



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
11/2018

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Francesco Lazzeri, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

LA DETENZIONE COME DETERRENTE DELL'IMMIGRAZIONE NEL DECRETO SICUREZZA 2018

di Marcello Daniele

Abstract. Il decreto sicurezza del 2018 mette di nuovo le mani nella disciplina della detenzione degli stranieri irregolari, mostrando chiaramente l'intento del Governo di usare la privazione della libertà come deterrente nei confronti dell'immigrazione. Forte di questo approccio, il decreto non solo si disinteressa dei problemi già presenti nella vigente disciplina, da tempo incapace di delineare i presupposti della detenzione con sufficiente precisione. Introduce anche un nuovo caso di detenzione del tutto arbitrario, mirato a scoraggiare ogni tentativo di sbarcare in Italia per domandare la protezione internazionale. Si tratta di una strategia che, per quanto potrebbe sortire qualche beneficio elettorale nel breve periodo, alla lunga rischia di rivelarsi fallimentare. La carcerazione continuerà a colpire i migranti in modo indiscriminato e capriccioso. Difficilmente, inoltre, produrrà gli effetti sperati, se si tiene conto del fatto che gli stimoli all'immigrazione, nella società contemporanea, appaiono superiori ai controstimoli indotti dal pericolo della privazione della libertà.

SOMMARIO: 1. Una strategia perdente. – 2. L'*habeas corpus* dei migranti. – 3. Tre difetti capitali. – 3.1. Esempificazione. – 3.2. Rarefazione. – 3.3. Arbitrarietà assoluta. – 4. Un sovranismo a doppio taglio.

1. Una strategia perdente.

Il recente d.l. 4 ottobre 2018, n. 113¹ mette per l'ennesima volta le mani nella disciplina della detenzione degli stranieri irregolari. Inserendosi in una linea di tendenza non estranea ad alcuni interventi dei precedenti esecutivi², rafforza ulteriormente i previgenti meccanismi di privazione della libertà, mostrando con chiarezza quale sia l'atteggiamento dell'attuale Governo al problema dell'immigrazione.

¹ Da ora in poi, il "decreto-sicurezza", alla data del 7 novembre 2018 convertito in legge dal Senato con alcune modificazioni, e trasmesso alla Camera dei deputati per l'approvazione finale.

² Da ultimo, il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, su cui v. L. MASERA, [I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti](#), in questa Rivista, fasc. 3/2017, p. 278 ss.

Da un punto di vista teorico, esistono due possibili approcci al tema. Si può partire dalla premessa per cui gli attuali fenomeni migratori sono inevitabili e cercare di gestirli nel modo più funzionale possibile, predisponendo le migliori procedure per individuare i migranti meritevoli di essere accolti nell'Unione Europea, a questo fine ricorrendo allo strumento della detenzione solo in via eccezionale. In alternativa, si può utilizzare la privazione della libertà come strumento di deterrenza, volto a disincentivare gli stranieri ad allontanarsi dai propri paesi di origine.

È evidente come il Governo abbia optato per il secondo approccio, adottando una strategia che, però, alla lunga potrebbe rivelarsi perdente. Ne discende, come vedremo, la più totale mortificazione dell'*habeas corpus*, senza che ne derivino dei vantaggi significativi. La detenzione continuerà a colpire i migranti in modo indiscriminato e capriccioso. Difficilmente, inoltre, produrrà gli effetti sperati, se si tiene conto del fatto che gli stimoli all'immigrazione, nella società contemporanea, appaiono superiori ai controstimoli indotti dal pericolo della privazione della libertà³. Potrebbe forse determinare dei benefici dal punto di vista del consenso elettorale: un risultato tuttavia che, come la recente storia politica italiana dimostra, rischia di rivelarsi effimero.

