teorica.

Si può ben sostenere, allora, in conclusione di questa disamina sul requisito della *necessità* della difesa, che la reazione degli imputati fosse relativamente inevitabile in rapporto alle risorse a loro disposizione⁵⁵: una volta preclusa ogni soluzione alternativa sul versante dei rimedi giuridici, non restava agli stranieri che percorrere la strada di una protesta eclatante e violenta, sia pure nei limiti di quanto indispensabile a sollecitare l'attenzione degli operatori del centro e, più in generale, delle istituzioni sulle loro precarie condizioni di vita. Ciò, una volta constatato il fallimento di qualsiasi rimostranza verbale e la mancanza di altri canali di comunicazione più incisivi (né con il personale del «C.I.E.» né con l'esterno della struttura).

3.3. La proporzionalità della reazione

È necessario verificare, da ultimo, la sussistenza di una proporzione tra l'offesa alla dignità umana e alla libertà personale, da un lato, e le forme della protesta degli stranieri, dall'altro.

L'analisi, come ha cura di sottolineare la pronuncia in commento, è notevolmente semplificata dal carattere nettamente eterogeneo degli interessi in conflitto. La "situazione aggressiva" coinvolge, infatti, beni di natura strettamente personale (ed anzi "colpisce" la "persona" degli imputati in senso generale), mentre la "reazione difensiva" lede il prestigio e l'efficienza della pubblica amministrazione (art. 337 c.p.), nonché taluni beni patrimoniali (art. 635 c.p.). Sul piano del bilanciamento tra le offese, dunque, non sembra prospettabile alcuna sproporzione.

Del resto, anche gli altri aspetti della vicenda considerata fanno decisamente propendere per la piena integrazione del requisito in parola⁵⁶.

⁵⁴ Tutte tali situazioni di fatto, assai frequenti nella pratica, sono state recentemente censurate anche da Cass. civ., 18 giugno 2013, n. 15223.

⁵⁵ Secondo l'impostazione oggi prevalente, infatti, non è sufficiente l'idoneità della condotta reattiva a neutralizzare, almeno in parte, il pericolo, ma occorre verificare anche la capacità del comportamento difensivo di conseguire tale obiettivo cagionando all'aggressore il minor nocimento possibile: cfr., per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, p.g., XVI ed., Milano, 2003, 304. V. pure T. PADOVANI, *Diritto penale*, ult. loc. cit.

⁵⁶ La proporzione tra offesa e difesa, del resto, non può essere riduttivamente ricondotta al raffronto tra i beni giuridici in conflitto, per quanto – come in questo caso – significativamente distanti nella scala gerarchica degli interessi meritevoli di tutela. Il giudizio di proporzione, infatti, deve essere esteso a soppesare tutte le caratteristiche della vicenda aggressiva complessivamente considerata: ad esempio, l'intensità e il grado di incombenza del pericolo; il carattere *contra ius* o semplicemente *non iure* dell'offesa;

L'attenzione deve soffermarsi, oltre che sulla gravità di un'offesa già in atto e di carattere prolungato, soprattutto sulla diversa posizione giuridica e fattuale degli stranieri rispetto all'amministrazione: una posizione che – come sempre avviene nel caso di privazione della libertà personale – può essere definita come di “soggezione” all'altrui potere. Da questo punto di vista, è anzi doveroso evidenziare, riprendendo quanto già si è osservato in sede di valutazione della necessità della difesa, come la reazione degli imputati si sia rigorosamente mantenuta entro i limiti del *minimo imprescindibile* affinché le legittime rimostranze dei ristretti potessero acquistare voce in un simile contesto, peraltro privo – a differenza di quanto è (almeno formalmente) previsto in ambito penitenziario – di qualsiasi possibilità di accesso a forme di tutela giurisdizionale. Ugualmente incisive ma sostanzialmente innocue per gli altrui beni, infatti, si sarebbero dimostrate solo alcune (inesigibili) modalità autolesionistiche di riaffermazione “plateale” dei propri residui spazi di libertà, come ad esempio il c.d. sciopero della fame. Reazioni più veementi e forse più efficaci si sarebbero invece dovute misurare, specialmente se rivolte contro le persone, con un più articolato e certo più stringente giudizio di proporzionalità che avrebbe dovuto tener conto anche del “tipo soggettivo” di offesa: non bisogna, infatti, dimenticare che, in simili contesti, la gran parte dei diretti destinatari delle condotte difensive contribuisce in modo incolpevole all'articolarsi del “complesso offensivo”.

