

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

1/2022

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

LA DETENZIONE DEI MIGRANTI NEGLI HOTSPOTS ITALIANI: NOVITÀ NORMATIVE E PERSISTENTI VIOLAZIONI DELLA LIBERTÀ PERSONALE

di Gilberto Felici e Martina Gancitano

Il presente lavoro propone un esame critico delle prassi detentive attualmente praticate nei confronti dei cittadini stranieri all'interno degli hotspots italiani. Dopo un'analisi introduttiva del c.d. "approccio hotspot", verranno evidenziate le criticità e le questioni che tale metodo di gestione del fenomeno migratorio solleva in termini di conformità con gli standard che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone agli Stati firmatari in materia di libertà personale degli individui. Le suddette criticità verranno in particolare esaminate alla luce della sentenza Khlaifia e altri c. Italia e del processo di supervisione dell'attuazione della stessa. Si analizzeranno quindi gli ultimi sviluppi legislativi italiani in materia di detenzione e trattenimento dei migranti, introdotti dalla legge n. 132/2018 e dal decreto legge n. 130/2020. Si contestualizzeranno infine, le suddette novità legislative alla luce del più ampio panorama della politica europea dell'immigrazione, i cui orientamenti futuri sono stati da ultimo delineati nel Patto Europeo sull'Immigrazione e sull'asilo, pubblicato lo scorso 23 settembre 2020.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Origine ed evoluzione dell'approccio hotspot. – 3. La legittimità del trattenimento dei migranti ai sensi dell'art. 5 della CEDU. – 4. La sentenza Khlaifia e altri c. Italia e la persistente inadeguatezza del sistema hotspot italiano. – 5. La direzione dell'Unione europea: il nuovo Patto europeo sull'Immigrazione e l'Asilo. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

La detenzione dei migranti consiste in una privazione della loro libertà, di solito a carattere amministrativo, dovuta ad una presunta violazione delle condizioni di ingresso, soggiorno o residenza degli stessi nel paese di accoglienza.

La possibilità di detenere i migranti rientra nell'arsenale di strumenti che gli Stati hanno il potere di utilizzare per la gestione del fenomeno migratorio; ogni Stato sovrano ha infatti il potere/dovere di controllare i propri confini esterni e di determinare le politiche migratorie nazionali.

Pur godendo di ampie prerogative di sovranità in tema di gestione del fenomeno migratorio, gli Stati sono obbligati, in ragione della loro appartenenza a organizzazioni internazionali, al rispetto anche nei confronti dei migranti, di una serie di norme e standard di tutela dei diritti umani. Ai sensi dell'articolo 9 par. 1 del Patto internazionale

sui diritti civili e politici e in modo simile secondo l'articolo 5 par. 1 della Convenzione europea dei diritti umani, ogni persona ha diritto alla libertà personale e nessuno può essere sottoposto a detenzione se non nei casi tassativamente indicati.

I luoghi in cui i migranti sono soggetti alla detenzione sono diversi e variano a seconda degli Stati e della finalità cui tale detenzione è volta. Peculiari, perché di recente e controversa introduzione, sono i c.d. hotspot: luoghi di frontiera, presenti lungo le coste meridionali della Grecia e dell'Italia, originariamente creati sotto l'egida dell'Unione europea per fronteggiare la c.d. "crisi migratoria" del 2015.

Nonostante il numero di migranti in arrivo in Europa sia negli ultimi anni drasticamente diminuito rispetto al 2015, l'approccio hotspot e più in generale le prassi detentive lungo i confini europei non sono state affatto abbandonate. Al contrario, le ultime statistiche sembrano dimostrare che gli orientamenti dei governi europei si indirizzano oggi, verso una predisposizione sempre più generalizzata dei meccanismi di trattenimento dei cittadini stranieri¹. Ed invero, trattenendo e isolando i migranti in arrivo in luoghi posti al confine dei loro territori, all'interno dei quali vengono processate le eventuali domande di asilo o alternativamente attivate le procedure di rimpatrio, la classe politica europea riesce a rispondere al sempre più diffuso sentimento collettivo di avversione nei confronti del fenomeno migratorio.

Il fenomeno della marginalizzazione delle politiche di gestione dei flussi migratori in frontiera solleva tuttavia evidenti criticità in termini di rispetto dei diritti umani. Tale *modus operandi*, infatti, nel prevedere forme di privazione generalizzata della libertà nei confronti di individui che il più delle volte tentano di esercitare un loro diritto – quello di richiedere asilo – e che non hanno commesso alcuna forma di reato, sembra contravvenire agli obblighi sanciti a livello internazionale in materia di diritto di asilo e diritto alla libertà personale.

L'aumento delle forme e delle occasioni di detenzione dei migranti non è stato inoltre in alcun modo accompagnato da un corrispondente incremento delle garanzie sostanziali e procedurali connesse alla suddetta detenzione, quali ad esempio la predisposizione di basi legali legittimanti i provvedimenti privativi della libertà personale o l'individuazione di strumenti informativi e meccanismi giurisdizionali attivabili per la contestazione della privazione della libertà cui si è assoggettati.

Evidenti le problematiche connesse all'utilizzo sempre più diffuso dello strumento detentivo nell'ambito della gestione dei flussi di migranti, appare doveroso esaminare le nuove tendenze in atto in tema di gestione del fenomeno migratorio sotto la lente critica del rispetto dei diritti umani.

¹ Secondo i dati frutto delle analisi e delle ricerche condotte dai ricercatori del *Global Detention Project* (Centro di ricerca indipendente che promuove il rispetto dei diritti umani delle persone detenute per motivi legati al loro status di non cittadini) l'incremento percentuale della detenzione dei migranti, "pre" e "post" crisi del 2015 è stato nei Paesi esaminati il seguente: in Austria il 265%, in Repubblica Ceca il 254%, in Croazia il 118%, in Germania e in Svezia il 50%. I. MAJCHER, M. FLYNN, M. GRANGE, *Immigration Detention in the European Union - In the Shadow of the "Crisis"*, Springer 2020, p. 4.

2. Origine ed evoluzione dell'approccio hotspot.

Per la prima volta citato nell'Agenda europea sulla migrazione della Commissione europea del 2015², il c.d. "approccio hotspot" è generalmente descritto come la fornitura di "soluzioni operative per situazioni di emergenza"³. L'hotspot è nello stesso tempo un luogo, un meccanismo e un approccio, esso è in definitiva un sistema, ideato dall'alto, dai vertici europei e implementato nelle lontane periferie meridionali dell'Unione europea, senza tuttavia essere mai stato, almeno in Italia, adeguatamente disciplinato e istituzionalizzato.

A seguito delle direttive impartite dalla Commissione europea, Italia e Grecia hanno infatti acconsentito all'apertura degli hotspots (anche detti punti di crisi) sul loro territorio, il cui obiettivo dichiarato è quello di fornire un supporto operativo coordinato sul campo, agli Stati membri che in prima linea fanno fronte ai consistenti arrivi via mare⁴. L'Agenda UE sulla migrazione ha specificato che all'interno dei suddetti punti di crisi l'EASO, Frontex ed Europol devono operare in prima linea al fianco del personale degli Stati membri "per condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo"⁵. L'adempimento di tali prime attività risulta decisivo anche ai fini della determinazione della disciplina da applicare a ciascun migrante identificato: per i migranti riconosciuti come titolari dello status di persona richiedente protezione internazionale, le autorità nazionali, coadiuvate dalle squadre di sostegno dell'EASO, avvieranno le procedure di asilo; per coloro che invece non presentano domanda di asilo e vengono quindi identificati quali migranti irregolari,

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (COM(2015) 240 final, Agenda europea sulla migrazione, del 13 maggio 2015. Per una descrizione più approfondita dell'approccio hotspot v. F. CASOLARI, *The EU's Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 25, 2016, pp. 109-134. NEVILLE D., SY S., RIGON A., *On the frontline: the hotspot approach to managing migration*, Research paper richiesto dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo, 2016.

³ AIDA (Asylum Information Database) [Country Report on Italy](#), 2019, p. 32.

⁴ RIZZA L. [Obbligo di Solidarietà e perdita di valori](#) (Nota a sentenza di Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 6 settembre 2017, Cause Riunite C – 643/15, C-647/15, Caso Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea), in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2018, pag. 1.

⁵ Cit. Agenda europea sulla migrazione, 2015, p. 7. Per quanto riguarda l'Italia, il 26 giugno 2015 è stata istituita a Catania una base operativa regionale (*The European Union Regional Task Force*) con compiti di coordinamento delle attività portate avanti da FRONTEX, EASO, Europol e le autorità nazionali. Oltre a tale base operativa, dalla fine del 2015 sono operativi quattro "punti crisi" a: Lampedusa, Pozzallo, Trapani e Taranto cui si è aggiunto nel 2017 un nuovo centro nella città di Messina. L'Italia sta comunque applicando il c.d. "metodo hotspot" anche in diversi porti. In Grecia gli hotspots operativi nelle maggiori isole del paese sono locati a: Chio, Kos, Lero, Lesbo e Samo, mentre la base operativa di controllo è situata nella città del Il Pireo. CARRERA S., BLOCKMANS S., GROS D., GUILD E., *The EU's Response to the Refugee Crisis Taking Stock and Setting Policy Priorities*, CEPS Essay (Centre for European Policy Studies), n. 20/2015, p. 7.

è prevista l'attivazione delle procedure di rimpatrio condotte dalle autorità nazionali con il supporto di Frontex⁶.

Declamata l'indiscussa rilevanza degli obiettivi che l'hotspot persegue, va altresì evidenziato che l'approccio in questione presenta criticità affatto irrilevanti. Sul piano operativo si evidenzia in primo luogo, l'insufficienza di infrastrutture e la scarsa organizzazione assicurata dalle autorità nazionali degli Stati in cui i punti di crisi operano; a questo si aggiunge lo scarso supporto prestato dagli altri Stati membri soprattutto in termini di invio di esperti nazionali richiesti per la formazione delle squadre di sostegno per la gestione della migrazione.

Altra questione di primaria importanza attiene alla mancanza di atti vincolanti formalizzanti il metodo hotspots. Ed invero, l'Agenda sulla migrazione si limitava a descrivere in termini vaghi il sistema in esame e in due atti di *soft law* di poco successivi, la Commissione ha fornito delle mere specificazioni prive comunque di qualsiasi vincolatività. È altresì vero che il regolamento (EU) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, ha in parte colmato tale vuoto normativo⁷. Il considerando n. 25 del regolamento prevede infatti che *"in caso di sfide specifiche e sproporzionate, caratterizzate dall'arrivo di ampi flussi migratori misti"*, dei rinforzi tecnici e operativi devono essere forniti *"nei punti di crisi (hotspot) dalle squadre di sostegno per la gestione della migrazione. Tali squadre dovrebbero essere composte da esperti impiegati dagli Stati membri a cura dell'Agenzia e dell'EASO, e dall'Agenzia, da Europol o da altre agenzie dell'Unione pertinenti."* Il regolamento fornisce inoltre una chiara definizione dell'hotspot ed elenca una serie di attività che devono essere svolte al suo interno.