2. L'*habeas corpus* dei migranti.

Come si può immaginare, la detenzione dei migranti c.d. irregolari (in quanto privi di un titolo giuridico per soggiornare in un determinato Stato) è una forma di privazione della libertà piuttosto controversa. Riguardando persone che non sono coinvolte in un giudizio penale⁴, non sarebbe consentito attribuirle una funzione strumentale al corretto svolgimento del processo o all'esecuzione della pena (come avviene con la carcerazione finalizzata ad impedire che l'indiziato inquina le prove o fugga); né le si potrebbe conferire una funzione di prevenzione, non essendo configurabile un pericolo di commissione di reati in virtù del solo *status* di migrante irregolare.

Ma allora a quale titolo giustificarla? Una risposta si rinviene nell'art. 5 § 1 lett. f della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU): è consentita la detenzione di una persona "per impedirle di entrare illegalmente" in uno Stato, oppure di una persona "contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione".

Tali prescrizioni fanno comprendere come la Convenzione europea dia per implicita l'esistenza del potere degli Stati di regolamentare l'ingresso degli stranieri nel proprio territorio, al più anche usando la privazione della libertà a tal fine. Né si potrebbe

³ Più in generale, manifesta perplessità sui reali effetti delle politiche di deterrenza M. VILLA, *Sbarchi in Italia: il costo delle politiche di deterrenza*, in www.ispionline.it, 1 ottobre 2018.

⁴ Anche qualora uno Stato volesse configurare come reato la condotta di uno straniero che permanesse nel suo territorio in violazione della legge, non potrebbe sanzionarla con una pena detentiva: cfr. Corte giust., 28 aprile 2011, *El Dridi*, § 59, la quale ha precisato come una pena del genere potrebbe compromettere l'obiettivo perseguito dalla direttiva 2008/115 del 16 dicembre 2008 (c.d. direttiva-rimpatri), "ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare".

ritenere che un potere del genere – funzionale a fronteggiare le esigenze di sicurezza e di ordine pubblico connesse ai flussi migratori – contrasti con la nostra Costituzione⁵. Sarebbe, dunque, irrealistico pretendere che gli ordinamenti nazionali vi rinuncino, soprattutto in un momento storico come quello attuale.

Ciò non significa che la detenzione potrebbe essere impiegata in modo indiscriminato. In più occasioni la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito a quali condizioni essa risulterebbe accettabile⁶, ponendo una serie di requisiti che, unite alle garanzie previste dall'art. 13 Cost., definiscono il volto dell'*habeas corpus* degli stranieri.

a) La prima di esse è la riserva di legge: la privazione della libertà deve essere prevista dal diritto nazionale, il quale risulti facilmente accessibile a chiunque. Parrebbe una garanzia talmente elementare da non doverla neppure menzionare; eppure, sorprendentemente, continua ad essere violata.

È quello che è avvenuto, ad esempio, nel caso *Khlaifia*, in cui alcuni migranti erano stati trattenuti per diversi giorni in condizioni disagiate dapprima sull'isola di Lampedusa e poi a bordo di una nave in base ad un accordo bilaterale (fra l'Italia e la Tunisia) il cui testo non era stato diffuso, ma semplicemente richiamato in un comunicato stampa pubblicato su *internet* dal Ministero dell'interno italiano (che si limitava a menzionare un potenziamento del controllo delle frontiere e la possibilità di espulsioni immediate con una procedura semplificata). Chiamata a pronunciarsi sulla vicenda, la Corte europea ha giustamente riscontrato una violazione dell'art. 5 CEDU, osservando come tale "ambiguità legislativa" abbia "dato luogo a numerose situazioni di privazione della libertà *de facto*" sprovvista di un controllo giurisdizionale⁷.

b) In secondo luogo, la privazione della libertà non deve essere arbitraria. La legge ha il compito di definirne i presupposti applicativi in modo sufficientemente preciso, così da renderne prevedibile *ex ante* l'adozione. Deve, al contempo, risultare strettamente funzionale al corretto svolgimento di una delle procedure intese a definire la situazione del migrante (in particolare, l'espulsione o la concessione della protezione internazionale)⁸, la quale venga definita entro tempi ragionevoli. Dovrebbe cessare, di conseguenza, nel momento in cui venga meno la prospettiva realistica che la procedura raggiunga il suo scopo. Se, poi, esistessero misure meno invasive ugualmente funzionali all'obiettivo, queste ultime dovrebbero essere preferite.