4. A mo' di conclusione: la disciplina dei «C.I.E.» si scopre debole

La disamina che è stata condotta mostra chiaramente come il fenomeno, sempre più frequente, delle rivolte nei «C.I.E.» non sia impermeabile al giudizio di anti-giuridicità obiettiva; anzi, presenta tutte le potenzialità perché la sua valutazione giuridica finisca sovente con l'arenarsi nell'alveo applicativo di questa o quella scriminante (oltre alla difesa legittima potrebbe, ad esempio, configurarsi in alcuni casi la causa di giustificazione dello stato di necessità). Un alveo secco, abbandonato, ma non per questo implausibile. Tutt'altro: un alveo che deve essere scandagliato e restituito alla dignità della “corrente” di un diritto penale di impostazione liberale.

In altre parole: norme che potrebbe sembrare assurdo applicare a determinati fatti (perché in effetti mai di esse si è fatta una consimile applicazione) non per questo potrebbero essere legittimamente abbandonate, nella valutazione giudiziaria di tali fatti, ai placidi sonni dell'oblio o ai fuochi fatui delle esercitazioni scolastiche, quando i loro presupposti applicativi legislativamente stabiliti trovino inaspettato riscontro nell'inesausto repertorio della prassi.

Così è appunto avvenuto, nel caso esaminato, per la scriminante prevista dall'art. 52 c.p.

la colpevolezza o meno dell'autore dell'aggressione; il modo con cui il pericolo si è imposto come inevitabile all'agredito; etc... Sul punto, v., per tutti, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 167 s.; ID., voce *Difesa legittima*, cit., 513; M. BOSCARRELLI, voce *Legittima difesa*, cit., 3; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, 209 ss.

La naturale, per quanto inattesa, doverosità del riconoscimento degli estremi della difesa legittima non può, tuttavia, esimere l'interprete dal gettare lo sguardo oltre gli angusti confini dell'ermeneutica e della pratica giuridica nell'intento di focalizzare, apprezzare e giudicare gli effetti di tale soluzione "obbligata" sia *all'interno* dell'ordinamento positivo complessivamente considerato, sia *al di fuori* di esso.

Cercare di "muoversi" esclusivamente nel recinto del sistema giuridico si rivelerebbe in effetti, da un lato, inutile e, dall'altro, riduttivo. Sarebbe inutile, non solo perché la difesa legittima – in questa vicenda e in altre analoghe – deve trovare applicazione, sussistendone tutti i presupposti, ma anche perché tale operazione si mostra pienamente conforme alla stessa *ratio* della scriminante⁵⁷, da individuarsi *in primis* proprio nella necessità di riconoscere la liceità di forme di autotutela privata laddove la tutela pubblica non possa intervenire tempestivamente o addirittura non possa mai giungere in soccorso, come spesso accade nelle situazioni in esame: dunque, nessuno scardinamento della sistematica penalistica e nessuna novità nei suoi rapporti con gli altri settori dell'ordinamento, posto che nessuno ha mai messo in discussione la possibilità di riscontrare la difesa legittima pure in condotte di reazione a comportamenti ingiusti dei pubblici poteri⁵⁸. Ma una valutazione delle conseguenze di tale soluzione sul versante interno all'ordinamento sarebbe anche riduttiva: la vulnerabilità giuridica dell'istituto del trattenimento è certamente un grave problema *per l'ordinamento, nell'ordinamento e dell'ordinamento*; essa trova, tuttavia, una spiegazione singolare che si situa anche *fuori dall'ordinamento* o, meglio, che si colloca perlomeno *ai confini di esso*. Urge, perciò, un'analisi più vasta, che si spinga oltre l'orizzonte del diritto positivo.

