

“TRATTENIMENTO”*

di Angela Della Bella

SOMMARIO: 1. La scelta della ‘parola’ e l’individuazione del problema. – 2. Il *vulnus* alle garanzie costituzionali e convenzionali e la vicenda *Khlaifia c. Italia*. – 3. La carenza dei rimedi giurisdizionali attivabili dai soggetti privati della libertà personale dalla sentenza 26/99 della Corte costituzionale ad oggi. – 4. Trattenimento e detenzione: due pesi e due misure.

1. La scelta della ‘parola’ e l’individuazione del problema.

L’idea di ragionare intorno all’utilizzo di una ‘parola’ ed alle conseguenze che dal suo utilizzo discendono – idea proposta dai curatori della raccolta degli scritti in onore del prof. Paliero – mi ha immediatamente catturato. Proprio nei mesi nei quali ho ricevuto l’invito a partecipare a questi lavori, stavo seguendo gli studenti del corso di Clinica legale di giustizia penale in un’attività di ricerca, anche sul campo, sulla normativa e la prassi del trattenimento dei migranti nei Centri di permanenza e rimpatrio.

La scelta è quindi immediatamente caduta sulla parola “trattenimento”, già intuitivamente carica di significati per il penalista. Come noto, il trattenimento, che trova la sua disciplina nell’art. 14 t.u. imm., è un istituto proprio del diritto amministrativo, finalizzato a garantire il controllo fisico sui migranti irregolari destinatari di provvedimenti di espulsione per evitarne la dispersione sul territorio e consentire la materiale esecuzione del rimpatrio. Esso si traduce, nella sostanza, in una forma di privazione della libertà personale, che si svolge all’interno dei centri finalizzati al rimpatrio del migrante, in condizioni di vivibilità di gran lunga deteriori rispetto a quelle che caratterizzano gli istituti penitenziari.

Il termine ‘trattenimento’, tuttavia, nel linguaggio comune, evoca l’idea di un indugio temporaneo in un luogo e non porta con sé l’idea di una costrizione o della mortificazione della persona. Si è già riflettuto in dottrina sul carattere mistificatorio di tale termine, che è stato evidentemente scelto allo scopo di evitare che l’istituto venisse accostato concettualmente alla detenzione penale, ma ciò, come è stato osservato, non certo al fine di minimizzare gli effetti di stigmatizzazione, quanto piuttosto per eludere la questione dell’estensione delle garanzie che l’ordinamento penale riserva a qualsiasi

* Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo curato da C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M.M. SCOLETTA, F. CONSULICH, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, 2022. Si ringraziano l’Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione in questa *Rivista*.

forma di privazione della libertà personale¹. Le fonti legislative e sub-legislative che disciplinano l'istituto del trattenimento nelle sue diverse forme non menzionano infatti mai la parola 'detenzione', né la parola 'detenuti' ed anzi, nella relazione governativa di accompagnamento al t.u. imm., si legge che «i centri di permanenza temporanea sono estranei al circuito penitenziario» ed ancora che «il trattenimento nel centro non potrà in nessun caso assimilarsi all'applicazione di una sanzione detentiva».

Un'ipocrisia terminologica tutt'altro che innocua, che è stata svelata da subito e senza mezzi termini dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 105 del 2001, ove si riconosce che «il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario. Tuttavia, se si ha riguardo al suo contenuto, (...) il trattenimento dello straniero presso i Centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 della Costituzione». Una conclusione cui la Corte perviene osservando che nel trattenimento si determina «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»².

Deve ancora osservarsi che quanto la Corte osservava nel 2001 a proposito della detenzione amministrativa del migrante irregolare 'in uscita', finalizzata cioè a garantire l'effettivo allontanamento dal territorio italiano, vale anche per le altre tipologie di trattenimento che nel tempo sono proliferate nella prassi e che sono state regolamentate solo *ex post* e sempre con grande approssimazione da parte del legislatore (dal trattenimento del richiedenti protezione internazionale alla c.d. detenzione 'in arrivo' negli *hotspot*, nelle zone di transito di porti e aeroporti, nelle navi cui viene negato l'approdo sulle coste italiane, sino a quello recentissimo nelle navi-quarantena)³.