⁵ Ciò spiega perché Corte cost., 5 luglio 2010, n. 250 abbia potuto attribuire un rango preminente all'"interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori", considerandolo un "bene giuridico strumentale, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici finali, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata".

⁶ Si vedano Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, § 108 ss.; Id., 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito*, § 69 ss.; Id., 15 dicembre 2016, *Khlaifia c. Italia*, § 90 ss.; Id., 14 febbraio 2017, *S.K. c. Russia*, § 104 ss.

⁷ Così Corte eur. dir. uomo, *Khlaifia*, cit., § 97 ss.

⁸ La detenzione dei migranti in corso di espulsione è disciplinata dalla direttiva-rimpatri e dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (t.u. sull'immigrazione), mentre la detenzione dei migranti richiedenti asilo è regolata dalla direttiva 2013/33 del 26 giugno 2013 (c.d. direttiva-accoglienza) e dal d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142.

Tutto ciò – chiariscono i giudici di Strasburgo – non comporta che la carcerazione sia necessariamente volta ad impedire la fuga o la commissione di determinati reati da parte dello straniero. È, però, essenziale che sia imperniata su situazioni fattuali delineate con precisione, e univocamente ricollegabili alle finalità perseguite⁹.

c) Infine, deve esserci un controllo giurisdizionale sulla presenza dei requisiti in questione, in modo da evitare che la privazione della libertà sia interamente sottoposta alle valutazioni del potere amministrativo.

3. Tre difetti capitali.

La vigente disciplina eurounitaria e nazionale, purtroppo, appare lontana dal soddisfare queste condizioni. E il decreto-sicurezza non ha fatto nulla per migliorarla; l'ha, semmai, addirittura peggiorata.

Essa appare eccepibile già sul piano della sua stessa comprensibilità. Si presenta come un reticolo di prescrizioni di lettura estremamente difficoltosa (perfino per gli italiani), costruito attraverso numerosi rinvii “a scatole cinesi”, incapace di delineare in modo chiaro i presupposti per la privazione della libertà.

Quanto ai contenuti, non si può dire che un controllo giurisdizionale sulla privazione della libertà manchi in assoluto. Entrambe disposte dal questore, la carcerazione dei migranti in corso di espulsione è soggetta al vaglio del giudice di pace¹⁰, mentre quella dei migranti che hanno chiesto protezione internazionale è sottoposta al vaglio del “tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione”¹¹. Le norme, al contempo, rispettano le tempistiche imposte dall'art. 13 comma 3 Cost. in merito alla convalida dei provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza¹².

Il problema sta nei presupposti della carcerazione, contraddistinti da almeno tre difetti capitali: due già presenti nel sistema, e il terzo, come vedremo, frutto del decreto-sicurezza.

3.1. Esemplificazione.

Un primo difetto concerne il trattenimento dei migranti in corso di espulsione presso i centri di permanenza per i rimpatri (CPR)¹³, quando quest'ultima non possa essere eseguita con immediatezza¹⁴.

⁹ Si veda, al riguardo, D. WILSHER, *Immigration Detention: Law, History, Politics*, Cambridge University Press, 2011, 119 ss.

¹⁰ Art. 14 commi 3 ss. t.u. sull'immigrazione.

¹¹ Art. 6 comma 5 ss. d.lgs. n. 142 del 2015.

¹² Ossia la loro comunicazione entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria, e la convalida da parte di quest'ultima nelle successive quarantotto ore.

¹³ Disciplinato dall'art. 15 della direttiva-rimpatri e dall'art. 14 del t.u. sull'immigrazione.

¹⁴ “A causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento” (art. 14 comma 1 del t.u. sull'immigrazione).

Anziché tentare di razionalizzarne l'impiego, l'art. 2 del decreto-sicurezza ne ha riportato la durata massima a centottanta giorni¹⁵. Ne restano, dunque, immutate le condizioni operative.