Vero è che nella sentenza in commento il riconoscimento della difesa legittima ha allignato su condotte dei pubblici poteri da qualificarsi come ingiuste giacché in primo luogo contrastanti con la disciplina di legge in materia di trattenimento degli stranieri. Ci si è, tuttavia, sforzati di dimostrare come tutta l'impalcatura della "detenzione amministrativa" sia gravemente malferma sul piano della sua conformità alla Costituzione, soprattutto con riferimento al diritto alla libertà personale. Dunque, il trattenimento si rivela vulnerabile alla "morsa" dell'art. 52 c.p. sia nella sua conformazione concreta sia nella sua ossatura giuridica.

Ebbene, la fragilità della detenzione nei «C.I.E.» sul piano normativo (soprattutto in termini, come si è visto, di legittimità costituzionale della relativa disciplina) discende proprio dal suo rapporto da sempre ambivalente con la stessa categoria del giuridico. Ecco perché rinchiudersi entro gli anfratti reconditi dei principi e delle regole giuridiche si prefigura come un'avventura inconcludente: il

⁵⁷ Per una ricognizione delle posizioni dottrinali sulla *ratio* della difesa legittima, v. T. PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., 497 ss.; A. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, 2003, 73 ss.

⁵⁸ La scriminante presenta uno spettro applicativo complementare a quello della causa di giustificazione prevista dall'art. 4 d.lgt. 4 settembre 1944, n. 288, garantendo una tutela contro i comportamenti illegittimi dell'amministrazione anche al di là dell'ipotesi più grave qualificata dall'*arbitrarietà* degli atti del pubblico ufficiale.

trattenimento non vive di sole regole e di soli principi, anzi vive poco – il minimo indispensabile – sia delle une sia degli altri; il trattenimento trae piuttosto alimento dall’eccezione, e non tanto dall’eccezione positivamente prevista e disciplinata, quanto piuttosto da quella che si pone al di fuori dello *ius positum*, in quelle lande contigue che si sottraggono alla sua “capacità pervasiva”, o perché non viste o perché deliberatamente occultate⁵⁹.

La detenzione nei «C.I.E.» si innesta, infatti, sulla “frontiera” del diritto positivo e si protende da una parte e dall’altra del “valico di confine” in funzione dei suoi obiettivi: attinge alla tecnica della normazione positiva, allorché essa possa offrire strumenti coercitivi vincolanti alla causa del contenimento dei flussi migratori; ne rifugge, invece, quando l’obiettivo che le ha dato forma può meglio realizzarsi liberando l’amministrazione dagli impacci di regole predefinite e aprendole gli sconfinati spazi di un arbitrio occulto, coperto da strascichi normativi di tenore generalissimo e inconsistente (come quelli di cui agli artt. 2, comma 1, e 14, comma 2, primo periodo, T.U. Imm.), la cui unica funzione è – forse – quella di acquietare le già non troppo deste coscienze dei membri dell’odierna società dei diritti.

Con ciò il trattenimento si pone come inquietante connubio di regola e di arbitrio o, se si preferisce, di norma e di eccezione. Un connubio, peraltro, destinato fatalmente ad irrobustirsi con il tempo, perché l’ampiezza della schiera dei destinatari di tale misura finisce a poco a poco con il regolarizzare l’eccezione⁶⁰, mentre la marginalità sociale delle categorie dei ristretti favorisce costantemente l’eccezione alle regole valide per gli altri consociati. Un fenomeno, d’altronde, non sconosciuto ai penalisti che da tempo oramai si confrontano con l’ingombrante e discussa figura di un “diritto penale del nemico”⁶¹ (che – non a caso – a detta di molti ha trovato uno dei terreni più fecondi e una delle sue più rigogliose propaggini normative nel diritto

⁵⁹ In questo senso, la matrice dei «C.I.E.» sembra corrispondere a quella dei “campi” descritti nella fondamentale opera di G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, 185 ss. Ricorre alla c.d. *forma-campo* per illustrare la disciplina e le condizioni di vita nelle strutture di internamento degli stranieri anche D. LOPRIENO, *I campi per gli stranieri: luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, in S. GAMBINO – G. D’IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, 2010, *passim*.

