

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Materiali



LA DETENZIONE DEI MIGRANTI TRA RESTRIZIONE E PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ: UN DIRITTO FONDAMENTALE AL BIVIO?

Seminario di studi, Urbino 24 novembre 2021

Abstract

[Immigration detention between ‘restriction’ and ‘deprivation’ of liberty: a fundamental right at the crossroads?] Immigration is the subject of an interdisciplinary research project entitled "Immigration, Personal Freedom, and Fundamental Rights." It is noteworthy that the European legislator and the Italian legislator are called to regulate the legal status of foreigners, this being not an easy task, also considering the magnitude and impact of migration flows in recent decades on our legal system. Dr. Lorenzo Bernardini—fellow of the chair of procedural law of the Department of Law of University of Urbino—will talk about the right to liberty accorded to third-country nationals, within the ECHR legal framework (Article 5(1)(f)). With reference to the Italian legal order, Prof. Lina Caraceni, professor of criminal procedural law and penitentiary law at the University of Macerata will address a lecture about "From ‘detention’ to ‘holding’ the foreigner: an unscrupulous legal vocabulary to evade the guarantees of habeas corpus". The theme of the fundamental rights of foreigners in detention will then be investigated by two very important interventions. Firstly, Prof. Alberto Fabbri will focus on "Religion in prison: utopia for migrants?". Finally, Prof. Emanuela Vittoria on "Prevention of infectious diseases and foreign citizens present in the national territory".

Key words:

Immigration detention, Article 5 ECHR, Right to religious freedom, COVID-19 prevention

Vol. 10 (2022)





Seminario di studi: *La detenzione dei migranti tra restrizione e privazione della libertà: un diritto fondamentale al bivio?*

Urbino, 24 novembre 2021

Introduce: Maria Grazia Coppetta

Interventi di: Lorenzo Bernardini, Lina Caraceni, Alberto Fabbri, Emanuela Vittoria

Buongiorno a tutti.

Inauguriamo quest'anno la stagione dei seminari dedicandoli al tormentato e delicato tema dell'immigrazione, tema ormai da tempo al centro del dibattito pubblico.

L'immigrazione è anche oggetto di un progetto di ricerca interdisciplinare dal titolo "Immigrazione, libertà personale e diritti fondamentali". La pandemia ha ridimensionato in modo significativo l'indagine da svolgere (non ha reso possibile la ricerca sul campo così come programmata).

Seppur più circoscritta essa ha dato i suoi frutti: oggi, i nostri relatori presenteranno i primi risultati dell'approfondimento del tema sotto il profilo processuale penale e penitenziario. Almeno altri due seminari saranno tenuti nel secondo semestre, dove i diritti fondamentali degli stranieri saranno presi in considerazione su piani diversi, in particolare su quello costituzionale, nonché su quello del processo penale, civile e amministrativo. Infine, a conclusione dei lavori, è previsto un convegno con l'obiettivo di tracciare le linee *de iure condendo* per una riforma della disciplina dedicata ai diritti dello straniero migrante o rifugiato in modo da contribuire ad aumentare e rendere effettivo il loro rispetto il rispetto.

E' infatti noto a tutti che l'area dei diritti fondamentali degli stranieri costituisce una cartina tornasole dell'adeguatezza delle norme giuridiche nazionali, europee e sovranazionali a farsi carico delle esigenze di coloro che sono alla ricerca nel mondo intero di condizioni di vita e di lavoro più dignitose rispetto a quelle dei paesi di provenienza, di conseguenza ci impegna in difesa dei loro diritti inalienabili a modificare i molti meccanismi giuridici nazionali che ledono tali diritti, approntando soluzioni orientate all'accoglienza e alla solidarietà.

In pratica, il legislatore europeo e il legislatore italiano sono chiamati a disciplinare lo *status* giuridico di questi stranieri, compito non facile considerata l'ampiezza e l'impatto dei flussi migratori degli ultimi decenni sul nostro sistema, compito non facile ma doveroso a partire dalla tutela effettiva della dignità della persona, riconoscendo *in primis* al bene

fondamentale della libertà personale tutte le garanzie previste dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu).

Ed è proprio sulle garanzie riservate agli stranieri migranti ristretti nella libertà che oggi i due relatori discuteranno, in particolare rifletteranno sulla situazione detentiva dei migranti, cercando di chiarire se trattasi di restrizione o di privazione della libertà. Alla domanda se il diritto alla libertà per il migrante è giunto ad un bivio, ce ne parlerà, con riferimento alla disciplina europea, il dott. Lorenzo Bernardini, collaboratore della cattedra di diritto processuale del nostro dipartimento, e con riferimento alla disciplina interna, la prof. Lina Caraceni, docente di diritto processuale penale e di diritto penitenziario nell'Università di Macerata.

La tematica dei diritti fondamentali degli stranieri sarà ampliata poi da due interventi di grande rilievo.

Il prof. Alberto Fabbri si soffermerà su “La religione in carcere: utopia per i migranti?”; la prof. Emanuela Vittoria su “Prevenzione delle malattie infettive e cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale”.

La detenzione dei migranti tra restrizione e privazione della libertà: un diritto fondamentale al bivio?

Lorenzo Bernardini, Università degli studi di Urbino Carlo Bo

Quando parliamo di diritto alla libertà dello straniero, dobbiamo innanzitutto focalizzare la nostra attenzione su che cosa intendiamo con questo termine («straniero»), che spesso viene adoperato come sinonimo di «migrante» o «cittadino di Paese terzo». Secondo una prospettiva squisitamente sociologica, lo «straniero» – e cioè colui che non vanta legami di cittadinanza col territorio ove temporaneamente si trova – viene spesso associato a concetti prettamente negativi, come «nemico» o «estraneo» o «diverso». La società occidentale ha da sempre sentito l'esigenza di *proteggersi* dal migrante, nemico esterno, che ha portato i sistemi giuridici contemporanei a creare un diritto “diverso”, vale a dire un *corpus* legislativo che regoli in modo preponderante lo *status* dei non cittadini. Il Testo Unico sull'Immigrazione italiano – di cui parlerà fra poco, più approfonditamente, la prof.ssa Caraceni – ne è l'esempio più evidente nel nostro ordinamento interno, sebbene vada evidenziato che pressoché tutti i Paesi membri dell'UE si sono dotati di disposizioni *ad hoc* per normare la situazione degli stranieri presenti sul territorio od intercettati alla frontiera.

In particolare, per gestire i flussi migratori, gli Stati hanno iniziato ad adottare misure specifiche. A questo proposito, il filosofo del diritto Luigi Ferrajoli ha sottolineato, in un recente saggio, che se, in passato, il concetto di “cittadinanza” fungeva da grimaldello normativo per *allargare* la platea dei titolari di diritti fondamentali, oggi, al contrario, è diventata lo strumento per *separare*, di fatto, chi possiede dei diritti, e chi invece ne è escluso. Tale circostanza si è manifestata chiaramente con l'adozione, da parte degli Stati nazionali, di misure di diritto penale rivolte prevalentemente ai migranti.

Per fare un esempio, in Italia – attraverso l'adozione del c.d. “pacchetto sicurezza” del 2008 (d.l. n. 92/2008 conv. con modif. con l. n. 125/2008) – è stato istituito appositamente l'aggravante di “clandestinità” (successivamente dichiarata incostituzionale nel 2010). Chiaramente, questo fenomeno si può inscrivere in quello che il giurista tedesco Jakobs ha definito “diritto penale del nemico”: l'ordine costituito identifica una precisa “sottocategoria” di persone – in questo caso, sono i “non cittadini” – che diviene destinataria di alcune misure di diritto penale istituite *ad hoc*.

Tuttavia, tale strategia si è rivelata fallimentare, con il passare degli anni, giacché non permetteva efficacemente di raggiungere l'obiettivo agognato, vale a dire l'espulsione del maggior numero possibile di stranieri dal territorio. Innanzitutto, colpire con istituti di diritto penale la condotta del migrante in quanto tale comportava *ope legis* l'apertura di un procedimento penale a suo carico, con i riverberi che si possono facilmente immaginare: all'indagato-straniero, infatti, venivano attribuite – come è ovvio che fosse – precise facoltà e garanzie (ad es. il diritto al contraddittorio, il diritto all'interprete, il diritto di difesa ecc.) che *de facto* rallentavano proprio l'allontanamento di quel migrante dal territorio. Inoltre, al termine del procedimento penale, lo straniero veniva detenuto per espriare la sua pena; dunque, *permaneva* nel territorio dal quale lo si voleva allontanare. Le politiche di rimpatrio, quindi, venivano ostacolate proprio dagli strumenti legali adottati, per la maggiore, dalla totalità degli Stati europei. Di questo si accorse la Corte di Giustizia UE che, attraverso importanti decisioni (tra le altre: *El Dridi*, *Achughbabian* e *Sagor*), vietò

agli Stati di adoperare misure penali che potessero impedire una efficace implementazione del sistema di rimpatrio, obiettivo che l'UE sosteneva espressamente all'art. 79 TFUE che, testualmente, stabilisce *inter alia* che «L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani».

Così, negli ordinamenti interni, fecero la loro “comparsa”, per così dire, misure amministrative di gestione dei flussi migratori. Gli Stati membri riuscirono così ad ottenere due precisi vantaggi: (i) le garanzie *penali* da assicurare agli indagati sono ben più solide e tassative rispetto a quelle da attribuire a persone coinvolte in procedimenti amministrativi; (ii) la conseguenza delle misure *amministrative* non era certo quella di incarcerare lo straniero, bensì quella di allontanarlo dal territorio il prima possibile; (c) senza misure *penali*, veniva assicurato il rispetto – quantomeno formale – del *dictum* delle sentenze della Corte di Giustizia dell'UE. Tra questi istituti, la “detenzione amministrativa” ha svolto, e svolge tuttora, il ruolo di “misura regina”, data la sua diffusa applicazione nella prassi da parte degli Stati membri: essa consiste nella privazione di libertà adottata dall'autorità di pubblica sicurezza nei confronti di uno straniero, per motivi di immigrazione (ad es. per disporre l'espulsione del migrante dal territorio).

Poiché in questo ambito le parole sono importanti, va sottolineato sin da ora che nel TUI – e quindi all'interno del diritto italiano dell'immigrazione – non compare mai il termine “detenzione amministrativa” (a differenza, ad esempio, del diritto inglese, dove si parla di *detention*) bensì la locuzione ben più neutra ed edulcorata di “trattenimento”. Per i processualpenalisti, com'è intuibile, la detenzione è sinonimo di «pena». Nel caso della *immigration detention*, e qui sta la peculiarità dell'istituto, la misura adottata *prescinde dalla commissione di un reato*: il migrante viene detenuto senza che sia quantomeno sospettato di aver posto in essere una condotta che potrebbe integrare una fattispecie criminosa. Si parla, infatti, di *detenzione senza reato*. La *ratio* della detenzione amministrativa risiede nella necessità di prevenire il rischio di fuga o, in certi casi, di neutralizzare i comportamenti aggressivi dello straniero, allo scopo di rimpatriarlo il più velocemente possibile (nel caso del migrante irregolare) o di attendere l'esito della procedura di richiesta di protezione internazionale (nel caso del richiedente asilo).

