

SEZIONE TERZA

DIRITTO ALLA SALUTE E TRATTENIMENTO  
DEGLI STRANIERI IRREGOLARI



## Piergiorgio Gualtieri

### *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*

SOMMARIO: 1. Premessa. Il trattenimento dello straniero nel sistema normativo italiano – 2. Dalla funzione alla.....funzione. Per una definizione formale, ateleologica, del concetto di sanzione giuridica – 2.1. Natura giuridica del trattenimento dello straniero nei CPR. Il processo cautelare come processo di natura sanzionatoria – 3. Il Cappellaio e Alice: ovvero della Costituzione e dei processi cameral-sommari di natura contenziosa – 3.1. Critica ai *Patres* sulla apoliticità dell'interpretazione. Humpty Dumpty, diritto alla salute e giudice della convalida – 4. Note sparse su *Hotspot* e migranti

#### 1. *Premessa. Il trattenimento dello straniero nel sistema normativo italiano*

La normativa sul trattenimento dello straniero irregolare mostra dei tratti fortemente incostituzionali. Sono molteplici e denunciati da tempo dalla migliore dottrina, i rischi connessi alla situazione *de qua*, ivi fra tutti l'ineffettività della tutela dei diritti inviolabili dello straniero irregolare quali veri e propri limiti sostanziali alla validità delle disposizioni e, dunque, delle norme nazionali<sup>1</sup>. Si tratta però di rischi che, a ben vedere, sono rimasti allo stato declamatorio. Secondo un noto indirizzo di teoria generale, infatti, un sistema giuridico è valido solo in quanto effettivo. L'effettività che può a sua volta essere ricercata nella applicazione concreta, pratica del diritto<sup>2</sup>. In altri termini, sono i tribunali in senso lato a rendere efficaci le singole norme ed effettivo l'intero ordinamento<sup>3</sup>, specie se inteso

<sup>1</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, 38, secondo cui «nel paradigma della democrazia costituzionale, possiamo registrare l'isomorfismo che anche in materia sostanziale lega validità e democrazia: i limiti e i vincoli sostanziali, cioè di contenuto, imposti dai diritti fondamentali alla volontà delle maggioranze, valgono infatti a condizionare la validità giuridica delle norme non più solo alle loro forme ma anche ai loro contenuti [...]». Sulla contrapposizione validità formale-validità sostanziale, cfr. anche G. PINO, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo. Estratto*, Torino, 2013, 149, 169-171.

<sup>2</sup> In questo senso, A. ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. di G. Gavazzi, Torino, 1965, 34-35.

<sup>3</sup> Sulle diverse accezioni del vocabolo "efficacia" nel linguaggio giuridico, cfr. G. PINO,

come ordinamento parziale, derivato e non anche originario. È la politica giudiziaria, dunque, che orienta le condotte dei consociati e, per quel che qui interessa, anche della pubblica amministrazione.

Prendendo in considerazione l'attuale indirizzo normativo e giudiziale, si tratta di chiarire, in primo luogo, la natura giuridica del trattenimento dello straniero all'interno di un centro di permanenza per i rimpatri, individuata, già al livello astratto dei concetti "puri" come sanzione processuale di tipo amministrativo predisposta dall'ordinamento a tutela della ragionevole durata della procedura espulsiva. Solo in questo modo sarà poi possibile chiarire se ed in che modo, ad assetto normativo invariato, senza, cioè, un intervento legislativo sul punto, gli organi giurisdizionali interessati, siano in grado di rendere la misura detentiva uno strumento residuale<sup>4</sup>. È infatti possibile rinvenire anticorpi che aspettano solo di essere attivati, per via interpretativa, dall'unico filtro di controllo dell'operato della pubblica amministrazione, ovvero la magistratura onoraria dei giudici di pace.

Nel dettaglio, è noto come la scienza giuridica imponga rigorose cautele nella descrizione dei fenomeni normativi<sup>5</sup>. L'analisi del diritto positivo,

---

*Sul concetto di efficacia*, in *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, a cura di F. Mancuso, G. Preterossi, A. Tucci, Milano-Udine, 2013, 181-185.

<sup>4</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 111, secondo cui dato che le antinomie sono frutto dell'interpretazione, «l'interpretazione, se può creare un'antinomia, può anche evitarla, prevenirla».

<sup>5</sup> Una premessa metodologica risulta indispensabile. La descrizione cui si è fatto riferimento al testo non comporta l'adesione alla nota teoria della avalutatività dell'interpretazione, tipica del pensiero Illuminista. Nel prosieguo si avrà modo di chiarire l'impossibilità logica, prima ancora che giuridica, di un approccio meramente descrittivo al fenomeno normativo in generale. Impostazione, quest'ultima, che si presenta come necessaria conseguenza della distinzione tra "atto", inteso come documento, "disposizione" e "norma" nel senso di enunciato linguistico, la prima, e di significato dell'enunciato, la seconda. Senza pretesa di esaustività, cfr. M. BARBERIS, *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici* à la génoise, in *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Torino, 2001, 2 ss.; N. BOBBIO, *L'analoga nella logica del diritto* (1938), a cura di P. Di Lucia, Milano, 2006, 65 ss. e 143 ss.; A. BURDESE, M. GALLO, *Ipotesi normativa ed interpretazione del diritto*, estratto dalla *Riv. it. sc. giur.*, III, 1-4/1949, 356-387; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 27 ss.; H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica* (1911), a cura di A. Carrino, Napoli, 1997, 55 ss.; ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952, 156 ss.; ID., *La dottrina pura del diritto* (1934), trad. di R. Treves, Torino, 1956, 92-104; G. PINO, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Estratto, Torino, 2013, 144 ss.; R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*. Prefazione di A. Gambaro, ristampa anastatica, Torino, 2003, 26-76 e 87-159; U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, XXVI, 4/1971, 533-574; G. TARELLO,

infatti, non può che tendere, in sede applicativa, alla individuazione del tipo di disciplina entro cui sussumere la vicenda storica di volta in volta oggetto d'interesse<sup>6</sup>. Esigenza, questa, dal chiaro risvolto esclusivamente formale<sup>7</sup>.

*Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, in *Riv. int. fil. dir.*, XLII, 2/1966, 349-357; ID., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 19-50, 51-85, 389-521; ID., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 9-10; M. TROPER, *Una teoria realista dell'interpretazione*, in *Mat. stor. cult. giur.*, XXIX, 2/1999, 473-493; V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, 17 ss.; ID., *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *Criminalia*, 2009, 493-507; ID., *Scetticismo interpretativo moderato e argomenti dell'interpretazione*, in *Dir. quest. pubbl.*, 5/2005, 103-109; F. VIOLA, *Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana*, estratto dal volume *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, 167 ss.; G. ZACCARIA, voce *L'interpretazione della legge*, in *Enc. dir. Ann.*, V, Milano, 2012, 694-709.

<sup>6</sup> Così, ad esempio, M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, 516-517, secondo cui «la riconduzione di una qualunque situazione giuridicamente rilevante come autonoma fattispecie ad una categoria generale fissata dal legislatore, o elaborata dalla scienza del diritto, assume significato e importanza soltanto quando, oltre a soddisfare ad una esigenza di classificazione, porta con sé una determinata disciplina: quella, cioè, caratteristica della categoria generale richiamata»; M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluta" e il "realizzato"*, I, Torino, 2006, 53.

Sottopone a critica il concetto di "sussunzione", M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 708-709, per il quale «l'interpretazione della fattispecie astratta e la decisione sul caso si realizzano non per sussunzione del fatto nella fattispecie, bensì per analogia nello sviluppo dialettico che nasce dal confronto tra la fattispecie astratta e la situazione di vita». Per un'analisi approfondita dei modelli di inferenza nel ragionamento giudiziario, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, 38 ss.; A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, 324.

<sup>7</sup> In questi termini M. GALLO, *Questioni in tema di misure di sicurezza*, in *Giur. it.*, CI, II, 1949, 347 e, sia pure argomentando in sede di teoria generale del diritto, H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, cit., 129. Quest'ultimo, come noto, predilige un approccio eminentemente formale, ateleologico al fenomeno giuridico in quanto, se è certamente innegabile «[...] che la *posizione di norme* ha luogo per scopi determinati, che essa ricade sotto la legge dello scopo, che, in altri termini, ha natura teleologica, non può essere in alcun modo pregiudizievole per la natura dei concetti che riposano sulla norma, per i corollari derivati dalla norma. [...] L'eliminazione del momento dello scopo dalla formazione giuridica dei concetti fa sì che i concetti *giuridici* sussistano unicamente come categorie *formali*» (corsivi originali). Il panorama delineato da Kelsen si presenta, tutt'oggi, gravido di conseguenze soprattutto se calato nel contesto che interessa in questa sede, ovvero la natura giuridica del trattenimento dello straniero irregolare nei CPR. Estromesso il dato teleologico-funzionale, l'analisi delle misure cautelari in generale e del trattenimento in particolare, risulterà più lineare e meno problematica. In altri termini, la legittimità di un istituto giuridico non può dipendere dalla funzione assegnata allo stesso, di volta in

Una digressione in merito alla natura di un particolare istituto, pertanto, non può eludere il dato sistematico inteso come prodotto organico di più disposizioni, interne e sovranazionali, che concorrono a qualificarne i contenuti<sup>8</sup>.

Il trattenimento dello straniero irregolare<sup>9</sup> all'interno di un Centro di permanenza per i rimpatri (d'ora in avanti, CPR) si presenta disciplinato dal d.lgs. n. 286 del 1998 (t.u. imm.) e dalla Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (del 16.12.2008) recante «Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini

---

volta, dall'interprete. Si pensi alla custodia preventiva in carcere disposta dal giudice penale. Come avremo modo di sottolineare, il fenomeno cautelare, nelle sue diverse articolazioni, si presenta, strutturalmente, come sanzione giuridica in quanto conseguenza della inosservanza, attuale o potenziale, di una norma (giuridica), nel caso di specie quella desumibile dalla ragionevole durata del processo *ex art.* 111, secondo comma, Cost. In questo senso, la custodia in carcere mantiene la natura di sanzione indipendentemente dallo scopo perseguito. Sostenere con G. ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1978, 958-959, che «in concreto, ad onta di ogni acrobazia logica, la carcerazione preventiva» non possa distinguersi, sul piano strutturale, «dalla pena propriamente detta» e, per contro, sollecitare una differenziazione «esclusivamente sul piano delle finalità perseguite, cautelari nell'un caso, di prevenzione e rieducazione nell'altro», significa, a ben vedere, trattare diversamente situazioni sostanzialmente (*rectius*, strutturalmente) identiche, in contrasto con il principio formale di uguaglianza. Se nell'analisi intorno alla natura giuridica di un istituto rilevano solo ed unicamente gli effetti normativi dello stesso (oltre la struttura), coerenza logica impone, innanzitutto, il medesimo *nomen iuris*; in secondo luogo l'assoggettamento alle medesime conseguenze tipiche predisposte dal sistema per istituti analoghi o simili, fatte salve, come per il binomio custodia cautelare in carcere-pena detentiva, ipotesi di invalidità costituzionale per contrasto con una norma gerarchicamente superiore (ovvero, la presunzione d'innocenza quale regola di trattamento prevista dall'art. 27, secondo comma, Cost.).

<sup>8</sup> Sulla c.d. norma reale, quale risultato di tutte le disposizioni normative che intervengono a qualificare un fatto, per tutti, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 14-16; G. LICCI, *Figure del diritto penale*, Torino, 2010, 142-143, 257.

<sup>9</sup> Dal combinato disposto degli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 286 del 1998, è possibile identificare la genesi dell'irregolarità nella mancanza di un passaporto valido o altro documento equipollente e del visto d'ingresso da parte di un cittadino di Stato non appartenente all'Unione europea o di un apolide. Cfr. anche l'art. 3 (Definizioni), n. 2, della Direttiva 2008/115/CE. Da ultimo, il d.l. n. 13 del 2017, all'art. 19, ha sostituito la denominazione: «centro di identificazione ed espulsione» con la seguente: «centro di permanenza per i rimpatri». In generale, sulla disciplina del trattenimento cfr. G. CAMPESI, *Lo statuto della detenzione amministrativa degli stranieri. Una prospettiva teorico-giuridica*, in *Rag. prat.*, XLIII, 2/2014, 471-488; ID., *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Pol. dir.*, XLIII, 2-3/2012, 333-391; A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. giust.*, 3/1999, 424-437; ID., *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2000, 51-61; D. LOPRIENO, voce *Detenzione amministrativa*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XV, Torino, 2015, 222 ss.

di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare»<sup>10</sup>. L'art. 14, t.u. imm. autorizza il questore a disporre il trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza per i rimpatri, tra quelli individuati con decreto del Ministro dell'interno, per il tempo strettamente necessario, quando non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento. Le situazioni transitorie di cui al testo della disposizione, vengono ulteriormente specificate<sup>11</sup> nella seconda parte del primo comma, che le

<sup>10</sup> L'art. 20 (Attuazione) della Direttiva europea (c.d. rimpatri) prevedeva come termine ultimo per il recepimento delle disposizioni ivi contenute la data del 24.12.2010. L'Italia, come noto, ha provveduto tardivamente all'adempimento della normativa sovranazionale, sollecitata dalla sentenza della Corte di Giustizia, 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi* in *Penalecontemporaneo.it*, 29 aprile 2011, con nota di F. Viganò, in cui la Corte, oltre a dichiarare incompatibile con la Direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286 del 1998 (che sanzionava penalmente l'inottemperanza, anche reiterata, dell'ordine questorile di allontanamento), ha sottolineato la diretta applicabilità degli artt. 15 e 16 della Direttiva 2008/115 in quanto «incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto» (§ 47). Il d.l. n. 89 del 2011, recante «Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della Direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini dei Paesi terzi irregolari», convertito dalla l. n. 129 del 2011, ha mantenuto inalterato il sistema del d.lgs. n. 286 del 1998, inasprendo, per contro, la disciplina delle espulsioni e del trattenimento. Con un'operazione fortemente contestata [cfr. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Dem. dir.*, 3-4/2011, 177-225, secondo cui «alla luce della riforma del 2011 [...] la detenzione degli stranieri assume definitivamente i tratti di una misura amministrativa di sicurezza selettivamente diretta nei confronti di alcune categorie di persone»; G. SAVIO, *La detenzione amministrativa degli stranieri: da misura eccezionale a strumento di (inefficace) controllo ordinario dell'immigrazione illegale e di mortificazione delle garanzie fondamentali*, in *Antigone*, VII, 3/2012, 99], il legislatore del 2011 ha, da un lato, trasformato la regola (identificata, come tale, dalla Direttiva c.d. rimpatri all'art. 7 nell'istituto della partenza volontaria con la concessione di un termine compreso tra sette e trenta giorni per porre fine al soggiorno illegale dello straniero) in eccezione (*rectius*, in misura residuale in quanto accessibile, *ex* art. 13, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998, solamente su richiesta dell'interessato, salvo non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica di cui al comma 4) mentre, dall'altro, ha ampliato i presupposti legittimanti il trattenimento e la sua durata massima (fino a diciotto mesi), tanto da far sostenere ai primi commentatori la presenza di una chiara «finalità sanzionatoria». In questi termini L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagatella?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 novembre 2014.

<sup>11</sup> Secondo A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. citt.*, XVI, 1/2014, 32-33, quanto ai «casi», «i requisiti costitu-

identifica nella necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo idoneo, oltre al pericolo di fuga<sup>12</sup> di cui all'art. 13, comma 4-*bis*. Lo *step* successivo

zionali potrebbero essere considerati, tutto sommato, soddisfatti». L'incostituzionalità investirebbe, per contro, il rinvio ad una fonte secondaria (decreto ministeriale) per la identificazione dei modi di detenzione dal momento che ne renderebbe impossibile una predeterminazione legale. «Infatti, proprio in relazione alla destinazione funzionale dei Centri ad una o più delle quattro ragioni sopra indicate [*id est*, quelle previste dall'art. 14, comma 1, t.u. imm.], la legge non s'incarica minimamente di stabilire parametri di carattere generale ed orientativo della discrezionalità del Ministero nell'individuare Centri già esistenti come "strutture immobiliari" (evidentemente per altri fini) o costituirne di nuovi». Analogo giudizio negativo è espresso da G. SAVIO, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., 106. Ritengono necessario procedere ad una interpretazione convenzionalmente orientata dei casi di cui all'art. 14, t.u. imm. con i presupposti della Direttiva rimpatri *ex art.* 15, § 1, lettere *a)* e *b)*, M. PIERDONATI, *La restrizione della libertà personale nel "carcere amministrativo" dei C.I.E.: tradimento e riaffermazione del principio di legalità*, in *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzia nella normativa nazionale ed europea*, a cura di R. Del Coco, E. Pistoia, Bari, 2014, 247-248; A. GABOARDI, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. *La vulnerabilità giuridica di una detenzione "fuori legge"*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2013, 14-15; Tribunale di Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, Aarrassi Hamza, Ababsa Abdelghani, Dhifalli Ali, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2012, 13-14. Sia pure in riferimento all'art. 14, t.u. imm. nella formulazione antecedente la riforma del 2011, cfr. M.G. CIVININI, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dei cittadini extracomunitari*, in *Foro it.*, I, 2000, 3344 ss., secondo i quali «il provvedimento di trattenimento del questore *ex art.* 14 t.u. suscita forte imbarazzo», dal momento che «una decisione attinente alla libertà personale viene fatta dipendere da questioni (in gran parte) interne alla pubblica amministrazione che niente hanno a che vedere con il comportamento tenuto dalla parte».

<sup>12</sup> Il rinvio è all'art. 13, comma 4-*bis*, t.u. imm. Secondo l'enunciato normativo, rientrando nella disciplina dell'espulsione eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, si configura il rischio di fuga di cui al comma 4, lettera *b)* in ipotesi di mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità (lettera *a)*; mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio (lettera *b)*; avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità (lettera *c)*; non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell'articolo 14 (lettera *d)* [ovvero, rispettivamente, inosservanza del termine per la partenza volontaria, del divieto di reingresso nel territorio dello Stato senza autorizzazione, susseguente a pregressa espulsione e, infine, degli obblighi imposti in luogo del trattenimento]; avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2. (lettera *e)* [trasgressione delle misure imposte dal questore in ipotesi di partenza volontaria, ovvero dimostrazione della disponibilità di risorse economiche derivanti da fonte lecita per un importo proporzionato al termine concesso; consegna del passaporto; obbligo di dimora; obbligo di presentazione]. Come avremo modo di sottolineare, non tutte le fattispecie sintomatiche del pericolo di fuga sono compatibili con quanto sancito dall'art 15, Direttiva 2008/115/CE. Non

così, ad esempio, le lettere *a*, *b*, *d* (solo per quanto concerne l'inosservanza del termine per la partenza volontaria e del divieto di reingresso nel territorio dello Stato senza autorizzazione, susseguente a pregressa espulsione, nonché, stante il rinvio all'art. 14, la mancata consegna del passaporto o altro documento equipollente), *e* (limitatamente alla mancata dimostrazione di risorse economiche, di fonte lecita, per un importo proporzionato al termine concesso e alla mancata consegna del passaporto o altro documento equipollente). Cfr. G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, XIII, 3/2011, 36-37. L'Autore, dopo avere sottolineato la non necessaria corrispondenza tra le ipotesi configuranti il rischio di fuga della disciplina interna con l'equivalente europea, ritiene che «la declinazione normativa del rischio di fuga sia stata predisposta in termini così restrittivi allo scopo di eludere l'applicazione della direttiva rimpatri». Per A. MARLETTA, *Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Criminalia*, 2013, 609, le misure di cui agli artt. 13, comma 4-*bis* e 14, t.u. imm. sono «indici discutibili per la loro stessa sostanza» in quanto «rivelano la perdurante "ossessione coercitiva" del legislatore italiano». L'incompatibilità cui si accennava, è conseguenza diretta della diversità ontologica tra i presupposti interni e sovranazionali. Accolta la tesi della omogeneità strutturale delle lettere *a*) e *b*) dell'art. 15, § 1, Direttiva rimpatri, in combinato disposto con il considerando 16 della medesima (secondo cui la misura detentiva è giustificata soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento) e con l'art. 5, lettera *f*), CEDU, il trattenimento può essere disposto solo in presenza di un comportamento volontariamente e gravemente compromissorio dell'interessato, inteso, cioè, nel senso di una condotta attuale e concreta, di natura ostruzionistica rispetto alla esecuzione del provvedimento espulsivo, posta in essere dal migrante con l'unico intento di sottrarsi alla potestà amministrativa. Particolare interesse merita la tesi di A. GABOARDI, *op. cit.*, 15, il quale sostiene come non sempre le situazioni di cui agli artt. 13, comma 4-*bis* e 14 t.u. imm., siano in grado di giustificare il trattenimento. Per l'Autore, l'art. 15 della Direttiva rimpatri consentirebbe di prendere in esame, ai fini del trattenimento, le circostanze indicate dall'art. 14 t.u. imm. solo purché queste si accompagnino, in concreto, ad un rischio di fuga o a un contegno non collaborativo dello straniero nella preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento: un risultato, si dice, a cui si giunge, in parte, non applicando frammenti di disciplina nazionale, in parte interpretando quest'ultima conformemente al diritto sovranazionale. Si tratta di una impostazione non del tutto condivisibile, in quanto i presupposti [ad eccezione dell'art. 13, comma 4-*bis*, t.u. imm., lettere *c*, *d* (quest'ultima per quanto riguarda il rinvio all'art. 14 per le sole ipotesi dell'obbligo di dimora e di presentazione) ed *e* (anche in questo caso, per le sole ipotesi dell'obbligo di dimora e di presentazione)] elencati nella normativa interna sono prima ancora che strutturalmente, ontologicamente incompatibili con la disciplina di cui all'art. 15, lettere *a*) e *b*) della Direttiva 2008/115/CE. Nel dettaglio, il mancato possesso del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, la mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio, l'inosservanza del termine per la partenza volontaria, la trasgressione del divieto di reingresso nel territorio dello Stato, la mancata consegna del passaporto o altro documento equipollente, in corso di validità, la mancata dimostrazione di un bagaglio di risorse economiche, di fonte lecita, per un importo proporzionato al termine concesso per la partenza volontaria, la necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o

consiste nella trasmissione in copia degli atti adottati dal questore al giudice di pace territorialmente competente per la convalida, senza ritardo e comunque non oltre le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento. L'udienza si svolge nelle forme dei procedimenti camerali *ex artt.* 737 ss. c.p.c., con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito<sup>13</sup>. Entro le quarantotto ore successive alla celebrazione dell'udienza, il giudice provvede alla convalida del trattenimento, con decreto motivato, verificata l'osservanza dei termini e la sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 13 e 14<sup>14</sup>. Il provvedimento giurisdizionale assume la forma di titolo esecutivo della misura detentiva per un periodo complessivo di trenta giorni, prorogabile di ulteriori trenta giorni qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti

---

nazionalità o di acquisire i documenti per il viaggio ovvero la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, si presentano, in prima battuta, come situazioni non corrispondenti al concetto di pericolo di fuga quale sinonimo di comportamento imputabile allo straniero irregolare, idoneo e diretto in modo non equivoco a sottrarsi volontariamente e consapevolmente agli obblighi imposti dalla pubblica amministrazione, sussistendo, infatti, in capo al migrante il diritto di conoscere le conseguenze derivanti da una sua eventuale ritrosia a collaborare con gli organi di polizia e dunque a valutare, a tutto tondo, se e come porsi nei confronti dell'autorità amministrativa, sia esso collaborativo o, per contro, evasivo. Da ciò deriva, a nostro avviso, la legittimità, almeno dal punto di vista della normativa europea, della nuova ipotesi di trattenimento di cui all'art. 10-ter, comma 3, t.u. imm., che sanziona il rifiuto *reiterato* dello straniero di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici e segnaletici configurando un rischio di fuga. Misura detentiva in questione che deve essere disposta «caso per caso» per una durata massima di trenta giorni dalla sua adozione, salvo che non cessino prima le esigenze per le quali è stata disposta.

<sup>13</sup> Per una panoramica dettagliata delle criticità intorno alla procedura di convalida, cfr. A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà dagli arresti*, in *Quest. giust.*, 1/2005, 9-26; A. MARLETTA, *Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, cit., 603-618; G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2000, 63-70; R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza. Stranieri tra i diritti: trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin [et al.], Torino, 2001, 10 ss.; Tribunale di Milano, 12 gennaio 2001, ordinanza n. 345; Tribunale di Milano, 19 gennaio 2001, ordinanza n. 615, entrambe nella Gazzetta Ufficiale n. 34 del 5.9.2001. Considera, invece, pienamente legittima la procedura camerale, Corte cost., 14-26 febbraio 2002, n. 35.

<sup>14</sup> Ad eccezione del requisito della vicinanza del centro di permanenza per i rimpatri di cui al comma 1.

gravi difficoltà, per un massimo di novanta giorni<sup>15 16</sup>.

La Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri), nata con l'obiettivo di armonizzare le procedure degli Stati membri in tema di soggiorno irregolare dei cittadini di Paesi terzi, organizza l'uso della forza secondo la logica della proporzione ed efficacia dei mezzi impiegati in relazione agli scopi perseguiti<sup>17</sup>.