Decisamente più critica e lacunosa è invece la regolamentazione normativa degli hotspots a livello nazionale. Tali carenze appaiono particolarmente significative alla luce del fatto che l'attività svolta dalle agenzie europee, seppur di grande rilevanza pratica, si limita esclusivamente ad un supporto e coordinamento ma non esonera in ogni caso

⁶ I punti hotspots risultano quindi essere multifunzionali, al loro interno vengono svolte tutte le procedure necessarie per l'inserimento dei migranti nel c.d. "doppio binario" che prevede alternativamente l'accesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale e l'avvio delle operazioni di rimpatrio. La multifunzionalità degli hotspots è garantita anche dalla variegata composizione delle "squadre di sostegno per la gestione della migrazione" istituite da una successiva comunicazione della Commissione europea, formate da agenti provenienti dalle diverse agenzie europee (Frontex, EASO e Europol) e chiamate a svolgere attività volte ad identificare, sottoporre a screening e registrare i migranti in ingresso nell'UE. La comunicazione inoltre, fornisce una prima definizione sia dell'"hotspot", quale luogo fisico, con il quale si intende *"una zona alla frontiera esterna interessata da una pressione migratoria sproporzionata, come la Sicilia e Lampedusa in Italia o Lesbo e Kos in Grecia"* sia dell'"approccio hotspot", inteso quale *"quadro operativo che permette alle agenzie di concentrare il loro sostegno dove è più necessario, coordinare i loro interventi e cooperare strettamente con le autorità dello Stato membro ospitante."* Cit. Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio Europeo e al Consiglio del 29 settembre 2015 *"Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione"*, COM(2015) 490 final/2.

⁷ Il regolamento (EU) 2016/1624 è stato sostituito dal regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624

da responsabilità le autorità nazionali, che sono vincolate ad agire in conformità ai principi sanciti dal diritto internazionale, europeo e nazionale.

Per lungo tempo una mera Roadmap, dal valore giuridico non vincolante, è stato l'unico documento predisposto dal governo italiano in materia di hotspots. Essa si limitava ad identificare le aree all'interno delle quali le procedure individuate dall'Agenda europea devono essere condotte. Successivamente alla Roadmap, il Ministero dell'Interno ha definito delle "Standard Operating Procedures" (SOP): una guida operativa per le attività da svolgere all'interno degli hotspots. Nemmeno tale guida, tuttavia, ha rappresentato un formale atto legislativo, in grado di definire in modo vincolante le modalità operative del sistema hotspot, le procedure che esso implica e soprattutto le garanzie che dovrebbero essere assicurate a tutti i soggetti in tali luoghi trattenuti.

È stato il decreto legge n. 13 del febbraio 2017, convertito nella legge n. 46/2017 (Minniti-Orlando) ad avere, per la prima volta, introdotto il concetto di hotspot nella legislazione italiana.⁸ Tuttavia, questa previsione non ha chiarito né uniformato il funzionamento degli hotspot, il che significherebbe chiarire in primo luogo se gli hotspot debbano operare una politica di porte aperte o chiuse⁹.

Da ultimo la legge n. 132/2018 ha introdotto disposizioni che fanno riferimento al trattenimento per la determinazione o la verifica dell'identità e della cittadinanza dei richiedenti asilo. La suddetta legge dispone infatti che il richiedente può essere altresì trattenuto, per il tempo strettamente necessario e comunque non superiore a trenta giorni, in appositi locali presso i punti di crisi, cioè gli hotspot, istituiti nei centri di primo soccorso e accoglienza o nei Centri governativi di prima accoglienza di cui all'art. 9 d. lgs. 142/2015, per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza.

Preso atto di tale nuova previsione legislativa in materia di trattenimento negli hotspot, invero piuttosto generale e comunque mai ad oggi utilizzata, non rimane che constatare che diversi aspetti del sistema hotspot rimangono tuttavia ancora oggi privi di copertura legislativa. Alcuna norma impone infatti che sia un provvedimento dell'autorità giurisdizionale a legittimare la detenzione dei migranti in tali luoghi, né tantomeno è previsto a livello normativo la possibilità per i trattenuti di presentare un ricorso effettivo all'autorità giudiziaria al fine di contestare la legalità e le condizioni della propria detenzione.

⁸ Art. 17 del Decreto Legge n. 13 del 17 febbraio 2017: "Lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142. Presso i medesimi punti di crisi sono altresì effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, anche ai fini di cui agli articoli 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito."

⁹ MASERA L., [I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti](#), in *Dir. pen. cont.*, 10 marzo 2017.

Ad oggi quindi gli hotspots rimangono delle realtà dai confini sfumati, in cui i migranti vengono trattenuti sulla base dei presupposti più vari e per periodi di tempo diversi. Se quindi la regolamentazione di tali realtà presenta ancora diversi vuoti e notevoli incertezze, è invece certo il crescente rilievo che il loro utilizzo assume nella politica italiana di gestione del fenomeno migratorio.

3. La legittimità del trattenimento dei migranti ai sensi dell'art. 5 della CEDU

Delineate le caratteristiche principali del sistema hotspot e le finalità che esso persegue, preme verificare se e a quali condizioni le diverse forme di trattenimento degli individui che ivi hanno luogo sono compatibili con i principi internazionali ed in particolare con i principi sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al cui rispetto l'Italia è vincolata dal 1955, anno della sua ratifica.

Come anticipato nell'introduzione del presente lavoro, nonostante le ampie prerogative sovrane di cui gli Stati godono nel campo della gestione del fenomeno migratorio, il trattenimento dei migranti non avviene in un vuoto giuridico. Piuttosto, nel privare i migranti o i rifugiati della loro libertà, gli Stati sono vincolati da una serie completa di norme e standard sul rispetto dei diritti umani¹⁰. Posizione preminente nel catalogo delle norme poste a tutela dei diritti dei cittadini stranieri privati della libertà personale, è occupata dall'articolo 5 par. 1 lett. f) della CEDU che a tal proposito afferma: *"Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: ... f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione."* Qualsiasi privazione di libertà deve in ogni caso rispettare le garanzie di informazione, contestazione della decisione tramite ricorso e riparazione in caso di illegittima detenzione sancite nei paragrafi successivi dell'art. 5 della Convenzione¹¹.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ormai da tempo pacificamente sancito che la lista delle eccezioni al diritto alla libertà di cui al par. 1 dell'art. 5 della Convenzione è di carattere esaustivo e che solo una sua interpretazione restrittiva si concilia con lo scopo della disposizione: assicurare che nessuno sia arbitrariamente privato della libertà personale¹².

Al fine di escludere qualsiasi sospetto di arbitrarietà e ritenere quindi legittima una misura privativa della libertà personale, è in primo luogo necessario verificare la sussistenza di una base legale legittimante la suddetta privazione di libertà. Qualsiasi

¹⁰ MAJCHER I., FLYNN M., GRANGE M., *op. cit.*, p. 6.

¹¹ Art. 5 CEDU: "2. Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico. (...) 4. Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima. 5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione."

¹² MARGUENAUD J.P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2016, p. 90.

restrizione del diritto fondamentale alla libertà personale non può, infatti, essere valutata come legittima, qualora non sia fondata su una solida e indiscutibile base legale.

Accertata quindi l'esistenza di una base legale, ulteriore step indispensabile per escludere l'arbitrarietà di una misura detentiva, attiene alla verifica della sussistenza di una corretta ed esatta registrazione della suddetta misura da parte della pubblica autorità. Non può infatti ritenersi conforme all'art. 5 della Convenzione una misura detentiva che non sia preceduta da un'attenta registrazione dell'identità del detenuto e da una puntuale indicazione di informazioni essenziali ai fini di una eventuale futura verifica della regolarità della suddetta misura, quali: la data di inizio della detenzione, il luogo in cui essa è praticata, l'identità di chi l'ha disposta e non da ultimo i motivi su cui la misura è fondata¹³.

La legalità secondo il diritto interno, tanto dal punto di vista sostanziale, quanto sotto il profilo processuale è quindi requisito primario e indispensabile, secondo la Corte, per accertare la compatibilità con l'art. 5 della Convenzione di una misura privativa della libertà personale. Solo una misura che sia legale secondo il diritto interno potrà dirsi, in presenza degli ulteriori requisiti a breve esaminati, libera dallo spettro dell'arbitrarietà e quindi in definitiva compatibile con la Convenzione. È evidente che, presupposto primario e indispensabile, al fine di verificare la legalità secondo il diritto interno, di una misura privativa della libertà personale, sia la chiara definizione e prevedibilità della disciplina interna pertinente. Eventuali ambiguità o contraddizioni nell'applicazione della legge interna possono infatti, ricorda la Corte, portare ad escludere l'esistenza della base legale della privazione della libertà¹⁴.

Ebbene, già la sussistenza di questo primo indispensabile requisito, preteso dai giudici di Strasburgo per la conformità all'art. 5 della Convenzione di una misura limitativa della libertà personale, pone problemi in riferimento alle pratiche di detenzione dei migranti negli hotspots italiani. Infatti, come accennato nel precedente paragrafo e come meglio si chiarirà nel prosieguo della trattazione, il diritto interno sostanziale e processuale italiano in materia di detenzione negli hotspots è tutt'altro che definito e prevedibile nella sua applicazione, conseguentemente, le misure private della libertà personale dei migranti su di esso fondate non possono che presentare evidenti criticità sotto il profilo della legalità.

Continuando la rassegna dei presupposti necessari affinché una misura privativa della libertà personale possa dirsi conforme all'art. 5 della Convenzione, va evidenziata, accanto al requisito della legalità secondo il diritto interno, la già accennata necessità che ogni privazione di libertà sia altresì in armonia con l'obiettivo di proteggere l'individuo dall'arbitrarietà. La Corte ha a tal proposito chiarito che la nozione di arbitrarietà di cui all'art. 5 § 1 va al di là della mancanza di conformità al diritto nazionale, di modo che una privazione della libertà può essere regolare secondo il diritto interno e nello stesso tempo arbitraria, e quindi contraria alla Convenzione.¹⁵ In base sempre ad una

¹³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 13 giugno 2002, causa *Angelova c. Bulgaria*, par. 154.

¹⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 11 ottobre 2007, causa *Nasrullojev c. Russia*, par. 77.

¹⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 gennaio 2008, causa *Saadi c. Regno Unito*, par. 67.

giurisprudenza costante della Corte europea, la detenzione è arbitraria laddove, nonostante sia conforme alla lettera del diritto nazionale, sussista un elemento di mala fede o di inganno da parte delle autorità che la predispone¹⁶. La condizione che non vi sia arbitrarietà richiede inoltre che sia l'ordine di detenzione sia l'esecuzione di quest'ultima siano conformi agli obiettivi cui mirano le tassative restrizioni autorizzate dalle lettere a) a f) dell'art. 5 par. 1¹⁷.

Tra le restrizioni autorizzate dall'art. 5 par. 1, quelle che ai fini della presente trattazione assumono primario rilievo, sono esplicitate alla lett. f), ai sensi della quale, gli Stati sono autorizzati a controllare la libertà degli stranieri in due diverse situazioni: la prima parte della disposizione consente la detenzione del migrante prima che egli sia autorizzato ad entrare sul territorio, la seconda riguarda invece la detenzione a fini di espulsione o estradizione.