A livello sovranazionale, va rilevato che il diritto internazionale consente agevolmente agli Stati di trattenere i migranti, siano essi rifugiati o irregolarmente soggiornanti (v., ad es., le pertinenti norme della Convenzione di Ginevra del 1951 e del ICCPR). Analogamente, il diritto dell'Unione europea consente agli Stati di detenere gli stranieri per motivi di immigrazione (si pensi alle norme sulla detenzione inserite nella Direttiva 2008/115 e della Direttiva 2013/33), così come l'ordinamento CEDU. Quindi possiamo dire che, attualmente, esiste un consenso – a livello internazionale – sulla legittimità dell'istituto della detenzione amministrativa degli stati. In altre parole, nessuno ha mai messo in dubbio l'idea che si possa applicare la privazione di libertà come metodo (privilegiato) per gestire l'immigrazione. Oggi tutti gli stati del mondo possiedono norme *ad hoc* sulla *immigration detention*.

Con l'intervento di oggi si svolgeranno delle considerazioni, in particolare, in merito alle disposizioni in materia della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU), del 1949, che quindi è precedente alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CFRUE) che, come è noto, è stata sottoscritta dagli Stati membri dell'UE nel 2000 a Nizza.

In particolare, l'art. 5 della CEDU garantisce il diritto alla libertà e alla sicurezza. Preme

sottolineare che il diritto alla «libertà» viene anteposto a quello alla «sicurezza»; invero, viene nominata per prima la parola «libertà»: essa è la condizione naturale di ogni essere umano. La dottrina inglese parla di *presumption of liberty*: tutti gli esseri umani nascono «liberi», secondo la proclamazione solenne della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo ed è chiaro, afferma la CEDU, che il diritto alla libertà va garantito – e ciò viene ribadito più volte anche nella giurisprudenza della Corte di Starsburgo – a «tutti» (*everyone*) senza distinzione di cittadinanza.

Orbene, l'art. 5 CEDU si apre così: «tutti hanno diritto alla libertà e alla sicurezza». Tuttavia, vi sono delle eccezioni a tale regola, che vengono subito menzionate, come se la norma in questione possedesse, per così dire, una *pars* universalistica – ove il diritto alla libertà viene proclamato solennemente e perentoriamente – e una *pars* speciale, ove vengono enunciate le situazioni *particolari* nel contesto delle quali all'autorità è concesso di privare legittimamente la libertà di un individuo. Tra queste, si permette agli Stati di detenere una «*person*» (genericamente intesa) quando bisogna prevenirne l'entrata non autorizzata oppure quando si deve procedere all'espulsione di quella persona (art. 5, par. 1, lett. *f*). Ora, si capisce *ictu oculi* che non si parla di una persona qualsiasi: qui si sta pensando al migrante, al “non cittadino”. La CEDU, però, non lo nomina mai, conservando così quella sua parvenza universalistica.

Nondimeno, essere detenuti ai sensi dell'articolo 5 CEDU, par. 1, lett. *f* – e quindi essere oggetto di *immigration detention* – comporta anche che la persona in questione possiede dei diritti ben precisi, tra cui quello di essere portato davanti a un giudice nel più breve tempo possibile (*habeas corpus*). La CEDU, a questo proposito, usa il termine «*promptly*» (prontamente), a differenza di altre disposizioni dove usa il termine «*speedily*» (velocemente). In questo senso la persona detenuta – ma si parla del migrante – deve essere portato subito innanzi a un giudice affinché la legittimità della sua detenzione sia giudicata da un magistrato, terzo, indipendente ed imparziale. È uno snodo fondamentale della procedura amministrativa di privazione di libertà a carico dello straniero: se, da un lato, è l'autorità di pubblica sicurezza ad imporre al migrante un provvedimento detentivo, dall'altro, deve essere l'autorità giudiziaria («*courts*») ad esercitare un ruolo di controllo sulla *lawfulness* della misura.

Orbene, come già accennato, non è mai stata messa in dubbio – almeno a livello di consenso internazionale – la legittimità dell'adozione, da parte degli Stati, della “detenzione senza reato” a scopri migratori. Quindi, ci si dovrebbe chiedere oggi se il problema non sia tanto la disciplina, quando soprattutto il *presupposto su cui si basa*, vale a dire la condizione di *privazione di libertà personale* subita dal migrante. In quanto detenuto, egli diventa *ipso facto* titolare delle garanzie previste dall'art. 5 CEDU. L'accertamento di tale condizione, tuttavia, è tutt'altro che agevole, dal momento che la detenzione amministrativa viene quasi sempre implementata in luoghi non tradizionalmente identificabili come spazi di coercizione: si pensi agli *hotspot*, alle navi quarantena, alle stazioni di polizia, ai centri di accoglienza, alle zone di transito aeroportuali o al confine. Con riferimento ai migranti, invero, è presente una sorta di “antinomia giuridica” all'interno della CEDU. Se detenuti, come detto, scattano in loro favore le garanzie dell'art. 5 CEDU. Al contrario, se meramente *ristretti della propria libertà*, viene in rilievo l'art. 2, prot. 4 CEDU, norma dedicata alla restrizione della libertà di movimento. Per i “ristretti” sono comunque previsti dei diritti, ma questi vengono assicurati solo a chi è *legalmente sul territorio*. Nel caso di migranti irregolari non detenuti, ma meramente ristretti della propria libertà, la CEDU, paradossalmente, lascia gli stranieri privi di qualsivoglia protezione.

Il vero *punctum dolens*, pertanto, resta quello di capire che cosa si intende per “detenzione”

(e quindi *privazione totale* di libertà) e cosa si intende per “restrizione” di libertà.

Seguendo i casi *Engel e altri*, *Guzzardi*, *Raimondo* e *Austin e altri* (nessuno dei quali riguardava cittadini stranieri), la CEDU ha elaborato un sistema di criteri per tentare di delimitare chiaramente le due situazioni, pur ammettendo che certe vicende possano integrare dei «borderline cases» che è difficile distinguere *in concreto*. I criteri enunciati in quelle decisioni – che possiamo semplicemente definire “criteri *Guzzardi*” – consentono di analizzare la misura controversa per concludere se una certa persona si trova in una situazione di *privazione* o *restrizione* di libertà: (a) tipologia; (b) durata; (c) effetti sulla persona; (d) modalità di esecuzione. Questi indicatori, seppure utili *in concreto*, restano comunque adattabili “caso per caso”, e non sempre hanno condotto la Corte europea a soluzioni coerenti e condivisibili *in casu*. D'altronde, è lo stesso consesso europeo a riconoscere che la distinzione tra “privazione” e “restrizione” di libertà è questione di *grado* o *intensità* della misura controversa, e non di *natura* o *sostanza* (*Guzzardi*, § 93).

Con *Austin e altri*, ad onor del vero, i Giudici di Strasburgo hanno tentato di aggiungere un quinto criterio a quelli testé enunciati, vale a dire la *ratio* che avrebbe spinto le autorità nazionali ad implementare la misura controversa nei confronti del singolo (ad es. la finalità di pubblica sicurezza sottesa all'implementazione di un cordone di polizia nei confronti dei ricorrenti). Ma si tratta evidentemente di una deviazione giurisprudenziale che poco ha a che fare col giudizio, imprescindibile, in merito alla situazione *concreta* patita dal singolo sottoposto a limitazioni della propria libertà personale. Situazione ove la motivazione – vera o presunta che sia – per la quale l'autorità ha emesso un dato provvedimento evidentemente non consente di ricostruire se la circostanza ove la persona si trova rientri o meno nelle ipotesi di «privazione» di libertà *ex art. 5 CEDU*.

Applicando tali criteri ai migranti, la Corte di Strasburgo è pervenuta a soluzioni condivisibili in alcuni casi, sancendo la natura di *detenzione* delle misure amministrative imposte agli stranieri (così accordando loro le importanti garanzie stabilite dall'art. 5 CEDU). Come accennato, questi ultimi vengono spesso confinati in luoghi *ibridi*, ove cioè non è chiaro se la loro permanenza integri o meno una «detenzione» nel senso inteso dalla Convenzione europea. Luoghi ove vige *de facto* uno “stato di eccezione”, in quanto sono applicate norme *speciali* per una specifica categoria di persone. Solo i “non cittadini”, infatti, possono essere tratti (rectius: detenuti) nei campi di accoglienza o negli *hotspot*. La Corte europea, in particolare, ha sovente analizzato il *tempo* speso dai migranti nei luoghi di confinamento e il *grado di coercizione* loro imposto, al fine di stabilire la natura detentiva – quando non simil-carceraria – delle misure adottate nei confronti degli stranieri. Un simile ragionamento, fino al 2019, veniva svolto, e non poteva essere altrimenti, alla luce dei criteri *Guzzardi* sopra riportati, che venivano calati dal contesto generale ove erano stati elaborati a quello specifico della gestione dei flussi migratori. Da quell'anno in poi, inspiegabilmente, la Corte cambia griglia di valutazione.

La *vexata quaestio* rimane la medesima: secondo quali parametri si può valutare la natura *detentiva* di una misura di trattenimento adottata nei confronti di uno straniero da espellere o che, semplicemente, sta attenendo l'esito della procedura concernente la sua domanda di protezione internazionale? Con due decisioni del 2019 duramente contestate dalla dottrina (*Z.A. e altri c. Russia* e *Ilias e Ahmed c. Ungheria*), i giudici europei hanno “riscritto” *ex novo* l'elenco dei criteri da osservare per circostanziare la situazione di uno straniero detenuto al confine di uno Stato membro, all'interno delle c.d. “zone di transito”. Tra questi, viene esplicitamente richiamata la *ratio* della misura controversa nonché una valutazione della condotta degli stranieri coinvolti. È difficile comprendere come criteri siffatti possano essere ritenuti rilevanti per stabilire se la persona interessata stia subendo una *privazione* della libertà personale (o, altrimenti, una mera *restrizione* della stessa). Ciò

che preoccupa, peraltro, è che tale impostazione è stata recentemente ribadita da *R.R. e altri c. Ungheria*, del 2021, e si avvia malauguratamente a diventare giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo. Si tratta, tuttavia, di una vera e propria “torsione” giurisprudenziale da parte dei giudici europei, dal momento che tali – nuovissimi – indicatori non si rinvencono in alcun modo nelle decisioni pregresse in materia di immigrazione e, ciononostante, essi vengono adottati *solamente nei confronti degli stranieri*, confermando che per questi ultimi le garanzie previste dall’art. 5 CEDU possiedono una diversa conformazione rispetto ai “cittadini”.

Concludendo, possiamo ben concordare con chi ha notato che anche il diritto fondamentale alla libertà – che dovrebbe valere allo stesso modo per «tutti» (*everyone*) – è stato *de facto* degradato perché è stata creata una linea logico-argomentativa (a partire dalle decisioni del 2019 che ho citato sopra) che trovano applicazione *solo per i “non cittadini”*. Forse, i “criteri *Guszzardi*”, seppure non del tutto tassativi, quantomeno subivano un’applicazione *erga omnes*, senza distinzione di nazionalità.