In linea generale e coerentemente con le premesse, il ricorso al trattenimento<sup>18</sup> viene limitato e subordinato, in negativo, alla mancanza, in concreto, di altre misure meno coercitive e sufficienti<sup>19</sup>, purché sussista

<sup>15</sup> Il termine aumenta di ulteriori trenta giorni *ex art.* 14, comma 5, t.u. imm., se lo straniero ha già trascorso un periodo pari a quello di novanta giorni di cui al testo presso le strutture carcerarie. Per quanto riguarda la disciplina generale dei termini della misura detentiva, solleva dubbi sulla compatibilità costituzionale di un regime fisso che inibisce all'organo giudicante la possibilità di determinare, in concreto, il numero dei giorni da trascorrere come "ospite" all'interno di un CPR, R. PINARDI, *Corte costituzionale e libertà personale dello straniero*, in *Stranieri tra i diritti: trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, 164. *Contra*, P. DUBOLINO, *Le questioni proposte e talune possibili ragioni del "no"*, *ivi*, 85.

<sup>16</sup> Altre ipotesi di trattenimento sono previste nel t.u. imm. all'art. 13, commi 3 e 5-*bis*.

<sup>17</sup> Così, esplicitamente, i considerando nn. 10, 13, 16, 20 e gli artt. 15 e 16 della Direttiva rimpatri.

<sup>18</sup> Giustificato soltanto per preparare il rimpatrio od effettuare l'allontanamento. Cfr. l'art. 15, § 1, 5 e 6.

<sup>19</sup> Si intende, ovviamente, sufficienti in vista dello scopo perseguito. *Leitmotiv* in letteratura è la tesi dell'assenza, nel t.u. imm., di strumenti d'esecuzione dell'espulsione meno pregiudizievole per il diritto alla libertà personale del respinto. Cfr., già A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione*, cit., 59, nota 18; L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il 'pacchetto sicurezza' 2009*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009, 79; F.B. MORELLI, *Intervento*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 98; M. PIERDONATI, *op. cit.*, 251, 266, 269; F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2010, 580; Tribunale di Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, cit., 14. Per A. GABOARDI, *op. cit.*, 14, se corrisponde al vero che «il d.l. 89/2011 ha provveduto a indicare alcune possibili misure meno restrittive alternative alla detenzione nei C.I.E., riproducendo nel nuovo comma 1-*bis* dell'art. 14 T.U. imm. tre dei quattro provvedimenti coercitivi contemplati dall'art. 7, par. 3, dir. 2008/115/CE per i casi di pericolo di fuga dello straniero sottoposto a procedura di allontanamento», tuttavia la disciplina interna contrasterebbe con la Direttiva nel momento in cui subordina l'applicabilità di suddette misure al possesso del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e all'assenza di un decreto di espulsione emesso per motivi di ordine pubblico. L'assunto sembra convincente, con una precisazione. Fatta salva la disciplina interna più favorevole (in ossequio all'art. 4, § 3, Direttiva rimpatri), la rilevata antinomia, si ritenga di superarla con l'istituto della disapplicazione (stante la prevalenza gerarchica della normativa europea *ex art.* 117, primo comma, Cost., sia pure in termini non assoluti) o della abrogazione (quale criterio

un rischio di fuga (a) o un comportamento *lato sensu* impeditivo dello straniero irregolare che evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento (b)<sup>20</sup>.

La disciplina prosegue, inoltre, prevedendo l'istituto del riesame giudiziario della legittimità del trattenimento, da effettuarsi, comunque, ad intervalli

di risoluzione di antinomie tra norme in progressione diacronica), verrebbe (comunque) meno per il tramite dell'applicazione diretta delle misure alternative dell'obbligo di presentazione e di dimora. Ciò significa, come avremo modo di sostenere, che non solo la pubblica amministrazione risulta gravata, allo stato degli atti (ovvero senza necessità di una specifica previsione legislativa), dell'obbligo di immediata applicazione della normativa europea (in questi termini cfr. Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389) bensì anche il giudice di pace durante il giudizio di convalida, preso atto delle circostanze concrete che qualificano la richiesta di (convalida del) trattenimento, avrà la possibilità, in via alternativa, di non autorizzare la prosecuzione della misura, di disporre l'obbligo di presentazione in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente, l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente indicato dove l'interessato possa essere rintracciato, il trattenimento all'interno di un CPR, secondo un *climax* di ascendente gravità analogo alla disciplina delle misure cautelari personali nel processo penale, stante l'uguaglianza sostanziale del diritto soggettivo sottoposto a limitazione.

<sup>20</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*, cit., §§ 39 ss., in cui la Corte ha sottolineato il carattere di *ultima ratio* del trattenimento da disporre «solo qualora l'esecuzione della decisione di rimpatrio [...] rischi, valutata la situazione caso per caso, di essere compromessa dal comportamento» dello straniero. In un'ottica decisamente meno garantista, cfr. Corte EDU, Grande Camera, 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, ric. n. 13229/03, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu), in cui la Corte, sia pure in ambiti concernenti il trattenimento di richiedenti asilo, ha sostenuto che il ricorso alla detenzione configuri un (generico) «diritto sovrano» dello Stato di controllare l'ingresso degli stranieri. Corollario indispensabile, è il potere coercitivo degli Stati di custodire potenziali immigrati. È noto come la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali si alimenti dell'interpretazione della Corte EDU. Contrariamente a quanto proposto da autorevole dottrina nel sistema politico-istituzionale italiano, secondo cui i primi due commi dell'art. 13 Cost. si presenterebbero in rapporto di regola-eccezione con tutte le implicazioni di ordine sistematico-applicativo che una simile impostazione comporta, la Corte EDU «rigetta l'idea che, non appena un richiedente asilo si presenti da sé presso le autorità dell'immigrazione, tenta di entrare “regolarmente”, con la conseguenza che la detenzione non si può giustificare sulla base dell'art. 5, par. 1 (f)». In sintesi, una volta qualificato *a priori* il diritto alla libertà ex art. 5, § 1, CEDU quale regola generale, la Corte non procede ad una lettura coerente con questo principio, pervenendo, invece, ad una interpretazione restrittiva del medesimo, teleologicamente orientata alla tutela del potere coercitivo dello Stato, funzionale, appunto, all'esercizio di quel diritto «sovrano» di controllo delle frontiere di cui sopra, tipica espressione di una normativa ispirata alla logica della difesa sociale. Per M. GIALUZ, *Art. 5*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 139, la disposizione dell'art. 5, § 1, lett. f), CEDU risulta meno garantista rispetto alla Direttiva 2008/115/CE.

ragionevoli su richiesta dell'interessato o d'ufficio<sup>21</sup>.

L'esecuzione della misura detentiva, infine, perdura in relazione alle condizioni di pericolo di fuga o comportamento evasivo del cittadino di un Paese terzo e comunque non può superare i sei mesi (con eccezione di quanto previsto all'art. 15, § 6, in cui gli Stati membri vengono autorizzati a prolungare il termine massimo fino ad ulteriori dodici mesi se, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischi di durare più a lungo a causa della mancata cooperazione dello straniero irregolare o dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi)<sup>22</sup>.

Queste brevi indicazioni sul regime del trattenimento evidenziano una cronica difficoltà del sistema italiano ad ammettere, già sul piano del diritto scritto, una logica di garantismo a tutto tondo, incapace, se letta tra le linee, di gestire le paure derivanti da chi viene normativamente etichettato come diverso e dunque sottoposto ad un tipo di disciplina senza badare troppo al

<sup>21</sup> È costante, in letteratura, la tesi secondo cui il legislatore italiano non abbia introdotto l'istituto del riesame del decreto di convalida del trattenimento. In questo senso, *ex multis*, A. MARLETTA, *op. cit.*, 615, dove l'Autore, efficacemente, evidenzia, da un lato, la previsione esplicita di un riesame per le sole misure meno coercitive previste dall'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm., dall'altro una «paradossale discriminazione» legata ad una omissione per la misura più grave, ovvero il trattenimento. Si tratta di gravissime (se valutate riguardo agli effetti) considerazioni basate su una vetero-illuministica esigenza di previsione espressa senza la quale l'interprete nulla potrebbe, dovendo accettare, *ob torto collo*, la volontà sovrana del legislatore. Una lettura sistematica, a ben vedere, ne mostra l'inutilità. Come è stato efficacemente notato, a proposito del rinvio alle disposizioni comuni sul processo camerale, il legislatore non sempre opera in maniera esplicita con il richiamo agli artt. 737-742 c.p.c., preferendo, a volte, limitarsi a disporre che la pronuncia del giudice debba avvenire «in camera di consiglio» [così, A. CARRATTA, voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. Ann.*, III, Milano, 2010, 947]. La conseguenza è ovvia. Tutte le volte in cui l'interprete si trovi davanti un corpo normativo che nomini espressamente il modo con il quale certi provvedimenti giurisdizionali debbono essere adottati, *nomen omen* camera di consiglio, il tipo (generale) di disciplina sarà quello sancito agli artt. 737-742 c.p.c. In questo senso, A.D. DE SANTIS, *Il "riesame" della convalida del trattenimento del cittadino straniero presso il CIE*, in *EuroconferenceLegal.it*, 3 agosto 2015 (ultimo accesso 12.04.2017), il quale sottolinea che «se gli stessi artt. 13 e 14 T.U. imm. dispongono che il procedimento si svolge in camera di consiglio, ben potrebbe considerarsi applicabile tanto la disciplina del reclamo, *ex art.* 739 c.p.c, quanto quella della revoca, *ex art.* 742 c.p.c.».

<sup>22</sup> L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 87, evidenzia le contraddizioni insite nella Direttiva 2008/115/CE e nelle interpretazioni offerte dalla Corte di Giustizia, oscillante tra i due poli della tutela, verrebbe da dire forte, dei diritti umani da un lato e della logica del puro efficientismo dall'altro.

principio di uguaglianza formale, che vuole situazioni strutturalmente simili garantite dal medesimo trattamento<sup>23</sup>.

## 2. *Dalla funzione alla... funzione. Per una definizione formale, ateleologica, del concetto di sanzione giuridica*

Le numerose pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle condizioni di applicabilità dell'art. 5, § 1, lett. *f*), insieme alle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla Direttiva rimpatri, hanno evidenziato la natura cautelare delle misure detentive previste nei testi giuridici di rispettiva competenza<sup>24</sup>, predisposte nei confronti di cittadini di Paesi terzi in condizioni di irregolarità con riferimento alle normative in materia di ingresso e soggiorno degli Stati membri.

In effetti, se per tutela cautelare s'intende una tutela mediata, volta a garantire l'emanazione di un provvedimento definitivo di cui essa, in via preventiva, ne assicura la «fruttuosità pratica»<sup>25</sup>, non sorprende come

<sup>23</sup> Per questo, una volta accolta la tesi secondo cui «la Costituzione italiana esprime, quanto alle limitazioni della libertà personale, un originale, esplicito, ineludibile atteggiamento di indifferenza rispetto alle qualificazioni formali della limitazione della libertà» (cfr. A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, cit., 31), e portandola alle dovute conseguenze, riconosciuta l'uguaglianza sostanziale (meglio, strutturale) degli "oggetti del contendere", ovvero la libertà personale, intesa, contrariamente a quanto sostiene la Corte costituzionale, sia come libertà fisica sia come libertà di movimento, la previsione di una medesima disciplina si presenta come una valvola di sicurezza idonea a garantire coerenza e certezza al sistema. Ciò significa non solo estendere al trattenimento, come è stato fatto, sia pure parzialmente, le garanzie di cui all'art. 13 Cost. (soprattutto la riserva di giurisdizione intesa come controllo pregnante e di ultima istanza sul bene garantito) bensì anche quelle in materia di ordinamento penitenziario, laddove si riconosca il singolo CPR come struttura votata alla detenzione. Cfr. A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*.

<sup>24</sup> *Id est*, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la Direttiva 2008/115/CE.

<sup>25</sup> P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 21, 141. L'insigne Autore, dopo avere sostenuto che i provvedimenti cautelari presentano una fisionomia strettamente processuale che consente di collocarli nella sistematica del processo come categoria a sé, tiene a ribadire la natura teleologica del concetto di tutela cautelare nel senso, cioè, che «la definizione dei provvedimenti cautelari, pur rimanendo nel campo processuale, va ricercata, più che in un criterio ontologico, in un criterio teleologico: non nella *qualità* [...] dei loro effetti, ma nel *fine* (anticipazione degli effetti del provvedimento principale), a cui questi loro effetti sono preordinati, sì da apparire fin dall'inizio destinati

la Corte EDU, nella sua più autorevole composizione, quando è stata chiamata a giudicare sul concetto di detenzione arbitraria abbia dato seguito all'orientamento tradizionale secondo cui non sussiste arbitrarietà laddove l'ordine di detenzione e l'esecuzione di quest'ultima siano «veramente conformi» all'obiettivo delle restrizioni autorizzate dall'art. 5, § 1, CEDU<sup>26</sup>. A questo punto e con un salto logico non indifferente, il passo che nega la natura sanzionatoria al trattenimento in un CPR è breve: l'approccio teleologico da un lato e quello tradizionale legato al binomio illecito-sanzione dall'altro, infatti, possono essere annoverati tra i fattori culturali maggiormente impegnati nella diffusione di modelli

---

ad esaurirsi al momento in cui potranno cedere il posto agli effetti del provvedimento principale» (corsivi dell'Autore). Cfr. anche G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, 5-6. *Contra*, come noto, E. ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, estratto dalla *Riv. dir. proc. civ.*, XIII, 1/1936, 4, secondo cui sussisterebbe un diritto sostanziale di cautela, ovvero un diritto ad ottenere la sanzione cautelare, ben distinta dalla sanzione principale. «A diversità di sanzione, deve corrispondere diversità di diritto soggettivo; accanto al diritto (alla sanzione) principale, deve sussistere il diritto (alla sanzione) cautelare». Come lo stesso Allorio riconobbe, in un saggio di pochi anni successivo, è ben chiara l'adesione alla teoria kelseniana della sanzione come elemento costitutivo (e costante) della norma giuridica. Idea, questa, abbandonata dal Maestro italiano nello scritto *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, estratto dalla *Riv. dir. civ.*, I, 2/1955, 261-262 ed oggetto di vivo dibattito tra F. CARNELUTTI, *Il valore della sanzione del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, I, 4/1955, 17 ss.; C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1/1956, 86 ss. con replica di E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1956, 1 ss.

<sup>26</sup> Così, Corte EDU, Grande Camera, 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, cit., § 69; Corte EDU, 26 novembre 2009, *Tabesh v. Greece*, ric. n. 8256/07, § 53; Corte EDU, 1 dicembre 2009, *Hokic e Hrustic v. Italy*, ric. n. 3449/05, § 22; Corte EDU, 8 febbraio 2011, *Seferovic v. Italy*, ric. n. 12921/04, § 37. A riprova della centralità dello scopo della detenzione, cfr. Corte EDU, Grande Camera, 25 ottobre 1996, *Chahal v. the United Kingdom*, ric. n. 22414/93, che ha escluso la violazione dell'art. 5, § 1, lett. f), CEDU, in relazione al trattenimento del ricorrente per quasi cinque anni nel corso del procedimento di espulsione perché le autorità nazionali si erano attivate diligentemente per creare le condizioni che rendessero possibile l'esecuzione dell'espulsione, ma questa non era stata possibile stante la necessità di accertare in via giurisdizionale la legittimità del provvedimento di espulsione [sul punto si veda L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 1/2011, 267]; Corte EDU, 8 ottobre 2009, *Mikolenko v. Estonia*, ric. n. 10664/05, § 65-68, in cui la Corte ha giudicato arbitraria una detenzione durata tre anni anche se era venuta meno una prospettiva realistica di esecuzione dell'espulsione. Cfr. anche la *Guida per operatori del diritto n. 6. L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Ginevra, 2012, 169, secondo cui «un ulteriore requisito imposto dal diritto internazionale dei diritti umani impone che la detenzione sia ordinata per una finalità sincera di facilitare l'espulsione».

votati al concettualismo<sup>27</sup>, di quei modelli, invero, che, con una inversione metodologica, costruiscono la regola dal concetto e non viceversa.

Lo scopo meramente preventivo delle misure e la dipendenza funzionale della figura dell'illecito da un atto di forza denominato sanzione, spingono l'analisi del trattenimento dello straniero verso ambiti predefiniti ma concettualmente coerenti con le stipulazioni di partenza. Se per prevenzione intendiamo l'azione volta a fronteggiare il pericolo, ad impedire il prodursi o lo svilupparsi di un fatto dannoso<sup>28</sup> e per sanzione si intende l'atto coercitivo quale conseguenza della trasgressione di un obbligo a sua volta qualificata in chiave di illecito, ecco dunque come la natura giuridica della detenzione amministrativa non possa collocarsi, per antonomasia, entro il *genus* delle risposte ordinamentali *ab origine* di tipo sanzionatorio. Non mancano certo, nel panorama interno, proposte teoriche nel senso di una sovrapposizione ontologica, prima ancora che normativa, tra la pena *lato sensu* intesa e la detenzione amministrativa. Dato che, di fatto, il trattenimento, come ogni misura custodiale, rappresenta la risposta più immediata ed effettiva ai problemi di sicurezza interna, sia essa intesa come sicurezza dal "rischio penale" del migrante sia come sicurezza amministrativa di controllo, gestione e riorganizzazione statale dei flussi migratori, solamente il suo "abuso" ad opera della pubblica amministrazione solleciterebbe una qualificazione in termini sanzionatori dell'istituto *de qua*. In altre parole,

<sup>27</sup> Se, come scrive L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 83, la teoria del diritto «si limita a stipulare concetti e tesi in grado di spiegare e di analizzare la struttura di qualunque fenomeno giuridico», proprio perché non si interessa dell'apparato normativo di un determinato (in quanto storicamente dato) sistema giuridico, il vizio di concettualismo cui si è fatto riferimento nel testo non può, per definizione, essere imputato anche alla teoria (generale) kelseniana. Concettualisti in senso stretto possono essere solamente i c.d. giuristi positivi, cioè coloro che studiano l'assetto giuridico concretizzato in diritto positivo (nel senso etimologico di "posto", formalizzato in enunciati linguistici suscettibili di interpretazione) e frutto di precise opzioni politico-istituzionali di un ordinamento, pretendendo di ricavare la regola dal concetto e non, come dovrebbe essere, il concetto dalla regola. In ultima analisi, «la categoria su cui opera la teoria generale del diritto è esclusivamente la categoria del diritto in generale. La domanda a cui essa risponde è: che cosa è il diritto?» (così N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in ID., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, a cura di T. Greco, Torino, 2014, 34). Detto brutalmente, dei singoli istituti la teoria generale non si interessa «perché non è affare suo» (*ibidem*). Nel nostro caso, l'identificazione del trattenimento in un CPR con la categoria delle sanzioni giuridiche si sposa perfettamente con un'indagine sia di teoria generale legata alla struttura, appunto, delle sanzioni sia di stretto diritto positivo, dal momento che la norma secondaria violata (kelsenianamente parlando) è quella ricavabile dall'art. 111, secondo comma, Cost.

<sup>28</sup> Testualmente, B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, 243.

mentre il rispetto dei parametri legali precluderebbe una classificazione del trattenimento nell'ambito delle misure sanzionatorie, qualsiasi deviazione, elusione dai presupposti normativi o, in alternativa, una loro pedissequa ed apparente osservanza da parte degli organi di applicazione pratica rappresenterebbe, invece, la spia di uno scollamento dai fini prestabiliti e quindi una diretta percezione dello strumento in esame come vera e propria sanzione contro fatti socialmente indesiderati. Ma ognuno vede come far dipendere una qualificazione e, di conseguenza, un complesso di disciplina da osservazioni statistico-sociologiche di natura empirica renda maggiormente difficoltosa la costruzione di un apparato logico-formale di definizioni stipulative certo, prevedibile e dagli ambiti circoscritti anche solo in una prospettiva di (mera) denuncia del c.d. diritto illegittimo<sup>29</sup>.

L'unica via seriamente percorribile, pertanto, diviene l'analisi critica degli sviluppi dommatici nati dal seme della teoria della coercizione come nucleo della sanzione<sup>30 31</sup> e, in via speculare, della categoria dell'illecito

<sup>29</sup> Cfr., ad esempio, G. CAMPESI, *Lo statuto della detenzione amministrativa*, cit., 7; G. SAVIO, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., 109, in cui l'Autore prima di qualificare il trattenimento come «vera pena per la clandestinità e l'illegalità amministrativa», procede ad una elencazione di statistiche sui costi, economici ed umani, della misura detentiva; Tribunale di Milano, 12 gennaio 2001, n. 345 (G.U. n. 20 del 23.5.2001). In senso contrario, le approfondite riflessioni di A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 597 ss.; ID., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivistaaic*, 2/2014, 14 ss. Pugiotto è l'Autore che più di ogni altro ha cercato di ancorare la Sua impostazione su solide fondamenta normative, richiamando, coerentemente, l'art. 117, primo comma, Cost. in combinato disposto con l'art. 7 CEDU e la relativa interpretazione sostanzialistico-funzionale della «materia penale» offerta dalla Corte EDU (cfr. A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2015). Si tratta, invero, di considerazione «altra» rispetto a quella svolta nel testo, il cui unico obiettivo è dimostrare la natura sanzionatoria del trattenimento *a priori*, tale, cioè, già da una definizione logico-formale del concetto di sanzione giuridica. Quella di Pugiotto è un'indagine di stretto diritto positivo. Quella che si sta cercando di condurre, per contro, appartiene alla logica «pura» dei concetti, o, che dir si voglia, alla teoria generale del diritto, tesa a identificare (anche) le misure cautelari *tout court* con la figura delle sanzioni normativamente qualificate. Sulla distinzione (fondamentale) in figure di qualificazione «pure» e «spurie», per tutti, M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 120-121. Cfr. anche G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit., 285.

<sup>30</sup> E dell'ordinamento «giuridico» come sistema di norme «coattive». Cfr. A. ROSS, *op. cit.*, 34.

<sup>31</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 28-29, secondo cui «una regola è una regola giuridica non perché la sua efficacia è assicurata da un'altra regola che dispone una sanzione; una regola è una regola giuridica perché dispone una sanzione». Se, dunque, per Kelsen «il problema della coercizione (costrizione, sanzione) non è il problema di assicurare l'efficacia di regole, ma il problema del contenuto delle regole», coerentemente, «l'elemento della coercizione, essenziale per il diritto, consiste non nella

(concetto, a sua volta, radicato, in quello di obbligo o di dovere)<sup>32</sup>, per comprendere le ragioni per le quali viene esclusa, già dal punto di vista astratto dell'ordinamento giuridico, la natura sanzionatoria delle misure cautelari.

Come noto, l'impostazione del primo Kelsen (per intenderci, quello dei *Hauptprobleme*, de *La Dottrina pura del diritto* e della *Teoria generale del diritto e dello Stato*, delle prime edizioni) ha avuto, nel tempo, larghissima eco nelle elaborazioni della dottrina (in via diretta) e giurisprudenza (in via indiretta) italiane. Valorizzata l'idea del diritto come sistema di obblighi, cioè come insieme di regole volte a sanzionare la condotta contraria alla fattispecie condizionante impositiva del dovere<sup>33</sup>, il trinomio "obbligo-

cosiddetta «coazione psichica», ma nel fatto che le regole che formano l'ordinamento giuridico dispongono in casi specifici degli atti specifici di coercizione, in qualità di sanzioni». In *Id.*, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. di M.G. Losano, Torino, 1966, 52-54, Kelsen, riconoscendo la presenza di atti coercitivi che non hanno carattere di sanzione «per il fatto cioè che la loro condizione non è un illecito o un delitto, commesso da un certo soggetto e giuridicamente accertato», opera una estensione del concetto di sanzione tale da comprendere, appunto, «tutti gli atti coercitivi stabiliti dall'ordinamento giuridico, qualora con esso si voglia dire soltanto che l'ordinamento giuridico reagisce mediante questo atto contro uno stato di cose socialmente indesiderabile e che con questa reazione esso vuole esprimere l'indesiderabilità di tale situazione». In realtà, già nella *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 284, Kelsen riconosce l'esistenza di atti coercitivi che non assumono i connotati di sanzione giuridica, ovvero quelli degli organi amministrativi a cui non corrispondono comportamenti umani qualificati come illeciti. Evidente l'accezione ristretta di sanzione adottata dall'Autore, il quale ribadisce, infatti, che «autorizzando gli organi amministrativi a compiere tali atti coercitivi che non sono sanzioni, l'ordinamento giuridico fa un'eccezione alla regola secondo la quale sono ammessi provvedimenti coercitivi soltanto come sanzioni». *Contra*, F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 320; *Id.*, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999, 45-47. In realtà, già con R.V. JHERING, *Der Zweck im Recht*, I, Leipzig, 1877, 320, si affermò la teoria tradizionale che definisce il diritto in termini di coazione. Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e forza*, in *Id.*, *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. Greco, Torino, 2012, 103.

<sup>32</sup> Come ha scritto M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 522-523, (in tema di rapporti tra le figure della antigiridicità e della colpevolezza, ma il discorso può essere condotto ad un livello generale) il "dovere" esprime unicamente la necessità di una sanzione per l'autore del fatto previsto nella parte condizionante della regola giuridica, mentre l'"obbligo", invece, promana da quelle norme che risultano idonee a funzionare come vincolo alla volontà dei soggetti cui si rivolgono: questo perché la fattispecie condizionante ha come elementi essenziali l'intenzionalità o la leggerezza. *Id.*, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., 124 ss. Trattasi, dunque, di concetti di genere (dovere) e di specie (obbligo). Cfr. anche B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova, 1966, 35-37.