La questione relativa al momento in cui la prima parte dell'articolo 5, par. 1 lett. f) cessa di essere applicabile, in quanto all'individuo è stata concessa un'autorizzazione formale di ingresso o di soggiorno, dipende in larga misura dal diritto nazionale¹⁸.

Tale detenzione deve essere compatibile con lo scopo generale dell'articolo 5 e deve rispettare i requisiti da esso stabiliti, compreso l'obbligo di conformarsi alle norme sostanziali e procedurali del diritto nazionale. Tuttavia, così come per gli altri casi di detenzione cui fa riferimento l'art. 5, anche quando si tratta di detenzione di migranti, il rispetto del diritto interno non è sufficiente. La Corte ha ad esempio dichiarato il requisito della legittimità non sussistente nel caso in cui il trattenimento era stato fondato su una circolare amministrativa¹⁹, quando la base giuridica non era accessibile al pubblico²⁰ o quando nessun periodo massimo di trattenimento era stabilito dalla legislazione²¹.

Per quanto riguarda gli adulti che non presentano particolari vulnerabilità, la detenzione ai sensi dell'articolo 5 par. 1 lett. f) non deve essere ragionevolmente necessaria. Ciò implica che, prima di procedere con la detenzione di adulti non vulnerabili rientranti nella categoria di cui all'articolo 5 par. 1 lett. f), le autorità nazionali non sono chiamate ad accertare la sussistenza di eventuali altre misure alternative, meno coercitive, utili al raggiungimento dello scopo cui mira la detenzione. E tuttavia, la suddetta detenzione non deve essere in ogni caso arbitraria. Libertà dall'arbitrarietà nel contesto della prima parte dell'articolo 5 par. 1 lett. f) significa che tale trattenimento deve essere eseguito in buona fede. Esso deve essere quindi strettamente connesso allo scopo di prevenire l'ingresso non autorizzato della persona nel Paese, deve essere effettuato in luoghi e condizioni appropriati e tenendo presente che la misura è applicabile non a coloro che hanno commesso reati ma a stranieri che, spesso temendo

¹⁶ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 dicembre 1986, causa *Bozano c. Francia*.

¹⁷ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 gennaio 2008, causa *Saadi c. Regno Unito*, par. 69.

¹⁸ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 luglio 2013, causa *Suso Musa c. Malta*, par. 97.

¹⁹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 giugno 1996, causa *Amuur v. Francia*.

²⁰ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 febbraio 2009, causa *Nolan e K. c. Russia* e sentenza del 15 dicembre 2016, causa *Khlaifia e altri c. Italia*.

²¹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 aprile 2012, causa *Mathloom c. Grecia*.

per la propria vita, sono fuggiti dal proprio Paese. La durata del trattenimento, inoltre, non deve superare quella ragionevolmente necessaria per lo scopo perseguito²².

Ulteriori garanzie contro la detenzione arbitraria si applicano ai bambini e agli altri individui portatori di specifiche vulnerabilità. La detenzione di individui vulnerabili non sarà conforme all'articolo 5 par. 1 lett. f) se lo scopo perseguito dalla detenzione potrebbe essere ad esempio raggiunto con misure meno coercitive, richiedendo alle autorità nazionali di prendere in considerazione alternative alla detenzione alla luce delle circostanze specifiche del caso individuale²³.

La seconda ipotesi di detenzione prevista dall'art. 5 par. 1 lett. f) della Convenzione, riguarda invece il trattenimento di stranieri nei confronti dei quali sia da eseguire un'espulsione o un'extradizione. Tale ipotesi di trattenimento non pone come condizione che vi sia necessariamente pericolo di fuga o di commissione di reati. Tuttavia, l'esclusiva finalizzazione all'espulsione o all'extradizione impone che il trattenimento non diventi ingiustificato, soprattutto quando si tratta di estradizione in corso di procedimento penale e non al fine dell'esecuzione di una pena definitiva²⁴.

L'art. 5 provvede anche a definire le garanzie procedurali, il cui rispetto deve essere assicurato a chiunque sia privato della libertà e quindi anche agli stranieri detenuti ai sensi dell'art. 5 par. 1 lett. f). Ai sensi dell'articolo 5 par. 2 infatti, a chiunque sia trattenuto devono essere prontamente comunicati, in un linguaggio semplice e in una lingua che egli conosce, i motivi di fatto e di diritto essenziali della sua privazione della libertà. Un'adeguata informazione è del resto necessaria per l'esercizio del diritto al ricorso al giudice previsto dall'art. 5 par. 4 della Convenzione. Quest'ultima disposizione conferisce infatti ad una persona la cui libertà è stata ristretta, qualunque ne sia il motivo e la base giuridica, il diritto di presentare un ricorso ad un giudice indipendente rispetto all'esecutivo e alle parti, per il controllo delle condizioni procedurali e sostanziali essenziali per la "legittimità" ai sensi dell'articolo 5 par. 1, della sua privazione della libertà²⁵.

La Corte ha accertato che nei casi in cui i detenuti non siano stati informati dei motivi della loro privazione della libertà, il loro diritto di presentare ricorso avverso il provvedimento di detenzione è stato privato di ogni sostanza effettiva²⁶. Lo stesso è avvenuto nei casi in cui il detenuto sia stato informato dei mezzi di ricorso disponibili in una lingua incomprensibile e non sia stato messo nelle condizioni di contattare un avvocato²⁷.

²² Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 gennaio 2008, causa *Saadi c. Regno Unito*, par. 74.

²³ Oltre che con riferimento all'art. 5 par. 1 lett. f), la detenzione dei vulnerabili può sollevare questioni ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, con particolare attenzione alle condizioni di detenzione, la sua durata, le particolari vulnerabilità della persona e l'impatto della detenzione su di essa.

²⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 febbraio 2009, causa *A. e altri c. Regno Unito*, par. 164.

²⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 9 luglio 2009, causa *Mooren c. Germania*, par. 106.

²⁶ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 dicembre 2016, causa *Khlaifia e altri c. Italia*, par. 132.

²⁷ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 5 aprile 2011, causa *Rahimi c. Grecia*, par. 120.

L'art. 5 par. 4 garantisce infine alle persone arrestate o detenute il diritto a che la legittimità della loro detenzione sia decisa "rapidamente" da un Tribunale e che ne sia ordinato il rilascio qualora sia accertata l'illegittimità della detenzione.

Solo una detenzione che sia quindi fondata su una chiara e ben definita base legale, che sia conforme tanto al diritto interno quanto a quello convenzionale e che assicuri il rispetto delle garanzie di informazione e di ricorso effettivo ad un giudice, potrà dirsi conforme con l'art. 5 della Convenzione e quindi rispettosa dei diritti umani delle persone private della propria libertà personale.

4. La sentenza *Khlaifia e altri c. Italia* e la persistente inadeguatezza del sistema hotspot italiano.

Nella nota sentenza della Grande Camera sul caso *Khlaifia e altri c. Italia* del 15 dicembre 2016, i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per le pratiche di detenzione arbitraria perpetrate nel 2011 nei confronti di tre cittadini tunisini, trattenuti per diversi giorni presso il centro di soccorso e prima accoglienza (Cspa) di Contrada Imbricola a Lampedusa, in seguito trasferiti sulle navi militari Audacia e Vincent ancorate nel porto di Palermo e infine rimpatriati nel loro Paese di origine²⁸.

Sebbene le considerazioni contenute nella sentenza *Khlaifia* riguardino evidentemente uno specifico tempo e una determinata situazione, va evidenziato che le serie criticità del sistema di gestione del fenomeno migratorio italiano, denunciate dai giudici di Strasburgo in occasione di quella pronuncia, sono state invero perpetrate se non addirittura amplificate dalle politiche di gestione del fenomeno migratorio adottate dallo Stato italiano negli anni successivi alla pronuncia della Corte. A partire dalla fine del 2015 infatti, i trattenimenti illegittimi rinvenuti dalla Corte europea nel caso *Khlaifia*, hanno assunto il carattere di prassi sistematiche, tanto da apparire connaturati a quello che è stato definito l'approccio hotspot.

L'analisi della sentenza della Grande Camera e la sua sovrapposizione a quello che avviene attualmente nell'ambito dell'applicazione del cosiddetto approccio hotspot, è l'occasione quindi, per delineare un quadro di persistenti e rilevanti violazioni sostanziali e procedurali della libertà personale dei numerosi stranieri, che continuano ad essere illegittimamente trattenuti lungo le frontiere italiane.

Diverse sono state le violazioni dei diritti convenzionali accertate dalla Grande Camera nel caso *Khlaifia*, a partire dal diritto alla libertà personale tutelato dall'art. 5 della Convenzione. Secondo la Corte europea, infatti, il trattenimento dei ricorrenti nel

²⁸ La prassi di trattenere migranti all'interno di navi è stata recentemente ripresa in ragione dell'emergenza sanitaria causata dalla pandemia Covid-19. Diverse navi, ancorate nei porti italiani, sono infatti, utilizzate per lo svolgimento della quarantena dei migranti subito dopo il loro arrivo in Italia. Per un'analisi più approfondita di tale pratica e delle criticità in termini di rispetto della libertà personale che la stessa comporta, v. MENTASTI G., [Migranti e detenzione amministrativa in tempo di Covid-19: i bollettini del garante dei detenuti pubblicati durante l'epidemia](#), in questa *Rivista*, 23 giugno 2020.

centro di prima accoglienza di Lampedusa è stato disposto in assenza di qualsiasi base legale e in modo del tutto arbitrario, in aperta violazione dell'art. 5 par. 1 della Convenzione. I ricorrenti, inoltre, non sono in alcun modo stati informati dei motivi fondanti il loro trattenimento, in violazione dell'art. 5 par. 2 della Convenzione, né hanno avuto la possibilità di contestarne la legittimità tramite un ricorso effettivo, in aperta violazione dell'art. 5 par. 4 della Convenzione.

La Corte, nell'esaminare il caso *Khlaifia*, ha avuto modo di sottolineare che nelle ipotesi di privazione della libertà è particolarmente importante soddisfare il principio generale della certezza del diritto. È quindi essenziale che le condizioni di privazione della libertà siano definite chiaramente dal diritto interno e che la legge stessa sia prevedibile nella sua applicazione, in modo da soddisfare il criterio di legittimità stabilito dalla Convenzione²⁹.

Le disposizioni dell'ordinamento italiano applicabili in materia di trattenimento degli stranieri irregolari mancavano, secondo la Corte, di precisione. Questa ambiguità legislativa aveva dato luogo a numerose situazioni di privazione della libertà *de facto*, il che, anche in una situazione di crisi migratoria, non può conciliarsi con lo scopo dell'art. 5 della Convenzione: assicurare che nessuno sia privato della sua libertà in maniera arbitraria.

L'esecuzione della decisione della Grande Camera è stata immediatamente sottoposta ad una procedura rafforzata di controllo da parte del Comitato dei Ministri, il quale, durante il processo di supervisione dell'attuazione della decisione, durato oltre quattro anni, ha ribadito più volte la necessità per lo Stato italiano di adottare significative misure generali idonee a colmare le strutturali lacune evidenziate dalla pronuncia della Corte. Il Comitato ha fatto riferimento in particolare: *"alla legittimità e al controllo giudiziario della detenzione dei migranti negli hotspot"* e *"alla mancanza di rimedi efficaci per denunciare le condizioni di detenzione negli hotspots"*³⁰.