E vorrei concludere ricordando un episodio di una novella di Verga che si chiama *Libertà*, tratta dalla raccolta *Novelle rusticane* del 1883. Prendendo come spunto le promesse garibaldine di redistribuzione delle terre e di eliminazione delle ingiustizie sociali, la popolazione di Bronte si ribella spontaneamente nei confronti dei *cappelli*, i «galantuomini», membri delle classi più agiate della città. Dopo aver ucciso gran parte dei nobili, tuttavia, la folla inferocita prende atto dell’arrivo in città di Nino Bixio, generale garibaldino, che ristabilisce l’ordine con provvedimenti drastici, disponendo la celebrazione di un processo a carico dei rivoltosi:

«I giudici sonnacchiavano, dietro le lenti dei loro occhiali, che agghiacciavano il cuore. Di faccia erano seduti in fila dodici galantuomini, stanchi, annoiati, che sbadigliavano, si grattavano la barba, o ciangottavano fra di loro. Certo si dicevano che l’avevano scappata bella a non essere stati dei galantuomini di quel paesetto lassù, quando avevano fatto la libertà. E quei poveretti cercavano di leggere nelle loro facce. Poi se ne andarono a confabulare fra di loro, e gli imputati aspettavano pallidi, e cogli occhi fissi su quell’uscio chiuso. Come rientrarono, il loro capo, quello che parlava colla mano sulla pancia, era quasi pallido al pari degli accusati, e disse: - Sul mio onore e sulla mia coscienza!...

Il carbonaio, mentre tornavano a mettergli le manette, balbettava: - Dove mi conducete? - In galera? - O perché? Non mi è toccato neppure un palmo di terra! Se avevano detto che c’era la libertà!... -».

Così, nessuno di noi dovrebbe aspettare che ci sia qualcun altro a dirgli che *cos’è la libertà e quando c’è la libertà*. Essa è *naturaliter* connaturata all’essere umano: è un diritto fondamentale, e ciò vuol dire che deve valere per tutti allo stesso modo, senza distinzione di sorta.

Dalla “detenzione” al “trattenimento” dello straniero: un lessico giuridico spregiudicato per eludere le garanzie dell’habeas corpus

Lina Caraceni, Università degli studi di Macerata

C’è una “semantica della migrazione” a cui il processualpenalista deve prestare molta attenzione quando si confronta con un tema “di confine” come quello della libertà personale dello straniero; già il titolo del nostro incontro (*La detenzione dei migranti tra restrizione e privazione della libertà: un diritto fondamentale al bivio?*) è emblematico in questo senso. Ci sono parole come libertà e detenzione che, accostate a quella di straniero, mutano profondamente il loro significato; altre vengono impiegate per sostituirsi alle impronunciabili (restrizione, privazione, trattenimento - aggiungo -, come pseudo-sinonimi di detenzione). Lo stesso termine migrante, all’apparenza neutro, è andato via via assumendo significati ben definiti e un’accezione deteriore.

Di regola il verbo migrare descrive la condizione di chi (persona o animale) lascia il luogo di origine per stabilirsi, anche solo temporaneamente, altrove, in cerca di nuovi approdi che magari possano offrire migliori condizioni di vita. Ed è uno *status* che da sempre contraddistingue gli esseri viventi¹. Peraltro, in anni più recenti il fenomeno della migrazione delle persone ha perso la sua dimensione strutturale, sistematica ed è stato regolato e gestito secondo una visione emergenziale, occasionale e contingente, così preponderante da cambiare anche il significato delle parole che lo definiscono. A titolo esemplificativo: da un punto di vista tecnico-giuridico, nel contesto europeo, dopo la caduta delle frontiere interne e l’attrazione del tema immigrazione (leggi controllo esterno delle frontiere) nell’orbita della legislazione comunitaria, il termine migrante (spesso sostituito con quello di immigrato) identifica lo straniero cittadino di un paese non appartenente alla comunità europea. E in questo senso i termini migrante/immigrato, straniero ed extracomunitario sono semanticamente e giuridicamente equivalenti.

Non così se guardiamo al loro impiego nel linguaggio comune, linguaggio che di regola riflette l’atteggiamento di accettazione o rifiuto che una determinata comunità adotta nei confronti dell’estraneo. Extracomunitario, nel comune sentire, ad esempio, è equiparato a migrante/immigrato, ma è qualcosa di diverso da straniero. Ricorrendo ad una semplificazione possiamo dire che di norma è identificato con lo straniero colui che, pur non appartenendo alla comunità insediata in un dato territorio, si è comunque disposti ad accogliere al pari di un cittadino, mentre è considerato migrante/immigrato colui la cui presenza viene tollerata per un periodo determinato, ma che in linea di principio non si è disposti ad accogliere. Generalmente, il primo viene utilizzato per identificare una persona proveniente da un paese ricco, sviluppato, che possa offrire un contributo alla comunità in termini di benessere, prestigio, avanzamento culturale, economico, sociale, mentre il secondo riguarda estranei arrivati da paesi poveri, portatori di un bisogno, in cerca di aiuto, protezione, lavoro². Analogamente accade per il concetto di extracomunitario: semanticamente e giuridicamente questo identifica un cittadino non appartenente ad uno dei paesi dell’UE, ma nel lessico comune il concetto è associato a quello di immigrato

¹ S. ALLIEVI, *Immigrazione. Cambiare tutto*, Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 3.

² M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, 3° ed., Bologna, Il Mulino, 2020, p. 18, parla di «doppia alterità» associata al termine immigrato.

quando la provenienza è da uno dei paesi poveri³. Ma dirò di più: anche la disciplina giuridica delle migrazioni, la regolamentazione del controllo esterno dei confini dell'Europa attraverso la più recente legislazione in materia ha contribuito, non di poco, a creare confusione, diffidenza, a cambiare la semantica, rafforzando questo atteggiamento di chiusura, il diffuso sentimento di non accettazione dell'estraneità. Muovendo da pregiudizi identitari, culturali o religiosi si è arrivati ad assimilare l'esodo di migliaia di persone verso l'Europa ad alcuni aspetti deteriori associabili al fenomeno, ma alquanto marginali (pensate soltanto alle ripetute generalizzazioni sui migranti come veicolo di diffusione del fondamentalismo islamico, del terrorismo jihadista, come causa dell'incremento di tante forme di criminalità o come portatori di malattie contagiose). Anzi, in tempi di incertezze, paure, fragilità sociali questa diffidenza è stata "alimentata" e, non di rado, utilizzata come veicolo di consenso politico-elettorale. Ed è proprio la legislazione penale quella che più di altre ha fornito gli strumenti per rispondere ai bisogni di sicurezza della collettività, arrivando fino a criminalizzare lo *status* di immigrato⁴. Come ci ha ricordato in più occasioni Massimo Pavarini abbiamo assistito ad un ricorso eccessivo alla legge penale pure per finalità di controllo sociale: sull'onda di cicliche emergenze – e quella migratoria è vista come tale da qualche decennio –, la penologia odierna si è posta nell'ottica di «ridurre il rischio sociale da criminalità mettendo nella condizione di non nuocere chi avverte come pericoloso»⁵. Seguendo la logica della «tolleranza zero», il populismo penale oggi in voga mira a reprimere condotte non particolarmente gravi sotto il profilo oggettivo ma espressione di forme di devianza, o meglio di marginalità sociale, percepite come estremamente disturbanti agli occhi dell'opinione pubblica ed in grado di suscitare quello che viene definito "panico morale"⁶. I poveri disturbano, i marginali infastidiscono e perciò si creano le condizioni giuridiche affinché scompaiano dalla realtà, vengano nascosti agli occhi "dei cittadini". L'ultimo rapporto del Garante nazionale delle persone private della libertà personale fotografa impietosamente questa situazione, a proposito delle condizioni di vita all'interno dei centri vocati al trattenimento degli stranieri irregolari⁷ (non criminali, ma semplicemente persone non in regola con i documenti d'ingresso o di soggiorno e destinatari di un provvedimento di espulsione)⁸. Leggo testualmente: «la detenzione amministrativa dello straniero (il trattenimento - ndr) assume nella prassi i tratti del meccanismo di marginalità, di marginalizzazione sociale, di sottrazione temporanea allo sguardo della collettività»⁹.

³ Per intenderci: un famoso giocatore di calcio camerunese, una modella argentina, un imprenditore cinese o coreano, pur provenendo da un paese extra UE, non verranno mai identificati come immigrati, extracomunitari; lo saranno invece il cittadino siriano o quello afghano, richiedenti protezione internazionale perché fuggono da un paese in guerra, o un venditore ambulante senegalese in cerca di miglior sorte.

⁴ Esprime bene il concetto il termine *crimmigration* (*crime+migration*) utilizzato dalla dottrina per identificare la criminalizzazione della condizione dell'*extraneus* indesiderato, che si vuole allontanare: A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, f. 2, p. 495 ss.

⁵ M. PAVARINI, *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche"*, in *Rass. penit. e crim.*, 2001, f. 1-3, p. 119.

⁶ M.L. TASSO, *Il diritto tollerante*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, f. 2, p. 436 ss.

⁷ Si tratta dei centri di permanenza per i rimpatri (CPR) di cui parleremo tra breve.

⁸ Sulle ambiguità del concetto di immigrato irregolare, cfr. M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, cit., p. 227 s.

⁹ *Rapporto sulle visite effettuate nei centri di permanenza per i rimpatri nel periodo 2019-2020*, in https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio_contenuto.page?contentId=CNG10674, p. 3.

Nondimeno, in questa deriva ipertrofica, secondo Luigi Ferrajoli, il populismo penale odierno con cui si governa il fenomeno migratorio avrebbe fatto un salto di qualità: mentre il vecchio faceva leva sulla paura per la criminalità di strada e di sussistenza, cioè per fatti enfatizzati ma pur sempre illegali, onde produrre paura e ottenere consenso a misure inutili e demagogiche ma pur sempre giuridicamente legittime, il nuovo populismo punitivo va esattamente nella direzione contraria, trasformando in illegale ciò che non lo è. Facendo leva sull'istigazione all'odio e sulla diffamazione di condotte non solo lecite, ma in molti casi virtuose (basta pensare ai salvataggi di vite umane in mare), alimenta paure e razzismi per ottenere consenso a misure illegali, «come la chiusura dei porti, la preordinata omissione di soccorso, le lesioni dei diritti umani e la trasformazione in irregolari di immigrati regolari»¹⁰.

Su quest'ultimo richiamo è interessante soffermarsi brevemente per osservare il più recente approccio adottato dalla nostra legislazione interna nel controllo dei flussi migratori, tema strettamente legato proprio al soccorso in mare. È quello che con una formula di sintesi chiamiamo metodo *hotspot*. Il decreto 13/2017 (c.d. decreto Minniti) ha introdotto l'art. 10-ter TUI (testo unico immigrazione, d.lgs. 286/1998), il quale prevede la creazione dei cc.dd. punti di crisi nei posti di frontiera marittima per il trattenimento dei migranti che hanno bisogno di soccorso e di assistenza. È di tutta evidenza che siamo di fronte ad una norma che trasforma, degradandolo, un diritto (a ricevere soccorso e assistenza come impone la legge del mare)¹¹ in pretesto per “trattenere”, per comprimere un altro diritto (la libertà personale) per ragioni diverse da quelle che, di regola, ne consentono la limitazione: il solo scopo perseguito è evitare l'ingresso del migrante nel territorio dello Stato. E magari si tratta di persone che avrebbero diritto di chiedere la protezione internazionale, perché la loro sicurezza, la loro vita, la loro dignità sarebbero in pericolo ove fossero costrette a tornare nel paese d'origine. E il tutto avviene in un “punto di crisi”, l'*hotspot* appunto. Qui le parole sono terribilmente emblematiche di ciò che accade: descrivono un “non luogo” – per riprendere le categorie di Marc Augé¹² – uno spazio che di fisico, di reale non ha nulla, definiscono la smaterializzazione della struttura (non si sa di che tipo, con che caratteristiche) dove trattenere per lo stretto necessario (anche il tempo è indefinito) coloro che arrivando dal mare in condizioni disperate debbono essere soccorsi e assistiti e prima possibile rimandati indietro¹³. La smaterializzazione del luogo consente di allontanarlo, nascondere allo sguardo, al controllo, di porlo al di fuori del sistema e, di conseguenza, renderlo *legibus solutus*. Nessuna disposizione individua le condizioni di permanenza dei migranti, le modalità di accoglienza e soccorso, né le garanzie a tutela della libertà di chi è trattenuto in questi

¹⁰ L. FERRAJOLI, *Diritti umani, diritto disumano*, in *Quest. giust.*, 25 ottobre 2021.