⁶⁰ Del resto, secondo lo stesso Agamben, il campo (alla cui forma anche i «C.I.E.» sono – ad avviso di molti – riconducibili) è proprio «lo spazio che si crea quando lo stato di eccezione comincia a diventare la regola» (G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 188); in esso, peraltro, si realizzerebbe «un ibrido di diritto e di fatto, in cui i due termini sono diventati indiscernibili», con la conseguenza che «ogni domanda sulla legalità o illegalità di ciò che in esso avviene è semplicemente priva di senso» (*ivi*, 190).

⁶¹ Oltre alle note teorizzazioni di Günther Jakobs (v. soprattutto G. JAKOBS, *Terroristen als Personen im Recht?*, in *ZstW*, 2005, 839 ss.), v. i fondamentali saggi di F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 470 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss.; L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, 797 ss.; D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, in *Quest. giust.*, 2006, 740 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, I, 757 ss.; F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, 181 ss. V., poi, i contributi contenuti nel volume di A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007.

penale dell'immigrazione⁶²), per sua natura separato ed incompatibile con il sistema garantistico riservato al cittadino.

Del resto, non può sfuggire che simili operazioni di elusione silente e mascherata dalla legalità sono possibili soltanto nei confronti di soggetti che rievocano l'apolide emblematicamente considerato da Hannah Arendt in una delle sue più lucide analisi sulla storia dei diritti umani⁶³: un uomo "fuori legge" a cui gli Stati nazionali non riescono che a garantire un trattamento parimenti "fuori legge".

Non si creda, peraltro, che chi scrive, sopraffatto dal quadro desolante della prassi, abbia voluto dismettere i panni dell'umile studioso del diritto: sempre nitida è la consapevolezza che il trattenimento, sia nella sua scarna disciplina positiva sia nella sua conformazione di fatto, non possa sottrarsi alle "maglie" di una valutazione giuridica (soprattutto nelle forme di un vaglio di legittimità costituzionale); qualsiasi eccezione, infatti, è – almeno in astratto – riportabile alla regola, anche se essa disconosce la validità della regola o semplicemente la rifugge. In sostanza, quella che apparentemente sembra un'elusione dei principi e delle regole dell'ordinamento si sostanzia, invece, per forza di cose in una vera e propria violazione degli stessi. Come tale rimediabile e sanzionabile con gli strumenti previsti dal diritto.

Si preferisce, nondimeno, definire qui la detenzione nei «C.I.E.» come "fuori legge": il termine, infatti, riesce a riassumere in sé l'idea di (generale e diffusa) contrarietà al diritto e al contempo il carattere subdolo che la violazione della legge (qui intesa soprattutto come ordinamento costituzionale, ma non solo) in concreto assume: l'eccezione preterlegale, infatti, sembra semplicemente accostarsi alla norma legale, ma ne erode in realtà via via la portata precettiva globale.

È chiaro, in ogni caso, che il ripristino di una situazione conforme a diritto in materia di "detenzione amministrativa" nei «C.I.E.» presuppone il previo riconoscimento della violazione del diritto in atto. Una tale consapevolezza, per affermarsi compiutamente, richiede a sua volta uno sforzo di tutti gli operatori giuridici nel superamento dell'idea diffusa di una soggettività degli stranieri irregolari necessariamente sminuita o addirittura spogliata della stessa titolarità dei diritti fondamentali. Un'idea che, per quanto non sempre affiori esplicitamente nel dibattito giuridico, percorre la disciplina normativa sottotraccia, orientando anche la stessa attività dell'amministrazione.

Occorre, in sostanza, riconoscere che la "coperta" dei diritti fondamentali può offrire riparo anche agli immigrati espellendi.

⁶² Cfr., tra gli altri, E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, in P. PITTARO (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, Trieste, 2012, 47 ss.; G. MORGANTE, *Le "relazioni pericolose" tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea*, cit., 90 ss.; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, 446 ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 101 ss.; L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA – F. VIGANÒ (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 27 ss.

⁶³ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, tr. it., Milano, 1989, 376 ss.