Il problema che il tema del trattenimento, o meglio delle diverse forme di trattenimento, solleva è tutt'altro che terminologico, avendo a che fare con la mancata applicazione di fondamentali garanzie costituzionali e convenzionali a strumenti fortemente afflittivi, ed in questo caso anche privativi della libertà personale, che si collocano al di fuori della materia propriamente penale.

Il tema dell'estensione delle garanzie penalistiche ad istituti del diritto amministrativo animati da finalità punitiva, alla luce di una concezione sostanziale di 'materia penale', così come propugnata da una cospicua giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, è attualmente oggetto di grande attenzione da parte della dottrina penalistica. Di questo tema Carlo Enrico Paliero è stato antesignano,

¹ Cfr. E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. CURI – F. MARTELLONI – A. SBRACCIA – E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, II ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 232 ed anche G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Carocci editore, Roma, 2013, p. 14, il quale osserva che un analogo fenomeno di "edulcorazione semantica" si ritrova negli altri ordinamenti europei che fanno uso di tale istituto.

² Corte cost. 22 marzo 2001, n. 105.

³ Sulla tipologia, la disciplina e le criticità di queste diverse forme di trattenimento si rinvia ancora a E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo*, cit., pp. 261 ss.

essendosene occupato a partire dai primi anni '80 in vari ed importanti scritti, che appaiono ancora oggi estremamente attuali⁴. In relazione al tema del trattenimento, ai fini di un corretto inquadramento del problema, viene in rilievo la distinzione che Paliero propone nei suoi scritti tra strumenti che sono espressione del potere punitivo della pubblica amministrazione, che definiscono l'area delle sanzioni amministrative punitive, e strumenti che sono invece espressione del potere coattivo della stessa, ossia mezzi coattivi finalizzati alla realizzazione diretta di un determinato interesse pubblico⁵.

Il trattenimento sembrerebbe appartenere a questa seconda categoria, non avendo una finalità punitiva, ma essendo piuttosto diretto a garantire il rimpatrio e dunque a realizzare gli obiettivi connessi alle politiche migratorie. In realtà, il tema della natura, punitiva o meno, del trattenimento non è stato mai affrontato né dalla Corte costituzionale, né dalla Corte europea, essendo venuto in considerazione in queste sedi solo il tema dell'applicazione delle garanzie legate ad una forma di privazione della libertà personale⁶. Peraltro, sul piano convenzionale, l'estraneità del trattenimento alla 'materia penale' si evince pacificamente dall'art. 5 Cedu che individua come autonomo titolo giustificativo della libertà personale – distinto da quello penale – la detenzione finalizzata al rimpatrio dello straniero irregolare. Per quanto riguarda il piano costituzionale, l'art. 13 Cost. non esclude di per sé la legittimità di forme di privazione della libertà personale anche al di fuori dalla materia penale⁷. Sul punto, anzi, la Corte costituzionale, nella già menzionata sentenza 105 del 2001, ha ritenuto legittima la privazione della libertà personale del migrante funzionale al rimpatrio, pur affermandone la necessaria subordinazione alle garanzie della legalità e della giurisdizione.

Ciò detto, e nonostante la sentenza della Corte costituzionale⁸, rimangono in dottrina dubbi sulla legittimità costituzionale della detenzione amministrativa del

⁴ Già nel 1980 Paliero affronta il tema, con un'indagine di taglio comparatistico, in *Il "diritto penale-amministrativo": profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1980, pp. 1254 ss. Negli anni successivi il tema viene variamente ripreso nelle diverse pubblicazioni che dedica al tema delle sanzioni amministrative punitive, tra cui spicca il lavoro monografico a quattro mani con A. Travi: *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988. Assai significativo dell'interesse precoce per temi solo di recente al centro degli interessi dei penalisti, un contributo, che risale al 1985, sulla nozione di materia penale nella giurisprudenza europea, cfr. *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1985, pp. 894 ss.

⁵ Cfr. C.E. PALIERO, *Il "diritto penale-amministrativo"*, cit., pp. 1263 ss. e poi C.E. PALIERO – A. TRAVI, *Le sanzioni amministrative*, cit., pp. 42 ss.