¹¹ Si tratta di un diritto riconosciuto e tutelato da una pluralità di testi internazionali; ne ricordo alcuni: la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982 – UNCLOS), il trattato che definisce i diritti e le responsabilità degli Stati nell'utilizzo dei mari e degli oceani, la Convenzione di Londra del 1974 (sulla salvaguardia della vita umana in mare, nota anche come SOLAS) e quella di Amburgo del 1979 (sul soccorso e salvataggio in mare, anche identificata con l'acronimo SAR).

¹² M. AUGÉ, *Non-lieux. Introduction à une anthropologie de la surmodernité*, La librairie du XXI^e siècle, Seuil, 1992.

¹³ Su questo tema, E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistic*, 2^o ed., Torino, Giappichelli 2021, p. 270 ss.

“non luoghi”¹⁴.

La cruda realtà dei “punti di crisi” è emblematica del corto circuito a cui stiamo assistendo nelle politiche di regolazione e controllo dei flussi migratori: la messa in discussione dello Stato di diritto, dei valori fondativi delle democrazie occidentali e la creazione di uno stato di eccezione, giustificato dall’esistenza di una situazione di emergenza tale da legittimare l’intervento *extra ordinem*. Intendo il concetto di stato di eccezione nel significato che ne dà Carl Schmitt¹⁵: ricorre quando il potere infrange le regole per imporre un nuovo ordine. E in questo lo stato di eccezione si distingue dall’emergenza che è solo una sospensione temporanea di quelle regole. Sul terreno delle migrazioni oggi, in nome proprio dell’emergenza – vera, presunta o indotta poco importa –, si emanano leggi che creano un diritto speciale, violano trattati internazionali, sovvertono regole che ci siamo impegnati a rispettare e diritti fondamentali su cui poggia l’intero sistema di valori democratici, primo fra tutti la libertà personale.

Il concetto di libertà associato alla condizione di immigrato muta il suo significato (e vengo alla prima delle parole volutamente “fraintese” nel lessico delle migrazioni), cambia la sua forza denotativa di bene supremo da cui promanano tutti gli altri diritti di cui gode una persona, quelle qualità originarie che costituiscono il «solido fondamento di un modello di convivenza sociale e politica forgiato a misura dell’uomo e dei suoi valori imperituri»¹⁶. Nel governo delle migrazioni è concesso intaccare la sfera della libertà personale dell’extracomunitario per ragione altre da quelle che consentono di incidere un bene voluto come inviolabile dall’art. 13 Cost. (di regola l’esercizio della potestà punitiva). Per vedere compromessa la sua sfera *de libertate* all’immigrato non serve aver violato una norma penale, ma è sufficiente non avere in ordine i documenti che gli consentono di entrare o “trattenersi” entro i confini dello Stato. La libertà personale diventa disponibile per l’autorità anche quando voglia ottenere che l’immigrato “irregolare” lasci l’italico suolo; si tratta di un cambio di paradigma davvero forte, perché non soltanto amplia le rigide deroghe costituzionalmente ammesse alla sua inviolabilità, ma condanna all’oblio la parola detenzione quando si vogliono evocare gli strumenti attraverso cui l’ordinamento “si appropria” della libertà del migrante.

Dal vocabolario del legislatore italiano (e pure dal linguaggio del diritto vivente) scompare la parola detenzione sostituita dal più neutro e meno impattante lemma «trattenimento»; un termine ipocrita attraverso cui richiamare più blande costrizioni (quasi che la libertà dell’immigrato degradi a semplice libertà di circolazione), ma dietro cui si cela una vera e propria detenzione, tanto che la dottrina non ha tardato a definirla “amministrativa”¹⁷, una compressione della libertà personale nella forma più invasiva non giustificata dall’esercizio della potestà punitiva, ma dall’esigenza di assicurare un marcato controllo fisico sull’immigrato irregolare, in vista del suo allontanamento. Quindi, gli strumenti giuridici impiegati sono presi in prestito non dal diritto e dalla procedura penale, ma dal diritto amministrativo¹⁸; sono quelli in uso all’autorità di pubblica sicurezza, non

¹⁴ La condizione dei migranti “costretti” negli *hotspots* è ben descritta dalle parole della Corte eur., Grande camera, 15 dicembre 2016, Khlaifia ed a. c. Italia, la quale, condannando il nostro paese per violazione dell’art. 5 CEDU ha definito il trattenimento all’arrivo una detenzione *extra ordinem*, perché privo di base legale e della possibilità di un ricorso effettivo circa la legalità della detenzione.

¹⁵ C. SCHMITT, *Teologia politica*, in C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 34 ss.

¹⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 87.

¹⁷ V. per tutti, E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018.

¹⁸ In questo senso, E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 199 ss.

all'autorità giudiziaria.

E allora per il processualpenalista lo studio di queste forme di coercizione diventa una sfida (dico subito persa in partenza) per riportare entro i parametri del legalmente consentito una disciplina che ostinatamente sfugge ai principi e alle regole poste a garanzia della libertà di fronte alla pretesa ingerenza dello Stato. E che la libertà personale anche dello straniero trovi tutela costituzionale è fuor di dubbio, atteso che l'art. 2 Cost. impegna l'ordinamento a riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, diritti che prescindono dal riconoscimento dello *status* di cittadino. E se così è, anche le garanzie che la accompagnano debbono trovare riconoscimento: quelle dell'*habeas corpus* (art. 13 Cost.), il diritto alla difesa (art. 24 Cost.) e, più in generale, la tutela giurisdizionale (artt. 111 e 113 Cost.), valori che non sono circoscritti ai soli «cittadini»¹⁹.

Ora non resta che verificare se la disciplina della detenzione amministrativa, del trattenimento dello straniero irregolare (per intenderci, quella contenuta nell'art. 14 TUI)²⁰ possa essere inserita in questo quadro costituzionale. E la questione è legata al riconoscimento o meno del diritto di fare ingresso e di soggiornare liberamente nel territorio dello Stato. Né la nostra Legge fondamentale, né la disciplina comunitaria, a cui è oramai affidata la regolamentazione della materia, prevedono per il cittadino di uno Stato terzo (non UE) un diritto di entrare e di “trattenersi” nei confini dell'Unione, tanto che l'art. 1 TUI, nel rispetto della normativa europea, in particolare l'art. 1 Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen²¹, definisce stranieri a cui si applicano le regole del testo unico immigrazione i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea. E questo è un aspetto molto rilevante per verificare la posizione giuridica dello straniero rispetto al potere statale di escluderlo dai confini nazionali, sia al momento del suo ingresso che in seguito e alla possibilità di adottare, a tal fine, forme di coercizione funzionali a garantire esecutività ad un provvedimento di espulsione o di respingimento²². Ricorrendo ad una formula di sintesi possiamo dire che all'esistenza di uno *ius excludendi* esercitabile nei confronti dello straniero corrisponde il potere dello Stato di impiegare la forza per dare effettività al divieto di ingresso e di soggiorno.

Tutto il diritto dell'immigrazione è intriso della volontà di predisporre meccanismi di controllo fisico sull'irregolare e il trattenimento ne rappresenta un po' l'emblema. Entra nel nostro sistema con la legge Turco-Napolitano²³ e resiste tutt'ora, malgrado sia stato fatto oggetto di ripetute novelle che ne hanno cambiato regole, tempi di durata e pure la denominazione dei luoghi di esecuzione. Si tratta di una misura di coercizione che non dovrebbe assolvere a funzioni sanzionatorie e preventive, poiché applicata nei confronti di soggetti accomunati dal solo fatto di essere privi di un'autorizzazione a entrare (o a restare) entro i confini dello Stato. Come accennavo poc'anzi, l'uso del termine “trattenimento” evoca istituti giuridici propri del diritto amministrativo e ha lo scopo (non

¹⁹ A. PUGIOTTO, “Purchè se ne vadano”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *AIC, Annuario 2009, Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XIV Convegno annuale, Cagliari 16-17 ottobre 2009, Napoli, Jovene, 2010, p. 341.

²⁰ Si tratta della detenzione amministrativa dello straniero che deve essere allontanato dal territorio dello Stato attraverso un accompagnamento coattivo alla frontiera perché riconosciuto come irregolare, accompagnamento che non può essere eseguito immediatamente. Esiste altra forma di trattenimento contenuta nell'art. 6 legge 142/2015 riguardante i richiedenti asilo per cui si rinvia a E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 262 ss.

²¹ Convenzione siglata il 14 giugno 1985.

²² E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero*, cit., p. 7 ss.

²³ L. 6 marzo 1998, n. 40.

dichiarato, ma palese) di creare un “diritto speciale” dello straniero, più coerente con il sottosistema di polizia, con la disciplina normativa in materia di sicurezza e ordine pubblico, così da renderlo svincolato dalle garanzie proprie del sistema penale. Secondo Andrea Pugiotto, la scelta lessicale consente di eludere il confronto con l’art. 13 Cost., dove compare la detenzione tra le forme di restrizione della libertà personale: «evitando quel *nomen iuris*, il legislatore tenta così di accreditare la tesi minimalista di un trattenimento che inciderebbe solo sulla libertà di circolazione e di soggiorno, senza coartare la libertà personale dello straniero, sottraendo pertanto l’inedito istituto alle garanzie proprie dell’*habeas corpus*»²⁴.

Tra gli strumenti di controllo previsti (a titolo esemplificativo ricordo l’allontanamento coattivo dell’irregolare, il confinamento umanitario del richiedente asilo)²⁵ il trattenimento è il più invasivo; viene eseguito nei centri di permanenza per i rimpatri (CPR), l’ultima delle denominazioni assegnate a queste strutture²⁶. E ancora una volta i nomi dati alle cose sono importanti ed evocativi: con essi si cerca sempre più, da un lato, di evidenziare la strumentalità di tali luoghi rispetto all’obiettivo perseguito (trattenere per allontanare, un vero e proprio ossimoro); dall’altro, di allentare i fili che legano il mezzo utilizzato al bene compromesso (permanenza rispetto al bene libertà personale).

Il trattenimento è funzionale a dare esecuzione all’espulsione, quando questa non può essere effettuata immediatamente a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’esecuzione dell’allontanamento: necessità di prestare soccorso allo straniero, necessità di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, necessità di acquisire i documenti di viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo (art. 14 comma 1 TUI). Per la verità, la norma individua, attraverso il rinvio all’art. 13 comma 4-*bis* TUI, il pericolo di fuga come prima delle condizioni che giustificano il trattenimento. È questo il vero rischio che l’ordinamento intende scongiurare a seguito del ritardo nelle operazioni di rimpatrio: perdere il controllo “fisico” sullo straniero indesiderato²⁷. Il trattenimento è disposto dal questore per il tempo strettamente necessario al superamento della difficoltà di esecuzione dell’espulsione.

