



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Detenzione in assenza di reato: il trattenimento amministrativo degli stranieri

di Giulia Colavecchio *

*«Le porte possono anche essere sbarrate, ma il problema non si risolverà,
per quanto massicci possano essere i lucchetti. Lucchetti e catenacci
non possono certo domare o indebolire le forze che causano l'emigrazione;
possono contribuire a occultare i problemi alla vista e alla mente,
ma non a farli scomparire.»*
(Bauman 2002)

1. Introduzione

Il nostro “comune sentire giuridico” ci porta ad associare le misure di privazione della libertà a delle sanzioni comminate a persone condannate in giudizio o accusate di aver commesso una determinata fattispecie di reato. In molti Paesi del mondo queste misure riguardano, invece, an-

* Dottoranda di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani - Università di Roma “Sapienza”. Contributo sottoposto a doppio referaggio (*double blind peer review*).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

che gli stranieri, per il solo motivo di essere sprovvisti di un titolo legale di ingresso o di soggiorno nel territorio di un determinato Stato. Questi migranti sono rei di trovarsi in un Paese senza i documenti necessari, la loro detenzione non è una misura del sistema penale, ma una “banale” questione di natura amministrativa (Broeders-Engbersen 2007).

La “questione migratoria” è l’esempio per eccellenza in cui si palesa la più profonda antinomia del diritto internazionale tra universalismo e particolarismo: la tutela dei diritti umani e la prerogativa della sovranità statale di escludere. Le misure di privazione della libertà, unitamente all’esternalizzazione delle frontiere, rientrano in uno spettro più ampio di politiche e produzioni normative securitarie, che tendono verso una sempre maggiore criminalizzazione della migrazione (García Hernández 2014).

La detenzione amministrativa è stata oggetto di molta attenzione da parte degli organismi di monitoraggio dei diritti umani, che nei loro *report* hanno sottolineato l’enorme impatto sui diritti degli stranieri causato dall’abuso dei poteri detentivi. Lo *Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants* ha ripetutamente trattato l’argomento, sottolineando come l’ampio ricorso da parte degli Stati alla detenzione amministrativa, utilizzata come misura cautelare chiamata a garantire l’efficacia delle politiche di controllo della frontiera, appaia ingiustificato alla luce dell’impatto che essa ha sulle libertà degli stranieri¹. Secondo il *Working Group on Arbitrary Detention*, criminalizzare l’ingresso non regolare nel territorio di un Paese eccede l’interesse legittimo degli Stati rispetto al controllo e alla regolazione

¹ UN General Assembly, Report to the Seventh Session of the Human Rights Council - Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Rapporteur Leïla Zerrougui, 10 gennaio 2008, A/HRC/7/4.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

dell'immigrazione, conducendo a detenzioni non necessarie²; i migranti in situazione irregolare non dovrebbero essere qualificati o trattati come criminali ed essere visti solo attraverso la lente della sicurezza nazionale³. Se vogliamo utilizzare un filtro, può solo essere quello della dignità umana e dei diritti fondamentali garantiti alla persona in quanto tale.

La detenzione dei migranti e dei richiedenti asilo viene utilizzata da molti Stati in modo ampio, se non sistematico⁴, come strumento politico di controllo delle migrazioni (Wilsher 2004; Flynn-Cannon 2010): una sorta di deterrente, nel tentativo di scoraggiare i flussi migratori indesiderati, con l'obiettivo di fermarli o comunque di diminuire la pressione sui confini⁵. La detenzione amministrativa lancia un messaggio chiaro degli Stati

² Ivi, par. 53: «criminalizing illegal entry into a country exceeds the legitimate interest of States to control and regulate irregular immigration and leads to unnecessary detention».

³ UN Human Rights Council, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Rapporteur Manuela Carmena Castrillo, 16 febbraio 2009, A/HRC/10/21, par. 68: «In conclusion, the Working Group feels duty bound to reiterate that immigrants in irregular situations should not be qualified or treated as criminals and be viewed only from the perspective of national security».

⁴ Cfr. Council of Europe, Report of the Committee on Migration, Refugees and Population, Refugees and Population on the Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants in Europe, Rapporteur Ana Catarina Mendonça, 11 gennaio 2010, Doc. No. 12105 (2010).

⁵ Council of Europe – Parliamentary Assembly, Resolution 1707 (2010), par. 3: «Whilst it is universally accepted that detention must be used only as a last resort, it is increasingly used as a first response and also as a deterrent. This results in mass and needless detention. The Parliamentary Assembly is concerned by this excessive use of detention and the long list of serious problems which arise as a result and which are regularly highlighted, not only by Council of Europe human rights monitoring bodies such as the European Court of Human Rights, the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), the Human



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

verso l'esterno: «“our” immigration policies are not a soft touch» (Walters 2002, 286). Tuttavia, la detenzione risulta essere una misura pressoché inefficace come deterrente (Nagin 1998), non influenzando in modo tangibile sui tassi di migrazione.