⁶ Lo osserva L. MASERA, in *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 224 ss. L'Autore, considerando che il trattenimento, pur non avendo finalità punitiva, consegue alla commissione di un illecito del migrante (ossia l'ingresso o la permanenza nel territorio dello Stato) ed è misura privativa della libertà personale, giunge alla conclusione della pertinenza della stessa all'area della 'materia penale', con conseguente applicabilità delle garanzie penalistiche anche oltre a quelle già implicate dall'applicabilità dell'art. 13 Cost. Da ultimo, nel senso della natura sostanzialmente penale del trattenimento, cfr. A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in questa *Rivista*, pp. 66 ss.

⁷ Secondo l'orientamento maggioritario della dottrina costituzionalista, infatti, l'art. 13 Cost. sarebbe "vuoto nei fini" A. PACE, *Libertà personale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, pp. 287 ss.

⁸ Nel senso che l'affermazione di legittimità del trattenimento da parte della Corte costituzionale nella

migrante e tali dubbi, ci pare, attengono essenzialmente al piano della proporzione, essendo discutibile che il sacrificio della libertà personale possa considerarsi idoneo, necessario e proporzionato rispetto ai fini delle politiche di controllo dei flussi migratori⁹. Nel senso della dubbia compatibilità di tale strumento con i principi costituzionali sovengono anche le riflessioni che Paliero svolgeva, in un tempo in cui il trattenimento ancora non era stato introdotto nel nostro ordinamento, sul diverso tema delle misure di prevenzione, quando osservava che misure amministrative con carattere degradante (il riferimento era in particolare all'ordine di rimpatrio obbligatorio) sollevano "enormi dubbi di costituzionalità": "dubbi", si legge negli scritti, "che inevitabilmente suscitano forme di coazione prettamente amministrative, e purtuttavia degradanti, ancorché non sanzioni"¹⁰. Un'affermazione forte e densa di implicazioni si colloca oggi nel dibattito sulla legittimità del 'trattenimento'.

Nonostante le gravi perplessità circa la conciliabilità di questo istituto con i principi costituzionali, il trattenimento a far data dal 1998 ha trovato ingresso nel nostro sistema e vi ha messo salde radici, accomunando così l'esperienza italiana a quelli di numerosi altri ordinamenti europei. La realistica presa d'atto della stabilità di questo istituto all'interno dell'ordinamento convince dell'opportunità di spostare l'attenzione dai dubbi di legittimità sull'*an* a quelli relativi al *quomodo* dell'istituto.

2. Il *vulnus* alle garanzie costituzionali e convenzionali e la vicenda *Khlaifia c. Italia*.

Senza potersi in questa sede soffermare sul merito delle diverse questioni, basterà ricordare che i dubbi di legittimità investono innanzitutto il profilo della legalità, per il fatto che – a differenza di quanto prescritto dall'art. 13 Cost. – il legislatore non si premura di indicare adeguatamente né i 'casi' del trattenimento, né soprattutto i 'modi' dello stesso, non esistendo una normativa di rango primario che definisca le modalità di svolgimento della detenzione amministrativa, a differenza di quanto accade invece per la detenzione penale, ove ogni aspetto della vita penitenziaria trova precisa regolamentazione nella legge di ordinamento penitenziario¹¹. I dubbi riguardano poi anche il rispetto della riserva di giurisdizione che sempre ai sensi dell'art. 13 Cost. deve assistere qualsiasi forma di privazione della libertà personale, posto che la previsione di una convalida *ex post* del provvedimento questorile attribuita alla competenza del giudice di pace induce a ritenere sostanzialmente svuotata una tale garanzia, soprattutto

sentenza del 2001 non può considerarsi 'valida' ancora oggi, in considerazione dei radicali mutamenti della disciplina cfr. A. CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1499.

⁹ Cfr. per tutti E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo*, cit., pp. 236 ss.

¹⁰ C. E. PALIERO – A. TRAVI, *Sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., p. 40.