A questa doverosa operazione la vicenda considerata nella sentenza in commento ha offerto un puntiforme ma importante contributo. Un contributo che è emerso quasi spontaneamente, da un “rigurgito” naturale della prassi che ha scosso l’istituto del trattenimento, imponendone una valutazione alla stregua dell’intero ordinamento giuridico: la stabilizzazione del carattere emergenziale della disciplina (giuridica e non) del trattenimento, rendendo permanente l’eccezione, ha infatti favorito ed anzi sollecitato una rilettura della “detenzione amministrativa” con gli “occhiali” del diritto “regolare”. L’occasione è stata una rivolta all’interno di un centro: l’applicazione dell’art. 52 c.p., che ha riportato l’eccezione alla regola (o meglio, che ha censurato l’eccezione sulla base della regola), è stata certo aiutata dal carattere sempre più stabile e dall’estensione sempre più vasta dell’eccezione *praeter*, anzi *contra ius*. La regola tende, del resto, a riaffermarsi sugli spazi che vi erano sottratti, quanto più l’ampiezza di questi ultimi è maggiore e dunque l’eccezione tende a cementificarsi in una dimensione di permanenza che realizza – a suo modo – una forma di “regolarità”: la crescente complessità delle situazioni disciplinate pone problemi sempre nuovi, la cui soluzione finisce con l’essere ricercata nei principi e nelle regole dell’ordinamento. Una di queste situazioni è, appunto, costituita dalle rivolte dei trattenuti all’interno dei centri: rispetto ad esse, si reclama l’intervento penale che a sua volta, tuttavia, esige un accertamento dell’antigiuridicità obiettiva delle condotte tenute dagli imputati.

Si aprono così nuove opportunità di riappropriazione da parte dell’ordinamento di spazi prima abbandonati in uno stato di perenne eccezione.

Ovviamente, l’avvenuto riconoscimento della possibilità di ritenere integrata la scriminante della difesa legittima, nel caso di reazioni da parte dei ristretti a condizioni di vita inumane o a illecite violazioni della propria sfera di libertà, offre un rimedio solo occasionale alle “storture” del trattenimento e connesso a un evento particolare: l’instaurazione di un processo penale. Con conseguenze, in ogni caso, inquietanti e preoccupanti, come si è premurata di rimarcare la dottrina⁶⁴ più attenta e sensibile: non solo la vulnerabilità della disciplina e dell’organizzazione della detenzione nei «C.I.E.», ma con essa anche – inevitabilmente – la vulnerabilità degli stessi soggetti incolpevoli che operano nei centri, forze dell’ordine *in primis*. Un effetto che può certo destare sconcerto, ma che pare – come già si è spiegato – allo stato ineliminabile: esso costituisce, d’altra parte, il risultato naturale di un massivo e spesso deliberato spregio da parte della pubblica autorità per i diritti fondamentali degli stranieri.

La sentenza in esame, dunque, pur affrontando una situazione particolare e adoperando gli strumenti limitati a disposizione del diritto penale, illumina la strada che si dovrebbe seguire per adeguare, in materia di trattenimento nei «C.I.E.», la realtà di fatto alla legge e per rendere, a sua volta, quest’ultima conforme a Costituzione: riportare la “detenzione amministrativa” alla luce del sole, rinunciando a ragionare in termini di costante emergenza e di conseguente perenne eccezione.

⁶⁴ Cfr. L. MASERA, [Rivolte degli stranieri detenuti nei CIE: una forma di legittima difesa contro la violazione dei diritti fondamentali degli internati?](#), in *questa Rivista*, 7 gennaio 2013.

Per vero, i segnali che provengono dall'amministrazione appaiono scoraggianti: così, ad esempio, in un recente rapporto programmatico⁶⁵, redatto da una commissione istituita presso il Ministero dell'Interno, si è suggerito semplicemente di inasprire la reazione dell'amministrazione ed eventualmente del diritto penale a condotte di "sedizione" e di "rivolta" all'interno dei centri⁶⁶, senza nemmeno preoccuparsi di mettere in luce i profili di illegittimità dell'attuale disciplina normativa del trattenimento, ed anzi ridimensionando la gravità delle violazioni della dignità dei ristretti per effetto delle precarie condizioni di vita nei centri. Nella logica di una rassegnazione ad uno stato di perenne eccezione sembrano, peraltro, muoversi anche taluni settori della magistratura: così, per esempio, non è stato ravvisato alcunché di penalmente illecito nel trattenimento totalmente *sine titulo* di numerosi stranieri, soggetti alla procedura di respingimento differito di cui all'art. 10, comma 2, T.U. Imm., all'interno di centri di primo soccorso ed assistenza («C.P.S.A.») per più di un mese⁶⁷. Ciò, si noti, in attuazione di una prassi – questa volta – interamente *extra ordinem*, giacché la legge non prevede tale forma di detenzione e l'art. 23 d.P.R. 394/1999, che pure istituisce i suddetti centri, nulla afferma sul carattere coattivo della permanenza in tali strutture⁶⁸.