Stiamo assistendo a un processo generale di criminalizzazione che espone i migranti a una serie di violazioni dei diritti umani, di natura procedurale e sostanziale, a partire dalla privazione della libertà personale⁶. Possiamo notare, infatti, nella prassi, un effettivo deterioramento dello *status* giuridico dello straniero.

In molti Stati, i migranti ed i richiedenti protezione internazionale soggetti a misure di privazione della libertà godono di garanzie più blande rispetto a coloro che sono soggetti a misure detentive di natura penale. Vengono, infatti, sottoposti a forme di detenzione gestite spesso volte in modo poco trasparente dalle autorità preposte, con un conseguente considerevole aumento del rischio di abusi⁷ (Huysmans 2000 e 2006, Guild 2009).

La criminalizzazione dell'immigrazione irregolare, definita dagli studiosi anglofoni *crimmigration* (Majcher 2013, Stumpf 2007, Cole 2003), si pone in chiaro contrasto con la normativa internazionale di tutela dei diritti umani. Già nel 1948, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, oltre a tutelare espressamente il diritto alla libertà di movi-

Rights Commissioner and the Assembly's Committee on Migration, Refugees and Population, but also by other international and national organisations».

⁶ UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, 2 aprile 2012, A/HRC/20/24.

⁷ Sotto questo profilo appare anche rilevante il nesso tra migrazione e sicurezza, tra violenza e legittimazione politica, sull'argomento vedi (Huysmans-Squire 2010, 175).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

mento⁸, prevede, all'articolo 9, che: «no one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile»⁹. Il successivo Patto sui diritti civili e politici all'articolo 9, paragrafo 1, dopo aver affermato il diritto di ciascun individuo alla libertà e alla sicurezza della persona, statuisce che nessuno possa essere sottoposto a misure di privazione della libertà se non per i motivi e secondo le procedure previste dalla legge¹⁰.

⁸ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III), art. 13: «1- Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state. 2- Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country».

⁹ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III), art.9.

¹⁰ UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 dicembre 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, art. 9: «1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law. 2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him. 3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement. 4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful. 5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Il Comitato dei diritti dell'uomo¹¹, organo di monitoraggio del Patto sui diritti civili e politici, nel *general comment* n. 8, ha chiarito, inoltre, che il paragrafo 1 dell'art. 9 si applica a tutte le tipologie di privazioni della libertà, abbiano o meno natura penale, compreso il controllo dell'immigrazione¹².

Norme e *standard* internazionali stabiliscono che provvedimenti di privazione della libertà personale non devono essere adottati automaticamente come misura di controllo dell'immigrazione, ma devono essere utilizzati come *extrema ratio*¹³, esclusivamente se altre misure meno restritti-

¹¹ Il Comitato dei Diritti dell'Uomo – Human Rights Committee – è previsto dal Patto sui Diritti Civili e Politici all'articolo 28.

¹² Human Rights Committee, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 8 (1994), General Comment 8, Article 9 (Sixteenth session, 1982) par. 1: «Article 9 which deals with the right to liberty and security of persons has often been somewhat narrowly understood in reports by States parties, and they have therefore given incomplete information. The Committee points out that paragraph 1 is applicable to all deprivations of liberty, whether in criminal cases or in other cases such as, for example, mental illness, vagrancy, drug addiction, educational purposes, immigration control, etc.».

¹³ UN Human Rights Council, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, Rapporteur Manuela Carmena Castrillo, 16 febbraio 2009, A/HRC/10/21, parr. 67 e 82; Council of Europe, Committee of Ministers, *Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures*, 1 luglio 2009, principio XI.1: «Detention of asylum seekers should be the exception»; UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Conclusions Adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees*, dicembre 2009, 1975-2009, Conclusion n. 7, XXVIII, 1977, Expulsion, par. e: «Recommended that an expulsion order should only be combined with custody or detention if absolutely necessary for reasons of national security or public order and that such custody or detention should not be unduly prolonged». Cfr. anche Conclusion n. 44 (XXXVII) 1986 Detention of refugees and asylum seekers, par. b: «Expressed the opinion that in view of the hardship which it involves, detention should normally be avoided. If necessary, detention may be resorted to only on grounds prescribed by law to verify identity; to determine



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ve, come l'obbligo di segnalazione o restrizioni sulla residenza, non siano compatibili con il singolo caso. La normativa convenzionale europea, tuttavia, assicura una tutela meno stringente e consente la detenzione breve ai fini del controllo dell'immigrazione senza valutare misure alternative¹⁴.

La Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie è anch'esso uno strumento che mira a proteggere il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona, prevedendo che tutti i lavoratori migranti, indipendentemente dal loro *status* giuridico, hanno diritto a non essere soggetti a misure di detenzione o di arresto arbitrario individualmente o collettivamente. Essi hanno, inoltre, diritto a non essere privati della libertà se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge¹⁵. Questo trattato non ha valenza globale essendo stato ratificato soltanto da Stati appartenenti al c.d. gruppo dei *Paesi in Via di Sviluppo* che sono prevalentemente Stati di partenza dei flussi migratori; tuttavia sono ad esso giuridicamente vincolati alcuni degli Stati c.d. *di transito* come la Libia¹⁶ e l'Egitto¹⁷, dove la

the elements on which the claim to refugee status or asylum is based; to deal with cases where refugees or asylum-seekers have destroyed their travel and/or identity documents or have used fraudulent documents in order to mislead the authorities of the State in which they intend to claim asylum; or to protect national security or public order».

¹⁴ Corte Edu, *Saadi c. Regno Unito*, application n. 13229/03, sentenza del 29 gennaio 2008, parr. 70-74.

¹⁵ UN General Assembly, *Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, Resolution 45/1581 of 18 Dicembre 1990, Treaty Series, vol. 2220, p. 3; Doc. A/RES/45/15, art. 16, parr. 1 e 4.

¹⁶ La Libia ha ratificato la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie il 18 giugno 2004; gli aggiornamenti relativi alle ratifiche (nonche alle riserve formulate) si possono ritrovare all'interno del



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

detenzione degli stranieri è quantitativamente estesissima e qualitativamente lesiva della più basilare dignità umana.

2. Trattenimento, accoglienza, smistamento: restrizione della libertà di circolazione o privazione della libertà personale?

I nomi che vengono utilizzati negli ordinamenti nazionali per qualificare i centri detentivi sono i più disparati e variano da centro di «trattenimento», di «accoglienza», di «smistamento», di «identificazione», di «espulsione». Ciò nonostante, non sempre *nomen (est) omen*.

Alcuni studiosi hanno fornito una definizione della detenzione molto ampia, arrivando a includere al suo interno qualsiasi restrizione alla libertà di movimento o di viaggio comminata ad uno straniero (Helton 1989). Questa interpretazione appare, tuttavia, non condivisibile, inglo-

sito *web*: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en. Sulle condizioni di detenzione in Libia si veda da ultimo il rapporto di Human Right Watch *Lybia: Whipped, beaten, and Hung from Trees* pubblicato a seguito di una visita effettuata nell'aprile 2014 presso 9 centri di detenzione in Lybia, reperibile al sito: <http://www.hrw.org/news/2014/06/22/libya-whipped-beaten-and-hung-trees> (ultima consultazione per entrambi i siti 12 gennaio 2016).

¹⁷ L'Egitto ha ratificato la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie il 19 febbraio 1993, la convenzione è entrata in vigore in data 1 luglio 1993 secondo le modalità previste dall'articolo 87 della stessa. Circa le modalità di detenzione in Egitto si veda il rapporto di Global Detention Project dal titolo *Egypt Detention Profile* aggiornato a settembre 2014 e reperibile al sito: <http://www.globaldetentionproject.org/countries/africa/egypt/introduction.html> (ultima consultazione 12 gennaio 2016).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

bando in sé due concetti distinti: la privazione della libertà personale e la restrizione alla libera circolazione. Spesso non è semplice stabilire quando un soggetto subisca una restrizione alla libertà di movimento oppure quando venga *de facto* privato della libertà personale.

La detenzione, secondo le norme di diritto internazionale, si deve qualificare valutandola in concreto¹⁸ e la definizione *de jure* che viene fornita dal diritto interno non è determinante per stabilire se un individuo sia o meno privato della propria libertà. Un esempio ci è offerto dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo resa nel caso *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*: lì la Corte rileva, in particolare, che ai ricorrenti non era stata riconosciuta la libertà di lasciare il quartiere generale della polizia o il centro di «ammissione e alloggio per stranieri». Alla luce di questo elemento la Corte ha stabilito che la definizione di detenzione data dal Governo turco non possa essere considerata accettabile. A parere della Corte: «the applicants' placement in the aforementioned facilities amounted to a "deprivation of liberty" given the restrictions imposed on them by the administrative authorities despite the nature of the classification under national law. It therefore concludes that the applicants have been deprived of their liberty»¹⁹.

¹⁸ Corte Edu, *Amuur v. France*, application n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996, par. 42; *Nolan e K. v. Russia*, application n. 2512/04, sentenza del 12 febbraio 2009, parr.93-96; *Abdolkhani e Karimnia v. Turkey*, application n. 30471/08, sentenza del 22 settembre 2009, parr. 125-127; *Ashingdane v. United Kingdom*, application n. 8225/78, sentenza del 28 marzo 1985, par. 42.