Indiscusso il carattere coercitivo dell’istituto: lo si ricava a chiare lettere dal comma 7 dell’art. 14 TUI che prevede l’impiego della forza pubblica per eseguire le adeguate misure di vigilanza affinché lo straniero non lasci il centro, con possibilità di adottare un nuovo

²⁴ A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 2014, f. 3, p. 577.

²⁵ Cfr. G. CAMPESI, *Chiedere asilo in tempo di crisi. Accoglienza, confinamento e detenzione ai margini dell’Europa*, in C. MARCHETTI, B. PINELLI (a cura di), *Confini d’Europa. Modelli di controllo e inclusioni informali*, Milano, Cortina ed., 2017, *passim*.

²⁶ I CPR sono stati così rinominati dal decreto Minniti (d.l. 13/2017), dopo essere nati come centri di permanenza temporanea e assistenza (CPTA) ed essersi anche trasformati in centri di identificazione ed espulsione (CIE, come voluto dal “pacchetto sicurezza” del 2008, d.l. 92/2008).

²⁷ Gli indicatori dell’esistenza del pericolo di fuga sono molteplici (art. 13 comma 4-*bis* TUI): mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità; mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio dove possa essere agevolmente rintracciato; avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell’art. 14 TUI; avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2.; infine il rifiuto reiterato, da parte dello straniero, di sottoporsi ai rilievi foto-dattiloscopici e segnaletici (requisito che configura una specifica ipotesi di rischio di fuga, previsto dal comma 3 del nuovo art. 10-*ter* TUI).

provvedimento di trattenimento, ove si allontani²⁸. Lo ha confermato la Corte costituzionale, quando ha stabilito che il trattenimento è una forma di detenzione che esige il pieno rispetto dell'art. 13 Cost.²⁹, con la conseguenza che anche le garanzie ivi contemplate, la riserva di legge e la riserva di giurisdizione, dovrebbero (il condizionale è d'obbligo) informare la disciplina di cui all'art. 14 TUI. Garanzie formali, come si sa, poiché non indicano le ragioni che possono legittimare la coercizione (c.d. vuoto dei fini): se, per le forme tradizionali di "detenzione" (a titolo di pena, di misura cautelare e di sicurezza) la *ratio* giustificativa può essere recuperata attraverso il ricorso ad altre norme costituzionali, segnatamente gli artt. 25 e 27 Cost. (esercizio della potestà punitiva nei limiti della presunzione di non colpevolezza)³⁰, questa tutela rafforzata non può essere riconosciuta alla "detenzione amministrativa" degli stranieri.

Peraltro, la Consulta in più occasioni ha rinvenuto nella difesa dell'ordinata gestione dei flussi migratori il fondamento costituzionale di molte scelte del legislatore ordinario nel comprimere la libertà degli stranieri anche nella più grave forma della detenzione; gestione dei flussi che sarebbe esigenza strumentale ai valori costituzionali della sicurezza e sanità pubbliche, dell'ordine pubblico e dei vincoli internazionali che il nostro paese è tenuto a rispettare³¹. Secondo il Giudice delle leggi, la disciplina dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è connessa al bilanciamento degli interessi pubblici ora accennati, la cui ponderazione spetta primariamente al legislatore ordinario, dotato di un'ampia discrezionalità in materia, sempreché sia rispettosa dei criteri di intrinseca ragionevolezza³². Certo, già in linea teorica, che sia ragionevole adottare la più grave forma di ingerenza nella sfera *de libertate* per "gestire lo straniero" (regolarne l'ingresso e il soggiorno) è più che lecito dubitarne. Ma anche a voler ritenere che si possano rinvenire nella Costituzione valori in grado di offrire agli stranieri, al di fuori di un procedimento penale, quella tutela rafforzata che normalmente accompagna l'incisione del bene libertà personale, non si può di contro tacere che quando parliamo di trattenimento, di detenzione amministrativa, pure le garanzie formali della riserva di legge e di giurisdizione faticano assai a trovare riconoscimento nella disciplina normativa dedicata³³.

Il comma 1 dell'art. 14 TUI, nel fissare i casi di trattenimento difetta di tassatività, poiché la norma delinea un catalogo aperto di situazioni che possono giustificarlo, lasciando quindi al questore ampio margine di discrezionalità nell'individuare le ragioni della coercizione³⁴. Inoltre, quasi tutte le ipotesi di trattenimento sono dovute a circostanze non

²⁸ Il carattere coercitivo si ricava anche dalla direttiva rimpatri che espressamente contempla il carcere come luogo di "trattenimento": l'art. 16 comma 1 Dir. 2008/115/CE recita testualmente: «qualora uno Stato membro non possa ospitare il cittadino di un paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari».

²⁹ Corte cost. n. 105 del 2001.

³⁰ Ancora, E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero*, cit., p. 34 ss.

³¹ Cfr. Corte cost. n. 250 del 2010, a proposito della tenuta costituzionale dell'art. 10-*bis* TUI (ingresso e soggiorno illegale dello straniero).

³² Si vedano, tra le molte, Corte cost. n. 62 del 1994, Corte cost. n. 206 del 2006 e Corte cost. n. 172 del 2012.

³³ Definisce il trattenimento un «mostro giuridico», L. PEPINO, *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, in *Quest. giust.*, 12 dicembre 2018. Parla di «abacadabra giuridico» A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., p. 587.

³⁴ Recita infatti il comma 1 dell'art. 14 TUI che «tra le situazioni che legittimano il trattenimento ...» ci sono quelle elencate, ma ve ne possono essere altre che non vengono nominate; perciò la norma consente arbitrariamente all'autorità amministrativa di trovarne, a sua totale discrezione.

imputabili allo straniero; anzi, la limitazione di un diritto fondamentale è giustificata prevalentemente da esigenze organizzative e da ritardi imputabili piuttosto all'autorità che deve procedere all'allontanamento dell'irregolare. Al di là del pericolo di fuga, che comunque non dovrebbe rappresentare una condizione a sé stante, ma il rischio che si corre nell'attesa del rimpatrio, la necessità di prestare soccorso allo straniero, quella di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità o di acquisire i documenti di viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, sono tutte situazioni che non dipendendo in alcun modo da condotte imputabili allo straniero e rispondenti alla sua volontà di sottrarsi all'allontanamento; di conseguenza, nella logica della ragionevolezza e del bilanciamento dei valori costituzionali in gioco di cui parlavamo poc'anzi, difficilmente possono ritenersi motivi legittimi di trattenimento. Oltretutto, a parte il soccorso, tutte le altre sono operazioni che non richiedono la disponibilità fisica dello straniero e dunque mal giustificherebbero la sua detenzione se non accompagnate da quel rischio di fuga di cui sopra, grimaldello potente per "aggirare" le garanzie costituzionali³⁵.

E non solo per i casi: anche per i modi difetta la riserva di legge. L'art. 14 TUI fa riferimento ai centri di permanenza per i rimpatri «individuati o costituiti con decreto del Ministro dell'interno»³⁶. Siamo di fronte ad una regolamentazione dei luoghi della detenzione amministrativa attuata attraverso un decreto ministeriale, una fonte secondaria, un atto non avente forza di legge e in alcun modo ad essa equiparabile. Il primato della legge a proposito dei «modi» della restrizione della libertà personale deve riguardare almeno la definizione dei requisiti delle strutture da adibire a tale scopo, mentre l'art. 14 comma 1 TUI attribuisce al Governo una delega in bianco nella individuazione e costruzione dei CPR, anche se qualche indicazione la ricaviamo dal comma 2 dell'art. 14 TUI grazie alle modifiche apportate dal recente decreto Lamorgese³⁷: il trattenimento deve garantire «adeguati standard igienico-sanitari e abitativi, con modalità tali da assicurare la necessaria informazione relativa al suo *status*, l'assistenza e il pieno rispetto della sua dignità ... è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno»³⁸. Tuttavia, come si può ben vedere, si tratta di previsioni talmente generiche da non essere in alcun modo prescrittive e vincolanti, come ha evidenziato il Garante nazionale nell'ultimo rapporto sullo stato dei CPR³⁹.

Ancor più grave appare la violazione della riserva di legge a proposito delle modalità di trattenimento se si guarda alla fonte pseudo-normativa che disciplina la gestione dei centri di permanenza per i rimpatri. Si tratta addirittura di una fonte sub-regolamentare, il d.m. 21 novembre 2008 (recante lo «schema di capitolato di appalto per la gestione dei centri di accoglienza per immigrati»), il quale a sua volta lascia ampio margine ai contenuti delle singole convenzioni stipulate tra prefetture ed enti gestori dei centri, avallando una sostanziale "privatizzazione" della disciplina in una materia, come veniamo dicendo, soggetta a riserva di legge⁴⁰. E dando un ultimo sguardo d'insieme alla disciplina riguardante le regole di esecuzione del trattenimento all'interno dei centri, queste sono refrattarie ad ogni altro presidio di tutela che normalmente accompagna la detenzione, a

³⁵ E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 242 ss.

³⁶ Cfr. il regolamento attuativo del TUI (d.p.r. 394/1999), gli artt. 20 e segg.

³⁷ Si tratta del d.l. 130/2020.

³⁸ Ulteriori indicazioni, quanto all'ubicazione dei CPR e alla loro capienza, sono ricavabili dal decreto Minniti (art. 19 d.l. 13/2017).

³⁹ V. il *Rapporto sulle visite effettuate nei centri di permanenza per i rimpatri*, cit., p. 5 ss.

⁴⁰ Così, E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 247.

cominciare dal ruolo di controllo svolto dalla magistratura di sorveglianza⁴¹.

Ed ecco allora un ultimo accenno all'altra garanzia ricavabile dall'art. 13 Cost. che dovrebbe informare anche la detenzione amministrativa: la riserva di giurisdizione. Il trattenimento dello straniero espellendo è tutt'altro che ossequioso del precetto costituzionale, visto che è disposto dal questore e l'intervento del giudice è solo *ex post*. La disciplina ordinaria in materia non può essere ricondotta nell'alveo del comma 2 dell'art. 13 Cost.; piuttosto in quello del comma 3, laddove in casi eccezionali di necessità e urgenza fissati per legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti coercitivi provvisori che debbono essere convalidati dall'autorità giudiziaria entro novantasei ore dalla loro adozione, a pena di cessazione. Quando si tratta di libertà dello straniero espellendo, il rapporto regola-eccezione tra il comma 2 e il comma 3 dell'art. 13 Cost. si inverte: la regola diventa l'eccezione, poiché la riserva di giurisdizione si connota sempre come intervento *a posteriori* del giudice, mentre in termini di "convalida *ex post*" dovrebbe giustificarsi soltanto in casi eccezionali. Il trattenimento dell'immigrato nei CPR è di regola frutto di una decisione dell'autorità di pubblica sicurezza. Ancora una volta, pertanto, assistiamo ad un cedimento costituzionale, pure sotto il profilo dell'uguaglianza, poiché ci si accontenta di una tutela "degradata" della libertà personale dello straniero espellendo attraverso il poco garantito procedimento di convalida. Si tratta dell'ennesima forzatura: il questore è l'unico organo depositario del potere di decidere se applicare o meno la detenzione amministrativa, sulla scorta di una regolamentazione dei presupposti poco lineare e dall'ambito applicativo potenzialmente illimitato (che si presta ad un'interpretazione non in termini di stretta tassatività) e sulla base di criteri informali. Ciò determina l'assegnazione all'autorità di polizia di compiti che la Carta fondamentale vorrebbe riservati in via esclusiva alla giurisdizione. E gli ampi poteri discrezionali del questore in ordine alle ragioni che giustificano il trattenimento depotenziano l'intervento del giudice a mero controllo formale del rispetto delle procedure, svilendo così ancora una volta la portata della garanzia costituzionale⁴². Non solo. Il *vulnus* alla libertà personale dello straniero in questo caso appare molto più marcato anche per gli effetti prodotti dall'intervento giurisdizionale *ex post*: mentre di regola la convalida ha effetto "per il passato" e valuta il comportamento tenuto dall'autorità di pubblica sicurezza nel limitare provvisoriamente la libertà di un soggetto e quando il giudice intenda mantenere la coercizione adotta un nuovo provvedimento⁴³, nel caso del trattenimento ha efficacia "anche per il futuro", legittimando la protrazione della limitazione *libertatis* sulla base dello stesso titolo provvisorio, oltretutto per un lasso di tempo non indifferente (trenta giorni prorogabili per un massimo di novanta)⁴⁴.