<sup>33</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura*, cit., 163. «Il dire che un individuo è giuridicamente obbligato a osservare una certa condotta significa che una norma giuridica prevede una sanzione per la condotta contraria, cioè per un illecito». Questa correlazione biunivoca fra illecito ed obbligo è una costante del pensiero teorico (sia pure con le dovute eccezioni). Cfr., a titolo

illecito-sanzione” assume le caratteristiche tipiche di un dogma la cui valenza euristica è facile scorgere ancora oggi stante la diffusione capillare fra i giuristi positivi. La norma giuridica, dunque, si presenta come un giudizio ipotetico in cui ad una condizione (la c.d. norma secondaria) segue un atto condizionato (la c.d. norma primaria)<sup>34</sup>. Si tratta di una norma giuridica, pertanto, caratterizzata dalla presenza di due proposizioni del

esemplificativo, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 227, secondo cui «la figura dell'atto illecito, contraria a quella dell'atto dovuto, si risolve nell'inadempimento dell'obbligo o, in altri termini, nella sua violazione»; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, in ID., *Il diritto penale fra norma e società*, I, Milano, 2009, 191, nota 153, sottolinea che «la nozione di obbligo presuppone quella di illecito, in quanto è «obbligato» a tenere un certo comportamento quel soggetto che, ove non lo tenesse, commetterebbe un illecito»; B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., 18-19, il quale afferma come la «violazione colpevole di obblighi e sanzione» siano «gli indici essenziali per la presenza dell'atto illecito». In questo senso possono definirsi un dogma le parole di H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., 390, secondo cui «per i giuristi la questione dell'obbligo è attuale quando l'illecito viene perpetrato, solo quando l'obbligo viene violato». In senso diverso, Angelo Ermanno Cammarata il quale, una volta affermato che la «qualificazione d'illiceità [...] è logicamente subordinata ad una preesistente qualificazione di obbligatorietà che viene perciò ad essere riaffermata» (A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, 403), sostiene, in polemica con Kelsen, che «un conto è la valutazione del comportamento, come raffronto ad un modello deontologico: ed un conto è la rilevanza dello stesso comportamento in quanto «fatto» che «corrisponda» [...] alla fattispecie o ad un elemento di questa, quale presupposto – rispetto ad una norma diversa – di «conseguenze giuridiche». Essere, quindi, un comportamento, oggetto di valutazione da parte di una norma, non implica necessariamente ch'esso sia sempre un presupposto per la cosiddetta applicazione di una norma diversa, ossia per il sorgere di altre conseguenze» (ID., *Sulla cosiddetta coattività delle norme giuridiche*, estratto dalla rivista *Arch. pen.*, I-II, 1953, 3-16; ID., *Sulla concepibilità di un nesso logico tra «illecito» e «sanzione»*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, I, Milano, 1967, 107-109). Sul punto anche N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1976, 55-61.

<sup>34</sup> Come noto, Kelsen ribalta la classica dicotomia norma primaria (condotta prescritta dall'ordinamento) norma secondaria (atto coercitivo il cui epifenomeno è la sanzione giuridica), considerando primaria la norma che prevede la sanzione e secondaria la norma che descrive la condotta che l'ordinamento giuridico mira a conseguire. In questo l'Autore è logicamente coerente con le premesse del suo discorso: se il carattere distintivo del diritto è l'essere un ordinamento coercitivo che stabilisce delle sanzioni, «il diritto è la norma primaria la quale dispone la sanzione». Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 61. Per una definizione particolare del concetto di norma secondaria cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. di M. Cattaneo, Torino, 1965, 34 ss.; N. BOBBIO, *Norme primarie e norme secondarie*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 149-169. Critico nei confronti di una distinzione in norme primarie e secondarie stante l'inesistenza di diritti o doveri «obiettivamente esistenti», K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castagnone, Milano, 1967, 110-113.

dover essere, l'una ricollegata alla condotta di un individuo obbligato a tenere un certo comportamento il cui opposto si presenta come "illecito", l'altra indirizzata all'organo giurisdizionale su cui grava, specularmente, l'obbligo di comminare una sanzione coercitiva nel caso in cui risulti violata la prima norma.

Così inquadrato il fenomeno giuridico, i due aspetti che lo connotano sono l'illecito e la sanzione<sup>35</sup>. In altre parole, il contenuto del dovere giuridico è il comportamento contrario alla condotta che, in quanto illecito, è la condizione della sanzione. Il dovere giuridico è, dunque, il dovere di astenersi dall'illecito<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> L'illecito è inteso come (trasgressione di un) "obbligo", e la sanzione come "coercizione". L'identificazione del diritto con la forza è in linea con l'obiettivo primo di Kelsen, ovvero costruire un sistema di concetti il più astratto possibile, in grado di descrivere l'essenza della giuridicità. Il diritto è forza organizzata in quanto norme giuridiche sono solamente quelle che dispongono un atto coercitivo denominato sanzione. Per questo motivo, anche se implicitamente, la nullità, l'inaffidabilità non possono essere considerate, per definizione, delle sanzioni giuridiche, in quanto unici atti di coercizione fisica sono la pena e l'esecuzione forzata. Come scrive lo stesso H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 19, «[c]he cosa può avere in comune il cosiddetto diritto degli antichi babilonesi con il diritto che vige oggi negli Stati Uniti? [...] Eppure vi è un elemento comune, che giustifica pienamente questa terminologia e permette alla parola «diritto» di apparire come l'espressione di un concetto dotato di un significato di alta importanza sociale. La parola si riferisce infatti a quella tecnica sociale specifica di un ordinamento coercitivo che, nonostante le grandi differenze esistenti fra il diritto dell'antica Babilonia e quello degli Stati Uniti di oggi [...] è pure essenzialmente la stessa per tutti questi popoli, tanto diversi di epoca, di luogo e di cultura: è la tecnica sociale che consiste nell'ottenere la desiderata condotta sociale degli uomini mediante la minaccia di una misura di coercizione da applicarsi in caso di condotta contraria». Anche A. ROSS, *op. cit.*, 29-34, considera «l'insieme delle regole per l'organizzazione ed il funzionamento dell'apparato coercitivo dello stato» carattere distintivo della giuridicità. Corollario di questa impostazione è l'idea secondo cui tutte le norme giuridiche, di condotta in senso stretto e di competenza, quelle cioè che attribuiscono un potere, un'autorità (dall'Autore considerate, queste ultime, come norme di condotta indirettamente formulate) consistono «in una direttiva per il giudice». Di conseguenza, essendo la «sentenza il fondamento dell'esecuzione», qualunque forma l'esecuzione possa assumere «essa costituisce potenzialmente esercizio della forza fisica contro una persona che non agisce secondo la sentenza».

Perviene alle medesime conclusioni, per cui il diritto è forza organizzata, ma argomentando da presupposti completamente diversi rispetto a quelli propri di Kelsen e Ross, K. OLIVECRONA, *op. cit.*, 107 ss. Sulla interessante e annosa questione (almeno per coloro che identificano il diritto con la forza organizzata) della c.d. banda di briganti, come esempio formulato in teoria generale del diritto per tracciare una linea distintiva tra una «comunità giuridica» e, appunto, una «banda di ladroni», cfr. N. BOBBIO, *Dal potere al diritto e viceversa*, in *Id.*, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., 177-181.

<sup>36</sup> *Ivi*, 59.

La dicotomia “illecito-sanzione”, a questo punto, entra trasversalmente sulla scena, imperando indisturbata nella discussione intorno ai c.d. mezzi di tutela giuridica<sup>37</sup>. Insieme alla *summa divisio* teleologica tra prevenzione e repressione<sup>38</sup>, il nuovo paradigma teorico presuppone, coerentemente

<sup>37</sup> In realtà, già con A. ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Opere giuridiche*, III (*Scritti giuridici vari*), Roma, 1933, 454-455, il binomio illecito-sanzione si presenta come caratteristica costante della tutela giuridica repressiva. L'Autore, pur argomentando da una posizione vicina all'imperativismo giuridico, sostiene, infatti, come non vi possa essere sanzione giuridica senza precetto giuridico e che, per converso, l'applicazione di una sanzione è sempre la conseguenza giuridica di un'azione illecita. «L'applicazione di ogni sanzione è [...] sempre la conseguenza di una violazione – colpevole o incolpevole, comunque tuttavia volontaria – di un precetto, cioè di un comando o divieto, epperò si trova, con l'azione contraria al precetto, in un rapporto di causalità». Si deve all'opera di Rocco la prima elaborazione di una teoria dei mezzi di tutela giuridica, preventiva e repressiva, quale insieme di misure sanzionatorie e non sanzionatorie predisposte dall'ordinamento per fini specifici di garanzia della società. Cfr. ID., *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, ivi, 713 ss. La storia giuridica moderna ha chiaramente evidenziato le aporie di una classificazione astratta, operata su base strettamente funzionalistica, tra misure e sanzioni come se, in generale, si trattassero di strumenti ontologicamente diversi e dunque non sovrapponibili. Avremo modo di contestare l'approccio oramai diffuso in dottrina e giurisprudenza, di stampo teleologico, basato, cioè, sulla dicotomia prevenzione-repressione tale per cui tutto ciò che riguarda la prevenzione non avrebbe dignità di sanzione bensì di misura [cfr., oltre gli scritti di Rocco, soprattutto B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale*, cit., 234-235, per il quale «[...] se il bisogno di evitare che il danno si produca è nella sua essenza diverso da quello di reagire contro il danno che si è prodotto, e se per conseguenza i mezzi atti a soddisfare l'uno sono diversi da quelli occorrenti per soddisfare l'altro, nessun ingegnoso sforzo di costruzioni e di terminologie potrà mai valere ad annullare o modificare ciò che distingue logicamente una cosa dall'altra»]. Per ora sia sufficiente il richiamo al monito di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 30-31, secondo cui nulla esclude la compatibilità del concetto di sanzione con quello generale di prevenzione e dunque l'esistenza di sanzioni preventive. Sulla legittima difesa come sanzione generale dell'ordinamento “in funzione preventiva”, cfr. M. GALLO, P. SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale*, in *Enc. giur.* II, Roma, 1988, 5.

<sup>38</sup> «Prevenire significa impedire, evitare, allontanare, respingere ed ha per oggetto qualche cosa futura [...]. Reprimere significa contenere, fermare, arrestare, trattenerne, dominare ed ha per oggetto qualche cosa attuale, presente, imminente, ovvero passata e qualche cosa insieme reale ed effettiva. Prevenire e reprimere sono concetti *teleologici*, e però *relativi*: relativi a ciò che si *vuole* prevenire o reprimere» (corsivi originali). Testualmente, A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, cit., 724. Cfr. anche G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 175 ss., che riprende, con parziali modifiche, la tesi di B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, cit., 256 ss. Tra gli autori che privilegiano un metodo teleologico, *ex multis*, F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 ss. (soprattutto 241 ss. dove elabora un concetto unitario di sanzione come sintesi del momento funzionalistico, da un lato, e del binomio precetto-sanzione, dall'altro); N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 537; ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 122-123; F. CARNELUTTI, *Il valore della sanzione del diritto*, cit., 241; G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir.*

(e necessariamente), l'esclusione delle misure cautelari dal novero delle sanzioni giuridiche. Laddove non operano in simbiosi, i due postulati (ideo)logici sono da soli sufficienti a garantirne l'*alterità*. La categoria del "dovere", infatti, preclude la natura sanzionatoria in quanto non sussisterebbe alcun obbligo (cautelare) in capo, ad esempio, ad un soggetto imputato in un processo penale il quale, dandosi alla fuga, non violerebbe, di conseguenza, nessuna norma preesistente<sup>39</sup>.

In sintesi, mentre le sanzioni presuppongono in ogni caso la trasgressione di una norma, le misure prescindono dall'esistenza di un fatto illecito<sup>40</sup>. Il nesso di imputazione sussistente tra la violazione del dovere contenuto nella parte condizionante della norma giuridica e la garanzia di un atto coercitivo agirebbe, per così dire, dall'esterno rispetto alle molteplici forme che può assumere la tutela cautelare, permeandone, in negativo, l'essenza. Detto altrimenti, solo la presenza di un obbligo a monte è in grado di qualificare come sanzione la conseguenza della sua trasgressione. Tesi, quest'ultima, alimentata dall'idea secondo cui la caratteristica distintiva della giuridicità di una norma e dell'ordinamento quale complesso o sistema di norme sarebbe la coercizione od uso organizzato della forza<sup>41</sup>.

A questo punto, però, delle due l'una: o si concepisce la coercizione

---

*proc. pen.*, 3/1982, 1016 ss. (il quale, nel tentativo di enucleare una bipartizione in sanzioni afflittive e ripristinatorie, analizza sia la struttura delle norme giuridiche sia gli scopi delle due figure, avvicinandosi, a quanto sembra, più ad una lettura formale-strutturale che teleologica); C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione*, cit., 104; P. NUVOLONE, *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, 13 ss.

<sup>39</sup> L'esempio è di G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 176, secondo cui «lo scopo della misura cautelare, in linea generale, non può mai consistere nella repressione di un danno: il danno, tecnicamente, presuppone la violazione di un obbligo e la esistenza di un illecito». L'Autore, tornando all'esempio dell'imputato che fugge, conclude il discorso sostenendo come «allo stesso modo l'arresto dell'evaso è diretto più che a reprimere un danno, a prevenire un pericolo futuro: l'inesecuzione della pena che sarà irrogata all'evasore in seguito al reato commesso»; ID., voce *Custodia preventiva* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, § 4.

<sup>40</sup> Ivi, 177. In questi termini, già, B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, cit., 256, per il quale elemento «necessariamente costante» nel mondo giuridico è che «il mezzo (misura sanzionatoria) con cui lo scopo si raggiunge ha contenuto di reazione al fatto (illecito) che ha resa necessaria la reintegrazione». Senza mezzi termini, se non c'è un illecito e, dunque, a monte un obbligo giuridico non c'è sanzione. «Non basta [...] che la sanzione *tenga dietro* [...] all'illecito, ma occorre che le tenga dietro in quanto *ne derivi*, e in quanto si *diriga* contro di esso» (corsivi originali).

<sup>41</sup> Cfr. *supra*, nota 35. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 334: «[I]a sanzione specifica di un ordinamento giuridico può essere *soltanto* un atto coercitivo, [...] disposto dall'ordinamento giuridico per il caso di violazione di un obbligo» (corsivo aggiunto). Come è facile notare, in Kelsen l'obbligo sta alla sanzione come l'illecito alla coercizione.

come sanzione e allora bisogna riconoscere, almeno alle cautele personali del processo penale, carattere sanzionatorio, oppure una volta ammesso che non tutti gli atti coercitivi sono delle sanzioni, occorrerebbe negare validità alla tesi che identifica la coercizione con la sanzione<sup>42</sup>. Ragionando diversamente, si tratterebbero le misure cautelari del processo penale come norme incomplete, al massimo come frammenti di norma, in quanto pura coercizione senza, però, un obbligo preesistente violato e dunque senza un illecito loro direttamente riferibile.

Se, come in effetti pare preferibile, una definizione formale ed unitaria di sanzione giuridica assume il crisma di un concetto di teoria “pura”, valido, cioè, indipendentemente da come, in concreto, i singoli ordinamenti giuridici ne connotano l'essenza, è doveroso per contro prescindere dal contenuto della sanzione giuridica, sia essa un atto coercitivo o meno, in quanto, altrimenti, il discorso perverrebbe ad un esito infruttuoso carico di conseguenze statistico-sociologiche sulla effettività della norma in un determinato sistema<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Mentre Kelsen perverrà nel 1960 ad una estensione del concetto di sanzione, ricomprendendovi, per esempio, anche l'arresto preventivo o l'internamento «in manicomio di soggetti malati di mente socialmente pericolosi» a seguito della scoperta di atti coercitivi non connessi ad un illecito, Petrocelli, con estrema lucidità teorica, già nel 1940 riconosceva nella coazione l'essenza di tutte le misure di tutela giuridica e non solo di quelle sanzionatorie. Detto altrimenti, Petrocelli era consapevole del carattere coercitivo delle misure giuridiche senza però, con questo, identificare la coercizione con la sanzione. Quest'ultimo è, invece, il percorso del primo Kelsen. E non è un caso, appunto, che per Kelsen, essendo la sanzione un atto coercitivo, i due modelli (per antonomasia) di sanzione siano la pena e l'esecuzione forzata. Anzi, come ricorda N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 538, «chi risolve la nozione di sanzione giuridica in quella di coazione, come fa Kelsen, senza distinguere tra sanzione coattiva e coazione come esecuzione di sanzioni non coattive, è costretto a restringere l'ambito delle sanzioni nel diritto alla pena e all'esecuzione forzata». Per questo, ancora oggi, risulta condivisibile la tesi di N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., 134-135, il quale, preso atto della «inevitabile presenza di norme non sanzionate», nel giustificare l'impostazione secondo cui il diritto è un complesso di regole a sanzione organizzata, afferma come la difficoltà possa essere risolta nel senso che «quando si parla di una sanzione organizzata come elemento costitutivo del diritto ci si riferisce non alle norme singole ma all'ordinamento normativo preso nel suo complesso». Pertanto il nesso tra sanzione e coazione risiede nel fatto che «l'apparato coattivo del diritto tende a impedire l'ineffettività dell'ordinamento non solo punendo con atti di forza l'inosservanza di obblighi primari ma anche impedendo o neutralizzando con la forza gli effetti dell'inadempimento di obblighi secondari, in cui consistono la maggior parte delle sanzioni». Cfr. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 538. *Contra*, A.E. CAMMARATA, *Sulla concepibilità*, cit., 103 nota 8. La sanzione, dunque, attiene alla efficacia di un ordinamento e non anche alla sfera di validità della singola norma giuridica.

<sup>43</sup> Lo stesso Kelsen ritiene l'efficacia della norma come “altro” rispetto al diritto. Se con il termine efficacia s'intende che gli uomini si comportano effettivamente come devono comportarsi, secondo le norme giuridiche, allora in maniera del tutto logica rispetto alle premesse,

L'impostazione tradizionale ha sempre ricollegato l'idea della sanzione al precetto giuridico. Laddove vi è una regola deontica diretta a condizionare il comportamento dei consociati, si dice, la conseguenza di una sua violazione non può che assumere l'aspetto della sanzione<sup>44</sup>.

La tesi tuttavia sta e cade con la premessa. Esistono enunciati linguistici non precettivi che non dispongono obblighi/doveri bensì semplicemente oneri o facoltà. Figure, queste ultime, garantite da un effetto giuridico (comunque) qualificato come sanzione<sup>45</sup>.

Può sostenersi, pertanto, come la sanzione giuridica sia la conseguenza derivante dall'inosservanza di una norma o condizione antecedente<sup>46</sup>. Nulla più nulla meno. Conclusione banale, certo, ma non per questo meno

---

a connotare il diritto è la sola validità, intesa come «dover essere» della norma giuridica, e non anche l'efficacia, essendo quest'ultima, mera qualifica del comportamento degli uomini e non del diritto. Così H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 39-40.

<sup>44</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 38-39, in cui distingue il "precetto" definito come «l'indicazione del contegno da tenere per evitare la sanzione» dal "comando" quale «minaccia di una sanzione a chi tenga o non tenga un determinato contegno». Per l'Autore «il precetto non è il comando, ma un elemento del comando: il comando è un precetto sanzionato». In altri termini il comando sarebbe la sintesi del precetto e della sanzione. Sul binomio "precetto-sanzione", cfr. F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, cit., 225, 236-237; F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, cit., 321; C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione*, cit., 104-105; B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., 19; A. ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, cit., 453; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951, 16.

<sup>45</sup> La giurisprudenza di legittimità è solita parlare della inammissibilità dell'impugnazione come sanzione in ipotesi di irregolarità o comunque di violazioni di norme procedurali inerenti alla forma, presupposti, condizioni dell'impugnazione. Cfr., a titolo esemplificativo, Cass., Sez. I pen., 23 febbraio 2001, n. 18757, in CED Cass. pen. 2001; Cass., Sez. III pen., 3 marzo 2015, n. 11690, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it) (ultimo accesso 12.04.2017). Sul rapporto invalidità processuali-sanzioni giuridiche, si veda R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali*, Padova, 2008, 14 ss. e 29 ss.

<sup>46</sup> L. FERRAJOLI, voce *Sanzione*, in *Diz. crit. dir.*, a cura di C. Donati, Milano, 1980, 360, distingue una sanzione giuridica "in senso stretto", quale conseguenza afflittiva predisposta da una norma giuridica per un atto illecito ed una sanzione "in senso lato" intesa come conseguenza spiacevole predisposta da un ordinamento giuridico per qualunque violazione di una norma ad esso appartenente: non soltanto, dunque, per le violazioni che implicano atti illeciti bensì anche per le violazioni che consistono in atti invalidi. Per Ferrajoli, dunque, «sia in senso stretto che in senso lato [...], la sanzione è comunque configurabile come conseguente di una condizione antecedente». L'Autore, inoltre, considera sanzioni non formalizzate, per contenuto e presupposti, le misure cautelari di polizia. Cfr. D., voce *Misure cautelari di polizia*, ivi, 228 ss. Per considerazioni di natura formale si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1982, 9, secondo cui la sanzione è una conseguenza sfavorevole «prevista per l'inosservanza della norma e comporta la privazione di un bene o di un effetto giuridicamente tutelati».

degnata di essere condivisa. D'altronde *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*. Già ad un primo approccio legato al senso comune, il vocabolo "sanzione" rimanda all'idea della trasgressione di una regola predeterminata, indipendentemente dalla formulazione contenutistica dell'apodosi o della protasi della regola stessa. Nonostante risulti empiricamente fondata la tesi secondo cui gli enunciati giuridici non coincidono *tout court* con il linguaggio ordinario, questo non toglie che la stipulazione di ciò che definiamo "sanzione giuridica" trovi (meglio, possa trovare) un riscontro semantico già sul piano atecnico della sensibilità comune.

Nella sua composizione formale, la conseguenza nulla suggerisce in ordine ai contenuti e presupposti funzionali della medesima. Dal punto di vista (del *quid*) interno, può assumere i connotati di un atto di forza, come la pena e l'esecuzione forzata, ovvero di uno strumento non coercitivo. Si pensi, ad esempio, alla sentenza di annullamento pronunciata dalla Corte di Cassazione<sup>47</sup>, ovvero alla pronuncia con la quale la suprema Corte, nella sua massima composizione, risolve un'antinomia interpretativa sorta intorno ad una disposizione, interpretata a sua volta, come è fisiologico nel sistema, diversamente dalla stessa o da diverse Sezioni della Corte<sup>48</sup>. Ancora: dal punto di vista formale, il vocabolo "sanzione" nulla dice in ordine al contenuto, non della norma secondaria<sup>49</sup>, bensì della fattispecie condizionante, se obbligo, dovere, comando o anche semplicemente onere<sup>50</sup>. La categoria dommatica della illiceità, pertanto, non impedisce la

<sup>47</sup> Con le dovute eccezioni, i "casi" in presenza dei quali la Corte di Cassazione può annullare senza rinvio (art. 620 c.p.p.) o con rinvio (art. 623 c.p.p.) presuppongono, la maggior parte, l'inosservanza di una norma da parte dell'autorità giudiziaria, sia essa il tribunale (in senso lato) o il pubblico ministero.

<sup>48</sup> Se la disposizione è la proposizione linguistica contenuta in un atto o documento giuridico e la norma è il significato della proposizione stessa, qualora una o più Sezioni semplici della Cassazione (ma il discorso è suscettibile di generalizzazione) interpretino l'enunciato attribuendo significati tra loro incompatibili, tali da creare un'antinomia, la pronuncia delle Sezioni unite che, nella risoluzione del conflitto, accolga una o l'altra delle interpretazioni oggetto di controversia, si presenterà come sanzione nei confronti della Sezione semplice che ha adottato l'interpretazione ritenuta non conforme "al diritto positivo" in quanto inosservante di una norma preesistente.

<sup>49</sup> Intesa, tradizionalmente, come norma sanzionatoria a garanzia di una norma primaria sul comportamento.

<sup>50</sup> Fondamentali le osservazioni di T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli, G. Scalfi, Milano, 1985, 56 ss. Cfr. anche R. FONTI, *op. cit.*, 14 ss., la quale ricorda come l'influenza delle elaborazioni teoriche dei penalisti sul concetto di sanzione ne abbia relegato il significato entro gli schemi della (generica) reazione punitiva, a carattere tendenzialmente afflittivo, dell'ordinamento alla realizzazione di un illecito. In questi termini, già, C.M. BIANCA, *op. cit.*, 9, nota 12, secondo cui «l'in-

qualificazione in termini di sanzione giuridica della conseguenza derivante dall'inosservanza di una regola a presidio, ad esempio, della validità della norma violata<sup>51</sup>. Per contro, l'annullamento, la rescissione, l'inammissibilità, la nullità non si presentano, a ben vedere, come figure di qualificazione "pure"<sup>52</sup>, bensì come concetti di stretto diritto positivo, la cui disciplina è frutto delle valutazioni politiche di un ordinamento storicamente dato, insuscettibili di generalizzazione astratta.