¹⁹ Corte Edu, *Abdolkhani e Karimnia v. Turkey*, application n. 30471/08, sentenza del 22 settembre 2009, par. 127: «The Court further observes that the applicants have not been free to leave the Hasköy police headquarters or the Kırklareli Foreigners' Admission and Accommodation Centre. Besides, they are only able to meet a lawyer if the latter can present



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Nel valutare di volta in volta se, secondo il diritto internazionale dei diritti umani, determinate restrizioni alla libertà di circolazione possano essere considerate privazioni della libertà è necessario tenere in considerazione una serie di elementi: il tipo di misura adottata, la durata, gli effetti e le modalità di implementazione²⁰. La natura delle restrizioni alla libertà e delle privazioni della libertà è, infatti, da considerarsi analoga: la differenza è nel grado di intensità²¹. Per stabilire se vi sia stata privazione della libertà non ci si può basare su un singolo criterio, ma occorre analizzare la complessa situazione di fatto. Neanche la durata limitata di una restrizione, ad esempio di alcune ore, consente di concludere in

to the authorities a notarised power of attorney. Furthermore, access by the UNHCR to the applicants is subject to the authorisation of the Ministry of the Interior. In the light of these elements, the Court cannot accept the definition of “detention” submitted by the Government, which in fact is the definition of pre-trial detention in the context of criminal proceedings. In the Court’s view, the applicants’ placement in the aforementioned facilities amounted to a “deprivation of liberty” given the restrictions imposed on them by the administrative authorities despite the nature of the classification under national law. It therefore concludes that the applicants have been deprived of their liberty».

²⁰ Corte Edu, *Austin e A. v. United Kingdom*, applications nn. 39692/09, 40713/09 e 41008/09, sentenza 15 marzo 2012, par. 57; *Engel e al. v. Nederland*, applications n. 5100/71, n. 5101/71, n. 5102/71, n. 5354/72, n. 5370/72, sentenza dell’8 giugno 1986, par. 59; *Guzzardi v. Italy*, application n.7367/76, sentenza del 6 novembre 1980, par. 92.

²¹ Corte Edu, *Guzzardi c. Italia*, application n. 7367/76, sentenza del 6 novembre 1980, Series A n. 39, par. 93: «The difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance. Although the process of classification into one or other of these categories sometimes proves to be no easy task in that some borderline cases are a matter of pure opinion, the Court cannot avoid making the selection upon which the applicability or inapplicability of Article 5 (art. 5) depends».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

modo automatico che essa possa qualificarsi come una restrizione alla libertà di circolazione anziché una privazione della libertà.

Altri fattori la cui presenza deve essere presa in considerazione sono: la struttura *chiusa* o *aperta*, la sussistenza dell'elemento di coercizione²² o l'insieme degli effetti che la situazione produce sulla persona, compresi il disagio fisico o la sofferenza mentale²³. Una serie di misure che, considerate singolarmente, costituirebbero una restrizione, cumulativamente possono costituire una privazione della libertà. Ad esempio, nel caso *Guzzardi c. Italia*²⁴, al ricorrente erano stati applicati l'obbligo di soggiorno in una determinata area e una misura speciale di sorveglianza, la quale implicava l'imposizione di un coprifuoco, con il divieto di rincasare dopo e di uscire di casa prima di una certa ora, l'obbligo di presentarsi alle autorità due volte al giorno e una restrizione della libertà di comunicazione che prevedeva la possibilità di avere con l'esterno contatti limitati e sorvegliati. La Corte ha concluso condannando l'Italia per un'ingiustificata privazione della libertà *ex* articolo 5 della CEDU.

I luoghi dove i migranti vengono detenuti sono molteplici. Alcuni Stati utilizzano dei centri pensati specificamente a questo scopo; altri Paesi usano una serie di strutture in base alla posizione giuridica in cui si trova il migrante; altri ancora improvvisano, facendosi scudo con la logica emergenziale. Questa realtà complessa e articolata è stata riconosciuta ed

²² Corte Edu, *Foka v. Turkey*, application n. 28940/95, sentenza del 24 giugno 2008; *Nolan e K. v. Russia*, application n. 2512/04, sentenza del 12 febbraio 2009.

²³ Corte Edu, *Guzzardi v. Italy*, application n. 7367/76, sentenza del 6 novembre 1980; *H.L. v. United Kingdom*, application n. 45508/99, sentenza del 5 ottobre 2004.

²⁴ Corte Edu, *Guzzardi v. Italy*, application n. 7367/76, sentenza del 6 novembre 1980.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

efficacemente sintetizzata nella nota *Deliberation No. 5*, che prevede dieci principi concernenti le garanzie di cui dovrebbe godere lo straniero in custodia e che sono rilevanti al fine di determinare il carattere arbitrario o meno della privazione della libertà. Il Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria delle Nazioni Unite ha chiarito, infatti, che i luoghi di privazione della libertà cui si riferisce questa serie di principi possono essere: luoghi di custodia situati nelle zone di frontiera, posti di polizia, locali sotto l'autorità dell'amministrazione penitenziaria, centri *ad hoc* (*centres de rétention*), centri di raccolta, enti ospedalieri o ancora le c.d. "zone internazionali" o "di transito" nei porti o negli aeroporti internazionali²⁵.