E se analizziamo più in dettaglio gli aspetti procedurali della convalida altre antinomie possono essere evidenziate rispetto alle garanzie che dovrebbero proteggere la sfera della libertà personale, a cominciare dall'organo cui è affidata, il giudice di pace. Si tratta di

⁴¹ Su questo aspetto un piccolissimo passo avanti è stato fatto, prima in sede di conversione del decreto Minniti, poi con il decreto Lamorgese, consentendo, nel primo caso (legge 46/2017), l'accesso nei CPR ad una serie di figure istituzionali, tra cui i garanti locali delle persone private della libertà personale; nel secondo (d.l. 130/2020), la possibilità per il "trattenuto" di rivolgere istanze o reclami al Garante nazionale e ai garanti regionali (art. 14 comma 2-*bis* TUI). Ovviamente non vi è una giurisdizionalizzazione del trattenimento, ma almeno ci sono autorità indipendenti che possono assolvere ad una qualche funzione di controllo sulle condizioni di "permanenza" nei centri.

⁴² E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 251 s.

⁴³ Si veda la disciplina della convalida dell'arresto ai sensi dell'art. 391 c.p.p.

⁴⁴ In casi eccezionali si può arrivare a centoventi giorni (art. 14 comma 5 TUI).

scelta che testimonia un abbassamento del tasso di giurisdizionalità. Il giudice di pace è un organo, non togato, nato con funzioni conciliative a cui è sottratto ogni potere *de libertate*. Da un raffronto con disposizioni analoghe che determinano equivalenti (se non inferiori) forme di limitazione della libertà personale anche adottate da un'autorità amministrativa, emerge con tutta evidenza che la convalida è sempre affidata ad un giudice togato. Due esempi fanno al caso nostro: pensiamo ad un trattamento sanitario obbligatorio (TSO), che richiede l'intervento *ex post* del giudice tutelare e al divieto di accedere alle manifestazioni sportive (DASPO) con obbligo di firma, la cui convalida è affidata addirittura al giudice per le indagini preliminari. In definitiva l'intervento di un giudice togato dovrebbe sempre imporsi, alla luce del significato più profondo del principio dell'*habeas corpus*, rispetto al quale la giurisdizione è posta a presidio del momento più delicato del conflitto tra autorità e libertà individuale⁴⁵, anche nei casi in cui la libertà subisca costrizioni per ragioni extra-penali. Ma questo non vale per lo straniero⁴⁶.

Non meno problematica la tutela riservata al diritto di difesa nel procedimento di convalida: le caratteristiche del rito sono in tutto e per tutto inadeguate a garantirlo e minimamente comparabili con quelle previste per i provvedimenti coercitivi di natura penalistica. Tratterò qui di seguito, in maniera assai sintetica, alcuni snodi della procedura particolarmente problematici⁴⁷. L'esercizio del diritto di difesa trova un presupposto nel diritto di conoscere esattamente i contenuti del provvedimento che dispone il trattenimento in vista dell'esecuzione dell'espulsione. L'art. 13 comma 7 TUI stabilisce che il provvedimento di espulsione e quello di trattenimento, nonché ogni altro atto concernente l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, «sono comunicati all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione in una lingua a lui conosciuta, ovvero, ove ciò non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola». Qui l'effettività della conoscenza dipende dal significato che si assegna a quell'«ove non sia possibile» tradurre nella lingua conosciuta dal «trattenuto», espressione che giustifica il ricorso, per la comunicazione, alle cc.dd. lingue veicolari, di cui si presume la conoscenza da parte dello straniero. Ma così non è: il linguaggio giuridico è già un linguaggio complesso per gli addetti ai lavori nel paese che quel linguaggio esprime e utilizza; figuriamoci quali siano le possibilità che ha uno straniero, spesso analfabeta, proveniente da una cultura (anche giuridica) diversa, di comprendere le ragioni del provvedimento emesso nei suoi confronti e attivarsi per far valere i propri diritti quando ne ha avuto contezza in una lingua che non è la sua, ma che, per convenzione, si ritiene debba conoscere – e che quasi mai conosce. L'impossibilità della traduzione nella lingua conosciuta dallo straniero e la sua sostituzione con le lingue veicolari è un parametro che la più recente giurisprudenza di legittimità affida alla valutazione del giudice in sede di convalida: in questo modo si evitano prassi «amministrative» aduse a traduzioni standardizzate; ma di fatto, anche così, non si consente allo straniero di conoscere esattamente i contenuti dei provvedimenti che, nel caso concreto, lo espongono al rischio espulsione, proprio perché la conoscenza di quella lingua è solo «una convenzione».

Guardando al diritto di difesa in senso proprio, va detto che i tempi della convalida

⁴⁵ A. CAPUTO-L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. imm. e citt.*, 2004, f. 3, p. 13.

⁴⁶ Fa eccezione il caso del richiedente protezione internazionale: ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 142/2015 la convalida è affidata al tribunale ordinario (della circoscrizione dove ha sede la sezione specializzata in materia di immigrazione).

⁴⁷ Per una analisi più approfondita del tema, si rinvia a E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero*, cit., p. 114 ss.

(novantasei ore dal provvedimento adottato) rendono molto stretti i margini a disposizione dello straniero per “preparare la difesa” e dunque poco effettivo il diritto stesso: il provvedimento di trattenimento con gli atti relativi deve essere trasmesso dal questore al giudice di pace competente per la convalida entro quarantotto ore; l’udienza camerale esige la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito, ma al quale non vengono assegnati termini per conoscere gli atti e per prepararsi all’udienza; non è concesso un termine a difesa. Di regola lo straniero è assistito da un difensore d’ufficio che viene nominato al momento stesso dell’udienza, dunque senza possibilità di conoscere prima gli atti e di conferire con il proprio assistito, situazione che compromette anche il diritto all’autodifesa dell’interessato, il quale ha ricevuto copia dell’atto oggetto di convalida, è stato per tempo informato dell’udienza e condotto nel luogo in cui il giudice tiene udienza e può essere sentito dal giudice, ma se non può conferire con il difensore e preparare la propria difesa l’audizione difficilmente permetterà di dare un contributo adeguato all’accoglimento delle proprie doglianze (art. 14 commi 3 e 4 TUI). Oltretutto la decisione del giudice di pace esaurisce il merito; di conseguenza per lo straniero sottoposto a trattenimento è l’unico strumento di verifica circa l’operato dell’autorità di pubblica sicurezza. In effetti, il provvedimento di convalida è ricorribile per cassazione, ai sensi dell’art. 111 comma 7 Cost., ma si tratta di un controllo di mera legittimità. In aggiunta, il controllo della Suprema Corte nella stragrande maggioranza dei casi interviene una volta che la detenzione amministrativa è cessata per raggiunti limiti massimi (i tempi della giustizia di legittimità sono molto più dilatati di quelli del trattenimento) e dunque una eventuale illegittimità della detenzione sarebbe inutilmente dichiarata. E qui si vede lo scarto rispetto alle garanzie giurisdizionali accordate dal codice di rito penale in caso di adozione di provvedimenti *de libertate*: come anche la Corte di Strasburgo ha già riconosciuto⁴⁸ siamo di fronte ad una non tutela, ad un rimedio ineffettivo. Del resto, come poteva essere altrimenti se il controllo di legittimità avviene su un provvedimento che può essere privo di motivazione? il giudice di pace non ha oneri motivazionali imposti; sul punto l’art. 14 TUI serba un silenzio imbarazzante che finisce per legittimare provvedimenti sostanzialmente immotivati, spesso addirittura redatti attraverso l’impiego di formulari con caselle da barrare.

Una sola, così, può essere la conclusione: il trattenimento (detenzione amministrativa dello straniero irregolare) è un istituto “eccentrico”, distonico rispetto all’impianto costituzionale posto a protezione dei diritti fondamentali della persona; la sua regolamentazione (affidata all’art. 14 TUI) rivela una disciplina caotica e priva di una visione d’insieme, figlia di un approccio miope ed emergenziale, con conseguenti e inevitabili ricadute sulla tenuta costituzionale dell’intero impianto *de libertate*. Purtroppo, malgrado le riserve evidenziate, dobbiamo rassegnarci all’accettazione di una tale misura di coercizione: riprendendo il titolo del nostro incontro, più che ad un bivio il diritto alla inviolabilità della libertà personale per lo straniero è in un *cul de sac*, ha imboccato una strada senza uscita da cui sarà molto difficile poter tornare indietro.

⁴⁸ Corte eur., 6 ottobre 2016, Richmond Yaw ed a. c. Italia, la quale ha condannato il nostro paese per violazione dell’art. 5 CEDU **per non aver garantito il contraddittorio minimo in relazione alla decisione del giudice di pace di prolungare il trattenimento dei ricorrenti e per non aver poi accordato alcuna riparazione per tale illegittima protrazione.**

Intervento programmato

La religione in carcere: utopia per i migranti?

Alberto Fabbri, Università degli studi di Urbino Carlo Bo

La questione che vogliamo analizzare in questo breve intervento è legata al livello di garanzie riconosciute al soggetto detenuto sul fronte della libertà di religione. È necessario partire dagli elementi generali, per poi passare a cogliere gli aspetti particolari eventualmente legati alla condizione dei migranti. La particolare situazione in cui viene a trovarsi l'internato, ristretto in uno spazio limitato con misure privative e limitative della libertà, tenderebbe ad escludere un riconoscimento di una soggettività attiva per gli aspetti che interessano la possibilità di professare la propria fede, in particolare nelle forme dell'esercizio del culto o dell'assistenza spirituale. Per comprendere in pieno il conteso di cui andiamo a trattare, è necessario partire sempre dalle fonti, nel caso l'articolo 19 della Costituzione, il quale, nell'indicare il "tutti" come i titolari del diritto alla libertà religiosa, ricomprende qualunque soggetto che si trova sul territorio nazionale, indipendentemente dalla ubicazione fisica e dal titolo con il quale è in Italia, dunque anche coloro che si trovano presso una struttura carceraria.

La questione si sposta sul fronte della ricerca del miglior modello applicativo da adottare in carcere per permettere di perseguire le finalità detentive insieme all'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento.

L'immagine che dobbiamo adottare è quella della bilancia, in cui è necessario raggiungere l'equilibrio tra i diversi elementi considerati. Da un lato abbiamo il diritto alla libertà religiosa del soggetto che si trova in una struttura obbligata, dall'altro l'ordine penitenziario e la sicurezza, da applicare in un contesto storico e sociale ben preciso.