Muovendo da queste premesse, allora, non può essere negata la natura di vera e propria<sup>53</sup> sanzione giuridica al *genus* "tutela cautelare". Se questa

---

certezza sulla nozione di sanzione è ancora largamente legata all'idea punitiva». È chiaro, da quanto risulta dal testo, che anche la figura della inammissibilità presenta le caratteristiche tipiche della sanzione giuridica. Riassumendo: se è "vero" che non sussiste obbligo senza sanzione, non altrettanto può dirsi nell'ipotesi inversa, ben potendo aversi sanzione laddove non vi sia un obbligo. Sulla necessaria correlazione tra obbligo e sanzione, cfr. N. BOBBIO, *Comandi e consigli*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 39-64. *Contra*, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, Bari, 2012, 485 ss. Interessante, sul punto, la posizione di M. GALLO, *A proposito della garanzia costituzionale*, in ID., *Moralité*, Napoli, 2011, 199-209, il quale contesta la tesi tradizionale secondo cui caratteristica delle norme costituzionali sarebbe il dovere a contenuto negativo che ne discende, ovvero quello che imporrebbe agli organi legislativi di non emanare regole contrastanti con i principi costituzionali, proprio argomentando, *a contrario*, dall'assenza di una relativa sanzione. In questi termini, già M. GALLO, *Le garanzie costituzionali della libertà dell'uomo nella società* in *I cattolici e lo Stato*, Roma, 1959, 84-98.

<sup>51</sup> *Contra*, N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 2/1987, 542, che distingue tra comportamenti disapprovati e comportamenti approvati dall'ordinamento, ritenendo la nullità strumento non sanzionatorio in quanto connesso alla seconda tipologia di condotte. Irti, come è facile notare, percorre le strade tradizionali della bipartizione illecito-sanzione. Nel senso del testo, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 535-536.

<sup>52</sup> Come efficacemente ribadito da M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., 120, 142, sono "pure" quelle figure di qualificazione che rappresentano «i modi nei quali si articola la regolarità determinata dalle norme»; "spurie", invece, quelle che «presuppongono un riferimento, sia pure minimo, a requisiti contenutistici di fattispecie».

<sup>53</sup> Utilizzare i termini "verità" e "falsità" quando si discute di concetti normativi a base stipulativa rischia di confondere il piano dell'"essere" con quello del "dover essere" giuridico. Dal momento che le definizioni di teoria generale, per quanto fondate sulla "costanza" degli istituti analizzati, si basano comunque su un'attività decisoria e non meramente descrittiva come vorrebbero i puristi (tra cui lo stesso Kelsen) della scientificità del discorso normativo, sembra più corretto il riferimento labeoniano al "plausibile". Sulla «ripresa dell'insegnamento labeoniano secondo cui coesiste con la visuale del certo quella del probabile (della ricerca, nella situazione, della soluzione più persuasiva e plausibile)», cfr. F. GALLO, *L'interpretazione del diritto è affabulazione?*, Milano, 2005, 33. Ciò non toglie, in ogni caso, la possibilità di argomentare in chiave di verità o falsità quando oggetto del discorso siano proposizioni "esterne" su determinati fatti (siano essi norme, prassi giurisprudenziali o stipulazioni concettuali in uso all'interno di una comunità scientifica). Sul punto, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 239 ss.

inerisce al processo (amministrativo, civile o penale) ed è, pertanto, strumentale ad esso<sup>54</sup>, il carattere sanzionatorio deriva dall'essere, appunto, una conseguenza della trasgressione, attuale o potenziale<sup>55</sup>, della sua ragionevole durata<sup>56</sup>. L'art. 111, secondo comma, Cost., esprime in chiave di diritto positivo ciò che riguarda, per così dire, l'ontologia della procedura in generale. I tempi lunghi manifestano l'incapacità dell'apparato istituzionale a garantire l'effettività delle norme giuridiche, presentandosi il momento processuale, di volta in volta, come attuazione fisiologica delle norme sostanziali o risoluzione dei conflitti (*lato sensu* intesi) tra privati o

<sup>54</sup> Per tutti, P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 141-144. «Le misure cautelari sono predisposte, più che nell'interesse dei singoli, nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, di cui garantiscono il buon funzionamento». In altri termini, "cautela" è un concetto di scopo, il cui unico obiettivo è garantire «la efficacia pratica del provvedimento definitivo che servirà a sua volta ad attuare il diritto. La tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela *mediata*: più che a far giustizia, serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia» (corsivi originali).

<sup>55</sup> La nota della potenzialità dell'inosservanza (di una norma) non deve apparire un "fuor d'opera" nel sistema delle sanzioni giuridiche. Si pensi, ad esempio, alla legittima difesa (od anche impedibilità), identificata dalla migliore dottrina come sanzione generale dell'ordinamento. "Generale" in quanto «non appartiene ad un determinato settore dell'ordinamento, ma sottende l'intero ordinamento nella sua globalità; non ha né natura penale, né natura civile, né natura amministrativa» (in questi termini, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 24). Trattandosi di una reazione del soggetto portatore dell'interesse tutelato nei confronti di un'aggressione in atto, non consumata, appare netta la differenza con la rappresaglia (o vendetta) la quale presuppone, invece, un'offesa integralmente realizzata. Se, dunque, la difesa legittima assume i contorni di una condotta impeditiva volta a neutralizzare «già la pura e semplice messa in pericolo dell'interesse tutelato dall'ordinamento» (*ibidem*) e accolta la tesi della sua natura sanzionatoria, l'idea di una sanzione a presidio dell'inosservanza potenziale di una norma giuridica si libera dalle pastoie del concettualismo per divenire concreta realtà normativa, per di più legislativamente consacrata.

<sup>56</sup> P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 18-20. «È la impossibilità pratica di accelerare la emanazione del provvedimento definitivo, che fa sorgere l'interesse alla emanazione di una misura provvisoria; è la mora di questo provvedimento definitivo [...] che si provvede a rendere preventivamente innocua con una misura cautelare, che anticipi provvisoriamente gli effetti del provvedimento». Cfr. anche G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 34 ss. Bisogna riconoscere, però, che quella anticipatoria non è la sola *ratio* tipica delle misure cautelari, potendo individuarsi anche una funzione meramente conservativa dello stato giuridico per il tempo in cui sono disposte.

tra privati e pubblica amministrazione<sup>57 58</sup>. Per questo le cautele sono esse stesse delle sanzioni, in quanto poste a presidio della ragionevole durata del processo e del suo “prodotto finale”<sup>59</sup>.

Le conclusioni non mutano una volta sottoposto a critica l'indirizzo teleologico. I concetti di prevenzione e di repressione attengono a ciò che può essere definito come l'indirizzo politico rappresentato da specifici istituti positivizzati in una delle molteplici forme cui si estrinsecano i c.d. mezzi di tutela. In altre parole, la funzione di volta in volta perseguita attiene ad una dimensione istituzionale che nulla suggerisce se non le concrete scelte, appunto, politiche, di un determinato sistema giuridico, da intendersi,

<sup>57</sup> Sviluppando il pensiero di Canelutti, D. SPURI, *Alcune osservazioni sulla natura giuridica delle condizioni di punibilità*, in *Cass. pen.*, 3/2013, 1178-1179, ricorda come nel diritto civile il processo sia patologia mentre nel diritto penale fisiologia, nel senso cioè che a differenza dell'ordinamento civile, quello penale vedrebbe attuate le norme c.d. sostanziali solamente tramite la mediazione del processo. In questo senso, già F.C. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 517.

<sup>58</sup> Per quanto condivisibile, la tesi di E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2003, 797-798, secondo cui il nuovo art. 111 Cost. non tradurrebbe in chiave di diritto positivo l'idea della speditezza del processo nel raggiungimento dei suoi obiettivi, senza, cioè, ritardi ingiustificati, non è revocabile in dubbio la natura di norma secondaria dell'art. 111, secondo comma, Cost., idoneo a funzionare come presupposto condizionante la cui inosservanza è garantita da sanzioni. Si pensi, ad esempio, alla prescrizione quale causa estintiva del reato. Indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale, essa si presenta come risposta sanzionatoria, a tutela dell'imputato, derivante dall'inosservanza, da parte dell'autorità giudiziaria, dei termini entro cui un ordinamento considera “ragionevole” l'accertamento dell'illecito penale. Natura secondaria della norma ricavabile dall'art. 111 Cost. da cui potrebbero derivare, per contro, effetti *in malam partem* per l'imputato. Il pensiero corre inevitabilmente alla prassi giurisprudenziale, avallata dalle Sezioni unite della Cassazione, che, di fatto, ritiene sanabili per raggiungimento dello scopo i vizi della notificazione della *vocatio in iudicium* qualora si raggiunga la prova, valevole anche solo in astratto, dell'effettiva conoscenza dell'atto da parte dell'imputato. Per una condivisibile critica, cfr. A. DIDDÌ, *Davvero sanabile per “raggiungimento dello scopo” la nullità per irregolare notificazione della citazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2006, 1150-1158.

<sup>59</sup> G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 142. «Le misure cautelari, se non intervengono rapidamente, perdono gran parte della loro pratica utilità: donde l'esigenza di semplificare al massimo il meccanismo giudiziario per renderlo più duttile e quindi più rispondente alle necessità immediate della cautela». Chiare, sul punto, le parole di P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 20: «in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo potesse sempre essere istantaneo, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari».

quest'ultimo, come sintesi dell'orientamento legislativo e giurisdizionale<sup>60</sup>.

Dall'angolo visuale dell'interpretazione del fenomeno normativo, non è possibile (*rectius*, non è giuridicamente corretto) descrivere la natura di un istituto facendo leva sulla sua (ritenuta) funzione, per poi, magari, inferirne la legittimità costituzionale o meno<sup>61</sup>. Lo scopo perseguito dalle misure cautelari non è un indice normativamente sicuro tale da offuscare un approccio logico-formale, l'unico in grado di facilitare l'analisi delle norme e degli istituti ivi contemplati<sup>62</sup>. Ciò che si presenta

<sup>60</sup> Per G. LAZZARO, *La funzione dei giudici*, in *Riv. dir. proc.*, 1/1971, 6, stante il carattere lacunoso ed equivoco della moderna legislazione, il giudice «è necessariamente chiamato a *collaborare* con il potere legislativo nella formazione dell'*indirizzo politico* dello Stato per quanto l'indirizzo politico si traduce in regolamentazione concreta dei rapporti sociali» (corsivi originali). In ambito penalistico, cfr. la (condivisibile) impostazione di M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1976, 50-54.

<sup>61</sup> Che poi, in fin dei conti, è l'attuale "stato delle cose". Si pensi, ad esempio, alla tanto discussa natura giuridica della confisca di prevenzione a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 125 del 2008 all'art. 2-*bis*, comma 6-*bis*, l. n. 575 del 1965. Appartiene alla storia dell'istituto la dicotomia prevenzione-repressione. Da un lato, si è avuta l'eccezione rappresentata da Cass., Sez. V pen., 13 novembre 2012, n. 14044, Occhipinti, la quale, come noto, aveva riconosciuto una natura «oggettivamente sanzionatoria» alla confisca di prevenzione. Dall'altro, invece, la regola cristallizzata da Cass., Sez. un. pen., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, Spinelli, secondo cui alla detta confisca deve «continuare a riconoscersi finalità prettamente preventiva al di là di ogni possibile riflesso "parasanzionatorio", tale da offuscarne l'essenza precipua della confisca [...]». Risulta evidente come il complesso di disciplina applicabile alla confisca di prevenzione dipenda, di volta in volta, dalla ritenuta funzione svolta dalla stessa. Sulla confisca di prevenzione, cfr. V. MAIELLO, *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni Unite: natura e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2015, 722 ss.

<sup>62</sup> L'elusione del dato strutturale, e dunque logico-formale, ha portato la dottrina e giurisprudenza italiane a non identificare le misure cautelari del processo penale come "vere" sanzioni giuridiche, ritenute tali solo in quanto, di fatto, abusate nella prassi quotidiana dei tribunali. "Abuso", come viene ripetuto dai più, che implica una innaturale deviazione dal "vero" scopo cautelare o preventivo delle misure stesse. Trattasi di un indirizzo che deve necessariamente essere ripensato. Per quanto riguarda le misure cautelari del processo penale, sono due le questioni mal poste: la prima concerne il "modo", la seconda le "conseguenze" di un ragionamento condotto sul piano esclusivamente teleologico. *In primis*, le discussioni hanno da sempre avuto riguardo alla custodia cautelare in carcere, stante l'elevata afflittività tale da garantirne, appunto, l'equiparazione alla pena in senso stretto (così, G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 28, 32-33; G. ILLUMINATI, *op. cit.*, 922, 945). Definire «strumenti sanzionatori atipici» quelli che comportano non l'infissione «di una vera e propria pena (giuridicamente tale)» ma «forme di trattamento a questa equiparabili solamente di fatto» (in questi termini, G. ILLUMINATI, *op. cit.*, 951), significa spostare l'accento sulle patologiche applicazioni che queste forme di trattamento assumono nella quotidianità giudiziaria. È osservare la prassi, a sua volta, anticipa l'analisi sulle funzioni, con il solo obiettivo di parametrare la legittimità costituzionale di ciò che giuridicamente parlando sanzione non è (cfr. G. ILLUMINATI, *op. cit.*, 958-959, secondo cui «il problema della legittimità costituzionale

della carcerazione preventiva, dunque, si identifica con quello della legittimità costituzionale dei fini che ad essa sono attribuiti»). L'identità strutturale tra carcerazione preventiva e pena in senso stretto non deve portare ad una comunanza di scopi. La comunanza di scopi, si afferma, contamina, con la repressione, istituti tipicamente cautelari. E non è un caso la "scoperta" della natura sanzionatoria, con relativa, dichiarata incostituzionalità, della custodia in carcere per finalità di difesa sociale [per intenderci, quella disposta per le esigenze di cui all'art. 274, lett. c), c.p.p. Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 380]. Le discussioni intorno ad una giuridicamente plausibile equiparazione tra pena in senso stretto e custodia cautelare si sono sviluppate soprattutto in seguito alle problematiche di diritto intertemporale sorte per il tramite delle (numerose) riforme legislative che hanno interessato l'istituto, ora in esame, del codice di procedura penale. La natura sostanziale è sempre stata negata dalla giurisprudenza, di merito e di legittimità, con l'obiettivo di escludere qualsiasi ipotesi di retroattività *in mitius*, affermando, per contro, con orientamento granitico, l'applicazione del c.d. *tempus regit actum*. In quanto "meramente strumentali" al processo, le misure cautelari, in specie la custodia preventiva, non godrebbero delle garanzie costituzionali della irretroattività e retroattività *in bonam partem* tipiche della pena in senso stretto [così, a titolo esemplificativo, Corte cost., 13 marzo 1974, n. 68; Corte cost., 14 gennaio 1982, n. 15; Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265; Cass., Sez. I pen., 3 aprile 1994, in *Giur. it.*, 4/1994, con nota di M. MONTAGNA, *Successione di leggi e vicende della custodia cautelare*, 290-294; Cass., Sez. un. pen., 31 marzo 2011 (dep. 14 luglio 2011), n. 27919, Ambrogio, in *www.italgiure.giustizia.it* (ultimo accesso 12.04.2017)]. Trattasi di un indirizzo oggetto di ripensamento da parte della stessa giurisprudenza. Ad esempio, Cass., Sez. V pen., 20 maggio 2014, n. 38094, M.E. e altri, in *www.italgiure.giustizia.it* (ultimo accesso 12.04.2017), pur riconoscendo l'assenza nell'ordinamento processuale penale italiano di un principio generale di retroattività *in mitius* speculari al diritto penale sostanziale, ne ha predicato l'operatività anche alla norma cautelare che «al di là della sua collocazione formale, produce effetti afflittivi per l'indagato/imputato, qualora [...] la modifica successiva, incidendo sulle condizioni di applicabilità, possa determinare il venir meno di tali effetti». In realtà, un simile modo di argomentare non è esente da riflessioni critiche. Come incisivamente notato da M. NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *Foro it.*, I, 1982, 2138, in materia di libertà personale a rilevare dovrebbe essere in primo luogo l'art. 13, primo comma, Cost. In sintesi, è «la natura del diritto soggettivo sottoposto a limitazione, la quale resta per l'appunto *identica*, quale che sia la finalità (processuale o sanzionatoria) della restrizione» (corsivi originali), il punto di partenza da cui dovrebbe muovere tutto il discorso in merito alla successione di norme, sostanziali o processuali, inerenti la libertà personale dell'indagato/imputato. Questo introduce la seconda questione mal posta di cui sopra. L'aver concentrato l'attenzione (solamente) sulla carcerazione preventiva per rimarcare la natura sostanziale, anche con argomenti sistematici finissimi quali, ad esempio, la fungibilità *ex art. 137 c.p.* tra custodia sofferta e *quantum* di pena da espiare (cfr. G. DE LUCA, voce *Custodia preventiva*, cit., 588; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 292-293, da cui desume una «natura mista» della carcerazione preventiva; A. GAITO, *Custodia preventiva e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1975, 1364-1365, il quale attribuisce natura sostanziale alle norme sulla custodia in carcere proprio grazie all'art. 137 c.p. definito come «chiave di volta» per la soluzione del problema; M. MONTAGNA, *op. cit.*, 290-294) ha eluso un dato rilevante, ovvero che *tutte* le misure cautelari, personali e reali, e non solo la carcerazione preventiva, presentano le caratteristiche della sanzione processuale per eccellenza.

come tradizionale ipotesi di prevenzione, ben può apparire ad altri come manifestazione di un più generale fenomeno repressivo<sup>63</sup>.

Riprendendo una metafora di Enrico Allorio, la classificazione di un farmaco non dipende dalla malattia per cui viene usato, ma dalla sua composizione<sup>64</sup>.

La tutela cautelare, sul piano del “dover essere” normativo, rappresenta

---

La tesi di Nobili, che sviluppa e riprende il pensiero della migliore dottrina in materia di successione nel tempo delle norme penali, sia pure con approcci diversi [per tutti, M. GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1965, 214-216; cfr., in epoca successiva, M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1987, 115 ss.], potrebbe tornare utile avuto riguardo alle questioni di diritto intertemporale su ogni singola misura cautelare personale. Valorizzando, infatti, l'incidenza sulla libertà personale, da intendere sia come libertà fisica sia come libertà di movimento in conformità alla giurisprudenza della Corte EDU (cfr. Corte EDU, 21 giugno 2011, *Shimovolos v. Russia*, ric. n. 30194/09, § 49, che considera la differenza tra le due libertà come divergenza quantitativa e non anche qualitativa), ben potrebbe ricondursi la materia della successione delle norme processuali nel tempo che, in un modo o nell'altro, incidono sulla libertà personale, sotto l'egida dell'art. 13, primo comma, Cost.

<sup>63</sup> Un esempio della (endemica) confusione, alimentata della giurisprudenza di Strasburgo, sono i provvedimenti del Tribunale di Asti, 3 novembre 2014, Delorier, in *Arch. pen. web*, da un lato, e di Cass., Sez. III pen., 20 gennaio 2016, n. 9949, Di Scala, in *www.italgiure.giustizia.it* (ultimo accesso 12.04.2017), dall'altro, sulla natura giuridica dell'ordine di demolizione delle opere edilizie abusive ex art. 31, comma 9, d.P.R. n. 380 del 2001. La questione riguardava la possibilità di dichiarare estinto per decorso del tempo ex art 173 c.p. l'ordine di demolizione di un immobile abusivo. Ebbene, a fronte di un «principio pretorio» consolidato, secondo cui l'ordine di demolizione delle opere edilizie abusive, avendo natura di sanzione amministrativa accessoria, non è suscettibile di estinzione per decorso del tempo, l'ordinanza del Tribunale di Asti, in funzione di giudice dell'esecuzione, dopo avere ripercorso la giurisprudenza della Corte EDU sul concetto di “materia penale”, considera la demolizione una pena, in base ai c.d. criteri Engel [cfr. Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel v. the Netherlands*, ric. n. 5100/71, §§ 81 ss.]. Per il Tribunale, pertanto, «la demolizione di cui all'art. 31, comma 9, d.p.r. 380/2001 costituisce una sanzione di gravità indubbia, caratterizzata da un'evidente *finalità repressiva* [...]» (corsivi nostri). La Corte di Cassazione, invece, pronunciandosi su un (diverso) ricorso che, proprio grazie al provvedimento del Tribunale di Asti sopra indicato, censurava l'omessa dichiarazione, nella fase di merito, della prescrizione dell'ordine di demolizione ex art. 173 c.p., perviene a conclusioni diametralmente opposte: «[...] la demolizione è connotata da una finalità *ripristinatoria*, l'acquisizione gratuita del bene e dell'area di sedime [...]. Viene, dunque, esclusa una natura punitiva della demolizione [...]. In tal senso, non sembra ricorrere neppure l'ulteriore 'indice diagnostico' della natura penale, ovvero la *finalità repressiva*, essendo pacifico che ciò che viene in rilievo è la salvaguardia dell'assetto del territorio, mediante il ripristino dello *status quo ante*» (corsivi originali). Da queste brevi osservazioni, trova conferma l'infertilità pratica di una ricerca teleologica che pretenda di descrivere la natura giuridica di un (medesimo) istituto guardando solo alla funzione svolta.

<sup>64</sup> E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 505-506.

la sanzione processuale (amministrativa, civile o penale a seconda dello schema cui inerisce) per antonomasia, volta a conservare, preservare lo stato delle cose relativo al momento in cui si procede, ovvero ad anticipare gli effetti tipici della situazione finale cui tende il processo singolarmente considerato. Si tratta quindi di una sanzione giuridica in quanto conseguenza dell'inosservanza, attuale o potenziale, della ragionevole durata del processo e dei suoi obiettivi istituzionalmente individuati.

In quest'ottica, lo scopo, la funzione, il momento teleologico nel suo complesso è solo un *posterius* rispetto a quello logico-formale (*rectius*, logico-strutturale)<sup>65</sup>.

### 2.1. *Natura giuridica del trattenimento dello straniero nei CPR. Il processo cautelare come processo di natura sanzionatoria*

Il trattenimento presso un CPR, per come disciplinato dal t.u. imm. e dalla Direttiva rimpatri, assume i caratteri di una misura (cautelare) di polizia, dal contenuto e presupposti analoghi alle c.d. misure precautelari previste dal codice di procedura penale<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> *Contra*, G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., 115, secondo cui è l'aspetto formale a presentarsi come *posterius* rispetto a quello teleologico. Anzi, per l'insigne Autore è il "fine" «che plasma e modella la forma».

<sup>66</sup> Quanto scrive L. FERRAJOLI, voce *Misure cautelari di polizia*, cit., 228-229; ID., voce *Sanzione*, cit., 362; ID., *Diritto e ragione*, cit., 79, secondo cui a fianco di un diritto penale e processuale ordinario vi sarebbe un diritto penale e processuale preventivo dove l'assenza del nesso tra pena e reato vanifica la garanzia di legalità, oltre a quella della giurisdizionalità, può, senza dubbio, estendersi anche al trattenimento dello straniero: «[...] la legge che stabilisce i presupposti della misura preventiva, infatti, corrisponde a una norma in bianco, cioè a una specie di scatola vuota riempibile volta a volta con i contenuti più arbitrari; e il giudizio, essendo svincolato da qualunque condizione oggettiva preesistente e informato a meri criteri di discrezionalità amministrativa, decade a procedura poliziesca di stigmatizzazione morale, o politica o sociale». Cfr. anche G. CAMPESI, *I centri di identificazione ed espulsione*, cit., 16; A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa*, cit., 433; ID., *La detenzione amministrativa*, cit., 56; A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2004, 19; E. MARZADURI, *Un iter giudiziario più snello e veloce che risponda alle insofferenze della collettività*, in *Guida dir.*, XXXII, 2009, 21; M. PIERDONATI, *op. cit.*, 245-246; A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*», cit., 32; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera*, cit., 11-12; ID., *Immigrazione, libertà personale*, cit., nota 9; G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale*, cit., 64; Tribunale di Crotone, n. 1410/2012, cit., 13-14; Tribunale di Milano, ordinanza n. 345/2001, cit., 6, 8. Particolare l'impostazione di P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., 600, che assimila il trattenimento alla misura degli arresti domiciliari.

Il regime dei casi e modi della misura *de qua*, sia pure con tutte le problematiche legate all'indeterminatezza delle situazioni legittimanti il potere coercitivo della pubblica amministrazione<sup>67</sup>, è sottoposto al medesimo tipo di disciplina delle c.d. subcautele<sup>68</sup> penali, di cui all'art. 13, secondo e terzo comma, Cost.<sup>69</sup>.

Questa rilevata analogia impone, dunque, non solo l'applicazione dei principi di legalità e giurisdizionalità, vere costanti della materia penale in senso stretto, alla misura amministrativa del trattenimento dello straniero, bensì, anche, il riconoscimento della medesima natura sanzionatoria. Come (tutte) le misure cautelari o precautelari penali, anche il trattenimento assume il crisma di una sanzione processuale (amministrativa) predisposta dall'ordinamento giuridico contro l'inosservanza, attuale o potenziale, della ragionevole durata della procedura espulsiva<sup>70</sup>.

Una precisazione risulta indispensabile. Diversamente dal processo cautelare penale in cui il modello restrittivo della libertà personale ruota intorno ai gravi indizi di colpevolezza, quello amministrativo delle espulsioni, ad eccezione delle ipotesi di pericolo di fuga dello straniero o di un suo comportamento gravemente compromissorio<sup>71</sup>, trova(va) giustificazione per via mediata attraverso il riferimento a situazioni il più delle volte dipendenti dall'azione della medesima pubblica amministrazione. Evidenti le aporie di una disciplina che, da un lato, predispone un arsenale di cautele a tutela della procedura amministrativa, dipendente, in alcuni

<sup>67</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 795-888, per un esame critico dell'attuale (e incostituzionale) apparato poliziesco nel diritto italiano.