La *zona di transito* non è un luogo idoneo al trattenimento delle persone, poiché essa è destinata all'accoglienza dei passeggeri per periodi di tempo molto brevi e ha caratteristiche che possono far nascere nei detenuti un sentimento di solitudine: nessun accesso all'esterno per camminare o fare esercizio fisico, né strutture interne di ristoro, né contatti col mondo esteriore²⁶.

²⁵ UN Commission on Human Rights, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, Annex II *Deliberation No. 5: Situation regarding immigrants and asylum-seekers*, 28 dicembre 1999, E/CN.4/2000/4: «The places of deprivation of liberty concerned by the present principles may be places of custody situated in border areas, on police premises, premises under the authority of a prison administration, ad hoc centres (*centres de rétention*), so called "international" or "transit zones" in ports or international airports, gathering centres or certain hospital premises».

²⁶ Corte Edu, *Riad e Idiab v. Belgium*, applications n. 29787/03 e 9810/03, sentenza del 24 gennaio 2008, par. 104: «The transit zone was not an appropriate place in which to detain the applicants. By its very nature it is a place designed to accommodate people for very short periods. With characteristics liable to give those detained there a feeling of solitude, with no access outside to take a walk or have physical exercise, without internal



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo è, infatti, da considerarsi inaccettabile che un individuo possa essere detenuto in condizioni che non tengano minimamente in considerazione i suoi bisogni essenziali²⁷. La Corte non ha accolto l'argomentazione addotta dalle autorità nazionali – teoria della “prigione a tre pareti” – secondo la quale non vi era stata privazione della libertà poiché la persona interessata avrebbe potuto distogliersi dallo stato di fermo presso l'aeroporto prendendo un volo in uscita dal Paese²⁸.

La possibilità di lasciare il territorio statale non è da valutare in linea teorica, bensì deve essere considerata in maniera pratica con attenzione al caso specifico e non deve concretarsi in una violazione del divieto di *refoulement*. Il trattenimento di stranieri nella zona internazionale comporta una restrizione della libertà. Questa misura deve essere accompagnata da garanzie adeguate e deve durare per un periodo di tempo che non si prolunghi in maniera eccessiva. In caso contrario la semplice «restrizione» della libertà diventa una «privazione» della libertà²⁹.

catering arrangements or contact with the outside world, the transit zone is wholly inappropriate to the needs of a stay of more than ten days».

²⁷ Ivi, par. 106: «The Court considers it unacceptable that anyone might be detained in conditions in which there is a complete failure to take care of his or her essential needs».

²⁸ Corte Edu, *Amuur v. France*, application n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996; Standard CPT, Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti e Pene Inumane e Degradanti (CPT), CoE Doc. CPT/Inf/E (2002) 1 - Rec. 2010, Strasburgo, dicembre 2010 (“Standard CPT”), pp. 53-54.

²⁹ Corte Edu, *Amuur v. France*, application n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996, par. 43: «Holding aliens in the international zone does indeed involve a restriction upon liberty, but one which is not in every respect comparable to that which obtains in centres for the detention of aliens pending deportation. [...] Such holding should not be prolonged excessively, otherwise there would be a risk of it turning a mere restriction on liberty [...]».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Le restrizioni meno gravi, che per grado di intensità non costituiscono una privazione della libertà personale, sono da considerare relative al diritto alla libertà di circolazione³⁰. Nel caso *Celipli c. Svezia*, il ricorrente,

³⁰ UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 dicembre 1966, 999 UNTS 171, art. 12: «1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. 2. Everyone shall be free to leave any country, including his own. 3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant. 4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country»; Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasburgo, 16 settembre 1963, art. 2 - Freedom of movement: «1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. 2. Everyone shall be free to leave any country, including his own. 3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of ordre public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. 4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society»; Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, art. 22: «1. Every person lawfully in the territory of a State Party has the right to move about in it, and to reside in it subject to the provisions of the law. 2. Every person has the right to leave any country freely, including his own. 3. The exercise of the foregoing rights may be restricted only pursuant to a law to the extent necessary in a democratic society to prevent crime or to protect national security, public safety, public order, public morals, public health, or the rights or freedoms of others. 4. The exercise of the rights recognized in paragraph 1 may also be restricted by law in designated zones for reasons of public interest. 5. No one can be expelled from the territory of the state of which he is a national or be deprived of the right to enter it. 6. An alien lawfully in the territory of a State Party to this Convention may be expelled from it only pursuant to a decision reached in accordance