Questi ultimi pongono una serie di requisiti generali che, in sé considerati, appaiono in linea con le indicazioni della Corte europea: la possibilità di adottare il trattenimento "soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento" dello straniero; l'impossibilità, nel caso concreto, di applicare "efficacemente" "misure sufficienti ma meno coercitive"; la sua durata "quanto più breve possibile", e comunque "per il solo tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio"; il "pronto riesame giudiziario" della sua "legittimità"; l'immediato rilascio della persona "quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento"¹⁶.

Al momento di delineare in modo più dettagliato le situazioni fattuali capaci di giustificare la privazione della libertà, tuttavia, le norme adottano un approccio di tipo esemplificativo. Il trattenimento – statuisce l'art. 15 § 1 della direttiva-rimpatri – può essere adottato "*in particolare quando*" "sussiste un rischio di fuga" o "il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento". "*Tra le situazioni che legittimano il trattenimento*" – aggiunge l'art. 14 comma 1 del t.u. sull'immigrazione – rientrano, oltre al pericolo di fuga, "anche quelle riconducibili 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 la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo"¹⁷.

È appena il caso di osservare quale sia l'insidia di questa tecnica: un certo margine di libertà dell'interprete per individuare ulteriori situazioni a sostegno del trattenimento, magari del tutto irrilevanti rispetto al buon esito dell'espulsione.

È un esito che la Corte di giustizia ha mostrato di voler scongiurare quando, nella sentenza *El Dridi*, ha precisato che gli Stati potrebbero ricorrere alla privazione della libertà in base all'art. 15 della direttiva-rimpatri "*solo* qualora l'esecuzione della decisione di rimpatrio sotto forma di allontanamento rischi, valutata la situazione caso per caso, di essere compromessa dal comportamento dell'interessato"¹⁸.

Considerato, però, che né le norme dell'Unione né quelle interne ritengono indefettibile tale condizione, non c'è da stupirsi se la prassi nazionale, di fatto, vede un

¹⁵ In precedenza, tale termine massimo era già stato previsto dal d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. Al contempo, il decreto-sicurezza ha introdotto procedure edilizie semplificate per la costruzione dei CPR, in modo da incrementarne il numero e la capienza. L'idea è quella di smantellare il c.d. sistema SPRAR, mirato ad un inserimento graduale dei migranti in tanti piccoli luoghi, a favore dei grandi centri di detenzione.

¹⁶ Così l'art. 15 § 1, 2 e 4 della direttiva-rimpatri.

¹⁷ Più rigorosa appare, ad esempio, la disciplina greca, la quale elenca in modo esaustivo le situazioni capaci di giustificare la privazione della libertà: "i cittadini di paesi terzi che sono oggetto di una procedura di rimpatrio" "sono trattenuti ai fini della preparazione del procedimento di espulsione e di espulsione solo se è impossibile, nel caso concreto, applicare altre misure efficaci e sufficienti ma meno radicali". "La misura della detenzione si applica: (a) in caso di rischio di fuga; (b) se il cittadino di un paese terzo evita o impedisce la preparazione del deferimento o della procedura di espulsione; (c) se vi sono motivi relativi alla sicurezza nazionale" (art. 30 l. n. 3907/2011). Una scelta giudicata compatibile con l'art. 5 CEDU da Corte eur. dir. uomo, 25 gennaio 2018, *J.R. e altri c. Grecia*, § 108 ss.

¹⁸ Corte giust., *El Dridi*, cit., § 39.

impiego del trattenimento del tutto discriminatorio. Quest'ultimo è adottato in base alle più variegate valutazioni di pericolosità dei migranti, anche condizionate da mere ragioni efficientistiche come l'effettiva disponibilità e la vicinanza di un centro di permanenza per il rimpatrio¹⁹. La sensazione che se ne ricava è quella di una privazione della libertà impropriamente utilizzata come strumento di isolamento dei migranti per mere esigenze di difesa sociale²⁰.

L'elasticità interpretativa indotta dalla tecnica dell'esemplificazione produce anche un altro guasto: arriva a contagiare anche quelle parti della disciplina che, invece, sono costruite in termini più netti. È il caso dell'art. 14 comma 4 del t.u. sull'immigrazione, nella parte in cui prescrive che il giudice di pace deve provvedere alla convalida del trattenimento verificando, tra l'altro, "la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 13".