<sup>68</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2006, 490, definisce l'arresto una "subcautelata".

<sup>69</sup> Cfr. l'importante sentenza della Corte cost., 22 marzo-10 aprile 2001, n. 105; A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione*, cit., 24, secondo il quale «si determina dunque nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, 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». Per quanto gli approfondimenti in letteratura abbiano avuto il merito di evidenziare le criticità del trattenimento soprattutto con riguardo al principio di legalità, per contro, non altrettanto può dirsi in tema di c.d. riserva di giurisdizione *ex* art. 13, secondo comma, Cost., dal momento che tutte le volte in cui si è posta in evidenza una qualche antinomia del procedimento di convalida del trattenimento davanti al giudice di pace con la disposizione costituzionale non si è proceduto, come invece l'attuale assetto normativo consente, ad una interpretazione forte del principio di giurisdizionalità, limitandosi, invece, a mere proposte *de iure condendo*.

<sup>70</sup> Che il trattenimento dello straniero sia una misura cautelare, il cui obiettivo principale è la tutela della procedura di allontanamento o rimpatrio, emerge chiaramente dall'art. 15, § 6, della Direttiva 2008/115/CE.

<sup>71</sup> Cfr. con le dovute specificazioni, *supra*, nota 12.

casi, da inefficienze degli organi di polizia, mentre, dall'altro, alimenta le esigenze cautelari stesse, incidenti sulla libertà personale dello straniero irregolare, di presupposti normativi dominati (e dunque determinati) in assoluto dai medesimi organi autorizzati ad irrogare la misura detentiva<sup>72</sup>.

Il nuovo paradigma sviluppatosi in seguito al riconoscimento della sufficiente precisione degli artt. 15 e 16 della Direttiva 2008/115/CE ad opera della Corte di Giustizia con la sentenza *El Dridi*<sup>73</sup>, esige, a tale riguardo, un ripensamento dei presupposti previsti dal t.u. imm. in materia di trattenimento.

L'art. 15, § 1, lettere *a)* e *b)* della normativa europea, come noto, prescrive il ricorso alla misura detentiva solo qualora non sussistano, in concreto, misure più graduate, meno afflittive, idonee a garantire il rimpatrio o l'allontanamento dello straniero irregolare. Trattenimento che, a sua volta, risulta legittimo solo in presenza di un rischio di fuga o di un comportamento del cittadino del Paese terzo che evita od ostacola il meccanismo amministrativo delle espulsioni.

Si tratta, dunque, di presupposti che devono essere letti in combinato disposto con i requisiti della proporzione e della residualità: il comportamento che evita od ostacola il rimpatrio o l'allontanamento e il rischio di fuga sono proporzionati alla detenzione all'interno di un CPR solo in ipotesi, rispettivamente, di comportamento gravemente compromissorio, ostruzionistico posto in essere dal migrante, tale, cioè, da creare difficoltà non superate in quanto compiuto ogni ragionevole sforzo<sup>74</sup> ovvero di un attuale, concreto, pericolo di fuga, nel senso di una condotta, imputabile allo straniero irregolare, idonea e diretta in modo non equivoco a sottrarsi volontariamente e consapevolmente agli obblighi imposti dalla pubblica amministrazione. Così individuati i presupposti del trattenimento nella normativa europea, i corrispettivi previsti dalla legislazione nazionale si pongono rispetto agli stessi in un rapporto di incompatibilità strutturale.

Il combinato disposto degli artt. 13, comma 4-*bis* e 14, comma 1,

<sup>72</sup> Cfr. A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE. Il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, in *Penalecontemporaneo.it*, 24 giugno 2011, 15.

<sup>73</sup> Sentenza 28 aprile 2011, causa C-61/11 PU, § 47.

<sup>74</sup> Argomentando *a contrario* dall'art. 15, § 6, Direttiva 2008/115/CE. Nell'economia della proposizione quel riferimento ad "ogni ragionevole sforzo compiuto" presuppone un'attività passata, cioè effettivamente posta in essere, dunque concreta, da parte della pubblica amministrazione volta ad evitare le difficoltà relative alla procedura di allontanamento "non altrimenti superabili" tramite le misure della consegna del passaporto o altro documento, in corso di validità, dell'obbligo di presentazione o dell'obbligo di dimora *ex art.* 14, comma, 1-*bis*, t.u. imm. Sulla possibilità di estendere in via analogica quanto prescritto dall'art. 14, comma, 1-*bis*, t.u. imm. cfr. il paragrafo 3.1.

t.u. imm., positivizza i casi (principali) in presenza dei quali può disporsi la misura detentiva. In sintesi: mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità; mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio; avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; non avere rispettato il termine per la partenza volontaria; non avere rispettato il divieto di reingresso nel territorio dello Stato senza autorizzazione, susseguente a pregressa espulsione; non avere rispettato gli obblighi imposti in luogo del trattenimento; avere violato anche una delle misure quali la dimostrazione di una disponibilità economica derivante da fonte lecita, la consegna del passaporto o altro documento valido equipollente, l'obbligo di dimora o l'obbligo di presentazione [queste le ipotesi di pericolo di fuga *ex art. 13, comma 4-bis, richiamate dall'art. 14, comma 1, t.u. imm.*]; necessità di prestare soccorso allo straniero; effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità; acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo [così, l'art. 14, comma 1, t.u. imm.].

Accolta una lettura omogenea delle lettere *a)* e *b)* della Direttiva 2008/115/CE, nel senso, cioè, che il trattenimento è eseguibile in presenza di condotte gravemente ostruzionistiche dello straniero, estrinsecatesi in atti idonei e diretti in modo non equivoco alla fuga dal potere di controllo, territorialmente circoscritto, della p.a., o in un comportamento che impedendo la procedura espulsiva, pone difficoltà non superate (e non anche superabili)<sup>75</sup> tramite misure alternative, emergono con chiarezza le uniche situazioni compatibili con la normativa europea: l'aver dichiarato false generalità, il non avere rispettato l'obbligo di presentazione o di dimora<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Questione di attualità, concretezza e non anche di mera potenzialità.

<sup>76</sup> Non condivisibile quanto sostiene, ad esempio, A. GABARDI, *op. cit.*, 13-14, secondo cui l'art. 15 della Direttiva rimpatri consentirebbe di prendere in esame, ai fini del trattenimento, «le situazioni indicate dall'art. 14 T.U. Imm. solo purché queste si accompagnino in concreto ad un rischio di fuga o a un contegno non collaborativo dello straniero nella preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento [...]». In questo senso anche A. NATALE, *op. cit.*, 15. La tesi non può essere accolta dal momento che le situazioni di diritto interno, prima ancora che strutturalmente, si presentano come ontologicamente incompatibili con i presupposti della Direttiva rimpatri. Non si vede come il prestare soccorso allo straniero, l'effettuare accertamenti sulla sua identità o nazionalità, l'acquisire documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, il mancato possesso di un passaporto o altro documento equipollente, in corso di validità, la mancanza di documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere rintracciato, il non avere rispettato il termine per la partenza volontaria o il divieto di reingresso nel territorio dello Stato senza autorizzazione, susseguente a pregressa espulsione, ovvero il rispetto della consegna del passaporto o altro documento valido, la mancata dimostrazione di una

In sintesi, il trattenimento del migrante potrà essere disposto solo ed esclusivamente in seguito alla inosservanza delle misure dell'obbligo di presentazione o di dimora preventivamente eseguite dalla pubblica amministrazione e convalidate dal giudice di pace secondo quanto prescrive l'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm. o in presenza di dichiarazioni mendaci<sup>77</sup>.

---

disponibilità economica derivante da fonte lecita sufficiente per un importo proporzionato al tempo concesso per la partenza volontaria, e, infine, la mancata consegna del passaporto possano essere considerate situazioni *a priori* legittime, cui affiancare, in concreto, il pericolo di fuga o un comportamento dello straniero che evita od ostacola la procedura espulsiva. Trattasi, invero, di ipotesi in contrasto insanabile con i presupposti della Direttiva rimpatri cui discende l'obbligo in capo alla pubblica amministrazione, secondo i dettami espressi da Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389 e agli organi giurisdizionali interni di disapplicare la normativa italiana incompatibile, applicando, in via residuale, solo quelle disposizioni interne rispettose della sistematica europea. Cfr. F. VIGANÒ, L. MASERA, *op. cit.*, 30-31, i quali, autorevolmente, sottolineano: «sino a che, dunque, il legislatore non avrà adeguato il sistema complessivo delle espulsioni alla normativa comunitaria, i giudici di pace non potranno che constatare l'insanabile contrasto tra la disciplina interna e quella sovranazionale, riconoscendo direttamente al cittadino extracomunitario quei diritti che il legislatore interno – in contrasto con i propri doveri internazionali – si ostinasse in ipotesi a non riconoscere».

<sup>77</sup> La possibilità di una estensione analogica delle disposizioni interne che prevedono misure alternative (la consegna del passaporto, l'obbligo di presentazione, l'obbligo di dimora) verrà affrontata nel prosieguo. Per il momento sia sufficiente notare come l'interpretazione proposta nel testo riduca notevolmente, ad assetto normativo invariato, l'utilizzo in via diretta ed immediata del trattenimento. Una volta isolate le uniche ipotesi in presenza delle quali è applicabile, da parte dell'autorità di polizia, il trattenimento dello straniero all'interno di un CPR, queste presentano in chiave residuale la misura detentiva, coerentemente con il principio della inviolabilità della libertà personale, in quanto applicabile solo in caso di trasgressione da parte dello straniero dell'obbligo di presentazione o di dimora, preventivamente applicate dalla pubblica amministrazione e convalidate dal giudice di pace secondo le cadenze dell'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm., ovvero in presenza di un mendacio da parte dello straniero. Questa lettura, come si avrà modo di argomentare, amplia i poteri del giudice in sede di convalida del trattenimento, garantendo, in analogia con quanto dispone l'art. 391, comma 5 c.p.p., non solo la possibilità di controllare la legittimità della misura detentiva, bensì anche di valutare, contestualmente, sulla base delle motivazioni adottate dalla pubblica amministrazione in riferimento alla concreta vicenda storica, la ricorrenza dei presupposti per l'applicazione delle misure alternative di cui sopra, o, in subordine l'immediata liberazione dello straniero. In questa direzione, si legittima una visione "europeista" della normativa interna. Nel diritto italiano, come è noto, la partenza volontaria è una misura eccezionale, subordinata all'assenza di determinate condizioni e purché richiesta dal migrante. Per recuperare quel principio di necessità del trattenimento come prescrive la Direttiva rimpatri, logica conseguenza è la possibilità, in capo all'autorità di polizia, di applicare direttamente le misure della consegna del passaporto, o altro documento equipollente valido, dell'obbligo di presentazione o di dimora, la cui trasgressione, combinata con i requisiti del pericolo di fuga o di un comportamento gravemente "ostruzionistico" dello straniero, autorizzano la pubblica amministrazione ad adottare il trattenimento.

Per contro, le situazioni interne diverse da quelle ora esaminate, potranno venire in rilievo quali difficoltà nello svolgimento della procedura di rimpatrio o di allontanamento superabili, laddove la libera circolazione dello straniero non assuma idonee garanzie, tramite l'imposizione di misure prescrittive quali, la consegna del passaporto, l'obbligo di presentazione o di dimora<sup>78</sup>.

A questo proposito, e tralasciando l'approfondimento in merito all'obbligo in capo alla pubblica amministrazione nello svolgimento della sua attività di immediata applicazione della normativa europea<sup>79</sup>, occorre analizzare i poteri del giudice di pace in sede di giudizio di convalida della misura detentiva.

### 3. *Il Cappellaio e Alice: ovvero della Costituzione e dei processi cameral-sommari di natura contenziosa*

Esigenze di speditezza e semplificazione formale<sup>80</sup> hanno consigliato al legislatore l'adozione di una procedura camerale, davanti al giudice di pace<sup>81</sup>, per il

<sup>78</sup> Avuto riguardo all'identità strutturale delle misure previste nel t.u. imm. rispetto alle omologhe del codice di procedura penale, può tornare utile quanto scrive F. CORDERO, *op. cit.*, 503, secondo cui le cautele diverse dalla custodia in carcere od ospedaliera, sarebbero «meglio denominabili "prescrittive"», in quanto «impongono obblighi all'imputato: l'intervento coattivo qui appare eventuale, come cattura del trasgressore, qualora il giudice la ordini, reputando necessaria una custodia».

<sup>79</sup> Cfr. Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389.

<sup>80</sup> In questi termini, Corte cost., 14-26 febbraio 2002, n. 35 che, dichiarando la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 3, 4 e 5, d.lgs. n. 286 del 1998 in riferimento agli artt. 3, 10, 13, 24 e 111 Cost., sollevata dal Tribunale di Milano con le ordinanze iscritte dal n. 345 al n. 347 e dal n. 615 al n. 624 del registro delle ordinanze 2001 e pubblicate in Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 20 e 34, 1ª serie speciale dell'anno 2001, ha riconosciuto la piena legittimità costituzionale, in quanto frutto di una scelta non irragionevole, della procedura camerale per il giudizio di convalida del trattenimento disposto dal questore.

<sup>81</sup> Numerose le critiche della dottrina in merito al trasferimento di competenza, dal Tribunale ordinario al Giudice di Pace, avvenuta con la l. n. 271 del 2004 e alla previsione di una procedura camerale *ex artt.* 737 ss. c.p.c. in materia di libertà personale. Cfr., per tutti, A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione*, cit., 57; A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus*, cit., 18-19; ID., *Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà dagli arresti*, cit., 19-26; D. LOPRIENO, *op. cit.*, § 8; È. MARZADURI, *op. cit.*, 22; M. MASSENZ, *L'estensione dei poteri del giudice in sede di convalida del trattenimento: profili di costituzionalità in relazione all'art. 13 Cost.*, in *Stranieri tra i diritti: trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin, Torino, 2001, 140; M. PIERDONATI, *op. cit.*, 247; R. ROMBOLI, *Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione*, cit., 2709; ID., *Legittimità costituzionale dell'accompagnamento*

giudizio di convalida del trattenimento disposto con provvedimento questorile<sup>82</sup>.

Non è possibile, in questa sede, soffermarsi sulla natura giuridica della c.d. volontaria giurisdizione<sup>83</sup>, se, in particolare, costituisca un'attività amministrativa<sup>84</sup> o giurisdizionale in senso stretto<sup>85</sup>. Preme rilevare, invece, come l'uso alternativo del modello camerale *ex artt.* 737 ss. c.p.c., esteso a controversie su diritti

---

*coattivo alla frontiera*, cit., 15; G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri*, cit., 65; ID., *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., 98.

<sup>82</sup> L'art. 14, commi 3 e 4, t.u. imm., incidendo il trattenimento sulla libertà personale, risulta modellato sulle cadenze temporali imposte dall'art. 13, terzo comma, Cost.

<sup>83</sup> Per tutti, E. ALLORIO, *Saggio polemico*, cit., 487 ss.; A. CARRATTA, *I procedimenti camerale-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/1992, 1049 ss.; ID., *La procedura camerale come «contenitore neutro» e l'accertamento dello «status» di figlio naturale dei minori*, in *Giur. it.*, I, 1996, 1300 ss.; ID., *Provvedimenti camerale-sommari, «decisorietà» e ricorso per cassazione: fra nuove riforme e vecchi problemi*, in *Fam. dir.*, 2/2007, 128 ss.; ID., voce *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. Ann.*, II, Milano, 2008, 877-893; ID., voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, cit., 928 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, a cura di A. Carratta, Torino, 2012, 385 ss.; L. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, 20; A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 ss. c.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1990, 407 ss.; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, Torino, 2010, 95 ss.; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, a cura di C. Punzi, Padova, 1980, 270, 798 ss.

<sup>84</sup> Insuperate le pagine di E. ALLORIO, *Saggio polemico*, cit., 498 ss., il quale desume la natura amministrativa dei c.d. procedimenti in camera di consiglio avuto riguardo agli effetti e non anche ai fini dell'amministrazione e giurisdizione *tout court*. Identificando la giurisdizione con l'effetto dichiarativo e, dunque, con la cosa giudicata, Allorio considera la giurisdizione volontaria come attività amministrativa in quanto inidonea al giudicato. Un simile passaggio logico consente all'Autore di escludere l'operatività, per via analogica, delle «norme del diritto processuale» in generale ai procedimenti in camera di consiglio. Questo ragionamento viene ancorato, inoltre, su un dato di notevole importanza, fatto proprio dalla dottrina successiva, ovvero la circostanza per cui la volontaria giurisdizione non ha ad oggetto diritti soggettivi bensì «situazioni meno definite, riconducibili alla figura degli interessi legittimi o degli interessi semplici» (così, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 385). Tale impostazione ha assunto, in maniera condivisibile, i connotati di un *leitmotiv* nella critica alla espansione del modello camerale *ex artt.* 737 ss. c.p.c. anche in ambiti legati a veri e propri diritti soggettivi. Cfr., oltre gli scritti di Carratta sopra citati, L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino, 2011, 155 ss.

<sup>85</sup> In questi termini, ad esempio, S. SATTA, *op. cit.*, 801, secondo cui, altrimenti, «non si saprebbe [...] come chiamare questo fatto tipico dell'ordinamento che si realizza per opera del giudice in un civile rapporto». Cfr. anche A. CARRATTA, voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, cit., 934, il quale fa notare, correttamente, come l'attribuzione al giudice civile di funzioni non contenziose «allarga l'ambito delle tutele a questi affidate, ma non ne snatura affatto [...] l'essenza stessa della funzione giurisdizionale, che continua ad essere quella di *jus dicere* per il caso concreto [...]»; C. PUNZI, *op. cit.*, 100-101.

soggettivi e *status* (c.d. procedimenti camerali contenziosi) non possa tradursi in una sorta di truffa di disciplina (prima ancora che di etichette) implicante una accezione ristretta, limitata, di quel concetto di riserva di giurisdizione che l'art. 13, secondo comma, Cost. pone a tutela della libertà personale<sup>86</sup>.

Le argomentazioni sviluppate dalla migliore dottrina volte a sostenere l'incompatibilità strutturale, oltre che funzionale, della procedura camerale con la materia contenziosa<sup>87</sup>, sembrerebbero messe in crisi proprio dalla normativa sul trattenimento del migrante irregolare nei centri di permanenza per i rimpatri, oltre che da un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità che enfatizza l'idea del procedimento camerale come contenitore neutro<sup>88</sup> in grado di adattarsi a qualunque tipologia di situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento giuridico<sup>89</sup>.

Il testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione, sia pure incidendo, con il trattenimento, sull'ambito di validità dell'art. 13, secondo comma, Cost.<sup>90</sup>, e dunque sul diritto soggettivo della libertà

<sup>86</sup> Già sotto il vigore della normativa degli anni 2000, A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa*, cit., 57, notava come l'individuazione di una «procedura leggera come quella in esame, caratterizzata da un tasso di garantismo neanche paragonabile a quello proprio delle ben più rigorose procedure previste dagli artt. 291 e ss. e dagli artt. 309 e ss. c.p.p., sembra in netto contrasto non solo con il principio di uguaglianza, ma anche con il diritto di difesa dello straniero». La giurisprudenza italiana sembra orientata nel senso di un controllo giurisdizionale effettivo e di merito sui provvedimenti della pubblica amministrazione (almeno per quanto concerne la proroga del trattenimento all'interno di un CPR). Cfr. Cass., Sez. VI civ., 23 settembre 2015, n. 18748; Cass., Sez. III pen., 4 novembre 2015, n. 48948; Cass., Sez. VI civ., 14 maggio 2013, n. 11451, in *www.italgiure.giustizia.it* (ultimo accesso 12.04.2017). In questo senso anche *A. v. Australia*, Comunicazione n. 560/1993, UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997); *Bakhtiyari v. Australia*, Comunicazione n. 1069/2002, UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002 (2003) nonché in Corte EDU, Grande Camera, 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, cit., l'opinione parzialmente dissidente comune ai giudici Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann e Hirvelä. Per una panoramica sull'orientamento della Cassazione in tema di poteri cognitivi e decisori del giudice di pace in sede di convalida, si veda G. SAVIO, *I trattenimenti nei C.I.E. alla prova delle giurisdizioni*, cit., 74-84.

<sup>87</sup> Cfr. A. CARRATA, voce *Processo camerale*, cit., 937.

<sup>88</sup> Orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto l'avallo della Sezioni unite con la famosa sentenza Cass., Sez. un. civ., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Giur. it.*, 1/1996, 1290 ss. con nota critica di A. Carrata.

<sup>89</sup> Legittimo nei limiti in cui non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e l'opzione legislativa non sia viziata da irragionevolezza. In questi termini Corte cost., 30 giugno 1988, n. 748. Per un quadro approfondito delle soluzioni offerte dalla dottrina volte a superare le indubbie criticità di modelli processuali a cognizione sommaria su diritti soggettivi e *status*, cfr. A. CARRATA, voce *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, cit., 885 ss.; ID., voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, cit., 936 ss.

<sup>90</sup> Così Corte cost., 22 marzo-10 aprile 2001, n. 105.

personale, ha però superato il vaglio di legittimità a seguito dell'intervento della Corte costituzionale proprio con riferimento alla procedura camerale<sup>91</sup>.

Appellarsi, ancora oggi, all'incostituzionalità della normativa interna per contrasto con le disposizioni sul giusto processo se, da un lato, manifesta indubbe capacità evocative di una disciplina nazionale irrispettosa del principio di uguaglianza formale dall'altro, però, ha avuto ripercussioni gravissime sterilizzando, con le dovute eccezioni, il dibattito giurisprudenziale sul potere di controllo, formale e sostanziale, del giudice della convalida<sup>92</sup>. In ossequio all'indirizzo prevalente che ritiene "non irragionevole" lo strumento camerale *ex artt. 737 ss. c.p.c.* in materia di diritti soggettivi o di *status*<sup>93</sup>, appare, dunque, necessaria una estensione dei principi e criteri direttivi ivi sanciti anche alla fase giurisdizionale della convalida del trattenimento<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Corte cost., 14-26 febbraio 2002, n. 35.

<sup>92</sup> Si veda la ricerca sulla giurisprudenza del Giudice di Pace di Bari in materia di convalide e proroghe del trattenimento pubblicata da G. CAMPESI, *I Centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale*, cit., 221-244, in cui si evidenzia come «i provvedimenti adottati dalle prefetture riportino nella totalità dei casi un elenco di circostanze che replicano fedelmente quelle previste dal dettato normativo». Siamo in presenza, dunque, di provvedimenti questorili già illegittimi rispetto al sistema interno delle motivazioni che incombono sulle autorità amministrative. Sistema interno che poggia sull'art. 3, l. n. 241 del 1990, che pone l'obbligo di motivazione sia in fatto sia in diritto, appunto, per ogni provvedimento della p.a. che non assuma i caratteri di atto normativo o non abbia un contenuto generale. Cfr. l'importante sentenza del Tribunale di Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, cit., 14, che ha ritenuto illegittimo alla stregua dell'art. 15 della Direttiva n. 115 del 2008 il provvedimento del questore di Reggio Calabria che aveva disposto il trattenimento di un immigrato marocchino, proprio in quanto privo di motivazione. Le statistiche riportate sono veramente sconcertanti. Non è ben chiaro il motivo per il quale la giurisprudenza dei giudici pugliesi sia così refrattaria ad assumere un effettivo controllo sugli atti questorili. Certo è che fino a quando l'unico filtro di legittimità e di merito dell'operato della p.a. manifesti la volontà politica di non sanzionare le illegittimità dell'autorità di polizia, la c.d. Ragion di Stato continuerà a prevalere sulla dignità e libertà del soggetto *in vinculis* concretizzando quella cultura inquisitoria, portatrice di "nero pessimismo", autorevolmente contestata, sia pure ad altri fini, da F. CORDERO, *op. cit.*, 471.

<sup>93</sup> Cass., Sez. un. civ., 19 giugno 1996, n. 5629, cit.; Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1; Corte cost., 29 maggio 2009, n. 170.

<sup>94</sup> Già con le Sezioni unite della Cassazione, sentenza n. 5629 del 1996, si era raggiunta la "certezza", mai smentita dagli indirizzi successivi, secondo cui la produzione normativa «in favore del modello di giurisdizione volontaria, ispirata a ragioni di immediatezza e di concentrazione, non toglie che, in materia di diritti o *status*, lo stesso legislatore ordinario debba rispettare quel minimo di garanzie procedurali in funzione della struttura del rapporto in contestazione» comportando, questo, una espansione della giurisdizione volontaria che «si allontana dal precedente rito camerale per ammantarsi di forme tipiche del giudizio ordinario». Pur condividendo le critiche manifestate da A. CARRATTA,

A questo proposito, l'attuazione del giusto processo non potrà che avvenire per via interpretativa<sup>95</sup>, valorizzando proprio quel potere "creativo" dell'attività giurisdizionale camerale che è assurdo, da sempre, a contraltare del dovuto processo legale a tutela dei diritti soggettivi o *status*. Attività creativa del giudice della convalida che, necessariamente, assumerà

---

*Provvedimenti cameral-sommari*, cit., 132-133, questi criteri direttivi affermati dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Corte costituzionale devono, sia pure *oborto collo*, essere utilizzati dall'interprete onde evitare al migrante irregolare destinatario di un provvedimento restrittivo della libertà personale un trattamento peggiore rispetto al procedimento penale, stante la medesimezza della "posta in gioco" (*id est*, la libertà personale).