La dinamica prospettata si presenta più semplice nella gestione nel caso in cui la popolazione carceraria si mostra uniforme sotto l'aspetto dell'adesione religiosa. Fino a pochi decenni fa, quando la maggioranza dei detenuti si professava cristiano, con prevalenza cattolica, la stessa figura stabile del cappellano (l'art 26 del Regolamento penitenziario DPR n. 230/2000 assicurata la presenza di un cappellano in ciascun istituto), con il compito di portare assistenza ai carcerati, non poneva questioni legate alla fede e alle garanzie di uguaglianza e non discriminazione, il diritto alla libertà religiosa era ampiamente esercitato. Per le confessioni diverse dalla cattolica, il basso numero di aderenti praticanti, le intese eventualmente stipulate, il ricorso al riconoscimento dei ministri di culto in base alla legge (L. n. 1159 del 1929), sostenuta anche da una pratica carceraria "di prassi", non hanno fatto emergere rilevanti problematiche.

La rapida evoluzione che ha subito la realtà sociale, per i noti motivi legati all'immigrazione, ha profondamente modificato anche la platea dei culti professati in carcere. In particolare, la presenza di fedeli islamici, con un bagaglio fideistico profondamente diverso da quello tradizionalmente legato al cristianesimo (pensiamo solo alla necessità di permettere la preghiera giornaliera da svolgere ad orari precisi in relazione ai servizi quotidiani previsti dal regolamento carcerario, o al rispetto del mese del ramadan, con la somministrazione dei pasti serali), ha richiesto un'attenta verifica dei criteri previsti e adottati fino ad allora sul fronte della libertà religiosa, in modo che gli stessi fossero pienamente applicabili a tutti gli internati indistintamente dal credo professato.

Ad acuire ulteriormente la situazione, la mancanza ha una intesa della confessione islamica con lo Stato, utile per regolamentare anche la dimensione carceraria nei diversi aspetti di interesse per la comunità religiosa.

Sotto questo aspetto particolare attenzione deve essere riservata alla figura chiamata a svolgere la funzione di assistente religioso.

Diversamente da quello che accade per le confessioni religiose con intesa, nella quale come accennato, si stabiliscono anche le modalità da adottare per permettere un riconoscimento del ministro di culto referente, nel caso dell'islam, la sua stessa struttura non contempla la figura di ministro di culto.

Questo aspetto ha richiesto di rimpostare il modello fino ad ora adottato, modello che consisteva nell'identificare la figura del ministro di culto come elemento stabile all'interno di una organizzazione religiosa concepita sul modello cattolico, verticistico e gerarchico. La necessità di garantire la presenza in carcere di un assistente religioso richiede quindi di attivare modalità aperte nel richiamo a questa figura, di modo siano salvaguardati e garantiti tutti gli aspetti coinvolti, sicurezza e libertà di religione.

Ecco allora che l'ordinamento carcerario ha sempre più promosso ed incentivato il ricorso a figure comunque previste dalla normativa le quali benché non identificate giuridicamente come ministri di culto, possano svolgere una funzione di stretta vicinanza, da chiamare su esplicita richiesta del detenuto; stiamo parlando degli assistenti culturali, degli assistenti alle attività ricreative, dei mediatori culturali o semplicemente degli imam. Sul fronte collaborativo da segnalare che il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria nel 2015 ha stipulato un protocollo d'intesa con l'Ucoii (Unione delle comunità islamiche italiane), nel quale agevolare l'ingresso in carcere di imam riconosciuti e autorizzati dal Ministero dell'Interno.

Ovviamente si tratta di un accordo con uno solo degli attori islamici, ma la via intrapresa ha fornito risultato incoraggianti.

Non dimentichiamo che la tensione sociale e le procedure sulla sicurezza legate ai recenti episodi di fondamentalismo religioso, ha ulteriormente rafforzato le misure da adottare in carcere nella predisposizione dei contatti esterni. Tuttavia, il pieno coinvolgimento delle stesse comunità religiose, nel riconoscerle un ruolo attivo nella predisposizione delle figure che possono entrare in carcere, si rivela una strategia da incentivare e sostenere.

Non meno rilevanza assume la questione legata alla disponibilità di uno spazio per pregare, da utilizzare individualmente o collettivamente per l'esercizio del culto.

Il mutamento della popolazione carceraria ha richiesto di identificare e predisporre spazi diversi dalle cappelle cattoliche, spazi idonei nei quali l'internato possa raccogliersi o pregare.

La soluzione adottata ha permesso in primis di poter utilizzare la propria cella come locale per il culto anche con l'esposizione di immagini sacre, (come sapete il Regolamento penitenziario riconosce al detenuto il diritto di esporre, nella propria camera individuale o nel proprio spazio di appartenenza nella camera a più posti, immagini e simboli della propria confessione religiosa); per un uso collettivo degli spazi, la soluzione adottata nelle carceri è quella di adibire a sale di preghiera spazi collettivi, come il teatro, la biblioteca, la saletta per la socialità, perfino i corridoi, riservandoli in modo ricorrente in giorni e orari stabiliti sulle base delle richieste avanzate dalla comunità religiosa, per voce dei detenuti. Ricordo che le pratiche del culto possono essere svolte anche in assenza di ministri di culto.

L'utilizzo di spazi polivalenti, i quali nascono con una destinazione diversa e vengono adattati alla necessità religiosa, rappresenta tuttavia una procedura temporanea e occasionale, benché ripetuta, in cui manca l'elemento della stabilità ed esclusività,

pensiamo solo alla difficoltà nella gestione del corredo liturgico, il quale deve essere di volta in volta portato in loco e poi tolto.

Nel quadro che abbiamo rapidamente tracciato, emerge evidente come la religione in carcere venga a rivestire un ruolo fondamentale nel percorso personale e collettivo che il detenuto realizza in questo spazio ristretto. L'ordinamento penitenziario coglie bene questo passaggio quando afferma che «Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia», art. 15 dell'ordinamento penitenziario n. 354/1975.

La funzione riabilitativa che può essere riconosciuta alla religione nel sistema carcerario non può portare a considerare e a utilizzare la condotta tenuta nell'ambito religioso dal soggetto come criterio e parametro utile per la valutazione della sua condotta; lo stesso vale per le modalità di esercizio del diritto alla libertà religiosa, le quali devono lasciare uguale spazio anche alla dimensione atea, aconfessionale e agnostica.

Veniamo ora a considerare la seconda parte del titolo di questo intervento.

Indubbiamente la condizione di immigrato, proprio per la sua situazione precaria e instabile, richiede che da parte dell'amministrazione carceraria vengano allertate tutta una serie di procedure di trattamento nelle quali diventa fondamentale permettere al detenuto di esprimere tutte le sue potenzialità. I dati disponibili (il Dossier Statistico Immigrazione 2021 indica che nel 2008 il tasso di detenzione – calcolato sulla percentuale degli stranieri detenuti sulla popolazione straniera residente – era dello 0,71%, per arrivare ad un tasso dello 0,34% registrato nel 2020) evidenziano che negli anni la proporzione tra il numero dei residenti stranieri in Italia e quelli detenuti è in forte calo, segno che la condizione dei nuovi arrivati è migliore, con evidenti ripercussioni positive anche in ambito carcerario.

Potenzialità, dicevo, che richiede primariamente di attivare, da parte degli uffici preposti una piattaforma comunicativa nella quale il soggetto comprenda le regole del carcere, e secondariamente sia pienamente informato dei propri diritti e doveri. In questo modo l'internato immigrato diventa lui stesso l'attore nel microcosmo carcerario, nel mettere in atto in piena libertà, precise scelte che contribuiscano ad un riscatto e ad una effettiva crescita umana. Più il sistema è lento e impreparato o disorganizzato a predisporre gli strumenti previsti, maggiore è il rischio che l'immigrato, proprio per la condizione di soggetto debole quando varca la soglia del carcere, possa utilizzare la religione come riscatto sociale, isola nella quale ritirarsi per trovare un proprio spazio condiviso, protetto, anche come riscatto dalla sua condizione. In questo modo la religione non rappresenterebbe più, in particolare nell'ambiente carcerario, una via di completamento umano, ma il male minore per riuscire a ritagliarsi uno spazio minimo di sopravvivenza.

Il monitoraggio di questi aspetti diventa prioritario nella valutazione dei comportamenti che possono poi debordare in un fondamentalismo di matrice religiosa. Gli effetti sono tristemente noti a tutti.

Il supremo principio di laicità attiva impone dunque all'amministrazione penitenziaria di incentivare, salvaguardare e promuovere le espressioni lecite del sentimento religioso, non solo nell'erogazione

dei propri servizi, ma predisponendo quelle misure necessarie e utili per la valorizzazione della coscienza civile e religiosa dei detenuti.

Grazie per l'ascolto.

Seminario di studi: *La detenzione dei migranti tra restrizione e privazione della libertà: un diritto fondamentale al bivio?*

Breve bibliografia:

S. Angeletti (2018), *L'accesso dei ministri di culto islamici negli istituti di detenzione, tra antichi problemi e prospettive di riforma. L'esperienza del Protocollo tra Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e UCOII, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 24.

C. Cardia (1992), *Stato e confessioni religiose*, Bologna.

V. Grevi, a cura di (1981), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna.

A. Fabbri (2015), *L'assistenza spirituale ai detenuti musulmani negli istituti di prevenzione e di pena e il modello del protocollo d'intesa: prime analisi*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 3,

F. Franceschi (2001), *L'assistenza spirituale ai detenuti appartenenti alle confessioni religiose di minoranza nel nuovo regolamento penitenziario (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230): un caso evidente di «amnesia giuridica» da parte dell'Amministrazione dello Stato*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, II.

D. Milani, A. Negri (2018), *Tra libertà di religione e istanze di sicurezza: la previsione della radicalizzazione jihadista in fase di esecuzione della pena*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 23.

L. Musselli (2007), *Islam, diritto e potere*, in *Il Politico*, 2.

E. Olivito (2015), *“Se la montagna non viene a Maometto”. La libertà religiosa in carcere alla prova del pluralismo e della laicità*, in *Costituzionalismo.it*, 2.

A. Palma (2019), *L'assistenza spirituale e la tutela del diritto di libertà religiosa nelle strutture segreganti*, in www.salvisiuribus.it.

S. Paone, C. Vignali (2021), *La mediazione linguistica e culturale. Il carcere mondo di culture*, in Rapportoantigone.it.

C. Paterniti Martello (2019), *Corpo e anima: la libertà di culto nelle carceri italiane*, in *Il carcere secondo la Costituzione. XV rapporto sulle condizioni di detenzione*, in www.antigone.it.

Intervento programmato

Prevenzione delle malattie infettive e cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale

Emanuela Vittoria, Università degli studi di Urbino Carlo Bo

Ho riflettuto molto sul mio intervento in questo ambito e come dice la professoressa Coppetta qui c'è un discorso relativo ai migranti, agli stranieri, l'assistenza sanitaria e il diritto alla salute.

E quindi ho deciso di partire proprio dalla prevenzione delle malattie infettive. Avrei potuto prendere il protocollo dell'Istituto Superiore di Sanità che si applica nei centri di accoglienza, e quindi fare un elenco di quelle che sono le normative, i controlli sanitari che vengono effettuati sugli stranieri al loro arrivo.

Ma prima di questo, secondo me, c'è da fare una precisazione sulla condizione dello straniero presente in Italia e anche una prevenzione di tutte le malattie infettive perché noi pensiamo che il migrante e lo straniero ci portino le malattie.