Questi ultimi altro non sono che i presupposti dell'espulsione disposta dal prefetto quando lo straniero non possa regolarmente entrare o soggiornare nel territorio dello Stato²¹, la quale costituisce il necessario antecedente giuridico del trattenimento. Eppure, nonostante la chiarezza di tale prescrizione²², la giurisprudenza nazionale, muovendo dalla premessa che l'espulsione è sottoposta al controllo di un diverso giudice di pace²³, e trovando un supporto nel *case-law* della Corte europea²⁴, tende ad affermare che il giudice di pace competente per la convalida del trattenimento potrebbe "rilevare incidentalmente" solo "la manifesta illegittimità" dell'espulsione²⁵.

È una lettura che rischia di generare disparità di trattamento, considerato che la linea di discriminare fra le espulsioni manifestamente invalide e quelle da non ritenere tali non sempre potrebbe risultare in modo evidente. Né va dimenticato che la convalida del trattenimento, dovendo obbligatoriamente avvenire entro il termine massimo di novantasei ore (art. 13 comma 3 Cost.), il più delle volte viene disposta prima della decisione sul ricorso contro l'espulsione. Con la conseguenza che, qualora quest'ultima venisse poi annullata, lo straniero avrebbe subito un'ingiustificata privazione della propria libertà²⁶.

¹⁹ Cfr. E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, ed. provv., Giappichelli, 2018, 99 ss.

²⁰ V. G. CAMPESI – G. FABINI, *La detenzione della "pericolosità migrante"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, n. 2, 517 ss.

²¹ In particolare, perché sprovvisto del permesso di soggiorno (art. 13 comma 2 del t.u. sull'immigrazione).

²² Cfr. A. MARLETTA, *Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Criminalia*, 2012, 605 ss.

²³ Ossia quello del luogo in cui ha sede l'autorità amministrativa che l'ha disposta. Si veda l'art. 18 d.lgs. n. 150 del 2011, a cui rinvia l'art. 13 comma 8 del t.u. sull'immigrazione.

²⁴ Secondo cui non sarebbe indispensabile, ai fini del trattenimento del migrante, che il provvedimento di espulsione che ne sta a monte risulti legittimo in base al diritto nazionale (Corte eur., *Chahal*, cit., § 112), con la sola eccezione delle situazioni in cui esso appaia "manifestamente invalido" (Corte eur., 8 febbraio 2011, *Seferovic c. Italia*, § 38).

²⁵ "Consistente nell'avere l'amministrazione agito al di fuori della propria competenza ovvero in malafede": Cass. civ., sez. VI, 5 giugno 2014, n. 12609; più di recente, Id., sez. VI, 7 marzo 2017, n. 5750.

²⁶ Cfr., anche per ulteriori critiche, A. MARLETTA, *Detenzione "amministrativa"*, cit., 605 ss.; E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa*, cit., 150 ss.

3.2. Rarefazione.

Un secondo difetto, di cui il decreto-sicurezza si è disinteressato, concerne il trattenimento degli stranieri che hanno richiesto protezione internazionale (c.d. asilo), in quanto temano di essere perseguitati nel proprio paese di origine per motivi di razza, religiosi, sociali o politici²⁷. Una forma di privazione della libertà che trova la sua disciplina negli artt. 8 ss. della direttiva-accoglienza, nonché, a livello nazionale, negli artt. 6 ss. del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142.

Sono prescrizioni che, *prima facie*, appaiono più rispettose del diritto alla libertà personale di quelle sul trattenimento dei migranti in corso di espulsione. Specificano che la misura non potrebbe essere adottata sulla base della sola domanda di protezione, per evitare che si trasformi in una forma di ritorsione. Precisano che il trattenimento deve essere strettamente necessario, dovendo sempre essere preferite “misure alternative meno coercitive”. Evitano di ricorrere al metodo dell’esemplificazione, statuendo che la privazione della libertà potrebbe avvenire “soltanto” in uno dei casi da esse espressamente previsti²⁸.