Nel corso dei quattro anni di procedura di supervisione, il Comitato dei Ministri ha più volte ribadito l'inadeguatezza del sistema hotspot italiano e l'insufficienza dei mezzi predisposti dallo Stato per farvi fronte; ha sottolineato l'inefficienza del sistema italiano tanto sotto il profilo della mancanza di una base legale legittimante la detenzione degli stranieri negli hotspots, quanto sotto il profilo delle garanzie procedurali. Il Comitato ha quindi condannato le prassi di non informare adeguatamente i migranti sui motivi del loro trattenimento e l'impossibilità degli stessi di presentare un ricorso giurisdizionale effettivo avverso il provvedimento di trattenimento, garanzie assicurate dai paragrafi 2 e 4 dell'articolo 5 della Convenzione.

Recentemente, tuttavia, con comunicazione del 2 dicembre 2021, il Comitato dei Ministri ha deciso di chiudere la procedura di supervisione dell'esecuzione della sentenza *Khlaifia*. Nella motivazione che ha accompagnato la suddetta decisione, il Comitato, preso atto che il danno dei ricorrenti è stato integralmente risarcito; che le

²⁹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 dicembre 2016, causa *Khlaifia e altri c. Italia*, par. 92.

³⁰ 1340th meeting, 12-14 March 2019 (DH), H46-9 *Khlaifia and Others v. Italy* (Application No. 16483/12), *Supervision of the execution of the European Court's judgments*.

autorità italiane hanno effettuato interventi legislativi volti a fornire una base giuridica chiara e accessibile per la detenzione amministrativa dei migranti e che la combinazione di rimedi civili preventivi e compensativi ai sensi dell'articolo 700 del codice di procedura civile e dell'articolo 2043 del codice civile può consentire ai migranti in detenzione amministrativa di ottenere una riparazione adeguata, ha dichiarato di non ritenere più sussistente alcun motivo per mantenere aperta la procedura di supervisione.

Il Comitato ha comunque espresso la sua forte aspettativa affinché le autorità italiane prendano in considerazione le preoccupazioni sollevate dalla società civile e adottino tutte le misure necessarie per garantire che il nuovo quadro giuridico sia applicato rigorosamente e coerentemente nel pieno rispetto dei requisiti della Convenzione e ha sottolineato in questo contesto l'importanza di un dialogo continuo con gli attori della società civile e con il Garante nazionale per i diritti delle persone private della libertà personale³¹.

Le novità legislative, anche le più recenti, cui fa riferimento la comunicazione del Comitato dei Ministri, effettivamente consistenti e apparentemente risolutive, non hanno invero colmato del tutto le lacune del meccanismo di detenzione dei migranti in Italia, evidenziate nella sentenza *Khlaifia* ormai quattro anni fa e nel tentativo di normalizzare una gestione del fenomeno migratorio basato sulle pratiche di trattenimento e di reclusione in frontiera, la suddetta nuova normativa non ha provveduto in alcun modo ad assicurare, almeno in termini ottimali, né una base legale certa, né strumenti di garanzie attraverso cui contestare le misure detentive adottate³².

Le novità legislative in questione sono in particolare: la legge 46/2017 che per la prima volta cita nella normativa nazionale i centri hotspots; la legge 132/2018 e il decreto legge 130/2020 che introducono la possibilità di trattenere i richiedenti asilo negli hotspots per un periodo massimo di 30 giorni, al fine di verificarne o determinarne l'identità.

La legge 46/2017 stabilisce che «*lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142*». Presso i suddetti punti di crisi sono «*effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico [...] ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul*

³¹ 1419th meeting, 2 December 2021 (DH), H46-9 *Khlaifia and Others v. Italy* (Application No. 16483/12), *Supervision of the execution of the European Court's judgments*.

³² È stato invero evidenziato che: «*la gestione della privazione della libertà personale negli hotspot non sembra avere davvero superato i profili di violazione del diritto alla libertà personale censurati dalla sentenza *Khlaifia*: nel 2011 la privazione della libertà avveniva sistematicamente in assenza di ogni formalità prevista dalla legge (provvedimento formale e convalida giurisdizionale) e la sua durata dipendeva meramente dalle scelte gestionali e organizzative delle autorità; anche oggi, nonostante gli interventi del legislatore, le prassi ormai normalizzate di gestione della frontiera marittima sembrano prevalere sull'applicazione delle garanzie legali in materia di privazione della libertà personale.*» CANCELLARO F., [Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2020, p. 428 ss.

programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito». La scelta di disciplinare con fonti di rango primario i centri cd. hotspot, dove si svolgono le fasi delicatissime della prima identificazione e dell'informazione riguardo alla protezione internazionale, senz'altro lodevole, si risolve tuttavia, come è stato evidenziato da alcuni osservatori³³, in una normazione solo apparente. Ed invero, la disciplina dei "punti di crisi", introdotta dalla legge 46/2017, rinvia ad un decreto legge del 1995 ed alla relativa legge di conversione (cd. legge Puglia), in cui il legislatore, in risposta al massiccio afflusso di migranti proveniente dalle coste dell'Albania, si limitava a consentire *"l'istituzione, a cura del Ministero dell'interno, sentita la Regione Puglia, di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi per le esigenze di prima assistenza a favore dei predetti gruppi di stranieri"*. La legge richiamata non dice però assolutamente nulla quanto alla natura e all'organizzazione dei centri. È evidente quindi che la riforma citata non realizza affatto gli obbiettivi conclamati.

Le novità introdotte dalla legge 132/2018 e confermate dal decreto legge 130/2020 sono ancora più controverse. L'art. 3 della legge 132/2018 disciplina il trattenimento a fini identificativi dei richiedenti protezione internazionale *"per il tempo strettamente necessario e comunque non superiore a 30 giorni"*, in appositi locali presso le strutture di cui all'art. 10-ter, comma 1, d. lgs. 286/98 (si tratta degli hotspots e dei Centri governativi di prima accoglienza di cui all'art. 9 d.lgs. 142/2015). L'art. 4 introduce invece una nuova forma di trattenimento per i cittadini stranieri sottoposti a provvedimenti ablativi. A seguito delle novità introdotte è infatti possibile ad oggi che un cittadino straniero, in attesa della convalida del provvedimento di espulsione, sia detenuto in "luoghi idonei" nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza diversi dai CPR (Centri di permanenza per i rimpatri), tra i quali possono rientrare evidentemente anche gli hotspots.

Come è stato denunciato da gran parte della società civile e da ultimo nella comunicazione del febbraio 2021 presentata delle ONG italiane ASGI (Associazione Studi giuridici sull'Immigrazione) e A Buon Diritto Onlus ai sensi dell'articolo 9.2 del regolamento del Comitato dei Ministri nell'ambito del procedimento di supervisione della sentenza Khlaifia, le recenti novità legislative non hanno affatto risolto il problema del trattenimento illegittimo dei migranti negli hotspots italiani. La detenzione dei cittadini stranieri *"avviene ancora senza una chiara base legale, in assenza di un atto scritto adottato dall'autorità competente e convalidato da un giudice, in assenza di un periodo massimo di detenzione, senza un'adeguata informazione, fornita in modo incoerente con la necessità di proteggere gli individui dall'arbitrio"*³⁴.

Per quanto riguarda la base legale per il trattenimento negli hotspots dei cittadini stranieri, va in primo luogo rilevata l'incompatibilità delle nuove ipotesi di

³³ Tra i molti: MASERA. L., [I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2017, p. 278 ss.

³⁴ 1398th meeting (March 2021) (DH) - Rule 9.2 - Communication from NGOs (Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) and A Buon Diritto Onlus) (27/01/2021) concerning the case of Khlaifia and others v. Italy (Application No. 16483/12).

trattenimento, introdotte dalle novità legislative suesposte, con l'art. 10 e 117 della Costituzione, in quanto in contrasto con la normativa europea e con l'art. 31 della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato. Ed invero, la nuova ipotesi di trattenimento finalizzato alla determinazione o alla verifica dell'identità o della cittadinanza dei richiedenti asilo, sanziona di fatto l'ingresso nel territorio italiano del richiedente sprovvisto di documenti di viaggio, il che è tutt'altro che infrequente per chi fugge da conflitti e persecuzioni presenti nel proprio Stato di origine ed è alla ricerca di protezione altrove. L'art. 3 del decreto legge 113/2018 prevede infatti che il trattenimento sia facoltativo ma, violando la riserva di legge di cui all'art. 10 Cost. e la riserva assoluta di legge ex art. 13 Cost., manca di indicare i casi eccezionali di necessità e urgenza legittimanti il trattenimento e si limita ad individuare la condizione generale e diffusa dell'assenza di documenti di viaggio, come legittimante l'ipotesi di trattenimento. Costituendo quindi l'assenza di documenti una condizione molto comune tra i richiedenti protezione internazionale, il trattenimento finalizzato alla sola verifica dell'identità sembra sollevare evidenti dubbi di compatibilità con l'art. 8, par. 1 della Direttiva 2013/33/UE che vieta il trattenimento del richiedente asilo per il solo fatto di essere richiedente asilo. Pur essendo vero, infatti, che lo stesso art. 8 della Direttiva 2013/33/UE al par. 3 conferisce ad ogni Stato la possibilità di disporre il trattenimento del richiedente asilo per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza, nel fare ciò la norma nazionale dovrebbe, ai sensi dello stesso art. 8 della Direttiva 2013/33/UE, specificare i motivi del trattenimento del richiedente asilo³⁵.

Oltre agli evidenti profili di incostituzionalità delle novità legislative, va ricordato che le suddette nuove previsioni legislative prevedono da un lato la possibilità di trattenere i richiedenti protezione internazionale per fini identificativi (art. 3 della legge 132/2018) e dall'altro la possibilità di trattenere gli stranieri classificati come irregolari in caso di assenza di posti nei CPR (art. 4 della legge 132/2018). Le ipotesi più frequenti di trattenimento che si sono verificate negli ultimi anni negli hotspots, tuttavia, riguardano soggetti che non rientrano in nessuna delle due categorie suddette, il cui trattenimento rimane quindi del tutto privo di qualsiasi base legale. Ed invero, secondo quanto riportato nella comunicazione del 2019 delle ONG italiane al Comitato dei Ministri sull'esecuzione del caso Khlaifia, negli hotspots italiani la detenzione avviene generalmente durante il periodo che va dall'arrivo di una persona al centro fino alla fine delle procedure di identificazione, prima che la persona sia classificata come richiedente asilo o come migrante irregolare. Inoltre, in alcune circostanze e più in generale a Lampedusa, la detenzione continua dopo la conclusione delle procedure di identificazione fino al trasferimento definitivo della persona verso un'altra destinazione a seconda del suo status giuridico. Il trattenimento dei cittadini stranieri prima della identificazione e attribuzione dello *status* sfugge, dunque, all'applicazione della legge 132/2018. Tale forma di trattenimento è quindi tutt'ora priva di base legale³⁶.