¹¹ Sui dubbi di legittimità costituzionale e convenzionale solo parzialmente risolti dai più recenti interventi normativi cfr., tra gli altri, A. DI MARTINO, [La disciplina dei c.i.e. è incostituzionale](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 maggio 2012; L. MASERA., *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *La legisl. pen.*, 7/2019; M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 327 ss.; E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo*, cit., pp. 199 ss.

se si confronta il ben diverso regime improntato per le misure cautelari privative della libertà personale nel contesto penale¹².

Ma sono anche altri i parametri costituzionali che vengono in considerazione: si pensi *in primis* allo svilimento dei principi enucleati dagli artt. 2 e 3 Cost. in relazione alle condizioni detentive nei luoghi del trattenimento, la cui gestione, è bene sottolinearlo, è totalmente privatizzata: luoghi non sempre chiaramente identificati¹³, impenetrabili – poiché a differenza degli istituti penitenziari la società civile ed anche i media non riescono ad entrare –, caratterizzati da condizioni igienico-sanitarie spesso deprecabili, dall'assenza di adeguati presidi sanitari, dalla difficoltà di comunicare con l'esterno, dalla totale assenza di attività di qualsiasi tipo al loro interno. Condizioni materiali e qualità della vita che il Garante nazionale dei soggetti privati della libertà personale non ha esitato a definire decisamente deteriori rispetto a quelle degli istituti penitenziari¹⁴.

Si pensi infine ai parametri, non meno importanti, degli artt. 24 e 113 Cost., del cui rispetto si dubita per la assoluta carenza di strumenti giurisdizionali che consentano ai migranti detenuti di denunciare le violazioni dei diritti patiti per effetto e nel corso della detenzione: a differenza di quanto accade negli istituti penitenziari, nei luoghi del trattenimento non esiste una magistratura chiamata a vigilare su ciò che accade all'interno ed alla quale il 'trattenuto' possa rivolgersi per ottenere tutela¹⁵.

Una riflessione su questi temi è urgente e non da ora. Ma la ragione contingente che rende di particolare attualità la questione è la recente comunicazione, pervenuta al nostro Governo il 13 dicembre scorso, della chiusura della procedura di supervisione del caso Khlaifia c. Italia da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa: notizia per certi versi sconcertante, che ha però avuto pochissima eco nel dibattito pubblico.

Come si ricorderà, nel caso Khlaifia – che ha riguardato un episodio di trattenimento di alcuni migranti all'interno dei c.d. hotspot di Lampedusa – la Grande Camera, pronunciandosi nel 2016 a parziale riforma di una pronuncia della seconda sezione, aveva rilevato diverse violazioni dei principi convenzionali (sostanzialmente coincidenti con i rilievi costituzionali di cui sopra), con riferimento all'art. 5 Cedu, in

¹² E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo*, cit., pp. 250 ss.

¹³ La possibilità di trattenere gli stranieri in attesa di convalida dell'accompagnamento immediato alla frontiera presso "strutture idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza" nel caso di indisponibilità di posti nei Centri di Permanenza per il Rimpatrio è stata introdotta nell'ordinamento dal d.l. 113/2018. Per alcune considerazioni critiche su tale previsione, in ragione della sua assoluta indeterminatezza, cfr. il rapporto del Garante nazionale dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale [Norme e normalità. Standard per la privazione della libertà delle persone migranti. Raccolta delle raccomandazioni 2016-2018](#).

¹⁴ Stante la sostanziale inaccessibilità dei luoghi della detenzione amministrativa, la principale fonte da cui possono trarsi informazioni sulla prassi del trattenimento è costituita dai rapporti del Garante nazionale dei detenuti e dei soggetti privati dalla libertà personale. Il documento più aggiornato sul tema è *Norme e normalità*, cit.

¹⁵ Sul diverso profilo dell'incostituzionalità della disciplina nella parte in cui si consente il trattenimento pre-espulsivo di migranti che siano persone offese da reato, senza che sul punto sia interpellata l'Autorità Giudiziaria cfr. P. ODDI, *In memoria di Moussa, morto suicida nel Cpr di Torino. Un "emendamento Balde" per tutelare i migranti vittime di reato*, in DPU, 6/2021.

relazione ai profili di legalità della detenzione amministrativa, e all'art. 13 Cedu, per l'assenza all'interno del nostro ordinamento di un ricorso giurisdizionale attivabile dai migranti avverso le condizioni di detenzione¹⁶.