<sup>95</sup> Come riporta C. PUNZI, *op. cit.*, 98, Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, aveva «attribuito ai giudici di merito il compito di interpretare le norme in modo da evitare qualsivoglia contrasto con la Costituzione». Sul punto merita un accenno l'impostazione di A. CARRATTA, voce *Processo camerale*, cit., 952 ss., il quale, dopo avere constatato la presenza di procedimenti in camera di consiglio attinenti alla tutela propriamente contenziosa, opera una suddivisione degli stessi in processi «con funzione non decisoria, ma ordinatorio-esecutiva» e processi «con funzione decisoria». Per quanto riguarda il primo tipo normativo, risulta tale quel processo camerale che «non risponda affatto all'esigenza di ottenere l'accertamento in maniera incontrovertibile di un diritto soggettivo o *status*, quanto a quella di pervenire alla pronuncia di un provvedimento con funzione meramente ordinatorio-esecutiva». Diverso, invece, il discorso per il modello camerale con funzione decisoria, laddove per "decisorietà" deve intendersi quel processo in cui oggetto della decisione sia la tutela giurisdizionale di diritti soggetti o *status*, decisione finale, si badi, con forza di giudicato, ovvero incontrovertibile ed immutabile (per questa definizione, cfr. A. CARRATTA, *I procedimenti cameral-sommari*, cit., 1057). Ebbene, proprio quest'ultimo schema processuale rivelerebbe, più di ogni altro, l'incompatibilità con la normativa costituzionale in tema (soprattutto) di "giusto processo", stante la «scheletrica disciplina» degli artt. 737 ss. c.p.c. caratterizzata da una sorta di "delegificazione" «a favore dell'opera «creativa» del giudice». Per l'Autore, la soluzione più convincente in ambito di processo cameral-contenzioso con funzione decisoria sarebbe quella legata ad una interpretazione restrittiva delle espressioni utilizzate dal legislatore con riferimento a materie contenziose (ad esempio, «il tribunale provvede in camera di consiglio» e formule analoghe). «Secondo una simile impostazione la portata precettiva del richiamo al processo camerale va limitata alle sole «regole d'ordine» (forma dell'atto introduttivo, trattazione collegiale, soppressione dello scambio delle conclusioni e della pubblica udienza) e non estesa anche a quelle sulla trattazione e l'istruzione». In proposito, sembra che l'Autore abbia "superato" le precedenti conclusioni rassegnate nello scritto *I procedimenti cameral-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale* del 1992, in cui, sempre in tema di procedimenti camerali (contenziosi) decisori, sentenziava, drasticamente, come «*tertium non datur*: o si procede ad una integrazione «al massimo» in via interpretativo-analogica del processo ordinario, che permetta di avere il dovuto processo legale [...] oppure, quale *extrema ratio*, si solleva eccezione di legittimità costituzionale». Ebbene, proprio la via dell'interpretazione analogica deve essere percorsa anche in materia di procedimenti cameral-sommari, di natura contenziosa, con funzioni non decisorie, cui sembra inevitabile ricomprendere il giudizio di convalida del trattenimento dello straniero in un CPR.

le vesti di una interpretazione *in bonam partem* delle disposizioni ordinarie e costituzionali<sup>96</sup>, per il tramite, soprattutto, della Direttiva 2008/115/CE. La disciplina codicistica, lungi dal presentarsi, *prima facie*, come modello scarno di tutela delle libertà dello straniero in custodia, potrebbe mostrare, per contro, le caratteristiche di uno schema processuale maggiormente favorevole, in cui l'assenza di vincoli ordinari alla cognizione ed acquisizione probatoria non risolve, negativamente, la figura del giudice a mero notaio dell'attività della pubblica amministrazione, bensì postuli un tipo di disciplina aperto in cui la discrezionalità giudiziaria assurga a sinonimo di partecipazione attiva, risolutiva e decisoria volta a conoscere *in toto* le ragioni limitative della libertà personale addotte dall'organo di polizia, i presupposti di queste ragioni, le concrete esigenze di una misura detentiva considerata da fonti euro-unitarie come strumento meramente residuale e proporzionato<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> Si pensi, ad esempio, all'attività istruttoria. Per A. CARRATTA, voce *Processo sommario* (*dir. proc. civ.*), cit., 888, l'art. 738, terzo comma, c.p.c. rappresenta una deroga espressa «al principio di tassatività dei mezzi di prova». A tale proposito, Corte cost., n. 35 del 2002, cit., ha sentenziato, a chiare lettere, come sia «ultronea» qualsiasi argomentazione volta ad escludere sufficienti poteri istruttori e di verifica del giudice della convalida. Il potere di assumere informazioni, ex art. 738, terzo comma, c.p.c., secondo la Corte, «è assai più ampio di quello attribuito al giudice all'art. 213 c.p.c., poiché non ha esclusivamente come destinatario una pubblica amministrazione ma può essere indirizzato nei confronti di qualsiasi soggetto pubblico o privato in grado di fornire elementi affidabili e postula che le risposte possano essere fornite con qualunque mezzo di comunicazione, compresi quelli più moderni e tecnologicamente avanzati, dei quali l'autorità giudiziaria, in procedimenti caratterizzati da speditezza e tuttavia concernenti la libertà personale, deve essere dotata». Abbiamo dunque una pronuncia della Consulta che autorizza l'esercizio più ampio possibile dei poteri istruttori in capo al giudice della convalida, sia per il tramite delle forme nominate del processo ordinario sia per forme atipiche di acquisizione probatoria. La tanto avversata discrezionalità giurisdizionale risulta valorizzata dalla Corte costituzionale a garanzia di una tutela piena, effettiva della libertà personale dello straniero. L'assenza di vincoli, caratteristica del procedimento camerale, non deve passare come filtro in negativo dei poteri giudiziari. In sintesi, non deve essere letta «al ribasso» delle garanzie per il destinatario della misura detentiva. Un conto è argomentare dalla illegittima inerzia che, nel quotidiano, caratterizza l'attività del giudice di pace in sede di convalida del trattenimento per giungere ad una critica (generale) del modello camerale-sommario, un altro, invece, è descrivere, già in via astratta, gli effettivi poteri dell'organo giudiziario per contestare poi le gravissime prassi di una magistratura onoraria governata, nella maggioranza, da una cultura inquisitoria e poliziesca, costituzionalmente illegittima. I due argomenti vanno tenuti rigorosamente distinti.

<sup>97</sup> Per Cass., Sez. VI civ., 23 settembre 2015, n. 1874, cit., in tema di proroga del trattenimento all'interno di un CPR, la detenzione amministrativa costituisce una misura di privazione della libertà personale realizzabile soltanto in presenza delle condizioni giustificative previste dalla legge «con l'ulteriore corollario che la motivazione del provvedimento giudiziale di convalida della proroga del trattenimento deve accertare la spe-

### 3.1. *Critica ai Patres sulla apoliticità dell'interpretazione. Humpty Dumpty, diritto alla salute e giudice della convalida*

La Direttiva 2008/115/CE, come già precisato, ha letteralmente rivoluzionato il sistema dell'allontanamento o rimpatrio del migrante irregolare. Il nuovo indirizzo politico ha posto le basi per una razionalizzazione del meccanismo espulsivo procedendo ad una inversione di rotta rispetto all'ordinamento nazionale italiano. L'istituto della partenza volontaria, infatti, assurge a strumento principale<sup>98</sup> di un arsenale (sanzionatorio) di misure, prescrittive (od obbligatorie) e detentive<sup>99</sup>, incidenti sulla libertà personale (*lato sensu* intesa) dello straniero, a disposizione dell'autorità di polizia e graduato secondo i criteri del minor sacrificio, della proporzionalità e residualità<sup>100</sup>.

A questo punto, tuttavia, la circostanza indubbiamente di maggiore interesse per l'interprete è rappresentata dal fatto che l'adeguamento del sistema interno al modello europeo, ferme le disposizioni nazionali più favorevoli<sup>101</sup>, può avvenire già ad assetto normativo invariato, senza la

---

cificità dei motivi adottati a sostegno della richiesta, nonché la loro congruenza rispetto alla finalità di rendere possibile il rimpatrio».

<sup>98</sup> Cfr. A. NATALE, *op. cit.*, 3-5; G. SAVIO, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., 99-100; F. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri*, in *Dir. imm. cit.*, 1/2013, 30.

<sup>99</sup> Che il trattenimento in un CPR sia una forma di detenzione è affermazione costante in letteratura. Cfr. A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa*, cit., 430 ss.; G. CAMPESI, *Lo statuto della detenzione amministrativa*, cit., 5; A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione*, cit., 24 ss.; A. MARLETTA, *op. cit.*, 603-604; A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa»*, cit., 576 ss. Risulta di notevole interesse la circostanza in base alla quale la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si riferisca, in maniera disinvolta, ad una medesima struttura immobiliare a volte come centro di accoglienza altre, invece, come luogo di detenzione, il tutto, si badi, in diverse proposizioni interne ad una medesima pronuncia. Così, ad esempio, Corte EDU, Grande Camera, 29 gennaio 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, cit. Per le organizzazioni internazionali, si veda il *Working Group of Administrative Detention*, 19 dicembre 1997, E/CN. 4/ 1998/44, § 38-39; Id., 18 dicembre 1998, E/CN. 4/1999/63; *Guida per operatori del diritto*, cit., 158. Cfr. anche *Parliamentary Assembly of the Council of Europe*, 11 gennaio 2010, doc. 12105, in *Assembly.coe.int*.

<sup>100</sup> Al riguardo la maggioranza della dottrina si è espressa denunciando l'illegittimità della normativa interna stante l'assenza di misure alternative al trattenimento in un CPR laddove, una volta disposto l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, non sia possibile, nell'immediatezza, farvi seguito. Fra i tanti, L. MASERA, *«Terra bruciata» attorno allo straniero*, cit., 79; A. NATALE, *op. cit.*, 14-15; M. PIERDONATI, *op. cit.*, 251, 266, 299; G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni*, cit., 42; F. SPITALERI, *op. cit.*, 30-31; F. VIGANÒ, L. MASERA, *op. cit.*, 567 ss.

<sup>101</sup> Come recita l'art. 4 della Direttiva 2008/115/CE.

(pretesa) necessità di un intervento legislativo sul punto.

Le osservazioni in questione assumono la consistenza di una constatazione positiva e negativa al contempo. Positiva in quanto il controllo svolto dal giudice di pace garantisce (*rectius*, potrebbe garantire) un margine di apprezzamento notevole sull'operato dell'amministrazione, ben potendo l'organo giurisdizionale stesso, proprio come avviene in sede di convalida delle misure precautelari del codice di procedura penale<sup>102</sup>, disporre la misura ritenuta più idonea in relazione alle circostanze del caso concreto allegate dall'autorità di polizia<sup>103</sup>. Negativa perché appartiene alla storia (legislativa) del nostro ordinamento, il mito di un Parlamento illuminato, di una normativa chiara e precisa a garanzia della certezza del diritto.

L'*extrema ratio* del trattenimento, quale principio politico di indirizzo europeo, in altri termini, diventa cogente solo per il tramite di una volontà, anch'essa politica, della magistratura onoraria<sup>104</sup>. Se, come è stato autore-

<sup>102</sup> Chiaro il riferimento agli artt. 390 e 391 c.p.p. in tema di convalida della misura dell'arresto o del fermo. Il rinvio all'art. 391, commi 5 e 6 c.p.p. sembra eluso dalla dottrina che si è espressa in ambito di giudizio di convalida. Cfr., per esempio, D. PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2013. L'Autrice, in un primo momento, constata l'assenza di misure coercitive meno afflittive del trattenimento nel modello di cui all'art. 14, t.u. imm., sostenendo, per contro, la necessità di «fare riferimento all'art. 7, comma 3 della direttiva 115/2008, che contempla, quali misure coercitive finalizzate ad impedire il pericolo di fuga del cittadino straniero, l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documento o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo» (2, nota 4). Quando poi descrive lo svolgimento del giudizio di convalida davanti al giudice di pace (8 ss.), pur evidenziando le analogie e differenze con la disciplina del codice di procedura penale in materia di convalida delle misure precautelari, non argomenta in merito alla concreta possibilità in capo all'organo giurisdizionale di disporre, sussistendo le condizioni, le misure alternative al trattenimento, limitandosi a sottolineare il duplice effetto del provvedimento di convalida, il quale «mira, da un lato, a ratificare l'operato dell'organo amministrativo e, dall'altro lato, a legittimare la restrizione della libertà personale per un periodo minimo di trenta giorni».

<sup>103</sup> Misura ritenuta più idonea che può concretizzarsi in un provvedimento che dispone l'immediata liberazione, l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente, l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato o la convalida del trattenimento in un CPR.

<sup>104</sup> Una premessa metodologica potrà chiarire gli sviluppi della tesi proposta. L'impostazione di cui al testo ha come presupposto teorico quell'indirizzo che vede nella interpretazione giuridica un'attività creativa, politica, sempre analogica e mai (solo) sussuntiva. Il punto di partenza è rappresentato dal dogma della necessaria non sovrapposibilità fra il concetto di disposizione e quello di norma. Facendo proprie le argomentazioni in base alle quali una medesima disposizione, e cioè una proposizione linguistica, non abbia sempre e solo un significato, e, dunque, sia produttiva di una sola norma, in questo senso può dirsi creativa

volmente sottolineato, il fenomeno giuridico culmina nella fissazione di regole di condotta<sup>105</sup>, non può che essere il giudice della convalida, nella materia *de qua*, a regolamentare (e sanzionare) l'attività della pubblica amministrazione inosservante delle prescrizioni imposte dalla Direttiva europea 2008/115/CE.

In sintesi, paiono due le strade percorribili: (in via diretta) l'applicazione delle disposizioni europee che prevedono misure alternative al trattenimen-

---

(in senso lato) l'attività interpretativa: nell'atto di decidere, l'interprete sceglie il significato della disposizione all'interno di un ventaglio di norme e, una volta effettuata la scelta, crea la regola del caso concreto. Trattasi, però, solo di una creazione in senso lato in quanto polarizzata intorno all'idea della norma individuale quale entità autonoma formalizzata dal giudice nell'atto decisionale. Ma come evidenziato da E. BULYGIN, *Los jueces ¿crean derecho?*, in *Isonomía*, 18, 2003, 12-14, una simile operazione è solo apparentemente creativa, manifestandosi al più come attività deduttiva di una norma individuale entro gli schemi di una norma generale. In merito alle effettive pratiche di creazione del diritto ad opera dei giudici, oltre il saggio di Bulygin, cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 325 ss.

La politicità dell'interpretazione è conseguenza diretta della sopra accennata distinzione fra enunciato linguistico e norma. Se una formulazione linguistica è suscettibile di più (e diverse, contrastanti) interpretazioni, allora l'opzione argomentativa a favore di una od altre norme è una scelta discrezionale, condizionata dagli interessi pratici, dall'idea di giustizia, dalla accettabilità delle diverse decisioni entro la cultura giuridica esistente nonché dalle elaborazioni concettuali dei giuristi teorici [in questi termini, R. GUASTINI, *Il realismo giuridico ridefinito*, in *Revues.org*, 19/2013, 100]. Attività politica, dunque, come sinonimo di atto decisorio, volontario e mai conoscitivo o dichiarativo di un *quid* (meglio, di un *significato*) preesistente (cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 63-64, secondo cui «prima dell'attività dell'interprete, del documento oggetto dell'interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa sia o quali norme siano»).

Infine, il carattere analogico dell'interpretazione è il precipitato diretto dell'idea di ordinamento giuridico come sistema di norme. Accolta la tesi secondo cui le singole proposizioni linguistiche di un testo scritto non si presenterebbero come monadi chiuse, bensì come frammenti di un insieme organico, la c.d. interpretazione sistematica che lega il fatto storico al testo ed al contesto normativo è essa stessa analogia, manifestandosi l'accadimento concreto, di per sé, come fatto irripetibile ed individuale, sussumibile entro le maglie della fattispecie astratta non in via diretta, bensì, appunto, in via analogica, tramite un giudizio di comparazione strutturale con il nucleo (strutturale anch'esso) della proposizione linguistica che, per contro, nell'ottica di chi la emana, si presenta come generale e astratta. Chiaro, pertanto, come sottolinea Antonio Gambaro nella prefazione alla ristampa del fondamentale scritto di R. SACCO, *op. cit.*, XIX, che «la possibilità che la legalità non sprofondi del tutto è collegata al ruolo dell'interprete e non già alla struttura del linguaggio».

Contro la logica "humptidumpiana" (da Humpty Dumpty, personaggio dell'opera di L. CARROLL, *Attraverso lo specchio e quel che Alice vi trovò*, 1871) espressione dello scetticismo interpretativo, si veda U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, cit., 566-574.

<sup>105</sup> In questi termini, A. BURDESE, M. GALLO, *op. cit.*, 365.

to<sup>106</sup> oppure l'interpretazione analogica dell'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm.<sup>107</sup>.

Breve: la fase processuale interessata è quella susseguente all'applicazione del trattenimento dello straniero irregolare in un CPR disposto con atto motivato del questore, valutate le esigenze cautelari di cui all'art. 14, comma 1, t.u. imm.<sup>108</sup>.

<sup>106</sup> Cfr. l'art. 7, Direttiva 2008/115/CE, che, riguardo alla partenza volontaria, autorizza l'imposizione di obblighi «diretti a evitare il rischio di fuga», come l'obbligo di presentazione, di dimora, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata o la consegna di documenti. Si veda anche l'art. 9, § 3, sempre della Direttiva 2008/115/CE.

<sup>107</sup> «Nei casi in cui lo straniero è in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e l'espulsione non è stata disposta ai sensi dell'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c), del presente testo unico o ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, il questore, in luogo del trattenimento di cui al comma 1, può disporre una o più delle seguenti misure [...]», ovvero consegna del passaporto, obbligo di dimora e obbligo di presentazione. *In primis*, le ipotesi di espulsione di cui al richiamato articolo sono, nella sostanza, quelle disposte per motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale; quelle disposte nei confronti di soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali o sospetti terroristi. L'articolo prosegue, inoltre, stabilendo un procedimento analogo a quello previsto per il trattenimento, ovvero comunicazione del provvedimento questorile che applica la misura cautelare entro 48 ore (dalla notifica all'interessato) al giudice di pace competente per territorio il quale, a sua volta, se ne ricorrono i presupposti, dispone con decreto la convalida nelle successive 48 ore.

Come sottolinea A. NATALE, *op. cit.*, 12, le misure previste all'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm., «consistono nelle stesse misure già considerate» nell'art. 13, comma 5.2, t.u. imm. (quest'ultimo, però, contempla, in aggiunta, la previsione dell'obbligo, in capo allo straniero irregolare, di dimostrare al questore una disponibilità economica sufficiente, derivante da fonte lecita, per un importo proporzionato al termine concesso). La scelta a favore di una estensione analogica della disposizione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 14, anziché delle misure previste all'art. 13, comma 5.2, è frutto di una lettura sistematica. L'art. 14, comma 1-*bis*, infatti, trova applicazione quando il cittadino straniero «non merita la concessione di un termine per la partenza volontaria» (*ibidem*), la quale, a sua volta, può essere autorizzata solo ove non sussistano le condizioni di cui all'art. 13, comma 4, t.u. imm., quelle, cioè, in presenza delle quali viene disposta l'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Come affrontato in precedenza, uno dei presupposti dell'accompagnamento coattivo alla frontiera è il rischio di fuga (definito all'art. 13, comma 4-*bis*, t.u. imm.), ovvero proprio quella condizione (non la sola) legittimante il trattenimento dello straniero in un CPR (cfr. gli artt. 13, comma 5-*bis* e 14, comma 1, t.u. imm.). Quindi, se l'istituto della partenza volontaria, nel sistema interno, si presenta come provvedimento eccezionale, residuale rispetto alla misura (ed ai presupposti) della detenzione amministrativa, il riferimento al comma, 1-*bis* dell'art. 14, t.u. imm., ai fini di una possibile estensione analogica, sembra preferibile.

<sup>108</sup> Come visto *supra*, § 2.1, una lettura sistematica della normativa europea e delle disposizioni interne dovrebbe consentire il superamento dell'antinomia derivante dall'incompatibilità delle situazioni previste nel t.u. imm. legittimanti il trattenimento con quelle prescritte, invece, nella Direttiva 2008/115/CE. In sintesi e rimandando a quanto osservato in precedenza,

*Leitmotiv* ricorrente è la mancata predisposizione nell'organigramma del t.u. imm., già in prima battuta, di misure alternative al trattenimento<sup>109</sup>. L'art. 14, comma 1-*bis* che disciplina l'esecuzione dell'espulsione, subordina, infatti, la concessione di uno (o più) dei provvedimenti di cui alle lettere

la misura detentiva potrebbe essere applicata, già in ambito amministrativo dall'autorità di polizia, solo per fronteggiare una precedente inosservanza dell'obbligo di presentazione o di dimora ovvero nel caso di dichiarazioni mendaci dello straniero irregolare, purché accompagnate, queste situazioni, dal presupposto del pericolo di fuga o di comportamento (imputabile allo straniero) che evita od ostacola l'allontanamento o il rimpatrio. Le ipotesi interne, diverse da quelle appena esaminate, possono rilevare solo quali difficoltà per la pubblica amministrazione nel dare seguito alla procedura espulsiva superabili, a loro volta, con l'imposizione delle misure obbligatorie quali la consegna del passaporto, l'obbligo di presentazione o di dimora, proprio come prescrive l'art. 9, § 3, Direttiva 2008/115/CE, secondo cui «ove sia disposto il rinvio dell'allontanamento a norma dei paragrafi 1 e 2, al cittadino di un paese terzo interessato possono essere imposti gli obblighi di cui all'art. 7, paragrafo 3». Per quello che interessa in questa sede, il § 2, lettera *b*), dell'art. 9, stabilisce che gli Stati membri possono rinviare l'allontanamento tenendo conto delle ragioni tecniche, come, per esempio, l'assenza di mezzi di trasporto o il mancato allontanamento a causa dell'assenza di identificazione. Ipotesi, queste, da fronteggiare solo per il tramite delle misure dell'obbligo di presentazione, di dimora, di consegna di documenti o di costituire una garanzia finanziaria (art. 7, § 3, Direttiva 2008/115/CE).

In altri termini, i passaggi che dovrebbe compiere la pubblica amministrazione, secondo questa impostazione, si presenterebbero nei seguenti termini: nelle situazioni legate alla necessità di prestare soccorso allo straniero, di effettuare accertamenti sulla sua identità, di acquisire documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, ovvero al mancato possesso di passaporto, o di una documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio, il non aver rispettato il termine per la partenza volontaria o il divieto di reingresso in assenza di autorizzazione, il non aver rispettato l'obbligo di consegna del passaporto, o, in ultima analisi, il non avere dimostrato una disponibilità economica (in caso di partenza volontaria), il questore, laddove la libera circolazione dello straniero non offra adeguate garanzie, dovrà, preliminarmente, applicare (in via gradata e, se necessario, cumulativa) le misure della consegna del passaporto o altro documento valido (se in possesso dello straniero), dell'obbligo di presentazione ed infine di dimora. Provvedimenti, questi, da trasmettere, secondo le scadenze tipiche delle misure restrittive della libertà personale (*lato sensu* intesa), al giudice di pace competente per la relativa convalida. In seguito alla convalida giurisdizionale, qualora lo straniero irregolare non rispetti gli obblighi imposti o, se richiesto, dichiarati false generalità, il tutto accompagnato da una prognosi (da motivare in fatto da parte dell'autorità di polizia) di pericolo di fuga o di comportamento imputabile allo straniero che evita od ostacola in modo grave (tale, cioè, da creare una situazione non altrimenti superabile) la procedura di espulsione, il questore potrà disporre il trattenimento in un CPR, che dovrà, a sua volta, essere convalidato sempre dal giudice di pace territorialmente competente.

<sup>109</sup> Da ultimo, cfr. M. PIERDONATI, *op. cit.*, 251, 266, secondo cui «andrebbe pertanto esplicitato nell'ambito del t.u. imm. (in particolare nel corpo dell'art. 14), con la massima precisione e chiarezza, che l'adozione da parte del questore di strumenti alternativi e meno "invasivi" rispetto all'istituto del trattenimento [...] è obbligatoria e non, come ora, puramente discrezionale [...]».

a), b) e c), ovvero, rispettivamente, la consegna del passaporto o altro documento valido, l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato e l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente, alle ipotesi in cui il migrante sia in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e l'espulsione non sia stata disposta per motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale (art. 13, comma 1, t.u. imm.) ovvero nei confronti di un soggetto appartenente alla categoria dei destinatari delle misure di prevenzione antimafia personali e patrimoniali [art. 13, comma 2, lettera c), t.u. imm.] o di un soggetto sospetto terrorista (art. 3, comma 1, d.l. n. 144 del 2005, convertito dalla l. n. 155 del 2005).

La Direttiva 2008/115/CE, per contro, elenca diversi strumenti coercitivi (di natura obbligatoria) che gli Stati membri dovrebbero introdurre sia in ipotesi di partenza volontaria (art. 7, § 3) sia in caso di allontanamento (artt. 8, § 4 e 9, § 3)<sup>110</sup>, presentando la detenzione amministrativa come misura eccezionale e residuale.