Osservandone con maggiore attenzione i presupposti, però, si nota come non tutti siano descritti con la stessa accuratezza. Alcuni sono delineati in modo soddisfacente: si pensi all’esigenza di determinare l’identità o la cittadinanza dello straniero, o di accertare la presenza degli elementi fattuali a sostegno della richiesta di asilo²⁹. Per converso, i termini del discorso mutano per il trattenimento imposto da “motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico”³⁰, una clausola di chiusura suscettibile di ricomprendere le condotte più diverse.

Un requisito del genere è incapace di definire in modo soddisfacente i comportamenti suscettibili di conseguire la finalità perseguita attraverso la carcerazione. Esso ricorda le condizioni in passato richieste dall’art. 1 della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 per l’applicazione delle misure di prevenzione personali: la “proclività a delinquere”, già a suo tempo censurata dalla Corte costituzionale³¹, e la “dedizione abituale” ai “traffici delittuosi” nonché la “vita abituale”, “anche in parte”, “con i proventi di attività delittuose”, di recente stigmatizzate dalla sentenza *De Tommaso* della Corte europea³².

Né appare sufficiente a precisare meglio il contenuto del pericolo di cui si discute la precisazione rinvenibile nell’art. 6 comma 2 lett. c del d.lgs. n. 142 del 2015, ai sensi della quale si dovrebbe “tenere conto” di eventuali condanne per una serie di delitti

²⁷ La disciplina si trova nella direttiva 2011/95 del 13 dicembre 2011, nonché nella direttiva 2013/32 del 26 giugno 2013.

²⁸ Si veda l’art. 8 della direttiva-accoglienza, e l’art. 6 del d.lgs. n. 142 del 2015.

²⁹ Cfr. l’art. 8 § 3 lett. a e b della direttiva-accoglienza.

³⁰ V. l’art. 8 § 3 lett. e della direttiva-accoglienza, e l’art. 6 comma 2 lett. c del d.lgs. n. 142 del 2015.

³¹ V. Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177.

³² Cfr. Corte eur. dir. uomo, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, § 104 ss. V. al riguardo F. MENDITTO, [Misure di prevenzione e Corte europea, in attesa della Corte costituzionale](#), in questa *Rivista*, 22 ottobre 2018.

specificamente indicati. Si tratta, all'evidenza, di una mera esemplificazione, che non impedisce di desumere la pericolosità da altri indici³³.

L'ortodossia costituzionale del requisito passa attraverso la sua configurazione come pericolo di commissione di reati univocamente identificabili mediante l'impiego di parametri oggettivi quali la pena edittale o il bene giuridico violato³⁴, sull'esempio della previsione dell'art. 274 lett. c c.p.p. in rapporto all'applicazione delle misure cautelari.

3.3. Arbitrarietà assoluta.

Il terzo difetto capitale è un portato dell'art. 3 del decreto-sicurezza, il quale ha ritenuto di potenziare la detenzione dei migranti richiedenti asilo introducendo un nuovo comma 3 *bis* all'art. 6 del d.lgs. n. 142 del 2015.

Vi si prescrive anzitutto la possibilità di trattenere il richiedente asilo, "per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni", "per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza", presso le strutture di cui all'art. 10 *ter* comma 1 del t.u. sull'immigrazione.

Viene così introdotta un'ulteriore ipotesi di privazione della libertà nei c.d. "punti di crisi" (*hotspots*). Una forma di carcerazione "in entrata" che, negli altri casi, opera indiscriminatamente nei confronti degli extracomunitari che abbiano attraversato irregolarmente le frontiere o siano giunti nel nostro paese a seguito di operazioni di salvataggio in mare, e che viene trattata dal legislatore come se fosse una mera restrizione della libertà di circolazione. Genericamente consentita "per le esigenze di soccorso e di prima assistenza", dovrebbe essere funzionale alle "operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico" necessarie per l'identificazione dello straniero³⁵. Nella realtà, si traduce in una carcerazione *de facto* di cui non vengono definite le modalità, e che risulta sprovvista di un controllo giurisdizionale³⁶. Difetti che si rinvencono anche nella nuova ipotesi introdotta dal decreto-sicurezza, risultando non difficile diagnosticarne l'illegittimità costituzionale.