³⁵ Per un approfondimento circa i profili di illegittimità della legge 132/2018 si veda: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/10/ASGI_DL_113_15102018_manifestioni_illegittimita_costituzione.pdf

³⁶ [Communication from NGOs](#) (Association for Juridical Studies on Immigration (ASGI) and A Buon Diritto Onlus) (13/08/2019) in the case of KHLAIFIA AND OTHERS v. Italy. V. al riguardo anche MASSIMI A., FERRI

In aggiunta al fatto di non aver superato il problema dell'assenza di base legale per il trattenimento degli stranieri negli hotspots, la legge 132/2018, così come il successivo decreto legge 130/2020, non hanno in alcun modo introdotto nuovi e necessari strumenti di garanzia inerenti i diritti procedurali e il controllo giudiziario, usufruibili dai migranti trattenuti, richiesti dall'art. 5 par. 2, 4, e 5 della CEDU.

La detenzione di ciascun migrante in arrivo negli hotspots italiani viene infatti tutt'ora decisa senza alcun atto scritto adottato dall'autorità competente e convalidato da un giudice, in assenza di un termine massimo di detenzione e senza che venga fornita un'adeguata informativa sui motivi della detenzione. In mancanza di un formale atto di limitazione della libertà, i migranti si trovano quindi nell'assoluta impossibilità di sottoporre alla verifica di un'istanza giurisdizionale la legalità della privazione della libertà cui sono sottoposti.³⁷

Anche per quanto riguarda il diritto alla difesa, la situazione non è affatto migliorata. La detenzione *de facto* perpetrata negli hotspots, ai confini dello Stato, lontana dalla società civile e dall'attività di vigilanza sul rispetto dei diritti che quest'ultima potrebbe garantire, rappresenta evidentemente un grande ostacolo all'effettivo esercizio di questo di diritto fondamentale. Se da un lato i gestori dei centri hotspot non offrono ai migranti la possibilità di consultare alcuna lista di avvocati disponibili ad assisterli nei procedimenti volti alla difesa dei loro diritti, dall'altro lato singoli attivisti rappresentanti di organizzazioni di tutela dei diritti umani riscontrano enormi difficoltà nel tentativo di accesso ai centri, al fine di offrire ai trattenuti servizi di tutela e assistenza³⁸. Tale doppio ostacolo alla comunicazione lascia di fatto i migranti isolati, oltre che detenuti, ignari dei motivi che hanno portato alla loro detenzione e altresì dei mezzi esperibili per una eventuale contestazione della stessa.

Nei rari casi in cui i migranti detenuti riescono ad assumere consapevolezza dell'illegittimità della loro detenzione, agli stessi è comunque impedito l'accesso al sistema giudiziario o ad alternative forme di garanzie per contestare le condizioni e la legalità del loro trattenimento.

Le più recenti novità legislative, introdotte dal decreto legge 130/2020, prevedendo la possibilità di ricorrere alla procedura di reclamo al Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, per i soli soggetti trattenuti nei CPR (Centri di permanenza per il rimpatrio) e non anche per i detenuti negli hotspots,

F., [L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua](#), in *Questione giustizia*, 12 giugno 2019.

³⁷ [Trattenimenti illegittimi: l'Italia non si è ancora adeguata a quanto stabilito dalla CEDU nella sentenza Khlaifia](#). Comunicato ASGI.

³⁸ V. report della campagna LasciateCIEntrare, nata nel 2011 per contrastare una circolare del Ministero dell'Interno che vietava l'accesso agli organi di stampa nei CIE (Centri di Identificazione ed Espulsione) e nei C.A.R.A. (Centri di accoglienza per richiedenti asilo). Appellandosi al diritto/dovere di esercitare l'art. 21 della Costituzione, ovvero la libertà di stampa, LasciateCIEntrare ha ottenuto l'abrogazione della circolare e oggi si batte per l'abolizione della detenzione amministrativa e la revisione delle politiche sull'immigrazione (in [lasciatecientrare.it](#)).

rendono ancora più evidente il problema dell'assenza di garanzie procedurali per gli stranieri trattenuti *de facto* nei centri hotspot³⁹.

Lo stesso Garante, nel corso del dibattito parlamentare relativo alla conversione in legge del decreto legge n. 130/2020, ha evidenziato la sussistente disparità di trattamento tra chi è trattenuto in un CPR e avrà la possibilità di accedere “*a tutta una serie di garanzie e potrà esercitare tutta una serie di diritti e facoltà previsti dal cosiddetto Regolamento unico Cie, godrà dell'attività di vigilanza delle figure autorizzate a entrare nei Centri ai sensi dell'articolo 67 dell'ordinamento penitenziario, avrà la possibilità di presentare istanze e reclami agli organismi di garanzia, e chi è trattenuto in hotspot o “in un ‘locale idoneo’/‘struttura idonea’ (che) non potrà accedere a nessuna delle sopra indicate prerogative. Al medesimo vuoto di tutele va incontro, il richiedente asilo, a salvaguardia del quale, come rilevato dal Garante nazionale nel parere al disegno di legge di conversione del decreto-legge 113/2018, manca del tutto una disciplina sulle condizioni di trattamento nei locali detentivi degli hotspot/Centri governativi di prima accoglienza”*”⁴⁰.

L'unico strumento di garanzia a tutela anche dei diritti degli stranieri trattenuti negli hotspots, prospettato dall'ordinamento italiano e citato sommariamente dalla recente comunicazione di chiusura del processo di supervisione dell'esecuzione della sentenza Khlaifia, attiene alla possibilità per i trattenuti di contestare le condizioni di detenzione attraverso la presentazione di un procedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 del codice di procedura civile e la richiesta di un risarcimento ai sensi dell'art. 2043 del codice civile.

Le associazioni intervenute nella procedura di supervisione dell'esecuzione della sentenza Khlaifia hanno tuttavia sottolineato la totale inefficacia di tali strumenti ai fini di una concreta ed effettiva tutela dei diritti degli stranieri trattenuti. Le stesse autorità nazionali, chiamate nell'ultima comunicazione del 15 ottobre 2021, a rispondere alla richiesta del Comitato dei Ministri di citare puntualmente la giurisprudenza significativa in grado di dimostrare l'effettività dei suddetti meccanismi, con riferimento

³⁹ Per un'analisi più approfondita delle novità normative introdotte dal decreto legge n. 130/2020 v. MENTASTI G., [L'ennesimo “decreto immigrazione-sicurezza” \(d.l. 21 ottobre 2020, n. 130\): modifiche al codice penale e altre novità](#), in questa *Rivista*, 23 ottobre 2020 e MENTASTI G., [Il decreto ‘immigrazione-sicurezza’ \(d.l. n. 130/2020\) diventa legge \(l. 18 dicembre 2020, n. 173\): le novità introdotte in sede di conversione](#), in questa *Rivista*, 15 gennaio 2021. Nel loro complesso i sedici articoli del decreto legge 130/2020 modificano la disciplina vigente in materia di condizione giuridica dello straniero nel territorio italiano, protezione internazionale e sistema di accoglienza, divieto di transito delle navi nel mare territoriale, trattenimento amministrativo dello straniero. Il decreto qualifica inoltre il Garante dei diritti delle persone private della libertà personale quale organo di reclamo per le condizioni di vita all'interno dei centri di trattenimento per i migranti.

⁴⁰ [Parere del Garante Nazionale dei Diritti delle persone private della libertà personale sul decreto legge 21 ottobre 2020 n. 130](#). In attesa di una urgente “*normativa complessiva che regoli puntualmente le condizioni di trattamento delle persone sottoposte a una misura di detenzione amministrativa*” e al fine di ovviare all'illegittima e discriminatoria differenza di trattamento ad oggi esistente tra i soggetti trattenuti nei CPR italiani e quelli presenti negli hotspots, il Garante propone di inserire con un emendamento una modifica che disponga “*che a tutte le persone migranti trattenute, destinatarie di una misura di rimpatrio di trattenimento ex articolo 13, comma 5 bis, T.U. Imm. o sottoposte a una procedura identificativa in quanto richiedenti asilo con applicazione della misura restrittiva ex articolo 6, comma 3-bis D. Lgs 742/2015, siano applicate, in base alle rispettive posizioni giuridiche, le modalità di trattamento previste dall'ordinamento per le persone trattenute nei Cpr*”.

in particolare al ricorso per risarcimento ex art. 2043 cc., non sono state in grado di fare riferimento ad alcuna sentenza che avesse ad oggetto il trattenimento negli hotspot ma si sono limitate, al contrario, ad indicare alcuni riferimenti giurisprudenziali aventi ad oggetto casi di illegittima detenzione nei diversi centri di permanenza per il rimpatrio⁴¹.

Alla luce di quanto suesposto, evidenziate le gravi criticità del sistema hotspot, a cui in alcun modo la normativa recente è stata in grado di fare fronte e sottolineate le ancora persistenti incompatibilità dello stesso con le garanzie assicurate dalla normativa convenzionale, non rimane che constatare, come è stato denunciato dal Garante per i diritti delle persone private della libertà personale, che la detenzione amministrativa dei migranti in Italia continua ad essere caratterizzata da un quadro regolatorio inadeguato e scarno. Inadeguatezza resa ancora più evidente dal raffronto tra le discipline specifiche dei vari luoghi ove la detenzione amministrativa trova applicazione e dalla comparazione con quanto prevede l'ordinamento nell'ambito dell'esecuzione delle misure detentive penali⁴².

L'insufficiente regolamentazione della disciplina del trattenimento dei cittadini stranieri negli hotspots non è tuttavia sintomo di una residualità e scarso utilizzo di tale prassi nell'ambito della gestione del fenomeno migratorio, al contrario, le ipotesi e le occasioni di trattenimento dei cittadini stranieri in Italia continuano a moltiplicarsi e sempre più individui stranieri si trovano oggi privati arbitrariamente della loro libertà personale, senza vedersi garantiti quindi quei diritti umani fondamentali al cui rispetto l'Italia è vincolata ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ed invero, la persistente violazione della Convenzione da parte delle autorità italiane, che continuano a disporre la detenzione dei cittadini stranieri in assenza di base legale, in condizioni il più delle volte precarie e senza assicurare loro le più basilari garanzie procedurali cui fa riferimento l'art. 5 della Convenzione, continua ad essere oggetto di numerosi ricorsi presentati da cittadini stranieri trattenuti negli hotspots italiani alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Diversi casi hanno già superato il vaglio dell'ammissibilità preliminare, sono stati quindi comunicati al Governo e sono in attesa di essere giudicati⁴³.

⁴¹ 1419th meeting (December 2021) (DH) - Action Report (15/10/2021) - *Communication from Italy concerning the case of Khlaifia and Others v. Italy* (Application No. 16483/12).

⁴² [Parere del Garante Nazionale dei Diritti delle persone private della libertà personale sul decreto legge 21 ottobre 2020 n. 130](#).