A questo punto, la situazione assume contorni ben delineati. L'incompatibilità tra gli enunciati della Direttiva rimpatri e quelli del t.u. imm., genera un conflitto fra norme eterogenee, ovvero appartenenti a gradi diversi nella gerarchia<sup>111</sup> delle fonti, superabile attraverso il criterio della

<sup>110</sup> È necessario precisare che, nel sistema europeo, il "rimpatrio" viene definito come «il processo di ritorno di un cittadino di un paese terzo, sia in adempimento volontario di un obbligo di rimpatrio sia forzatamente [...]» (art. 3, n. 3), mentre l'"allontanamento" come «l'esecuzione dell'obbligo di rimpatrio, vale a dire il trasporto fisico fuori dallo Stato membro» (art. 3, n. 5). Il riferimento alla partenza volontaria non deve trarre in inganno. L'art. 9, § 3, Direttiva 2008/115/CE, rimanda alle misure obbligatorie di cui all'art. 7, § 3, nel caso in cui sia disposto il rinvio dell'allontanamento a norma dei paragrafi 1 [qualora violi il principio di *non-refoulement* (lettera a); per la durata della sospensione concessa ai sensi dell'art. 13, § 2 (lettera b)] e 2 [qualora circostanze specifiche di ciascun caso lo rendano opportuno. A titolo esemplificativo, condizioni fisiche o mentali (lettera a); ragioni tecniche come l'assenza di mezzi di trasporto o l'assenza di identificazione (lettera b)]. Quanto previsto nella lettera b) del § 2, presenta analogie con molte delle ipotesi nazionali in presenza delle quali può disporsi il trattenimento (ovvero situazioni in cui non risulti possibile concedere allo straniero irregolare un termine per la partenza volontaria).

<sup>111</sup> Sulla crisi del modello (kelseniano) gerarchico e sulla necessaria affermazione, per contro, di uno schema reticolare delle fonti del diritto, si veda, senza pretesa di esaustività, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 145 ss.; ID., *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 6/2003, 1808-1822, spec. 1814-1815.

disapplicazione (*rectius*, non applicazione)<sup>112 113</sup>. La non applicazione della normativa interna, in questo caso, implica, direttamente o indirettamente, una sostituzione di disciplina<sup>114</sup> in riferimento ad una medesima fattispecie, appunto, oggetto di normazioni produttive di conseguenze incompatibili.

Trattasi dunque di un'antinomia gerarchica sanabile, per via interpretativa<sup>115</sup>, dal giudice della convalida<sup>116 117</sup>, al quale compete, non solo, il potere di controllare e verificare la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 14, t.u. imm.<sup>118</sup>, bensì, anche, di provvedere direttamente all'applicazione della misura più idonea, tenuto conto delle circostanze di fatto che qualificano la vicenda

<sup>112</sup> I passaggi giurisprudenziali cui sono stati sottoposti i concetti di disapplicazione e non applicazione (più di teoria generale della norma che di stretto diritto positivo) sono ben riassunti da A. CELOTTO, *Dalla «non applicazione» alla «disapplicazione» del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1/1995, 345 ss.

<sup>113</sup> Come ricorda M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 209, il termine disapplicazione rappresenta «un meccanismo di risoluzione di conflitti tra norme fondato sul principio della gerarchia delle fonti, in virtù del quale la norma che deriva dalla fonte di grado superiore prevale su quella di grado inferiore (*lex superior derogat inferiori*)» (corsivi originali).

<sup>114</sup> Sia pure temporalmente circoscritta allo stato di quiescenza della normativa interna incompatibile.

<sup>115</sup> Sul rapporto antinomie-interpretazione, ancora attuali le pagine di G. TARELLO, *Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi*, in *Pol. dir.*, VIII, 8/1977, 499-526. Cfr. anche, G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto*, in *Ars Interpretandi*, XVI, 2011, 19-56.

<sup>116</sup> È pur vero che “solamente” gli artt. 15 e 16 della Direttiva 2008/115/CE sono stati dichiarati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, cit., § 47, «incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto», ma come ha evidenziato Corte cost., 8-18 aprile 1991, n. 168: «la ricognizione in concreto di tali presupposti costituisce l'esito di un'attività di interpretazione della direttiva comunitaria e delle sue singole disposizioni, che il giudice nazionale può effettuare direttamente ovvero rimettere alla Corte di giustizia [...]». Questo significa che spetterà all'organo giurisdizionale interessato risolvere l'antinomia normativa senza dovere preliminarmente sollevare questione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Siamo, dunque, all'interno di un fenomeno esclusivamente interpretativo in cui la risoluzione (o meno) del contrasto fra due (o più) norme giuridiche ricavate da diversi enunciati linguistici è di esclusiva spettanza dell'organo legittimato a decidere sul caso concreto.

<sup>117</sup> Ritiene “non inconcepibile” l'idea di una «disapplicazione *in bonam partem* della norma interna restrittiva per contrasto con la direttiva del 2008» (auspicando, però, un'abrogazione per via legislativa, considerata come «la soluzione preferibile»), A. MARLETTA, *op. cit.*, 612, nota 30.

<sup>118</sup> Per un esame approfondito, inesigibile in questa sede, degli orientamenti giurisprudenziali che limitano il potere di controllo e verifica del giudice di pace sul decreto espulsivo disposto ex art. 13, t.u. imm. in fase di convalida del trattenimento (cfr. il rinvio, appunto, all'art. 13, effettuato dall'art. 14, comma 4, t.u. imm.), per tutti, G. SAVIO, *I trattenimento nei CIE alla prova delle giurisdizioni nazionale ed europea*, cit., 73-84.

storica interessata<sup>119</sup>.

Detto altrimenti, come il giudice per le indagini preliminari può, *ex art.* 391, comma 5 c.p.p., disporre una misura cautelare a norma dell'art. 291 c.p.p. laddove ricorrano gravi indizi di colpevolezza e taluna delle esigenze previste dall'art. 274 c.p.p., nella medesima direzione può operare il giudice di pace in sede di convalida del trattenimento, il quale, una volta accertati i presupposti fattuali della misura detentiva, provvederà con decreto<sup>120</sup> nel senso della immediata liberazione, della consegna del passaporto o altro documento valido, dell'obbligo di presentazione o di dimora.

A fronte di un provvedimento della pubblica amministrazione elusi-

<sup>119</sup> Qualora la pubblica amministrazione non motivi (in fatto), *tout court* o parzialmente, il provvedimento con cui ha disposto il trattenimento del migrante in un CPR (trattasi di prassi ricorrente come efficacemente notato da G. CAMPESI, *I centri di identificazione*, cit., 221 ss.), a fronte di un atto illegittimo (antigiuridico, illecito che dir si voglia) in quanto contrastante con precise disposizioni interne (art. 3, l. n. 241 del 1990 e artt. 13, comma 3 e 14, comma 1-*bis*, t.u. imm.) e sovranazionali (art. 15, Direttiva 2008/115/CE), l'unica via (meglio, sanzione) percorribile rimane l'emissione di un decreto giurisdizionale di non ratifica dell'operato dell'autorità di polizia. Qualora, poi, sempre in udienza di convalida, il giudice ritenesse la mancanza di motivazione in fatto non risolutiva per un provvedimento di diniego, il potere di assumere informazioni dall'amministrazione, scritte od orali, *ex art.* 738, terzo comma, c.p.c., garantirebbe (*rectius*, potrebbe garantire), sia pure in minima parte, un bagaglio probatorio tale da provvedere direttamente, egli stesso, ad applicare la misura più idonea in relazione alle circostanze del caso concreto. Misura più idonea, è bene ribadire, che può assumere la forma (in via gradata) della immediata liberazione, della consegna del passaporto o altro documento valido, dell'obbligo di presentazione o di dimora. La costituzione di una garanzia economica adeguata derivante da fonte lecita sembrerebbe dover assumere i connotati della residualità dal momento che, con questa disciplina, incombe, sul migrante, una *probatio diabolica*, quella di dimostrare, in quale maniera risulta di difficile comprensione, l'acquisizione lecita dello *status* patrimoniale allegato.

<sup>120</sup> Reclamabile, revocabile e ricorribile per Cassazione. Sulla possibilità di applicare il reclamo *ex art.* 739 c.p.c. al decreto che dispone il trattenimento in un CPR, cfr. A.D. DE SANTIS, *op. cit.*

Per M. STANZIOLA, A. PAGLIANO, *Le competenze del giudice di pace in materia di immigrazione e sostanze stupefacenti*, Padova, 2008, 49, «la decisione finale del giudice, seppure emessa in forma di decreto a seguito di procedura camerale, non è revocabile, stante la natura contenziosa del procedimento, essendo viceversa la revoca provvedimento tipico della giurisdizione volontaria». Trattasi di una impostazione assai discutibile in ottica sistematica. L'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm., infatti, prescrive la revoca (ed anche la modifica) giurisdizionale delle misure meno afflittive della consegna del passaporto, dell'obbligo di dimora e di presentazione. Non si vede per quale motivo un controllo successivo sul provvedimento che dispone la misura detentiva (e più grave) debba essere negato. Il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (non richiamato dagli Autori) non avrebbe alcun seguito. Quando la normativa interna disciplina la procedura di convalida nelle forme dell'udienza camerale, il rinvio agli artt. 737 e ss. c.p.c. contempla tutte le disposizioni ivi contenute senza arbitrarie limitazioni.

vo o inosservante della proporzionalità e residualità della custodia in un CPR<sup>121</sup>, non si vede per quale motivo le garanzie del migrante irregolare dovrebbero subire un pregiudizio che, si dice, non potrebbe essere risolto dal giudice se non con la (sola) liberazione. Limitare in questo modo i poteri dispositivi del giudice, significa parcellizzare il controllo sulle patologie dell'atto amministrativo. Vizi che, ragionando diversamente, rimarrebbero tali sia nella fase amministrativa pre-convalida sia nella fase, anch'essa amministrativa, successiva all'udienza di convalida e meramente esecutiva del provvedimento custodiale.

Il risultato non cambia qualora si ritenesse preferibile l'applicazione analogica delle misure di cui all'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm.

Il procedimento di convalida non culmina nel solo provvedimento di ratifica dell'operato dell'amministrazione, bensì nella ratifica e contestuale disposizione della misura (più) adeguata in relazione al fatto storico e relative esigenze cautelari. Dal momento che le situazioni soggettive coinvolte sono le medesime di quelle oggetto della disciplina penalistica ovvero libertà di circolazione e libertà fisica<sup>122</sup>, il principio (formale) di uguaglianza impone il riconoscimento<sup>123</sup>, in capo al giudice di pace civile, dei medesimi poteri cognitivi e dispositivi di cui gode il giudice per le indagini preliminari al cospetto di un arresto o fermo di indiziato di delitto. D'altronde, se il t.u. imm. attribuisce al questore, sia pure in ipotesi particolari, la possibilità di emanare provvedimenti *lato sensu* coercitivi, non sembra ragionevole una normativa che sottragga tale facoltà all'organo giurisdizionale. Una disparità di trattamento non giustificabile in base al combinato disposto degli artt. 3, primo comma e 13, secondo e terzo comma, Cost. Nell'ordinamento

<sup>121</sup> O, in maniera più radicale, contrastante con i presupposti, per come ricostruiti *retro* al § 2.1, in presenza dei quali applicare il trattenimento. Si pensi come già P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, 61 ss., considerava illegittimi i provvedimenti di polizia elusivi dei requisiti della proporzione e necessità, in un contesto in cui principio fondamentale nella scelta dei mezzi, per l'Autore, era «il minore pregiudizio» alla collettività od al singolo.

<sup>122</sup> Identificabili, a loro volta, nel concetto unitario di libertà personale. Cfr. Corte EDU, 21 giugno 2011, *Shimovolos v. Russia*, ric. n. 30194/09, § 49, secondo cui tra la libertà fisica e di movimento sussisterebbe una differenza di grado e non anche qualitativa.

<sup>123</sup> Sul principio di uguaglianza come norma cardine dell'intero sistema giuridico, cfr. F. GALLO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e l'interpretazione della legge alla luce della carta costituzionale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998, 441; ID., *Norme penali e norme eccezionali nell'art. 14 delle «disposizioni sulla legge in generale»*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2001, 13 ss., il quale, efficacemente, sottopone a critica l'*opinio* che esclude *a priori* l'estensione analogica delle norme eccezionali. Sul principio di «uguaglianza giuridica» non come «valore in sé e per sé» ma «giudizio arbitrario, formulato dall'interprete secondo i propri giudizi derivati da opinioni o sentimenti svariatissimi», per tutti, R. SACCO, *op. cit.*, 92-96.

giuridico italiano, infatti, nessuna forma di limitazione o restrizione della libertà personale è ammessa se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria. Risulta, pertanto, difficile comprendere la legittimità costituzionale di una normativa interna che autorizzi la sola pubblica amministrazione e non anche la magistratura, nella figura del giudice della convalida, ad incidere, con l'uso della forza, sulle libertà altrui. Detto altrimenti, nel sistema della libertà personale non vi è spazio per la titolarità esclusiva di poteri coercitivi in capo alle sole forze di polizia in assenza di una correlativa e parallela titolarità degli stessi a favore dell'organo giudiziario<sup>124</sup>. Pena la violazione del principio di riserva di giurisdizione quale sinonimo di delega cognitiva e decisoria, frutto di scelta politica<sup>125</sup>, devoluta alla magistratura il cui elemento differenziale rispetto all'amministrazione, ancora oggi, sembra essere l'indipendenza esterna, ovvero l'irresponsabilità (politica)

<sup>124</sup> Sulla incostituzionalità di un potere autonomo dell'autorità di sicurezza in materia di libertà personale, cfr. I. CALAMANDREI, *Fermo di polizia e potere di arresto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1975, 816, 822. Nel sistema della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. la c.d. riserva di giurisdizione gioca, dunque, un ruolo non indifferente. L'enunciato costituzionale identifica nell'organo giurisdizionale e relativi provvedimenti l'unica fonte valida costituente titolo esecutivo di misure restrittive delle libertà altrui. Ciò presuppone (quantomeno) non solo i medesimi poteri cognitivi e decisorii della pubblica amministrazione bensì anche la possibilità, già in via astratta, di avere a disposizione un arsenale coercitivo, l'idoneità e proporzionalità dei cui strumenti non può che essere valutata, sia pure in un secondo momento in fase di convalida, dall'autorità giudiziaria. Se dunque la disciplina penalistica della convalida delle precautele assurge a parametro ordinario (in quanto di fonte primaria) di legittimità delle convalide di misure amministrative incidenti sulla libertà personale, ciò significa attribuire ai diversi organi giudiziari di volta in volta identificati dal legislatore quali giudici della convalida, le medesime facoltà riconosciute al giudice penale, laddove la normativa di riferimento nulla disponga in tal senso o in modo parziale e riduttivo rispetto alla disciplina penalistica.

<sup>125</sup> Sul rapporto kelseniano tra potere costituente e norma fondamentale, cfr. le lucide osservazioni di N. BOBBIO, *Sul principio di legittimità*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 72-74; ID., *Teoria generale del diritto*, cit., 189-195, in cui l'Autore ricorda come «[c]ol problema del fondamento della norma fondamentale usciamo dalla teoria del diritto positivo [...] ed entriamo nella secolare discussione intorno al fondamento o meglio giustificazione in senso assoluto del potere». Il che equivale a sostenere come il fondamento del potere costituente non sia altro che la sua forza politica, autolegittimatasi, in un determinato momento storico. Potere politico, dunque, da intendersi, sempre con le parole di N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, 1999, 105, come potere supremo cioè come potere coattivo. Ecco, pertanto, come l'idea di un binomio necessario tra diritto e forza si presenta come filo conduttore, caratteristica necessaria dell'ordinamento giuridico per chi ritiene, appunto, che unica possibilità per contraddistinguere la giuridicità nel complesso sia il suo accostamento alla teoria della coazione, per come identificata da Bobbio, nel senso, cioè, del diritto non come organizzazione della forza bensì di organizzazione della società mediante la forza.

delle proprie decisioni<sup>126</sup>. L'assenza (*rectius*, l'incostituzionalità) di poteri autonomi di coercizione presuppone, dunque, l'estensione analogica della facoltà di applicare misure obbligatorie non detentive prevista nell'art. 14, comma 1-*bis*, t.u. imm. unicamente in capo al questore, anche al giudice della convalida. Estensione, questa, non ostacolata da pretese norme eccezionali, né da eventuali "precomprensioni" legate ad una ritenuta completezza della disciplina interna, bensì giuridicamente imposta dai principi di uguaglianza formale e di riserva di giurisdizione<sup>127</sup>.

<sup>126</sup> G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, 2010, 17, sottolinea come «una teoria netta e precisa, in grado di contrapporre le due funzioni [quella giurisdizionale ed amministrativa] in modo non seriamente discutibile, non è ad oggi ancora stata elaborata». Non è possibile affrontare in questa sede una discussione in merito ai caratteri differenziali dell'amministrazione e della giurisdizione. Preme solo rilevare come l'analisi più approfondita si sia avuta intorno alla c.d. natura giuridica del pubblico ministero, se organo amministrativo di giustizia o magistrato (*tout court*). Sul punto, cfr. E. ALLORIO, *Il Pubblico Ministero nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, 212 ss.; G. CORSO, *Il pubblico ministero nel sistema costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 885-893 (specialmente, 888-889); O. DOMINIONI, *Giudice e pubblico ministero. Le ragioni della «separazione delle carriere»*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 2745-2763; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, IV, Torino, 1958, 166-170; A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del p.m. Premesse per una discussione*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, 1991, 19 ss.

<sup>127</sup> Dal testo si evince come la fonte normativa del ragionamento analogico non sia, come vuole la tradizione, l'art. 12, secondo comma delle «disposizioni sulla legge in generale», bensì l'art. 3, primo comma, Cost. Trattare allo stesso modo situazioni sostanzialmente (meglio, strutturalmente) identiche significa estendere il tipo di disciplina previsto per una classe di situazioni ad altre che presentano caratteristiche simili. Interpretazione ed analogia, nel fenomeno applicativo-giudiziale, non rappresentano momenti alternativi ed incompatibili fra loro. Sono espressione di un concetto unitario di interpretazione, appunto, i cui estremi costituiti dal testo e dal sistema vedono come termine medio il contesto che garantisce la rilevanza giuridica di un fatto non direttamente bensì in via analogica. Questo implica il superamento del binomio lacuna-analogia e della *opinio communis* che sottrae le norme eccezionali al procedimento analogico. Per una critica al primo dogma, si veda, da ultimo, N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2011, 1-19; al secondo, invece, il primo N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., 193 ss.; F. GALLO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico*, cit., 440-441; ID., *Norme penali e norme eccezionali*, cit., 13 ss.

#### 4. *Note sparse su Hotspot e migranti*

La semantica prima di tutto. Accolta la tesi che vuole il diritto e l'ordinamento giuridico come un insieme di norme poste al fine di regolamentare la convivenza pacifica di una comunità sociale mediante l'uso esclusivo della forza, tutto ciò che non rientra nelle qualificazioni operate dal diritto rappresenta semplicemente un fatto<sup>128</sup> al cospetto del quale i rapporti di potere<sup>129</sup> tra individui o tra individui ed istituzioni non designano più un'attività legittima, in quanto giuridicamente autorizzata da altre norme del sistema ed esecutiva dei molteplici e predati schemi normativi, bensì una violenza non regolamentata<sup>130</sup>.

La contrapposizione linguistica tra forza e violenza, secondo il modello hobbesiano<sup>131</sup>, segna pertanto la linea di confine tra diritto e non-diritto, dunque tra Stato di diritto<sup>132</sup> e Stato di natura. In altre parole, al di là della forza organizzata in diritto, la violenza intesa come esercizio (quantomeno) fisico su l'altrui sfera di libertà personale, si dimostra una risposta primaria e primitiva alla risoluzione di conflitti od emergenze meramente politiche, di convenienza, in ossequio alla logica della ragion di Stato definita, quest'ultima, come subordinazione dei mezzi, indeterminati e irregolati, ai fini individuati dai titolari del potere statale<sup>133</sup>. A fronte dello

<sup>128</sup> In generale sul rapporto tra fatto e diritto, G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, 190.

<sup>129</sup> *Potere*, come sottolinea A. CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Napoli, 1991, 8, è un «termine profondamente ambiguo». Ciò non esclude, tuttavia, di definirlo, con N. BOBBIO, *I confini della politica*, in ID., *Teoria generale della politica*, cit., 161, come «la capacità di un soggetto di influenzare, condizionare, determinare il comportamento di un altro soggetto».

<sup>130</sup> M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino, 2006, 20, 47 spec. 58-59; L. FERRAJOLI, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in *Quest. giust.*, 2016, 8; ID., *Principia iuris*, II, Bari, 2007, 498, 506; E. RESTA, *La certezza e la speranza*, Bari, 2006, XVI, 21-24, 28, 54-55, 80. La contrapposizione dicotomica tra diritto e violenza emerge limpidamente anche tra i «non giuristi» come si evince dal famoso carteggio tra Einstein e Freud su cui vedi N. IRTI, *Violenza 'conforme alla legge' (da un carteggio fra Einstein e Freud)*, in *Historiaetius.eu*, 4/2013, 6.

<sup>131</sup> N. BOBBIO, voce *Diritto*, in *Il Dizionario di Politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, 2004, 658.

<sup>132</sup> Meglio, Stato costituzionale di diritto secondo la definizione teorica di L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Milano, 2002, 349.

<sup>133</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 851.

strumento coercitivo quale dato trasversale al “diritto”<sup>134</sup> e al “fatto”, la stessa coercizione presenta, dal punto di vista semantico, un diverso significato se riferita, alternativamente, al “diritto” o al “fatto”: forza per quanto riguarda il primo; violenza per il secondo. Stato di diritto, allora, come sinonimo di forza organizzata ed istituzionalizzata. Stato di natura, invece, come violenza *extra-ordinem*, in ragione del principio di effettività<sup>135</sup>.

Risponde a quest’ultima esigenza il c.d. metodo *Hotspot*. Il decreto Minniti, n. 13 del 2017 introduce nel t.u. imm. l’art. 10-ter concernente *Disposizioni per l’identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare*. Vengono nominati per la prima volta a livello di legislazione ordinaria i “punti di crisi”, ovvero gli *Hotspot* secondo la terminologia invalsa in senso al Consiglio Europeo con due decisioni particolarmente rilevanti volte ad istituire misure “temporanee” nel settore della protezione internazionale a “beneficio” dell’Italia e della Grecia. Cosa siano questi punti di crisi e quali le scansioni procedurali per l’identificazione dei cittadini stranieri, il decreto Minniti non se ne preoccupa, pur avendo alle spalle i gravissimi fatti relativi alla sentenza di condanna dell’Italia pronunciata dalla Grande Camera della Corte EDU sul caso *Khlaifia*<sup>136</sup>. Per comprendere le linee programmatiche di questo nuovo indirizzo politico risulta indispensabile riportare gli sviluppi *extra-legislativi*, europei ed interni, in cui le strutture immobiliari denominate CPSA (ma non solo) sembrano assumere il ruolo di vero e proprio attore protagonista.

Le decisioni del Consiglio Europeo richiamate disciplinano il c.d. metodo basato sugli *Hotspot*. Una scheda informativa della Commissione europea dell’8 settembre 2015 definisce, in breve, la nuova politica di gestione dei migranti “a favore” dell’Italia e della Grecia. Il sostegno operativo fornito con il metodo *Hotspot* ruota intorno alle operazioni di registrazione, identificazione e rilevamento delle impronte digitali e *debriefing* dei richiedenti asilo e sulle operazioni di rimpatrio. In particolare, viene sollecitata la c.d. procedura di *relocation* che consente il trasferimento dall’Italia, Grecia e Ungheria verso altri Stati membri, delle persone, in «evidente» necessità di protezione internazionale, appartenenti a quelle nazionalità che hanno ottenuto un tasso di riconoscimento di protezione

<sup>134</sup> Si veda, S. CASTIGNONE, *Appunti su coazione e coercibilità*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 1/1987, 41 ss.; M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in *Astrid-Rassegna*, 2010, 5-6.

<sup>135</sup> U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico* (1965), a cura di A. Catania, M. Jori, Napoli, 1997, 9-10, associa il punto di vista «*tout court* di tipo realistico» al principio di effettività.

<sup>136</sup> Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, ric. n. 16483/12.

internazionale pari o superiore al 75% secondo i dati EUROSTAT (attualmente Siriani, Eritrei ed Iracheni). Tale procedura di *relocation*, secondo una circolare del Ministero dell'Interno datata 6 ottobre 2015, presuppone l'istituzione di specifici *Hotspot* (Aree di sbarco attrezzate<sup>137</sup>) dove assicurare le operazioni di soccorso, prima assistenza, registrazione e foto-segnalamento di tutti i migranti. Risulta chiara la volontà politica di sollecitare queste procedure in prossimità delle zone "calde" relative agli sbarchi. Nonostante il decreto Minniti abbia riconosciuto nominalmente ciò che altri e diversi documenti definivano *Hotspot* o punti caldi, allo stato attuale manca una normativa di fonte primaria che disciplini un simile *iter*, dovendo l'interprete, per contro, ricercare nella *Roadmap* italiana del 28 settembre 2015 stilata dal Ministero dell'Interno una fonte di cognizione del nuovo paradigma "umanitario". Il c.d. «approccio» *Hotspot* assicura un piano volto a canalizzare gli arrivi in una serie di porti di sbarco selezionati dove vengono effettuate tutte le procedure previste come lo *screening* sanitario, la pre-identificazione, la registrazione, il foto-segnalamento e i rilievi dattiloscopici dei migranti. Le Aree di sbarco attrezzate (*Hotspot*), a partire dal settembre 2015, sono quelle individuate nella zona di Pozzallo, Porto Empedocle e Trapani in Sicilia e l'isola di Lampedusa. A queste vanno aggiunte le strutture di accoglienza in Augusta e Taranto. In ognuno di questi *Hotspot* chiusi sono disponibili strutture di prima accoglienza con una capacità complessiva di 1500 posti. Sul punto giova ricordare che l'art. 10-ter, t.u. imm. identifica queste nuove strutture legate ai punti di crisi, in quelle allestite secondo le direttive del d.l. n. 451 del 1995, convertito dalla l. n. 563 del 1995 e del d.lgs. n. 142 del 2015<sup>138</sup>. In attesa della messa in opera di tali centri sembra pertanto che le operazioni identificative continuino ad essere svolte nei luoghi individuati nella *Roadmap* italiana. A tal riguardo, sempre la *Roadmap* italiana disciplina le procedure identificative all'interno delle strutture *Hotspot*<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> Tradotte, però, nel decreto Minniti con l'appellativo di *punti di crisi*.