La gravità delle violazioni riscontrate ha indotto il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ad avviare una procedura di supervisione 'rafforzata' sull'attuazione della decisione, prevedendo un monitoraggio annuale sulle misure adottate dal Governo italiano¹⁷. La procedura è rimasta aperta per cinque anni nel corso dei quali il Comitato dei Ministri ha più volte sostenuto l'inadeguatezza del sistema italiano, fino a quando, lo scorso dicembre la procedura di supervisione è stata inaspettatamente chiusa. A fondamento della decisione si sono considerati: l'avvenuto risarcimento dei danni ai ricorrenti; i recenti interventi legislativi che avrebbero finalmente soddisfatto gli standard convenzionali in merito alla legalità della detenzione; le argomentazioni del Governo, ritenute evidentemente persuasive, circa la sussistenza di rimedi di carattere generale nell'ordinamento capaci di fornire tutela giurisdizionale ai trattenuti per le lesioni dei diritti nel corso della detenzione¹⁸.

Nonostante negli ultimi anni il legislatore abbia fornito di una base legale più adeguata il sistema, chi si occupa del tema esprime dubbi circa l'effettiva rispondenza ai canoni costituzionali e convenzionali della attuale disciplina, soprattutto con riferimento ai 'modi' della detenzione, di fatto non regolamentati da fonti primarie¹⁹.

Meno esplorato, ma altrettanto importante, il profilo dei rimedi giurisdizionali, preventivi e compensatori, attivabili dai migranti 'trattenuti' per le violazioni dei diritti subiti a causa delle condizioni detentive: si pensi al diritto alla salute, alle relazioni familiari, all'esercizio delle libertà religiose, a condizioni di vita dignitose all'interno delle strutture. Il tema è evidentemente centrale perché, fino a che non si individua un efficace strumento di tutela, anche una eventuale ed auspicabile individuazione *ex lege* dei 'modi' del trattenimento è destinata a rimanere lettera morta: su tale tema provo ad

¹⁶ C. eur., GC, 15.12.2016, *Khlaifia c. Italia*.

¹⁷ Sul punto cfr. F. CANCELLARO, *Immigration Detention between Law and Practice in Italy*, in G.L. GATTA – V. MITSILEGAS – S. ZIRULIA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, 2021, pp. 195 ss.

¹⁸ Tutta la documentazione relativa alla procedura di esecuzione nel caso *Khlaifia* è reperibile su <https://hudoc.exec.coe.int>.

¹⁹ Nel senso che, sotto il profilo della regolamentazione dei modi della detenzione, oggi sostanzialmente affidata a fonti regolamentari, "la questione di costituzionalità" parrebbe "quanto mai fondata e rilevante, specie se si pone mente all'acribia con cui viene descritto dalla legge sull'ordinamento penitenziario il trattamento dei detenuti reclusi negli istituti di pena cfr. L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, cit., p. 24.

esprimere qualche riflessione anche sulla base del confronto con la diversa esperienza che ha portato a colmare un analogo *deficit* di tutela nella materia penitenziaria.

3. La carenza dei rimedi giurisdizionali attivabili dai soggetti privati della libertà personale dalla sentenza 26/99 della Corte costituzionale ad oggi.

Per entrare nel merito del problema, occorre tener presente che nella comunicazione dell'ottobre 2021 con la quale è stata chiesta la chiusura della procedura di supervisione, il Governo ha dichiarato che *"the national legal system provides also judicial tools allowing the person concerned to complaint of the detention conditions"*. In particolare, come rimedio preventivo, funzionale cioè a far cessare le violazioni in atto, lo strumento indicato è il procedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*; come rimedio compensatorio, funzionale ad offrire una riparazione adeguata per le violazioni subite, è l'azione risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* Il Governo ha aggiunto poi che, per effetto del recente d.l. 130/2020, è stato introdotto nell'ordinamento un ulteriore strumento per garantire protezione alle persone trattenute, che si sostanzia nella possibilità di formulare un reclamo al Garante dei diritti delle persone private della libertà personale, con la possibilità per quest'ultimo, se ne accertasse la fondatezza, di formulare specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata²⁰.