⁴³ Tra gli altri si videnziano i seguenti casi: [A. B. v. Italy](#), Application No 13755/18; [M.R. v. Italy](#), Application No 13302/18; [S.B. and others v. Italy](#), Application No 12344/18; [J.A. and others v. Italy](#), Application No 21329/18; [H.A. v. Italy](#), Application No 26049/18; [H.B. v. Italy](#), Application No 33803/18, and 3 other applications; [E.B. v. Italy](#), Application No 23228/18; I suddetti casi hanno tutti ad oggetto il trattenimenti di cittadini tunisini nell'hotspot di Lampedusa per periodi variabili, sempre superiori ad una settimana. La Corte, tra le altre, ha posto le seguenti domande alle parti: "Il ricorrente è stato privato della sua libertà in violazione dell'articolo 5 par. 1 della Convenzione durante il suo soggiorno nell'Hotspot di Lampedusa? La detenzione del ricorrente è stata ordinata "secondo una procedura prevista dalla legge"? Il ricorrente è stato informato, in una lingua a lui comprensibile, dei motivi della sua detenzione come richiesto dall'articolo 5 par. 2 della Convenzione? Il richiedente aveva a sua disposizione una procedura efficace per contestare la legittimità della sua detenzione, come richiesto dall'articolo 5 par. 4 della Convenzione?".

5. La direzione dell'Unione europea: il nuovo Patto Europeo sull'Immigrazione e l'Asilo.

Esaminate le novità normative del panorama italiano in tema di gestione del fenomeno migratorio e trattenimento dei migranti ed evidenziate le persistenti criticità in termini di garanzie dei diritti e delle libertà dei cittadini stranieri, appare doveroso, al fine di comprenderne meglio il significato e la portata, contestualizzare tale normativa e in generale le prassi che nei centri hotspots italiani hanno luogo, all'interno del più ampio panorama istituzionale europeo.

Ed invero, come anticipato all'inizio del presente lavoro, il sistema hotspot sviluppato in Italia e in Grecia a partire dal 2015 e che nel corso degli anni è stato sempre più assimilato e integrato nelle politiche nazionali, si è di fatto sviluppato sotto l'egida e in applicazione della più ampia politica europea in materia di immigrazione e asilo.

Come è stato osservato da autorevole dottrina⁴⁴, l'approccio emergenziale e protezionistico adottato dall'Unione europea per affrontare la c.d. crisi migratoria del 2015⁴⁵, non è stato di fatto mai abbandonato ma al contrario normalizzato e istituzionalizzato, nonostante, subito dopo il picco registrato nel 2015 il numero di arrivi e di domande di asilo sia rapidamente sceso ai livelli "pre-crisi"⁴⁶.

Nell'arsenale degli strumenti che Bruxelles a partire dal 2015 ha predisposto per incentivare gli Stati ad utilizzare al fine di una gestione più efficiente del fenomeno migratorio, rientra senz'altro il trattenimento e la detenzione dei migranti. Queste ultime prassi avrebbero dovuto, a detta delle autorità europee, assumere un ruolo centrale nelle politiche nazionali.

In questa direzione, nel luglio 2015, il Commissario europeo per la migrazione e gli affari interni ha annunciato la sua opposizione alla fine "prematura" della detenzione dei migranti, strumento che a suo dire aumentava l'efficienza nel controllo dell'immigrazione⁴⁷.

⁴⁴ MAJCHER I., *Border Securitization and Containment vs. Fundamental Rights: The European Union's "Refugee Crisis"*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, 2017.

⁴⁵ L'ondata di arrivi di migranti che ha interessato i territori europei nel 2015 è stata da alcuni definita una vera e propria invasione. Va tuttavia constatato che in termini assoluti l'accoglienza di un milione e mezzo di persone in un'area (quella Schengen) in cui ne vivono oltre 400 milioni, può difficilmente essere definita una situazione critica paragonabile ad un'invasione. Per un'analisi tanto della situazione fattuale quanto delle criticità generate dalla crisi del 2015, v. SAVINO M., *La crisi dei confini*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, n. 3/2016, pp. 739-759; BORRACETTI M., *"To quota" or "not to quota"? The EU facing effective solidarity in its asylum policy*, in *eurojus.it*, 2015; KARAGEORGIU E., *The law and practice of solidarity in the Common European Asylum System: Article 80 TFEU and its added value* – SIEPS (Swedish Institute for European Policy Studies) Research project EU Home Affairs, 2016.

⁴⁶ Nel 2015 e nel 2016 sono stati rilevati oltre 2,3 milioni di attraversamenti illegali delle frontiere europee, mentre tra gennaio e novembre del 2020 gli attraversamenti illegali sono stati 114.300, il numero più basso negli ultimi sei anni, 10% in meno rispetto allo stesso periodo nel 2019. Nei primi dieci mesi del 2020 sono state presentate 390.000 richieste di asilo in Europa, 33% in meno rispetto allo stesso periodo nel 2019. Fonte: [Statistiche su asilo e immigrazione – Parlamento europeo](#) (in [europarl.europa.eu](#)), aggiornato al 15 aprile 2021.

⁴⁷ AVRAMOPOULOS D., *Letter to Ministers*, 1° giugno 2015.

Allo stesso modo, il Consiglio dell'UE ha incentivato gli Stati ad utilizzare la detenzione per un periodo massimo necessario al completamento delle procedure di rimpatrio, al fine di superare la riluttanza dei migranti a cooperare⁴⁸.

Nella sua raccomandazione del 2017 in tema di miglioramento dell'efficienza del meccanismo dei rimpatri, la Commissione europea ha esplicitamente affermato che la detenzione va considerata come un elemento essenziale per il miglioramento dell'efficacia della politica dei rimpatri dell'UE. Essa si è quindi lamentata del fatto che molti Stati applicavano periodi di detenzione significativamente più brevi di quanto consentito dalla normativa dell'Unione, il che, secondo la Commissione, ostacolava l'efficacia della politica degli allontanamenti. Da ultimo la Commissione ha raccomandato agli Stati di adeguare le loro capacità di detenzione ai bisogni reali e di non precludere la possibilità di trattenere i bambini, laddove le alternative alla detenzione non siano efficaci per realizzare il rimpatrio⁴⁹.

Se in un primo momento esperti e politici hanno espresso shock e incredulità all'udire le proposte e gli approcci prospettati dalle autorità dell'Unione, essi tuttavia sono rapidamente entrati nel *mainstream* collettivo.

Ed invero, come presagito già nel 2013 dal relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani dei migranti, *"la detenzione sistematica degli irregolari viene vista come uno strumento legittimo nel contesto dell'Unione europea per la gestione delle migrazioni. (...) l'armonizzazione del diritto dell'Unione europea, si può dire che abbia istituzionalizzato la detenzione all'interno dell'Unione europea come uno strumento valido nella gestione della migrazione"*⁵⁰.

Il processo di istituzionalizzazione e normalizzazione dei meccanismi privativi della libertà personale nelle politiche europee di gestione del fenomeno migratorio ha da poco raggiunto un nuovo e avanzato stadio grazie all'adozione del *"Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo"* predisposto dalla Commissione europea e reso pubblico lo scorso 23 settembre 2020⁵¹.

Formalmente il Patto è una "comunicazione" della Commissione, non quindi un documento vincolante ma un programma di lavoro per i prossimi anni. Secondo la Commissione, il Patto rappresenta un *"nuovo inizio"*, basato su un approccio omnicomprensivo, che coinvolge tanto le politiche in materia di immigrazione, quanto quelle sull'asilo e la gestione delle frontiere. Il Patto è stato inoltre accompagnato da significative proposte di riforma del quadro normativo attuale che andrebbero a

⁴⁸ Council of the European Union, [Council conclusions on measures to handle the refugee and migration crisis](#), 9 novembre 2015.

⁴⁹ European Commission, [Commission recommendation \(EU\) 2017/432 of 7 March 2017 on making returns more effective when implementing the Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council](#).

⁵⁰ UN Special Rapporteur on the human rights of migrants (SRHRM), *Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants*, A/HRC/23/46, 2013.

⁵¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of regions on a New Pact on Migration and Asylum, Brussels, 23.9.2020 COM(2020) 609 final.

modificare tanto la normativa in materia di migrazioni legali e rimpatri, quanto l'attuale Sistema Europeo Comune di Asilo⁵².

Novità tanto dirimente quanto preoccupante proposta dal nuovo Patto è un uso più efficace e flessibile delle procedure di frontiera, con il conseguente incremento dei meccanismi di detenzione⁵³. La proposta della Commissione tenta di normalizzare ciò che dovrebbero essere componenti eccezionali del sistema di gestione del fenomeno migratorio come le procedure di frontiera accelerate e il trattenimento dei migranti, fornendo di fatto un quadro giuridico per le pratiche illegittime già in atto in alcuni Stati membri, come visto con riferimento al sistema italiano.

Il Patto prospetta l'istituzione di un meccanismo di *screening* alle frontiere esterne dell'Unione. Concretamente, tutti i migranti e i richiedenti asilo in arrivo ai valichi di frontiera, nelle zone di transito degli aeroporti o in seguito agli sbarchi, verrebbero sottoposti ad una procedura di controllo della durata massima di 5 giorni (10 in situazioni di crisi) volta a provare la loro identità, lo stato di salute e la eventuale pericolosità sociale. Durante tale procedura, i migranti non saranno ufficialmente ammessi sul territorio dell'UE, nonostante vi siano *de facto* presenti. Saranno quindi obbligati a rimanere in campi di detenzione fino a quando non saranno stati controllati e indirizzati alla procedura pertinente.

Successivamente allo *screening*, infatti, il Patto propone di sottoporre il cittadino straniero alternativamente alla procedura di respingimento o alla procedura di asilo, che avrà luogo sempre in frontiera e in tempi estremamente rapidi ma invero realisticamente irrealizzabili (massimo 12 settimane) nel caso in cui i controlli rilevino incongruenze su quanto riportato alle autorità, rischi per la sicurezza o la provenienza da un Paese terzo con un basso tasso di riconoscimento delle domande d'asilo.⁵⁴

La procedura accelerata prevista per velocizzare il processo di richiesta d'asilo avverrà evidentemente a scapito dei diritti dei richiedenti e delle garanzie connesse al diritto di asilo. Il fatto che verrà tenuta in primaria considerazione la nazionalità del

⁵² È stata in particolare proposta l'adozione di cinque nuovi regolamenti, idonei a divenire atti giuridici direttamente vincolanti per gli Stati membri, se approvati dal legislatore attraverso la procedura ordinaria. Il primo introdurrebbe un controllo dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne attraverso un meccanismo di pre-selezione; il secondo comporterebbe delle modifiche all'attuale regolamento "Eurodac"; un terzo regolamento propone di riformare la precedente proposta di regolamento che istituisce una procedura comune per la protezione internazionale nell'Unione; il quarto si concentra invece sull'asilo e la gestione della migrazione ed infine un ultimo regolamento affronta le situazioni di crisi e di forza maggiore nel campo della migrazione e dell'asilo.

⁵³ "The Commission is also proposing a targeted amendment of its 2016 proposal for a new Asylum Procedures Regulation to allow for more effective while flexible use of border procedures as a second stage in the process." Cit. New Pact on Migration and Asylum p. 5.