<sup>138</sup> Stante la lacunosità del rinvio, non disciplinando la normativa richiamata alcunché, L. MASERA, *I Centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli Hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 marzo 2017, si interroga in merito alla concreta predisposizione di questi centri, se a struttura aperta o, per contro, chiusa.

<sup>139</sup> Nulla di tutto questo dispone, invece, il nuovo art. 10-ter, t.u. imm. Si tratta di una lacuna assolutamente "colpevole", in ultima analisi volontaria, dal momento che la relazione governativa di accompagnamento al disegno di legge n. 2705 presentato il 17 febbraio 2017 al Senato, alla pagina 62, richiama espressamente le procedure identificative fissate nella *Roadmap* italiana. Un chiaro segnale della volontà di non disciplinare la vita negli *Hotspot*, lasciando il compito alla prassi amministrativa, con tutti i rischi

In primo luogo, tutte le persone sbarcate vengono sottoposte a *screening* medico al fine di accertare eventuali problemi sanitari del singolo migrante. Successivamente, funzionari degli uffici immigrazione provvedono ad “intervistare” lo straniero per compilare il c.d. foglio-notizie contenente le generalità, la foto e le informazioni della persona, nonché, e questo è l’aspetto più rilevante, l’indicazione circa la sua volontà o meno di richiedere la protezione internazionale. L’obiettivo di assicurarsi una dichiarazione in merito alla volontà di richiedere la protezione si basa sulla necessità di differenziare le sorti dei (potenziali) richiedenti asilo da quelle dei soggetti irregolari. La richiesta di protezione internazionale, infatti, legittima l’*iter* di *relocation*, creando un doppio binario: uno relativo, appunto, agli stranieri in condizione di assumere lo *status* di richiedenti asilo, un altro, invece, per i c.d. migranti economici, ovvero non rientranti nel tipo dei migranti con protezione internazionale. È facile intuire come da questa prima suddivisione discendano modelli para-normativi dalle diverse conseguenze. Subito dopo la procedura di pre-identificazione, infatti, tutte le persone sono foto-segnalate come CAT 2 (ingresso irregolare) e come CAT 1 (richiedenti asilo). Quest’ultima classificazione è riservata a coloro che manifestano la volontà di richiedere la protezione internazionale i quali, successivamente, dovranno formalizzare la propria intenzione compilando il modello C3 nelle strutture per richiedenti asilo, ovvero i c.d. *regional hubs* presenti sul territorio. In seguito all’espletamento delle attività di *screening* sanitario, pre-identificazione, registrazione e foto-segnalamento (che, secondo la circolare del Ministero dell’Interno di cui sopra, dovrebbero essere garantite nell’arco di 24/48 ore), le persone che richiedono la protezione internazionale vengono trasferite nei diversi *regional hubs* presenti nel territorio nazionale (il cui soggiorno temporaneo, come recita la *Roadmap* italiana, può assumere la durata di due mesi, prorogabile a tre mesi e mezzo in armonia con la Decisione europea sulla *relocation*) mentre gli stranieri irregolari e quelli che non richiedono protezione internazionale subiranno il trattenimento all’interno di un CPR, cui seguirà, di regola, un provvedimento di respingimento.

Gran parte di questi “nuovi” *Hotspot* richiamati dalla *Roadmap* italiana, sono, in realtà, i “vecchi” CPSA (ad esempio quello di Lampedusa e di Pozzallo, ma vi è anche il CPR di Trapani), ovvero, analizzando il caso venuto alle cronache tramite la sentenza della Corte EDU, 1 settembre 2015, *Khlaifia and Others v. Italy*, ric. n. 16483/12, proprio quelle

---

connessi, ivi fra tutti quelli legati ad ipotesi di trattenimenti posti in essere fuori dagli schemi ordinari contenuti nel t.u. imm., e dunque illegittimi dal punto di vista giuridico.

strutture che si sono manifestate inidonee a funzionare da centri di prima accoglienza e soccorso. Un'inidoneità che, come sottolinea da tempo Luca Masera<sup>140</sup>, origina dalla prassi per cui «al di fuori di qualsiasi previsione legale, spesso gli stranieri privi di documenti, dopo l'arrivo in Italia, vengono *trattenuti per diversi giorni* da parte dell'autorità di polizia, senza alcun provvedimento giurisdizionale che ne giustifichi la privazione di libertà, e senza neppure che venga fornita loro alcuna informazione circa le ragioni ed i presupposti legali del trattenimento». Trattasi, dunque, come ha sentenziato la Corte di Strasburgo, di una forma *extra-ordinem* di trattenimento, assolutamente illegale, in quanto disposta, di fatto, senza che alcuna (previa) normativa ne attribuisca la facoltà alle autorità di polizia.

Il t.u. imm., come noto, disciplina il trattenimento dello straniero irregolare all'interno di strutture definite, oggi, come centri di permanenza per i rimpatri. *A contrario*, stante la funzione di prima accoglienza e soccorso sancita all'art. 23 del d.P.R. n. 394 del 1999, i CPSA ed i centri richiamati dall'art. 10-ter, t.u. imm.<sup>141</sup>, non sono (stati) oggetto di previsione alcuna circa forme prolungate di misure detentive, sottoposte, per di più, a convalida giurisdizionale. La situazione rischia (ma il pericolo non è più attuale, essendosi, oramai, manifestato in un danno concreto, in lesione effettiva dello *status* di persona umana) di assumere le dimensioni di una "aporia eurounitaria" in cui alla sostituzione nominalistica, da CPSA (o CPR) in *Hotspot*, non ha fatto seguito un reale cambiamento di indirizzo politico.

Non potendo analizzare nel dettaglio le criticità del nuovo art. 10-ter del t.u. imm., soffermeremo l'attenzione su due punti a nostro avviso particolarmente rilevanti. In primo luogo, la rubrica dell'articolo in esame parla espressamente della identificazione dei cittadini stranieri *rintracciati* in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare. Quando poi lo sguardo cade sulla disposizione del primo comma, emerge con tutta evidenza una sfasatura dalle chiare problematiche di disciplina. Il testo infatti si riferisce esclusivamente allo 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. A prima vista la rubrica sembrerebbe prevedere l'identificazione di *qualunque* straniero irregolare con una inevitabile sovrapposizione tra la disciplina ordinaria del t.u. imm. e la (non)disciplina degli *Hotspot*. Ma il primo comma restringe l'ambito

<sup>140</sup> L. MASERA, *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Dir. um. dir. int.*, 1/2014, 90, e prima ancora ID., *Stranieri irregolari e misure detentive*, cit., 89 ss.

<sup>141</sup> Nonostante la normativa di riferimento sia assolutamente indeterminata e lacunosa.

applicativo della nuova disciplina alle (sole) zone di frontiera. Questo significa, allora, che il decreto Minniti, in combinato con le circolari del Ministero dell'Interno, introducendo (nominalmente) gli *Hotspot*, ha dato vita ad un sistema parallelo di identificazione degli stranieri valevole unicamente per le zone di frontiera<sup>142</sup>. Di conseguenza, avremo discipline, in parte diverse per gli stranieri in prossimità degli sbarchi o rintracciati in posizione di irregolarità lungo le frontiere, soprattutto per i non richiedenti asilo, e per i restanti stranieri, quelli, cioè, non individuati nelle zone limitrofe alla frontiera o in prossimità degli sbarchi. Quali le differenze? Su tutte spicca, senza dubbio, la direttiva della circolare del Ministero dell'Interno sul trattenimento dello straniero non richiedente asilo. Come abbiamo visto, in questo caso, fermo il disposto del terzo comma dell'art. 10-ter, t.u. imm., la *Roadmap* italiana impone il trasferimento coatto presso un CPR per il seguito degli accertamenti. È di palmare evidenza il maggior aggravio rispetto alla disciplina "ordinaria" non solo secondo quanto emerge dalla prassi applicativa bensì anche dalla proposta avanzata in queste pagine circa la "nuova sistemazione" del materiale normativo già a disposizione degli organi amministrativi e giurisdizionali interessati. Siamo al cospetto, infatti, di un *iter* decisamente antinomico rispetto agli *input* della Direttiva europea 2008/115/CE che obbliga gli Stati membri, con riguardo al trattenimento dello straniero, a rispettare i principi di necessità e proporzionalità della misura detentiva. In altri termini, stante la possibilità di interpretare la normativa interna conformemente alla disciplina europea, il passaggio diretto dalla frontiera al CPR elude le garanzie del cittadino di Paese terzo irregolare, inibendo, già in astratto, l'eventuale adozione di misure meno afflittive e più graduate, che in ogni caso non ostacolano la pubblica sicurezza negli accertamenti identificativi richiamati dalla normativa interna e sovranazionale.

Lascia allora perplessi il fatto che il Governo italiano, in nome di quella

<sup>142</sup> Ciò trova conferma, a nostro avviso, nel secondo comma dell'art. 10-ter, t.u. imm. che estende le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletica anche nei confronti degli stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale. In questo senso sembrerebbe allora abrogata la norma ricavabile dall'art. 6, comma 4, t.u. imm., che prevede i rilievi dattiloscopici in via meramente eventuale «qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero». *A contrario*, stante la diversa disciplina riservata allo straniero nella zona di frontiera rispetto a quella "ordinaria" per i soggetti rintracciati *aliunde*, deve intendersi circoscritto a questi ultimi solamente il disposto del secondo e terzo comma dell'art. 10-ter, t.u. imm. e non anche (tutto) ciò che prevede la *Roadmap* italiana, implicitamente richiamata come riempitivo della formula di cui al primo comma.

emergenza “umanitaria” sistematicamente invocata nel caso *Khlaifia*<sup>143</sup>, non abbia sentito la necessità quantomeno di avviare le procedure per derogare le norme della CEDU e di conseguenza il controllo giurisdizionale della Corte europea in base a quanto disposto dall’art. 15 della Convenzione<sup>144</sup>.

Ma, in ipotesi, una eventuale deroga, limitatamente all’art. 5 CEDU, sarebbe apparsa legittima, cioè autorizzata nell’*an*? Dai precedenti sul punto, la risposta sembra negativa.

Eludendo il fenomeno della guerra, non potevano, e non possono tutt’ora, considerarsi sussistenti gli estremi della pubblica emergenza in grado di minacciare la vita della nazione, solo per la mole degli sbarchi nell’Isola di Lampedusa. Gli elementi costitutivi dello stato “convenzionale” d’eccezione rilevanti *ex art.* 15 CEDU, secondo quanto confermato dalla Corte EDU nel noto caso greco<sup>145</sup>, non potevano ritenersi sussistenti. Non così, il pericolo attuale ed imminente i cui effetti coinvolgono l’intera nazione. Situazione di pericolo o di crisi da intendere come vera e propria eccezione o *breakdown* costituzionale<sup>146</sup> in presenza della quale le misure o restrizioni autorizzate dalla Convenzione per il mantenimento della pubblica sicurezza, della salute e dell’ordine appaiono *chiaramente*<sup>147</sup> inadeguate. Non così, infine, la minaccia alla vita organizzata dello Stato italiano. In altri termini, il concetto di pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione, interpretato sistematicamente con le altre norme della Convenzione, rappresenta (meglio, deve rappresentare) una situazione *qualitativamente* simile alla guerra<sup>148</sup>, per come richiamata dall’art. 15 CEDU. Il fatto che nell’economia dell’articolo non sia stata utilizzata

<sup>143</sup> Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, cit., § 150-151 e “confermata” dalla Corte al § 180.

<sup>144</sup> Sul punto, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e principi fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006, 265 ss.; G. CATALDI, *Art. 15*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, 425 ss.; ID., *Art. 15*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 555 ss.; ID., *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in *La tutela internazionale dei diritti umani*, a cura di L. Pineschi, Milano, 2015, 753 ss.

<sup>145</sup> Rapporto della Commissione europea dei diritti umani del 5 novembre 1969, in *hudoc.echr.coe.int*. Sul punto, S. BUZZELLI, *Art. 15*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 322; G. CATALDI, *Art. 15*, cit., 426 ss.

<sup>146</sup> A.J. PALMA, *L’art. 15 della Cedu e la regola del silenzio: sessant’anni di (carente) applicazione dello stato di eccezione*, in *Rivistaoidu.net*, 1/2017, 487.

<sup>147</sup> *Plainly*, secondo la terminologia della Corte EDU.

<sup>148</sup> G. CATALDI, *Art. 15*, cit., 567; ID., *Art. 15*, cit., 434, in chiave di necessità assoluta: «lo Stato si deve trovare nella impossibilità di fronteggiare la situazione con misure meno severe».

un'espressione del tipo «o per altra causa»<sup>149</sup> in grado di coprire qualsiasi situazione di fatto con caratteristiche strutturali autonome dalla guerra ed avendo voluto i compilatori specificare, per contro, in relazione all'altro pericolo la necessaria inerenza di questo ad una minaccia alla vita della nazione, legittima la tesi che intende questo *altro* pericolo come un pericolo della stessa portata e dunque analogo alla guerra<sup>150</sup>. Questo comporta, allora, stante la gravità delle situazioni disciplinate nell'art. 15 CEDU, l'impossibilità giuridica, non certo logica, di ammettere ipotesi tacite di deroga "convenzionale", ricavandosi dal combinato dell'art. 15 CEDU l'esigenza di una comunicazione al Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate e pertanto la necessità di una vera e propria deroga *nominata*, non ricavabile per via interpretativa dagli operatori nazionali<sup>151</sup> e sovranazionali<sup>152</sup>.

Argomentando sempre per ipotesi, una eventuale deroga alla Convenzione su impulso del Governo questa volta secondo le procedure descritte all'art. 15 CEDU, potrebbe avere delle conseguenze sui diritti costituzionalmente tutelati? In altri termini, una sospensione legittima<sup>153</sup> della Convenzione europea implica *per ciò solo* la sospensione della Costituzione? Nonostante autorevoli voci contrarie<sup>154</sup>, ancora una volta la risposta deve essere negativa<sup>155</sup>.

Detto brutalmente, nessuna relazione intercorre tra gli artt. 15 CEDU e 117 Cost. ricoprendo, le norme convenzionali, il ruolo di (mero) parametro interposto nel giudizio di costituzionalità della legislazione interna, stante

<sup>149</sup> Si pensi, ad esempio, alla formulazione dell'art. 82 c.p. su cui, per tutti, M. TRAPANI, *op. cit.*, 111 ss.

<sup>150</sup> Tralasciando la questione su ciò che debba intendersi per "guerra". Da ultimo, G. DE VERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza nella costituzione e nella prassi*, in *Rivistaaic*, 2/2017, 3 ss.

<sup>151</sup> Ovviamente diversi da quelli che proclamano lo stato convenzionale d'eccezione.

<sup>152</sup> G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, cit., 758, correttamente rileva come nessuna forma specifica sembra essere imposta allo Stato che adotti la deroga. «Tuttavia, una comunicazione di deroga è sempre indispensabile per la sospensione dei diritti garantiti». In altri termini, se non è consentita una sospensione o deroga ai diritti, ciò vuol dire che rimangono valide ed efficaci le limitazioni agli stessi stabilite dalla Cedu (ad es. quelle previste all'art. 5).

<sup>153</sup> Sul controllo di legittimità delle deroghe *ex art.* 15 Cedu, cfr. G. CATALDI, *Art. 15*, cit., 432 ss.

<sup>154</sup> G. CATALDI, *Art. 15*, cit., 561-562; ID., *Art. 15*, cit., 440; G. DE VERGOTTINI, *Nuovi profili della guerra e rapporti parlamento-governo*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 3/2002, 397 (ma lo scritto precede le sentenze gemelle della Corte cost., 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349).

<sup>155</sup> P. CARNEVALE, *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in *Giur. cost.*, 2002, 4520 ss.

il rinvio mobile<sup>156</sup> operato dall'art. 117, primo comma, Cost., ed avendo natura e rango ordinario<sup>157</sup>, sia pur dotato di particolare "resistenza"<sup>158</sup>, per ciò che interessa il restante tipo di disciplina. Questo significa che nel persistente silenzio della norma fondamentale sugli stati d'eccezione, qualsiasi deroga alla Costituzione per via ordinaria è assolutamente inibita, anche in nome di una presunta "necessità" od emergenza istituzionale intesa come fonte *extra-ordinem* in grado, comunque, di condizionare la produzione normativa di un determinato sistema<sup>159</sup>. Di conseguenza, eludendo il fenomeno della "necessità" di per sé fuori da un certo diritto positivo storicamente dato e pertanto non suscettibile di controllo alcuno, specie giurisdizionale, può il Governo per ragioni "umanitarie" apportare deroghe ai diritti riconosciuti e tutelati in costituzione con le forme del decreto-legge? Se così fosse, la legittimità del c.d. decreto Minniti dovrebbe considerarsi salva, almeno in astratto sotto il profilo dell'*an*. Ancora una volta la risposta è negativa. In assenza di una norma costituzionale sugli stati d'eccezione, sospensioni o deroghe<sup>160</sup> ai diritti inviolabili sono

<sup>156</sup> Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349, § 6.2.; ID., 16 novembre 2009, n. 311, § 6.

<sup>157</sup> Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349, § 6.1.; ID., 30 novembre 2009, n. 317, § 7. Ogniquale volta vi sia un contrasto tra norma interna e norma convenzionale, a risultare violato è il precetto dell'art. 117, primo comma, Cost. (Corte cost., 16 novembre 2009, n. 311, § 6). Pertanto l'espressione norme interposte non designa un nuovo livello nella gerarchia delle fonti, intermedio tra la legge ordinaria e la costituzione (così, invece, Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, § 4.5., correttamente smentita dalle sentenze successive) ma qualifica dal punto di vista nominalistico il ruolo delle norme che riempiono di contenuto il disposto dell'art. 117, primo comma, Cost., la cui natura giuridica discende dalla legge interna di adattamento (Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349, § 6.1.), nel nostro caso ordinaria e non certo costituzionale, non avendo fonte, le norme internazionali pattizie, nell'art. 11 Cost. o nell'art. 10 Cost. che dispone l'adattamento automatico del sistema italiano alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute».

<sup>158</sup> Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, § 4.3.

<sup>159</sup> C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1979, 154-155; C. MORTATI, voce *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, § 36; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 317-318; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 714-716; S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm.*, 1/1909, 254-255, 257. Nel senso del testo, per tutti, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 106; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 241; ID., *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, 597-598.

<sup>160</sup> A ben vedere, non si avrà (quasi) mai una mera sospensione bensì sospensione e contestuale deroga, dal momento che la deroga presuppone un nuovo intervento normativo mentre la sospensione uno stato di quiescenza. F. MODUGNO, D. NOCILLA, voce *Stato d'assedio*, estratto dal *Noviss. Dig. it.*, 1970, 29, scrivono, in questo caso, di una «contemporanea creazione di un diverso modo di disciplinare la fattispecie».

inammissibili, risultando costituzionalmente illegittima la normativa interna, di rango ordinario ivi compresa quella che rimanda a documenti di natura secondaria, che di fatto disciplina determinate “materie” secondo modalità alternative rispetto alle metanorme costituzionali<sup>161</sup>. In ultima analisi, l’unica via attualmente consentita rimane quella indicata dall’art. 138 Cost.<sup>162</sup>, dovendosi escludere pertanto sospensioni o deroghe sia per il tramite dell’art. 77 Cost.<sup>163</sup> dal momento che, già dal punto di vista semantico, la *necessità* e l’*urgenza* richiamate nulla hanno a che vedere con gli *stati d’eccezione* o *d’emergenza* intesi, genericamente, come rotture dell’assetto costituzionale<sup>164</sup>, sia per il tramite dell’art. 78 Cost. applicato analogicamente a situazioni strutturalmente simili allo stato di guerra, come storicamente è avvenuto, ad esempio, per lo stato d’assedio, non potendo qualificarsi le zone di frontiera<sup>165</sup> come territori assediati dagli sbarchi in ragione di ciò che potrebbe senz’altro prendere il nome di stato d’assedio umanitario<sup>166</sup>.

<sup>161</sup> L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, in *Revus* (Online), 2012, 99 ss.; A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, in *Quest. giust.*, 2016, 35, 39; F. VARI, *Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 204. *Contra*, oltre alla dottrina richiamata nella nota 159, C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 834 ss.; P. PINNA, voce *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, § 4.

<sup>162</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 240; ID., *Diritto costituzionale*, cit., 597-598.

<sup>163</sup> Non potendo intendersi, come vorrebbe C. MORTATI, voce *Costituzione dello Stato*, cit., § 36, l’espressione «forza di legge» contenuta nell’art. 77 Cost. come sinonimo di forza di legge costituzionale. Sul punto, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 240.

<sup>164</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 106, che distingue lo stato d’eccezione o d’emergenza dalle leggi eccezionali.

<sup>165</sup> F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell’ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, 516, riferiscono lo stato di crisi/emergenza anche alla integrità del territorio; S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., sia pure in tempi antecedenti la costituzione, sviluppa le sue argomentazioni sulla necessità e lo stato d’assedio come fonti *extra-ordinem*, in merito al terremoto di Messina e Reggio Calabria del 1909.

<sup>166</sup> Non diversa è la situazione per le emergenze dichiarate secondo la legge istitutiva della Protezione civile n. 225 del 1992, sistematicamente invocate anche e soprattutto per il tema dell’immigrazione, dal momento che le deroghe alla normativa primaria debbono comunque tenere conto dei «principi generali dell’ordinamento giuridico» (art. 5, comma 2). In sintesi, parafrasando Corte cost., 5 aprile 1995, n. 127, § 2, «la legge sulla protezione civile deve essere comunque interpretata *secundum ordinem* in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti», ivi incluso il rispetto delle riserve assolute di legge (Corte cost., 23 maggio 1961, n. 26, § 5; ID., 3 maggio 1987, n. 201, § 5). Ciò a riprova del fatto che, almeno per quanto riguarda la sfera della libertà personale, deroghe ai diritti inviolabili costituzionalmente tutelati non sono giuridicamente ammesse nel diritto interno. Cfr. G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Forumcostituzionale.it.*, 50.

Stato di emergenza, inoltre, richiamato solo nominalmente ma non certo dal punto di vista contenutistico, dall'art. 18 della Direttiva 2008/115/CE che, ad esempio, autorizza lo Stato membro ad accordare per il riesame giudiziario del trattenimento periodi superiori a quelli previsti dall'art. 15 della Direttiva non prevedendo, per ciò solo ed in ogni caso, deroghe al controllo giurisdizionale sui provvedimenti limitativi della libertà personale<sup>167</sup>.

Questo significa, allora, che gli stati d'eccezione o d'emergenza, ivi compresi quelli "umanitari", si pongono fuori dal diritto italiano vigente, rappresentando, a ben vedere, forme di "non-diritto" o di diritto illegittimo<sup>168</sup>, inoltre consumando un "regresso" ad un vero e proprio Stato di natura in cui dalla forza organizzata ed istituzionalizzata si passa inevitabilmente alla primitiva violenza, sregolata, dell'uomo sull'uomo. Come nel caso *Khlaifia*.

---

<sup>167</sup> Similmente a quanto prescrive l'art. 111, settimo comma, Cost., altra norma che sembra confermare l'assunto che vuole le deroghe alla costituzione limitate solo ed esclusivamente allo stato di guerra.

<sup>168</sup> In realtà i provvedimenti *extra-ordinem*, come quelli che proclamano lo stato d'eccezione in Italia con sospensione e deroga della Costituzione, si atteggiano a *diritto illegittimo*, perché contrastano con le metanorme costituzionali sulla produzione e sul riparto delle competenze, e, contestualmente, a *non-diritto* in quanto, nel silenzio della costituzione, non sono oggetto di relativa qualifica. Essendo, infatti, il diritto solo ed esclusivamente un insieme di proposizioni linguistiche a funzione qualificatoria, tutto ciò che non rientra negli schemi tipici di una norma è, per definizione, fuori dal sistema giuridico. In altri termini, qualsiasi fattore *extra-ordinem* in grado di produrre norme secondo modi *diversi* da quelli autorizzati all'interno di un ordinamento giuridico storicamente dato si pone come diritto illegittimo e, al contempo, come non-diritto idoneo, però, ad instaurare, un nuovo ordinamento (si pensi alla rivoluzione, al colpo di Stato, ecc.) ovvero ad apportare, ad assetto formale invariato, mutamenti nella c.d. costituzione materiale (si pensi al caso della necessità, in generale, o alla mortatiana necessità istituzionale in particolare).