Come si vede, in queste annotazioni si è scelto di trascurare il problema, pur vivo e interessante, della ragionevolezza e della stessa opportunità, soprattutto per un periodo così prolungato, del trattenimento nei «C.I.E.»: una misura strumentale che si rivela però assai più incisiva ed afflittiva della corrispondente misura finale, ovverosia

⁶⁵ Si tratta del Documento Programmatico sui Centri di Identificazione ed Espulsione, Roma, 2013, consultabile all'indirizzo http://www.asgi.it/public/parser_download/save/1_013_doc_cie_documenti.pdf, redatto da una commissione istituita dal Ministro dell'Interno e presieduta dal Sottosegretario di Stato Prof. Saverio Ruperto.

⁶⁶ Sul versante della disciplina penale, si è infatti suggerito di introdurre nel T.U. Imm. una specifica aggravante per i reati commessi all'interno dei «C.I.E.» e caratterizzati da una condotta violenta; sul piano, invece, delle misure amministrative si è proposta la creazione, all'interno di tali strutture, di moduli idonei ad ospitare persone dall'indole non pacifica. In sostanza, una forma di isolamento all'interno del «C.I.E.», che dovrebbe essere disposta dall'autorità amministrativa (questore, prefetto o un costituendo consiglio di disciplina partecipato sia dal prefetto sia dal questore) in via cautelativa e con provvedimento motivato sottoposto poi al controllo di legittimità del giudice di pace. Inoltre, per prevenire i tentativi di fuga, il rapporto ha ritenuto auspicabile un rafforzamento delle difese passive.

⁶⁷ La Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento, infatti, ha chiesto ed ottenuto l'archiviazione del procedimento penale scaturito da una denuncia per sequestro di persona presentata nei confronti dei responsabili della gestione di alcune strutture di prima accoglienza in cui nel 2011 erano stati trattenuti *sine titulo* più di 1500 stranieri provenienti perlopiù dalla Tunisia (per il testo della denuncia, v. http://www.meltingpot.org/IMG/pdf/esposto_2073-1_1_.pdf). La vicenda è stata, peraltro, oggetto in seguito di un ricorso alla Corte di Strasburgo presentato nell'interesse di alcuni cittadini tunisini che erano stati dapprima trattenuti per qualche giorno a Lampedusa, poi rinchiusi per una settimana nel salone di un traghetto attraccato nel porto di Palermo ed infine rimpatriati coattivamente senza la notifica di alcun provvedimento personale di espulsione (ric. *Khlaiifa e altri c. Italia*, n. 16483/12).

⁶⁸ Sulla detenzione *extra ordinem* nei «C.P.S.A.», v. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa*, cit., 195; F. VASSALLO PALEOLOGO, *La Guantanamo d'Europa? Il proibizionismo delle migrazioni e la violazione dei diritti fondamentali alla frontiera siciliana*, in S. PALIDDA (a cura di), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Milano, 2009, 206 ss.

l'espulsione o il respingimento. Si è preferito, infatti, seguire pedissequamente la struttura della fattispecie di cui all'art. 52 c.p., operazione che pure ha consentito di mettere in luce prassi contrastanti con il diritto e – allargando l'orizzonte al di là della specifica vicenda esaminata – leggi non conformi né al diritto europeo né al diritto costituzionale. Abbiamo, così, sorvolato la disciplina e il fenomeno del trattenimento con quel *valzer* di attrazione e ripulsa che muove le ali del gabbiano sopra le acque putride e stagnanti; a chi è dotato di maggior fiato e di coriacea resistenza, il compito di scandagliare i fondali più bui e limacciosi.