L'inadeguatezza dei rimedi indicati dal Governo pare evidente: quanto ai rimedi giurisdizionali si tratta di strumenti di carattere generale, non ritagliati sulle specifiche peculiarità di soggetti privati della libertà personali, strumenti peraltro pre-esistenti alla sentenza *Khlaifia*; rimedi astrattamente utilizzabili, ma realisticamente impraticabili, come dimostra del resto la quasi assoluta mancanza di giurisprudenza sul punto.

Con riferimento, in particolare, al procedimento *ex art. 700 c.p.c.*, i dubbi sulla sua effettiva funzionalità derivano dalla difficoltà di assicurare l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di *facere* a cui il giudice civile potrebbe condannare la pubblica amministrazione per garantire l'immediata tutela del diritto: si pensi, ad esempio, ad una violazione del diritto alla salute derivante dalla mancanza di un presidio medico all'interno del centro, piuttosto che ad una violazione della libertà religiosa derivante dalla mancata predisposizione di una alimentazione rispettosa dei dettami del proprio credo o ancora ad una violazione delle relazioni familiari derivante dall'impossibilità di

²⁰ Sulle novità introdotte con questo ultimo intervento normativo cfr. G. MENTASTI, [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; G. SAVIO, *La nuova disciplina del trattenimento per l'esecuzione dell'espulsione e dei richiedenti protezione internazionale*, in M. GIOVANNETTI – N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, 2021, p. 135.

avere un colloquio con il proprio congiunto²¹. In tutti questi casi, difficilmente un provvedimento cautelare *ex art. 700 c.p.c.* potrà risultare risolutivo²².

Quanto al rimedio *ex art. 2043 c.c.*, non è dubbio che la violazione di diritti individuali dovuti alle condizioni detentive integri un danno ingiusto risarcibile, ma i tempi e i costi lo rendono impraticabile, come è del resto dimostrato dall'inesistenza assoluta di giurisprudenza sul punto²³.

Quanto, infine, alla possibilità di proporre reclamo al Garante dei soggetti privati della libertà personale, se è vero che la previsione di questo istituto può servire – come giustamente si è osservato – per “squarciare il velo del silenzio” che si stende sui luoghi della detenzione amministrativa²⁴, è chiaro però che esso non può essere equiparato ad un procedimento di natura giurisdizionale, potendo contare solo sul peso ‘politico’ delle raccomandazioni del Garante nazionale.

Che il Comitato dei ministri abbia ritenuto adeguati i rimedi indicati dal Governo, accettando di chiudere la procedura di supervisione nel caso Khlaifia, lascia molto perplessi soprattutto se si considera l'atteggiamento molto diverso del Consiglio di Europa nei confronti dell'Italia, quando, non molti anni fa, un problema del tutto analogo, di carenza di rimedi giurisdizionale per la tutela dei diritti di soggetti privati della libertà personale, si è manifestato con riferimento agli istituti penitenziari.

Il punto di partenza di questa diversa vicenda è costituito dalla sentenza 26/1999 della Corte Costituzionale: in questa bellissima pronuncia – che ha rappresentato un importante passo in avanti nella direzione della giurisdizionalizzazione della fase esecutiva – i giudici sono stati chiamati a pronunciarsi sulla legittimità del sistema di tutela dei diritti dei detenuti nella parte in cui limitavano a specifiche questioni (ossia il lavoro e la materia disciplinare) l'utilizzabilità del rimedio giurisdizionale previsto nell'art. 69 ord. penit., prevenendo per tutte le altre ipotesi la possibilità di rivolgere un reclamo al magistrato di sorveglianza o ad altre autorità, all'interno di una procedura priva dei caratteri della giurisdizionalità.

²¹ Un caso, forse l'unico, di utilizzo dell'art. 700 c.p.c. (ed è infatti l'unico citato dal Governo nella comunicazione al Comitato dei ministri) è Trib. Milano, Sez. imm., ord. 23.2.2021, in questa *Rivista* 15.9.2021, con nota di G. MENTASTI, [La libertà di corrispondenza nel CPR e la \(mancata\) regolamentazione delle condizioni di trattenimento degli stranieri in attesa di espulsione](#), relativa a violazioni della libertà di comunicazione e del diritto di difesa conseguenti alla sottrazione del cellulare al momento dell'ingresso nel centro di trattenimento.