Allora questo già in base alla statistica dell'Istituto Superiore di Sanità non è assolutamente vero. Le malattie che sono presenti in Italia, infettive e diffuse, sono le nostre si chiamano endemiche, cioè noi le abbiamo già presenti sul territorio. Quindi non so, per esempio, la rosolia, la tubercolosi, la scabbia. La scabbia è una malattia che (infettiva) è dovuta ad una cattiva igiene, ma casi di scabbia ci sono stati anche nelle RSA dove noi teniamo i nostri anziani, i nostri nonni; quindi, non è necessario andare in un centro di accoglienza per trovare questo tipo di malattie.

La prevenzione delle malattie infettive è un argomento che è diventato molto attuale in riferimento alla pandemia COVID-19. Fino ad allora quindi, fino a due anni fa, noi non abbiamo quasi mai parlato di prevenzione delle malattie infettive sui cittadini stranieri e non. Però con l'avvento di questa pandemia le malattie infettive sono tornate di moda, diciamo. In Italia noi abbiamo un Sistema Sanitario Nazionale che prevede la prevenzione di molte malattie infettive attraverso la vaccinazione, verso le quali voi sicuramente avete fatto le vaccinazioni: epatite B, tetano, morbillo, varicella, difterite. Sono tutte malattie verso le quali noi disponiamo gratuitamente della vaccinazione.

Questi dati delle nostre vaccinazioni sono presenti in un'anagrafe vaccinale, cioè ogni cittadino dispone di un'anagrafe vaccinale. Che cos'è l'anagrafe vaccinale? Cerco di spiegare in modo molto semplice: Io vado al distretto sanitario con la mia tessera sanitaria, il mio codice fiscale e mi viene detto quali sono le vaccinazioni che ho effettuato. Se devo fare dei richiami, o se non li devo fare.

Però come ho detto sono presenti nell'anagrafe vaccinale e si ritiene che il cittadino sia presente nel territorio nazionale per avere l'anagrafe vaccinale, perché deve essere munito di codice fiscale, tessera sanitaria, luogo di residenza.

Cosa avviene nei confronti di una persona - che non mi piace chiamare straniero - ma una persona che entra nel territorio nazionale e non è munito di regolari documenti, perché in realtà spesso non ha alcun tipo di documento; non ha il permesso di soggiorno, non ha il codice fiscale e non ha neanche la tessera sanitaria.

In Italia abbiamo l'articolo 32 della Costituzione che ci dice che tutti dovrebbero avere delle cure sanitarie. Giusto? Tanto è vero che ci dice proprio e lo leggo "*La Repubblica*

tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti?. Quindi significa tutti, senza documenti. Senza documenti si può accedere solo alle cure assistenziali che vengono definite urgenti e necessarie.

Ora per stabilire quali sono le cure assistenziali urgenti credo che ci voglia un bravo giurista, perché per esempio io mi permetto di dire che in presenza di COVID-19, essendo una pandemia, la vaccinazione nei confronti del COVID rientra come cura assistenziale necessaria.

E cure assistenziali necessarie sono anche quelle del Pronto soccorso: un individuo che si fa male, si rompe un braccio, va al Pronto soccorso. Questo individuo, anche se non ha la tessera sanitaria e il codice fiscale, può essere comunque curato.

Lo Stato però in Italia ha dato la delega alle Regioni per il Sistema Sanitario, quindi non è lo Stato Italia che decide fino in fondo. Significa che ogni regione in autonomia (cosa fa?) in base alle indicazioni che vengono date dal Ministero della Salute attua le strategie di prevenzione. Abbiamo visto - ci sono dei dati che abbiamo a disposizione dalla statistica - che alcune Regioni attuano le strategie di prevenzione indistintamente dal documento che abbia la persona, allo straniero presente sul territorio nazionale. Altre regioni invece non attuano le strategie di prevenzione. Non mi riferisco soltanto al vaccino del COVID. Mi riferisco anche ai vaccini che ho menzionato prima.

Quindi succede che giuridicamente noi dobbiamo fare la distinzione tra cittadino temporaneamente presente nel territorio nazionale e cittadino stabilmente presente nel territorio nazionale. Dietro questa definizione si gioca tutta la strategia della prevenzione che viene attuata dal nostro Sistema Sanitario.

Però per la Medicina preventiva – che non è una scienza giuridica – il discorso cade quindi rimane in mano alla decisione della Regione, come programmare la strategia di prevenzione. Quindi la Regione Veneto, per esempio, ha effettuato le vaccinazioni, la vaccinazione antinfluenzale e altre, anche nei confronti di stranieri che non hanno regolari documenti. La Regione Emilia-Romagna e la Regione Marche no, perché per la prenotazione sono necessari i dati anagrafici e i documenti della persona.

Quindi c'è un divario a livello nazionale enorme. La cosa che però mi interessa dire, prima di arrivare alle conclusioni è questa: mentre per il COVID-19 – che è una malattia della quale parliamo molto (siamo qui tutti con le mascherine quindi siamo dentro ancora questa pandemia), noi non conosciamo bene qual è la storia naturale della malattia stessa, perché il medico nella medicina preventiva si avvale della storia naturale quindi io conosco molto bene il morbillo la varicella il tetano, il COVID-19 non lo conosco, è una malattia nuova quindi non so quali sono i valori, per esempio, di riferimento del test sierologico. Quindi il COVID-19 non ha ancora una storia naturale.

Si parla tanto del test sierologico che è importante per vedere il titolo anticorpale, cioè significa la copertura che si ha nei confronti di quella malattia. Ecco è emerso proprio in uno degli ultimi studi da parte dei biologi che nei confronti del COVID-19 non è così. Perché un titolo anticorpale di 40 rispetto a un titolo anticorpale di 200 non definisce che quello che ha 200 è più coperto rispetto a quello che ha 40.

L'unico vantaggio che ha il COVID-19 è che è una malattia verso la quale noi (la medicina preventiva) abbiamo stabilito che bisogna sottoporsi a più vaccinazioni, quindi a più richiami. Deduciamo che, anche senza il titolo anticorpale, io posso sottoporre un individuo ad un richiamo di una vaccinazione senza sapere se quell'individuo ha un titolo anticorpale alto o basso.

Diverso è invece il discorso delle altre malattie infettive. Le altre malattie infettive sono tutte molto conosciute. Quindi in realtà non sarebbe un problema andare a lavorare sulla presenza di uno straniero che sia stabilmente o temporaneamente presente sul territorio

nazionale per prevenire una malattia infettiva perché attraverso un prelievo di sangue io sono in grado di individuare un valore di riferimento del titolo anticorpale, ad esempio, nei confronti dell'epatite B e posso dire che questo individuo non è coperto nei confronti dell'epatite B e quindi necessita della vaccinazione. Perché? Perché senza l'anagrafe vaccinale spesso questi individui per problemi di lingua, per problemi di comunicazione, per problemi di memoria (perché durante il loro tragitto, durante il loro percorso, hanno anche dei percorsi psicologici che a volte azzerano la memoria) non sanno in realtà se hanno fatto il vaccino dell'epatite B. Però io potrei aggirare l'ostacolo in questo modo.

Ad oggi, questa è una strategia che ancora non è stata messa in campo e arrivando alle conclusioni mi auguro ed auspico che a livello nazionale ci sia una più ampia collaborazione tra le Regioni, per il sistema sanitario perché non è pensabile che nel 2021 ci siano dei soggetti in presenza di pandemia COVID-19 che sono stranieri e sono vaccinati nei confronti del COVID-19, altri semplicemente perché non hanno il codice fiscale e hanno avuto la sfortuna o la fortuna di arrivare nelle Marche piuttosto che nel Veneto non sono coperti dal vaccino.

E inoltre questa collaborazione tra le Regioni a livello nazionale ci vorrebbe con questo *input* per il sierologico (prelievo di sangue per questo test che è venuto fuori con il COVID-19 ma in realtà noi conoscevamo già). Si effettuava per esempio nei confronti delle mamme che erano in attesa del figlio (durante la gravidanza) per capire se avessero avuto la rosolia e sono anni che questo test si fa quindi non sarebbe poi così difficile.

Ecco, mi auspico che questa collaborazione a livello nazionale avvenga e faccia sì che, anche se lo Stato ha dato la delega alle Regioni per il Sistema sanitario, non ci siano queste differenze regionali, che non hanno motivo di esistere, nei confronti di tutti gli individui stabilmente o temporaneamente presenti in territorio nazionale.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti (Università di Urbino)

Co-direttori: Luigi Mari (Università di Urbino), Lucio Monaco (Università di Urbino), Paolo Morozzo Della Rocca (Università di Urbino).

Direttore responsabile

Valerio Varesi (La Repubblica)

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri (Università di Urbino), Jean Andreau (ÉHÉSS), Franco Angeloni (Università di Urbino), Antonio Blanc Altemir (Università di Lleida), Alessandro Bondi (Università di Urbino), Licia Califano (Università di Urbino), Maria Aránzazu Calzada González (Università di Alicante), Piera Campanella (Università di Urbino), Antonio Cantaro (Università di Urbino), Donato Carusi (Università di Genova), Francesco Paolo Casavola (Presidente Emerito della Corte Costituzionale), Alberto Clini (Università di Urbino), Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino), Lucio De Giovanni (Università di Napoli, Federico II), Laura Di Bona (Università di Urbino), Alberto Fabbri (Università di Urbino), Carla Faralli (Università di Bologna), Fatima Farina (Università di Urbino), Lorenzo Gaeta (Università di Siena), Vincenzo Ferrari (Università di Milano), Paolo Ferretti (Università di Trieste), Andrea Giussani (Università di Urbino), Matteo Gnes (Università di Urbino), Peter Gröschler (Università di Magonza), Guido Guidi (Università di Urbino), Chiara Lazzari (Università di Urbino), Giovanni Luchetti (Università di Bologna), Guido Maggioni (Università di Urbino), Manuela Mantovani (Università di Padova), Valerio Marotta (Università di Pavia), Realino Marra (Università di Genova), Luca Nogler (Università di Trento), Paolo Pascucci (Università di Urbino), Susi Pelotti (Università di Bologna), Aldo Petrucci (Università di Pisa), Paolo Polidori (Università di Urbino), Elisabetta Righini (Università di Urbino), Orlando Roselli (Università di Firenze), Eduardo Roza Acuña (Università di Urbino), Massimo Rubechi (Università di Urbino), Gianni Santucci (Università di Trento), Desirée Teobaldelli (Università di Urbino), Patrick Vlacic (Università di Lubiana), Umberto Vincenti (Università di Padova).

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio (Università di Urbino), M. Paola Mittica (Università di Urbino)

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini (Università di Urbino), Chiara Gabrielli (Università di Urbino)

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Giulia Renzi, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini.

Referee esterni

Stefano Barbati, Andrea Bonomi, Nerina Boschiero, Antonio Cavaliere, Donato Antonio Centola, Maria Vita De Giorgi, Valentina Fiorillo, Gabriele Fornasari, Biagio Giliberti, Paolo Heritier, Orazio Licandro, Angela Lupone, Alessandra Magliaro, Arrigo Manfredini, Felice Mercogliano, Massimo Miglietta, Vania Patanè, Stefano Polidori, Alvisè Schiavon, Chiara Scivoletto, Laura Scomparin, Susanna Screpanti, Matteo Timiani, Giovanni Battista Varnier.

Cultura giuridica e diritto vivente - Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR ai fini dell'ASN - è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