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

cittadino straniero di etnia curda, era soggetto a un'ordinanza di espulsione e gli era stato imposto l'obbligo di residenza nel territorio comunale unitamente all'obbligo di notificare la sua presenza tre volte a settimana. Il Comitato dei diritti umani ha ritenuto che le misure applicate al ricorrente non rientrassero nella fattispecie della privazione della libertà,

with law. 7. Every person has the right to seek and be granted asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the state and international conventions, in the event he is being pursued for political offenses or related common crimes. 8. In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions. 9. The collective expulsion of aliens is prohibited»; Organization of African Unity (OAU), African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter"), 27 giugno 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), art. 12: «1. Every individual shall have the right to freedom of movement and residence within the borders of a State provided he abides by the law. 2. Every individual shall have the right to leave any country including his own, and to return to his country. This right may only be subject to restrictions, provided for by law for the protection of national security, law and order, public health or morality. 3. Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with laws of those countries and international conventions. 4. A non-national legally admitted in a territory of a State Party to the present Charter, may only be expelled from it by virtue of a decision taken in accordance with the law. 5. The mass expulsion of non-nationals shall be prohibited. Mass expulsion shall be that which is aimed at national, racial, ethnic or religious groups»; League of Arab States, Arab Charter on Human Rights, 15 settembre 1994, art. 20: «Everyone residing on the territory of a State shall have freedom of movement and freedom to choose the place of residence in any part of the territory, within the limits of the law» e art. 21: «Citizens shall not be arbitrarily or illegally deprived from leaving any Arab country, including their own, or their residency restricted to a particular place, or forced to live in any area of their country».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

ma fossero da considerare una restrizione alla libera circolazione in violazione dell'art. 12 del Patto internazionale sui diritti civili e politici³¹.

3. Detenzione legittima: bilanciamento tra sovranità statale e libertà individuale

La detenzione amministrativa degli stranieri è caratterizzata dalla dicotomia tra le prerogative sovrane dello Stato e i diritti fondamentali riconosciuti universalmente alla persona umana, indipendentemente dal suo *status* giuridico.

In linea con questa visione dicotomica sono gli studi di Michael Flynn, secondo il quale il cuore del fenomeno della detenzione dei migranti e dei richiedenti asilo è da ricercarsi nella tensione irrisolta tra due *concorrenti*, entrambi ancorati saldamente ed inequivocabilmente al diritto internazionale: la libertà personale e la sovranità statale (2002, 11). Più radicale Wilsher, che ritiene che ogni diritto umano relativo al rispetto della libertà di uno straniero confligga con il sostanzialmente illimitato diritto degli Stati di controllare l'ingresso e l'espulsione dei non-cittadini conferito loro sia dal diritto interno che dal diritto pubblico internazionale (2004, 898).

Se è vero che gli Stati hanno un ampio margine di discrezionalità rispetto al rilascio delle autorizzazioni per entrare e risiedere all'interno

³¹ *Celepli c. Svezia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 456/1991, decisione del 26 luglio 1994, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/456/1991 (1994).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

dei propri confini, la decisione di detenere o di allontanare uno straniero è, tuttavia, vincolata al rispetto di determinate norme e principi.

La detenzione è una misura eccezionale e può essere giustificata esclusivamente se attuata per uno scopo legittimo. In assenza di un tale scopo, la detenzione è da considerarsi arbitraria, anche se l'ingresso sul territorio è avvenuto in maniera illegale³². I motivi della detenzione devono essere definiti chiaramente e tassativamente nella legislazione, inoltre sarebbe opportuno considerare illegittima la privazione della libertà a carico di individui che non possono essere identificati o espulsi per motivi di cui non possono essere considerati responsabili³³. Tuttavia,

³² *A. v. Australia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 560/1993, decisione del 30 aprile 1997, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, par. 9.4: «The Committee observes however, that every decision to keep a person in detention should be open to review periodically so that the grounds justifying the detention can be assessed. In any event, detention should not continue beyond the period for which the State can provide appropriate justification. For example, the fact of illegal entry may indicate a need for investigation and there may be other factors particular to the individuals, such as the likelihood of absconding and lack of cooperation, which may justify detention for a period. Without such factors detention may be considered arbitrary, even if entry was illegal. In the instant case, the State party has not advanced any grounds particular to the author's case, which would justify his continued detention for a period of four years, during which he was shifted around between different detention centres. The Committee therefore concludes that the author's detention for a period of over four years was arbitrary within the meaning of article 9, paragraph 1».

³³ UN Human Rights Council, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Rapporteur: Manuela Carmena Castrillo, A/HRC/10/21, 16 febbraio 2009, par. 67: «[...] Grounds for detention must be clearly and exhaustively defined and the legality of detention must be open for challenge before a court and regular review within fixed time limits. Established time limits for judicial review must even stand in "emergency situations" when an exceptionally large number of undocumented immigrants enter the terri-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

non è sufficiente che la detenzione sia prevista dalla legge perché essa non sia da considerarsi arbitraria.