L'aspetto ancora più preoccupante della modifica concerne la possibilità di convertire la privazione della libertà presso gli *hotspot* dei migranti richiedenti protezione internazionale in un trattenimento presso i CPR suscettibile di durare fino a centottanta giorni.

Stando al comma 3 dell'art. 10 *bis*, normalmente il presupposto di tale conversione è "il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi", una condotta che appare sintomatica dell'intento di ostacolare il procedimento di identificazione.

³³ Cfr. E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa*, cit., p. 201.

³⁴ Così già Corte cost., 17 gennaio 1980, n. 1.

³⁵ V. l'art. 10 *ter* comma 1 del t.u. sull'immigrazione.

³⁶ Cfr. F. CASSIBBA, *Il "trattenimento" del migrante irregolare nei "punti di crisi" ex art. 10-ter d.lgs n. 286 del 1998 nel prisma della Convenzione europea*, in *questionegiustizia.it*, 24 luglio 2017.

Il decreto-sicurezza, invece, prevede la conversione “ove non sia stato possibile determinarne o verificarne l’identità o la cittadinanza”. Anche, pertanto, se tale esito fosse indipendente dalla condotta dello straniero, e magari connesso alle discriminazioni subite da quest’ultimo nel paese di origine. Laddove, invece, il fermo di polizia “di identificazione” dei cittadini italiani previsto dall’art. 11 del d.l. 21 marzo 1978, n. 59, limitato fino a ventiquattro ore, è ricollegato alla volontà dell’interessato (il quale rifiuti di fornire le proprie generalità, o esibisca documenti falsi)³⁷.

Ci troviamo di fronte, insomma, ad una privazione della libertà degli stranieri ancora più arbitraria di quelle già presenti nel sistema. L’unico pregio che le si può riconoscere è quello di evitare qualunque ipocrisia: essa rivela con estrema chiarezza l’intento del Governo di scoraggiare a priori ogni tentativo di sbarcare in Italia e di domandare l’asilo, anche al costo di pregiudicare chi avrebbe pieno diritto a domandare protezione internazionale.

4. Un sovranismo a doppio taglio.

In teoria il decreto-sicurezza vorrebbe essere un’espressione del c.d. sovranismo, affermando con vigore lo *ius excludendi* degli Stati nella gestione dei fenomeni migratori connessi alla globalizzazione del mondo contemporaneo.

Questo approccio non ha solo il difetto di legittimare un impiego del tutto arbitrario della carcerazione. Rischia anche di minare proprio quello che dovrebbe essere uno dei capisaldi del sovranismo in ambito giuridico, ossia la previsione di norme nazionali dal contenuto ben definito, in contrapposizione alle fumose prescrizioni troppo spesso rinvenibili nei trattati e nel diritto derivato dell’Unione Europea.

Qualcuno potrebbe osservare che sono, dopotutto, norme destinate ai migranti; l’essenziale è che ad essere compatibili con il canone della tassatività siano le norme relative ai cittadini, gli unici meritevoli di una piena protezione della libertà. Sarebbe, però, un argomento miope, incapace di scorgere il pericolo che si profila all’orizzonte: l’effetto contagioso che l’assenza di vere e proprie fattispecie di privazione della libertà, anche se limitata ad uno specifico settore dell’ordinamento, potrebbe determinare in altri settori, alimentando le prassi devianti e gli aggiramenti delle garanzie. Il pericolo, insomma, che ciò che vale oggi per i migranti valga, in un futuro non troppo remoto, anche per i cittadini: un *habeas corpus* costruito per principi anziché per regole, soggetto alle capricciose determinazioni della giurisprudenza ed incapace di assicurare la parità di trattamento.

³⁷ Rileva tale disparità di trattamento la proposta di questione pregiudiziale dei senatori De Petris, Errani, Grasso e Laforgia, in relazione alla conversione in legge del decreto-sicurezza.