²² Non sembra risolutiva, ai nostri fini, la procedura di ‘coercizione indiretta’ recentemente introdotta con l'art. 614 bis c.p.c. secondo cui, con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro, il giudice fissa la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o ritardo nell'esecuzione del provvedimento, dal momento che tale strumento non garantisce in alcun modo l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo.

²³ Osservano G. FELICI – M. GANCITANO, [La detenzione dei migranti negli hotspots italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale](#), in questa *Rivista*, 2/2022, che il Governo, nell'indicare al Comitato dei ministri dei casi giurisprudenziali in cui tale rimedio è stato utilizzato, a dimostrazione della sua effettività, non fa riferimento a casi in cui l'art. 2043 c.c. è stato utilizzato per risarcire violazioni di diritti subiti a causa delle condizioni detentive, ma casi – del tutto inconferenti – nei quali il risarcimento ha riguardato l'illegittimità della detenzione nei centri di permanenza.

²⁴ Così G. SAVIO, *La nuova disciplina del trattenimento*, cit., p. 141.

Intervenendo nel giudizio di costituzionalità a sostegno dell'infondatezza della questione, il Governo ha sostenuto che rientrasse nella discrezionalità del legislatore la scelta di prevedere un reclamo a carattere giurisdizionale solamente per alcune specifiche ipotesi, posto che per la generalità dei casi i diritti dei detenuti avrebbero potuto trovare tutela "nei comuni mezzi e secondo le ordinarie regole di competenza previsti dall'ordinamento" (e il riferimento, anche se non esplicitato, può essere inteso certamente agli artt. 700 c.p.c. e all'art. 2043 c.c.).

Nel porre le premesse del suo ragionamento, che la porterà poi ad accogliere la questione, la Corte ha affermato innanzitutto che lo stato di detenzione non vale di per sé ad annullare la titolarità dei diritti dei soggetti privati della libertà personale e ha proseguito poi osservando che al riconoscimento della titolarità di un diritto non può non accompagnarsi il potere di farlo valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Da tali premesse, i giudici costituzionali hanno tratto la conclusione della fondatezza della questione non sussistendo nell'ordinamento un rimedio giurisdizionale adeguato a garantire la tutela dei diritti dei detenuti per le violazioni patite a causa delle condizioni di detenzione.

Con riferimento, in particolare, alle osservazioni del Governo, la Corte costituzionale considera che il richiamo alle "regole generali che l'ordinamento detta per l'azione in giudizio" viene in considerazione per i diritti che sorgono nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale e non invece "per i diritti la cui violazione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti dell'amministrazione a esso preposta", ossia "diritti suscettibili di essere lesi per effetto (...) di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere (...)". Afferma ancora la Corte che "la questione prospettata invita a procedere oltre nell'opera, intrapresa da tempo dal legislatore e dalla giurisprudenza, di diffusione delle garanzie giurisdizionali entro le istituzioni preposte all'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale, innanzitutto gli istituti carcerari, e a perseguire in tal modo, come obiettivo, la sottoposizione della vita in tali istituti ai principi e alle regole generali dello stato di diritto".

Nel concludere, la Corte osserva infine che "fondata essendo la questione di costituzionalità relativamente al difetto di garanzia giurisdizionale, ma gli strumenti del giudizio di costituzionalità sulle leggi non permettendo di introdurre la normativa volta a rimediare a tale difetto, non resta che dichiarare *l'incostituzionalità della omissione* e contestualmente chiamare il legislatore all'esercizio della funzione normativa che a esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione".

Nonostante l'esortazione della Corte costituzionale, il legislatore è tuttavia rimasto inerte²⁵. Solo dopo quindici anni e a seguito di un deciso intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, il legislatore ha provveduto a colmare la lacuna. Come si ricorderà, infatti, con la sentenza Torreggiani del 2013²⁶ l'Italia è stata condannata per la

²⁵ Sull'inerzia del legislatore dopo la sentenza 26/99 e sulla soluzione individuata in via interpretativa dalla giurisprudenza sia consentito rinviare ad A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 129.