In questo contesto giuridico il principio di proporzionalità e il principio di necessità agiscono da argini a tutela della libertà individuale rispetto ai poteri sovrani degli Stati. Il principio di proporzionalità dispone che qualsiasi decisione di privare una persona della sua libertà deve essere *proporzionata* a fini specifici stabiliti dalla legge. Inoltre, secondo il principio di necessità, l'attuazione di misure detentive deve essere *necessaria* rispetto al raggiungimento dello scopo prefissato, che non potrebbe essere raggiunto attraverso l'uso di misure meno afflittive rispetto alla libertà dell'individuo, secondo una valutazione da effettuarsi caso per caso.

4. La legittimità della detenzione nelle decisioni dello *Human Rights Committee*

Lo *Human Rights Committee* può ricevere comunicazioni di violazione del Patto sui diritti civili e politici da parte di individui che si trovino sotto la giurisdizione di uno Stato che abbia aderito al Protocollo opzio-

tory of a State. Provisions should always be made to render detention unlawful if the obstacle for identifying immigrants in an irregular situation or carrying out removal from the territory does not lie within their sphere, for example, when the consular representation of the country of origin does not cooperate or legal considerations – such as the principle of non-refoulement barring removal if there is a risk of torture or arbitrary detention in the country of destination – or factual obstacles – such as the unavailability of means of transportation – render expulsion impossible».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

nale. Tale protocollo configura un ruolo quasi giurisdizionale per il Comitato dei diritti dell'uomo.

La giurisprudenza del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha fornito un grande impulso rispetto all'interpretazione e all'applicazione dei principi di proporzionalità e di necessità per stabilire la legittimità o l'arbitrarietà rispetto ai casi di detenzione amministrativa degli stranieri.

Il caso di scuola per eccellenza è *A. v. Australia*, nel quale un richiedente asilo, di nazionalità cambogiana, solleva una questione di proporzionalità nel valutare la necessità e la potenziale arbitrarietà delle misure detentive che gli sono state comminate. Il Comitato – pur affermando che non vi sia una norma di diritto internazionale, generale o pattizio, che possa far ritenere che la detenzione dei richiedenti asilo sia intrinsecamente arbitraria³⁴ – ha stabilito che l'Australia non è riuscita a fornire una giustificazione idonea a tenere una persona in stato di detenzione per più di quattro anni, sostenendo che il trattenimento può essere considerato arbitrario se non è necessario rispetto alle circostanze del caso – ad esempio per impedire la fuga o l'occultamento delle prove – in queste circostanze rileva l'elemento della proporzionalità³⁵. La misura di priva-

³⁴ *A. v. Australia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 560/1993, decisione del 30 aprile 1997, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, par. 9.3: «The Committee agrees that there is no basis for the author's claim that it is per se arbitrary to detain individuals requesting asylum. Nor can it find any support for the contention that there is a rule of customary international law which would render all such detention arbitrary».

³⁵ *Ivi*, par. 9.2: «On the first question, the Committee recalls that the notion of "arbitrariness" must not be equated with "against the law" but be interpreted more broadly to include such elements as inappropriateness and injustice. Furthermore, remand in cus-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

zione della libertà deve essere interrotta nel caso in cui lo Stato non possa fornire una giustificazione adeguata rispetto al suo scopo, o se le ragioni che l'abbiano determinata siano cessate³⁶.

Il Comitato riafferma nuovamente il principio di necessità, qualche anno dopo, nel caso *C. v. Australia*. I giudici, richiamando quanto già sostenuto nella sentenza *A. v. Australia*, hanno stabilito che, affinché una misura privativa della libertà non sia arbitraria, lo Stato deve sempre fornire una motivazione adeguata per giustificare la detenzione individuale anche alla luce del passaggio del tempo e del mutare delle circostanze. Nel caso in specie, il ricorrente è un cittadino iraniano, che durante i due anni di detenzione ha sofferto di problemi psichiatrici. Il Comitato – nel condannare l'Australia per violazione dell'art. 9 par. 1 del Patto sui diritti civili e politici – evidenzia che lo Stato deve dimostrare di non poter raggiungere gli scopi perseguiti attraverso l'utilizzo di misure meno invasive, alternative alla detenzione, come l'obbligo di presentarsi periodicamente davanti alle autorità o il deposito di una cauzione, tenute conto le condizioni specifiche dell'individuo³⁷. Si colloca esattamente nello stesso solco

today could be considered arbitrary if it is not necessary in all the circumstances of the case, for example to prevent flight or interference with evidence: the element of proportionality becomes relevant in this context. The State party however, seeks to justify the author's detention by the fact that he entered Australia unlawfully and by the perceived incentive for the applicant to abscond if left in liberty. The question for the Committee is whether these grounds are sufficient to justify indefinite and prolonged detention».

³⁶ Ivi, par. 9.4, vedi nota 37.