⁵⁴ Lo [statement congiunto delle associazioni ECRE \(European Council on refugees and exiles\) sul Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo](#), nel mettere in risalto le numerose criticità che il Patto presenta in termini di efficace gestione del fenomeno migratorio che sia nello stesso tempo rispettosa dei diritti umani fondamentali, ha evidenziato l'irrealistica possibilità che la procedura di asilo di frontiera riesca a concludersi nel termine previsto di dodici settimane e ha al riguardo fatto notare che: "The average length of the asylum procedure in the Netherlands, often referred to as the poster child for this practice, exceeds a year and can last up to two years until a decision has been taken".

richiedente, il tasso di riconoscimento delle domande di asilo provenienti da quel Paese e ancora la circostanza che il Paese di provenienza del richiedente sia "sicuro", nozione di per sé piuttosto dubbia, rischia di rendere fortemente arbitraria la procedura di riconoscimento della protezione internazionale e di non tenere in effettiva valutazione il rischio individualizzato di respingimento in uno Stato in cui il cittadino straniero potrebbe subire danni gravi⁵⁵. Tale *modus operandi* viola evidentemente il diritto alla libertà, il diritto di asilo, il diritto al ricorso e all'assistenza legale dei richiedenti protezione internazionale.

Il progetto della Commissione, prevedendo un incremento delle attività di gestione del fenomeno migratorio da svolgere in frontiera, sembra quindi diretto a "normalizzare" l'approccio hotspot, con la conseguenza che lo stesso non sarà più circoscritto ai soli casi di "pressione migratoria sproporzionata", ma rappresenterà il perno istituzionale della gestione direttamente in frontiera delle nuove procedure accelerate di asilo e di rimpatrio⁵⁶.

La normalizzazione del sistema hotspot comporterebbe in primo luogo una legittimazione della "finzione di non ingresso"⁵⁷. Durante le procedure previste dallo "strumento di frontiera", i cittadini stranieri non verrebbero autorizzati a entrare nel territorio dello Stato, sebbene vi siano *de facto*.

Altra temibile conseguenza della normalizzazione dell'approccio hotspot attiene al verosimile rischio di incremento delle forme di trattenimento arbitrario. Ed invero, come anticipato, durante le procedure di pre-screening ma anche successivamente nei casi di procedura accelerata di esame della domanda di asilo in frontiera, i cittadini stranieri, verrebbero di fatto detenuti in frontiera. Verrebbe quindi ampliato l'utilizzo dello strumento del trattenimento, attualmente perpetrato nei luoghi di frontiera, siano essi centri hotspot o zone di transito aeroportuali, i cui dubbi di legittimità per contrasto con l'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono stati già evidenziati. La normalizzazione delle forme di trattenimento in frontiera è inoltre in aperto contrasto con il principio, affermato anche a livello europeo, secondo il quale il trattenimento dovrebbe essere applicato solo come misura di ultima istanza nel contesto delle procedure di confine⁵⁸. A causa delle prospettate sistematiche restrizioni alla libertà di movimento, inoltre, verrebbe fortemente limitato l'accesso dell'individuo ai servizi di base forniti da attori che non possono operare in frontiera, come quelli inerenti all'assistenza e alla rappresentanza legale, ad evidente discapito del diritto alla difesa del cittadino straniero.

Da ultimo e strettamente legato al rischio di trattenimento arbitrario, è quello di mancato accesso ad un'informazione piena e corretta. La proposta di regolamento

⁵⁵ Euromed Rights, *Analysis of the New EU Pact on Migration and Asylum – A "fresh start" for human rights violations*, 2020.

⁵⁶ CAMPESI G., *L'approccio hotspot e il prezzo della coercizione*, Rivista il Mulino, 14 febbraio 2020.

⁵⁷ ASGI, *Il nuovo Patto europeo su migrazione e asilo – Le criticità alla luce del contesto italiano*, 8 gennaio 2021.

⁵⁸ L'art. 8 par. 2 della Direttiva 2013/33/UE afferma che: "Ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, gli Stati membri possono trattenere il richiedente, salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive".

prevede esclusivamente la distribuzione, prima dell'inizio della fase di pre-screening, di un'informativa cartacea. Tale modalità, già in uso negli hotspots e nelle zone di transito aeroportuali, risulta essere fortemente discriminatoria nei confronti dei numerosi cittadini stranieri che a vario titolo non hanno la possibilità di comprendere le informazioni fornite loro attraverso un mero foglio di carta. Questi ultimi soggetti, non avendo effettivo accesso alle informazioni inerenti alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale e le garanzie ad essa correlate, subirebbero evidentemente una grave lesione del loro diritto di asilo e di difesa.

Il Patto prevede infine la possibilità di derogare ulteriormente al rispetto dei diritti dei cittadini stranieri in arrivo in Europa, in caso di situazioni di crisi. Secondo la proposta della Commissione, infatti, in situazioni di forte pressione migratoria, o anche qualora ci sia il rischio di una imminente pressione, non ancora verificatasi, gli Stati membri avrebbero la possibilità di applicare la precaria procedura di frontiera a tutti i richiedenti protezione internazionale provenienti da un Paese con un tasso di riconoscimento a livello europeo pari o inferiore al 75%⁵⁹. Nel caso in cui il numero di arrivi di cittadini stranieri sia molto elevato, inoltre, sarebbe legittimato un allungamento considerevole dei tempi impiegati per l'esame della domanda di asilo e per le procedure di rimpatrio, fino ad un massimo di dieci mesi, il che produrrebbe evidentemente un dilatamento dei periodi di detenzione dei migranti con le conseguenze che esso comporta in termini di violazione dei diritti umani. In situazione di crisi gli Stati membri potrebbero ancora sospendere la registrazione delle domande di asilo per quattro settimane e fino a un massimo di tre mesi. Senza l'avvio della procedura di asilo, i migranti rischierebbero ancora di più di essere detenuti o ancora peggio respinti e in ogni caso il loro diritto ad un'accoglienza adeguata e ai servizi di base verrebbe gravemente compromesso.

Quest'ultima previsione, in base alla quale un'ulteriore deroga al rispetto dei diritti umani dei migranti, può essere giustificata qualora sussista una situazione di crisi, sembra andare in aperto contrasto con quanto affermato dalla Corte europea sul tema. Nella sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, infatti, i giudici di Strasburgo hanno opportunamente affermato che: *"I problemi di gestione dei flussi migratori non possono giustificare il ricorso a pratiche che non sono compatibili con gli obblighi dello Stato in virtù della Convenzione"*⁶⁰. Nella sentenza *Z.A. e altri c. Russia* la Corte ha inoltre ribadito che *"la Convenzione è stata creata per fissare norme minime. Il diritto a veder limitata la propria libertà solo in conformità con la legge e il diritto a condizioni umane, se detenuti sotto il controllo dello Stato, sono garanzie minime che dovrebbero essere disponibili per coloro che sono sotto la giurisdizione di tutti gli Stati membri, nonostante la crescente "crisi migratoria" in Europa"*⁶¹.

⁵⁹ Eurostat definisce il tasso di riconoscimento (della protezione internazionale) come "la quota di decisioni positive rispetto al numero totale di decisioni relative alla protezione internazionale per ciascuna fase della procedura di riconoscimento (vale a dire prima istanza e istanza finale in appello)". Il numero totale di decisioni è composto dalla somma delle decisioni positive e negative. Le nazionalità con i tassi di riconoscimento più alti sono ormai da anni quella siriana, eritrea e irachena.

⁶⁰ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 novembre 2016, causa *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 179.

⁶¹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 marzo 2017, causa *Z.A. e altri c. Russia*, par. 127.

Le direttrici appena esaminate, lungo le quali sono orientate a muoversi le politiche europee in materia di gestione del fenomeno migratorio, esplicitate da ultimo con l'adozione del Patto sull'Immigrazione e l'Asilo, sembrano tuttavia contrastare non solo con i principi convenzionali così come interpretati dalla Corte di Strasburgo nelle pronunce citate, ma anche, ed anzi, se si vuole in maniera ancora più evidente, con le posizioni di recente assunte dallo stesso organo giurisdizionale dell'Unione europea. La Corte di giustizia dell'Unione europea infatti, assumendo una posizione ancora più garantista rispetto a quella della Corte europea, si è di recente pronunciata sul tema della privazione della libertà personale in frontiera, sollevando seri dubbi circa la legittimità di prassi informali di detenzione di richiedenti protezione internazionale nei luoghi di confine e ammonendo gli Stati Membri rispetto alla necessità di fornire una lettura garantista delle direttive europee in materia di accoglienza e rimpatri.

Ci si riferisce in particolare alla pronuncia della Grande Sezione della Corte di giustizia resa il 15 maggio 2020, originata da una coppia di rinvii pregiudiziali operati *ex art.* 267 TFUE da un tribunale amministrativo ungherese, tenuto a decidere il caso di alcuni richiedenti asilo di nazionalità afghana e iraniana, trattenuti presso la zona di transito di Röszke, al confine tra Serbia e Ungheria, destinatari di un provvedimento di rigetto delle rispettive domande di protezione internazionale da parte delle autorità ungheresi e di un consequenziale provvedimento di allontanamento⁶².

Tra le numerose questioni in tema di asilo e rimpatrio, che hanno fatto oggetto della suddetta sentenza, assume senz'altro rilievo primario ai fini della presente trattazione, quella relativa al trattenimento e quindi alla privazione della libertà personale dei ricorrenti. I giudici di Lussemburgo in particolare, sono stati chiamati a chiarire se l'art. 2 lett. h) della direttiva "accoglienza" (UE/2013/33) e l'art. 16 della direttiva "rimpatri" (CE/2008/115) debbano essere interpretati nel senso che l'obbligo imposto al cittadino di un Paese terzo di permanere in una zona di transito situata alla frontiera esterna di uno Stato membro costituisce "trattenimento", con le conseguenze che ne derivano in punto di applicabilità delle garanzie previste dalle direttive stesse, di cui presto si dirà⁶³.

La Corte, richiamando i principi dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati sui criteri e le norme applicabili alla detenzione dei richiedenti asilo, ha ricordato che la privazione della libertà deve ritenersi sussistente non soltanto nei centri di detenzione, bensì anche in ogni luogo dal quale il richiedente asilo non è libero di allontanarsi⁶⁴.

⁶² Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*. Per un'analisi dettagliata della sentenza v. tra gli altri: BORRACCETTI M., [Trattenimento di richiedenti asilo e cittadini di Paesi terzi in situazione irregolare: aspetti sostanziali e procedurali](#), in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2020; CELORIA E., [Stranieri trattenuti alle frontiere esterne dell'Unione: il quadro di garanzie individuato dalla Corte di giustizia e le sfide del Nuovo patto sulle migrazioni e l'asilo](#), in *European Papers*, 27 gennaio 2021.

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*, par. 215.

⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*, par. 220.

La nozione di trattenimento di un richiedente protezione internazionale presuppone quindi in generale “una misura coercitiva che priva tale richiedente della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto”⁶⁵. La Corte ha precisato che la stessa definizione è applicata anche al trattenimento previsto dalla direttiva rimpatri: si viene così a delineare una concezione unitaria della misura detentiva, estesa a tutti gli ambiti di applicazione del diritto UE in materia di immigrazione e asilo.