²⁶ C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani c. Italia*.

violazione dell'art. 3 Cedu non solo sotto il profilo sostanziale, in relazione cioè alla disastrosa situazione di sovraffollamento del nostro sistema carcerario, ma anche sotto il profilo procedurale, avendo i giudici europei accertato la stessa lacuna che era già stata accertata dalla Corte costituzionale nel 1999, ossia la mancanza di rimedi preventivi e risarcitori che garantissero per il detenuto la possibilità di ottenere tutela giurisdizionale per le violazioni patite per effetto e in costanza della detenzione.

In quell'occasione, dunque, né la Corte europea, né poi il Comitato dei ministri – che ha vigilato sull'attuazione della procedura pilota – hanno ritenuto che la lacuna potesse considerarsi colmata per la presenza nell'ordinamento della procedura di urgenza ex art. 700 c.p.c. o dell'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c.

Pressato da una 'sentenza pilota' che aveva messo sotto i riflettori del Consiglio d'Europa il nostro sistema penitenziario, il legislatore finalmente ha introdotto nell'ordinamento, attribuendoli alla competenza della magistratura di sorveglianza, un reclamo giurisdizionale di carattere preventivo per il caso di attuale e grave pregiudizio ai diritti dei detenuti e degli internati, corredato anche da uno specifico giudizio di ottemperanza per garantire l'esecuzione degli ordini di facere eventualmente impartiti dai giudici all'amministrazione penitenziaria (art. 35 *bis*), ed un rimedio risarcitorio per il caso di pregiudizi subiti a causa di "condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione" (art. 35 *ter*).

4. Trattenimento e detenzione: due pesi e due misure.

L'esito divergente delle due vicende porta ad una immediata e sconcertante conclusione: che cioè tanto nel nostro ordinamento, quanto a livello europeo, il trattenimento del migrante è, non solo a parole, qualcosa di diverso dalla detenzione penale, come se la libertà personale potesse godere di livelli diversi di tutela a seconda dello *status* del suo titolare²⁷.

Si potrebbe anche pensare, con un po' di cinismo, che il minor livello di tutela si giustifichi in considerazione del limitato numero di soggetti che lo subiscono e della brevità della durata della detenzione amministrativa. In realtà, a prescindere dall'ovvia considerazione che il dato quantitativo non incide sulla gravità delle violazioni, entrambe le affermazioni trovano ampie smentite nella prassi: per dare un'idea delle dimensioni del fenomeno basta leggere i dati contenuti nei documenti del Garante nazionale, ove si evince che tra il 2015 e il 2018 sono stati circa 17.000 i migranti che hanno subito una forma di privazione della libertà personale nelle strutture a ciò appositamente dedicate²⁸. Quanto poi al termine di durata massima della detenzione, profilo della disciplina oggetto di continui ripensamenti, parliamo sempre di mesi e non di ore, né di giorni²⁹.

²⁷ Parla di 'libertà diversa' del migrante L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in AA. VV. (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 67 ss.

²⁸ GARANTE NAZIONALE DEI DETENUTI E DEI SOGGETTI PRIVATI DALLA LIBERTÀ PERSONALE, *Norme e normalità*, cit.

²⁹ Attualmente la durata massima del trattenimento pre-espulsivo ex art. 14 t.u. imm. è di quattro mesi.

Non resta allora che nuovamente affidare alla Corte costituzionale: come nella sentenza 26/1999 ha riconosciuto “l’incostituzionalità dell’omissione”, ravvisando un *deficit* di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti all’interno degli istituti penitenziari, così allo stesso modo potrebbe pronunciarsi oggi, rilevando analogo *deficit* di tutela in relazione ai ‘trattenuti’. E ciò sulla base di quanto nella sentenza 105 del 2001 la stessa Corte aveva sentito la necessità di sottolineare: che cioè “le garanzie dell’articolo 13 della Costituzione (non) subiscono attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”³⁰.

³⁰ Corte cost. 22.3.2001, n. 105.