In riferimento al caso di specie i giudici lussemburghesi hanno osservato che i richiedenti asilo giunti nella zona di transito di Röszke, erano impossibilitati da un lato ad entrare nel territorio ungherese, almeno fino all’eventuale accoglimento della loro domanda di protezione internazionale; né tuttavia era prospettabile un loro ritorno in Serbia, in quanto ne sarebbe conseguita l’automatica rinuncia alla domanda di asilo e l’esposizione ad un serio rischio di *refoulement* nel loro paese di origine. I ricorrenti si trovavano quindi bloccati in una zona che presentava tutte le caratteristiche di un centro di trattenimento chiuso, la permanenza nel quale, integrava, secondo la Corte di giustizia, un’ipotesi di vero e proprio trattenimento di fatto⁶⁶.

Dopo aver accertato che la permanenza presso la zona di transito di Röszke integrava di fatto una forma di privazione della libertà personale, la Grande Sezione si è soffermata ad esaminare l’incompatibilità di tale trattenimento con le garanzie previste dalla normativa UE in tema di privazione della libertà personale degli stranieri e nello specifico dalla direttiva UE/2013/33 (c.d. direttiva accoglienza) e dalla direttiva CE/2008/115 (c.d. direttiva rimpatri). La Corte ha a tal riguardo ribadito che, un trattenimento disposto senza provvedimento scritto che ne illustri le ragioni in fatto e in diritto su cui è fondato, che non sia preceduto da un accurato esame della necessità e proporzionalità della misura, che non preveda la possibilità di un ricorso giurisdizionale

⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*, par. 223.

⁶⁶ In termini ben diversi e con un ragionamento invero non privo di contraddizioni, si era espressa pochi mesi prima la Corte europea dei diritti dell’uomo in riferimento ad un caso non molto dissimile sottoposto al suo giudizio. Nella pronuncia di Grande Camera del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, i giudici di Strasburgo avevano infatti escluso che il collocamento per 23 giorni di due richiedenti protezione internazionale presso la zona di transito di Röszke potesse qualificarsi come trattenimento. Riformando il precedente giudizio di Camera, i giudici della Grande Camera avevano concluso che non era integrabile nel caso di specie una violazione dell’art. 5 della Convenzione e nell’affermare ciò avevano sottolineato che: i ricorrenti erano entrati nella zona di transito di propria iniziativa, la durata della permanenza non aveva ecceduto il tempo necessario all’esame della domanda di asilo e da ultimo, la limitazione della libertà aveva riguardato solo l’ingresso in Ungheria e non aveva pregiudicato la possibilità di allontanarsi dalla zona di transito per ritornare in Serbia. L’approccio poco garantista scelto dalla Corte di Strasburgo nella suddetta pronuncia ha suscitato diverse critiche da parte della dottrina maggioritaria e immediati sono stati gli inevitabili confronti della pronuncia con la sentenza, ben più attenta al rispetto della libertà personale dello straniero, della Corte di Giustizia. Per un confronto più approfondito delle sue sentenze v. tra gli altri: ZIRULIA S., [Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?](#), in questa *Rivista*, 25 maggio 2020; GATTA F.L., [Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo “scontro” tra le corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito](#) – (Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*), in *AIC – Osservatorio Costituzionale*, 1 settembre 2020.

e di riesaminare il trattenimento ad intervalli regolari, è evidentemente incompatibile con le direttive dell'Unione europea. Ciò vale tanto nel caso dei richiedenti asilo, rispetto ai quali le suddette garanzie sono previste all'art. 9 della direttiva accoglienza, che elenca puntualmente nei suoi dieci paragrafi le "garanzie per i richiedenti trattenuti"; quanto nelle ipotesi di migranti irregolari destinatari di un provvedimento di espulsione, nel cui caso i riferimenti normativi sono quelli di cui agli artt. 15 e 16 della direttiva rimpatri⁶⁷.

Da ultimo la Corte di giustizia ha svolto alcune riflessioni sulla legittimità del trattenimento operato nell'ambito della procedura di frontiera. Tali considerazioni assumono particolare rilievo e contribuiscono senz'altro ad evidenziare le criticità e le incompatibilità delle novità contenute nel Patto sull'immigrazione di cui si è detto con i principi di diritto dell'Unione, così come interpretati dalla Corte di giustizia. Quest'ultima infatti, nel ricordare che la procedura prevista dall'art. 43 della direttiva UE/2013/32 (c.d. direttiva procedure), offre agli Stati la possibilità di decidere sull'ammissibilità o, in alcuni specifici casi, sul merito della domanda di protezione internazionale, prima che il richiedente faccia ingresso sul territorio dello Stato, sempreché tali procedure rispettino i principi fondamentali e le garanzie previste dalla direttiva, sottolinea che l'art. 43, par. 2 della direttiva 2013/32, dispone che le procedure di *status* che giustificano il trattenimento, devono essere svolte entro un termine ragionevole e comunque non oltre quattro settimane, limite massimo superato il quale lo Stato membro interessato deve ammettere il richiedente nel proprio territorio⁶⁸.

La Corte di giustizia, quindi, ha da un lato riconosciuto il diritto degli Stati membri di trattenere i migranti nell'ambito della procedura di frontiera, essendo la stessa finalizzata a decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio (finalità di trattenimento ammessa dall'art. 8, par. 3, lett. c) della direttiva UE/2013/33). Dall'altro lato, la Corte ha tuttavia chiarito che il termine massimo stabilito per la procedura di frontiera vale anche per il trattenimento. Trascorso il suddetto termine quindi, lo straniero dovrà essere formalmente ammesso nel territorio dello Stato europeo e non potrà essere trattenuto per il mero fatto di aver presentato domanda di asilo⁶⁹.

Non potrà tantomeno essere trattenuto il richiedente protezione internazionale in ragione della sua impossibilità di sovvenire alle proprie necessità; anzi, in quest'ultimo caso sarà lo Stato a dover fornirgli un sussidio o un alloggio in uno dei

⁶⁷ L'art. 15 della Direttiva CE/2008/115 provvede in particolare a specificare i solo casi tassativi in cui è ammissibile il trattenimento di un cittadino di Paese terzo destinatario di provvedimento di espulsione (rischio di fuga ed ostacolo da parte del cittadino alla preparazione del rimpatrio) e le garanzie in termini di ricorso giurisdizionale e periodico riesame della legittimità e della persistente necessità del provvedimento che dispone il trattenimento. L'art. 16 invece, esplicita le condizioni che ogni trattenimento deve garantire e che devono essere particolarmente rispettose delle eventuali vulnerabilità della persona e devono soddisfare i diritti di informazione dei soggetti trattenuti.

⁶⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*, par. 235.

⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*, par. 239-240.

luoghi di cui all'art. 18 della direttiva 2013/33 (ma questi luoghi "non possono essere confusi, specifica la Corte, con i centri di trattenimento previsti all'art. 10)⁷⁰.

È evidente la volontà della Corte di chiarire che nel diritto europeo non vi è spazio per zone grigie tra le due differenti ipotesi di accoglienza e trattenimento. Così facendo la Corte, mira senz'altro ad impedire che possano proliferare prassi di trattenimento *de facto*, disposte al di fuori delle basi legali dettate dal diritto dell'Unione, irrispettose quindi delle garanzie ben esplicitate dalle direttive europee, direttiva accoglienza e direttiva rimpatri fra tutte⁷¹.

Pronunciandosi sul caso della zona di transito di Röscke, la Corte di giustizia ha in definitiva voluto sancire che le zone di transito alle frontiere europee, ove numerosi migranti sono sempre più spesso trattenuti, non possono costituire contesti di non-diritto, luoghi dai confini sfumati ove prassi amministrative illegittime, che non trovano alcun fondamento nel diritto primario e derivato dell'Unione, hanno la meglio sui diritti fondamentali dei migranti, primo fra tutti quello alla libertà personale. Tale sentenza risulta quindi essere un precedente importante ed un monito essenziale da implementare in tutte le situazioni di limbo giuridico di cui sono punteggiati gli Stati europei, tra le quali rientrano senz'altro gli hotspots di cui si è detto⁷².

Alla luce di questa sentenza, risulta essere ancora più evidente l'inconciliabilità delle ultime scelte politiche europee in materia di immigrazione e asilo e in particolare delle nuove previsioni contenute nel Patto sulla migrazione del settembre 2020, con i valori che ispirano l'Unione nel suo complesso. Dalla nuova procedura del pre-screening dei cittadini di Stati terzi da effettuarsi alle frontiere esterne dell'UE, agli emendamenti proposti alle procedure di asilo e di rimpatrio alla frontiera, che ne estendono l'applicabilità tanto con riguardo al numero di persone, quanto in riferimento alla loro estensione temporale, risulta lampante una incolmabile incompatibilità con i principi fondamentali dell'Unione europea, chiaramente ricordati nella sentenza della Corte di giustizia.

6. Conclusioni.

L'analisi della situazione italiana e del più generale orientamento intrapreso dagli Stati dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo rendono evidente che l'obiettivo primario della classe politica europea è attualmente quello di ridurre, il più possibile, l'impatto del fenomeno migratorio sulla collettività dei cittadini europei. Una gestione del fenomeno che miri a fermare gli arrivi ai confini, in cui le procedure diventano muri e le frontiere europee l'unica Europa che la maggioranza dei migranti avrà modo di conoscere prima di subire il quasi automatico rimpatrio, è stata scelta dalle autorità europee come il nuovo inizio da cui ripartire.

⁷⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*, par. 254.

⁷¹ CELORIA E., *Stranieri trattenuti alle frontiere esterne dell'Unione...cit.*

⁷² ZIRULIA S., *Per Lussemburgo è "detenzione"*, cit.

È evidente, tuttavia, che si tratta di un inizio che tanto nuovo non è ma che mira semplicemente a rafforzare l'approccio securitario adottato ormai da anni in tutti gli Stati europei e che è volto a normalizzare e istituzionalizzare misure e prassi ai limiti del diritto, già sperimentate dagli Stati di frontiera, Italia *in primis*.

Fiore all'occhiello di questo nuovo inizio è l'approccio hotspot, strumento che ha permesso di costruire un *"sottosistema per la gestione sommaria delle domande d'asilo e l'implementazione di procedure di rimpatrio accelerate circondato da garanzie procedurali di secondo rango"*⁷³. La normalizzazione di tale sottosistema e della detenzione sistematica che esso implica, oltre a comportare una criminalizzazione dei richiedenti asilo in violazione della Convenzione di Ginevra, che vieta di punire i rifugiati per il loro ingresso irregolare, rende la detenzione dei migranti, adottata in assenza di base legale e non correlata da alcuna garanzia procedurale, la prassi generalizzata. Una previsione del genere è in antitesi con l'articolo 5 della Convenzione dei diritti dell'uomo e il corrispondente art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Preso atto dell'evidente contrasto esistente tra la direzione intrapresa dagli organi di governo dell'Unione europea in tema di gestione del fenomeno migratorio e i principi fondamentali di libertà e sicurezza riconosciuti a tutti gli individui e sussistendo forti perplessità in merito ad una possibile inversione di rotta da parte dell'Unione, solo la giurisprudenza europea pare essere in grado di invertire la direzione intrapresa dalle autorità dell'Unione e implementata dagli Stati membri, che, frequentemente e di fatto, non è conforme ad alcuni dei più fondamentali tra i diritti umani.

⁷³ CAMPESI G., *L'approccio hotspot*, cit.