³⁷ *C. v. Australia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 900/1999, decisione del 28 ottobre 2002, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1050/2002, par. 8.2: «As to the claims relating to the first period of detention, in terms of article 9, paragraph 1, the Committee recalls its



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

giurisprudenziale la sentenza resa nel caso di *D and E, and their two children*, nella cui pronuncia il Comitato condanna l'Australia per la aver detenuto questa famiglia iraniana in modo arbitrario, per tre anni³⁸.

jurisprudence that, in order to avoid a characterization of arbitrariness, detention should not continue beyond the period for which the State party can provide appropriate justification. In the present case, the author's detention as a non-citizen without an entry permit continued, in mandatory terms, until he was removed or granted a permit. While the State party advances particular reasons to justify the individual detention (para. 4.28 et seq.), the Committee observes that the State party has failed to demonstrate that those reasons justify the author's continued detention in the light of the passage of time and intervening circumstances. In particular, the State party has not demonstrated that, in the light of the author's particular circumstances, there were not less invasive means of achieving the same ends, that is to say, compliance with the State party's immigration policies, by, for example, the imposition of reporting obligations, sureties or other conditions which would take account of the author's deteriorating condition. In these circumstances, whatever the reasons for the original detention, continuance of immigration detention for over two years without individual justification and without any chance of substantive judicial review was, in the Committee's view, arbitrary and constituted a violation of article 9, paragraph 1».

³⁸ *D. and E., and their two children v. Australia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 1050/2002, decisione del 9 agosto 2006, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1050/2002, par. 4.2: « [...] the State party [...] argues that the prohibition against the deprivation of liberty is not absolute since the travaux préparatoires show that the drafters explicitly contemplated detention of non-citizens for immigration control as an exception to the general prohibition. Furthermore, it argues that the term "law" refers to law in the domestic legal system and that detention must be not only lawful, but reasonable in all the circumstances. (4) It recalls that there is no indication in the Committee's jurisprudence that detention for a particular length of time could be considered arbitrary per se. It also recalls that detention of unauthorised arrivals is not arbitrary per se, and that the main test is whether the detention is reasonable, proportionate, appropriate and justifiable in all the circumstances. (5) With regard to the present case, it argues that the claim is without merit. It explains that detention of unauthorised arrivals allows for an assessment of whether the person has a lawful right to remain in the country and for checks to be completed before the person is permitted ac-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Concludendo l'analisi di questo ristretto, ma rappresentativo, gruppo di sentenze dello Human Rights Committee, un breve passaggio deve essere fatto relativamente al caso del sig. *Omar Sharif Baban*, di nazionalità irachena ed etnia curda, attivista della Patriotic Union of Kurdistan (PUK), sempre contro il Governo australiano. Il Comitato, nella pronuncia resa, ha ritenuto che l'impossibilità di eseguire un provvedimento di espulsione è una causa di sopraggiunta illegittimità della detenzione stessa, in quanto lo scopo perseguito non è realisticamente raggiungibile³⁹.

Da questa disamina appare evidente come il Comitato dei diritti umani, nello stabilire la presenza o meno di violazioni del Patto rispetto ai casi di detenzione amministrativa dei migranti, abbia preso in consi-

cess to the general community. Detention is thus for administrative, not correctional purposes. The authors were placed in immigration detention in accordance with section 189(1) of the Migration Act. The State party argues that their detention was not arbitrary since their initial detention was proportionate to the objective sought, namely to allow the authorities to process their asylum application and for the Refugee Review Tribunal and Minister to review this decision. It argues further that the circumstances leading to their detention has been subject to review, by both the Refugee Review Tribunal and Minister, but the decision to deny the authors a visa was confirmed and the authors remained in detention, pending their removal from the country. Consequently, the detention of the authors was reasonable and necessary in all the circumstances».

³⁹ *Omar Sharif Baban v. Australia*, Human Rights Committee, comunicazione n. 1014/2001, del 18 settembre 2003, 2003CCPR/C/78/D/1014/2001, par. 7.2: «[...] In the present case, the author's detention as a non-citizen without an entry permit continued, in mandatory terms, until he was removed or granted a permit. While the State party advances particular reasons to justify the individual detention (para. 4.15 et seq.), the Committee observes that the State party has failed to demonstrate that those reasons justified the author's continued detention in the light of the passage of time and intervening circumstances such as the hardship of prolonged detention for his son or the fact that during the period under review the State Party apparently did not remove Iraqis from Australia [...]».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

derazione non solo i requisiti formali delle misure di privazione della libertà, ma abbia anche valutato nel merito le ragioni sostanziali.

Lo *Human Rights Committee* effettua in concreto un giudizio di ragionevolezza, proporzionalità e necessità, non accettando l'ipotesi dell'operare automatico della detenzione amministrativa dei migranti in quanto tali.

5. La legittimità della detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è lo strumento regionale di tutela dei diritti umani più avanzato al mondo, soprattutto grazie allo strumento giurisdizione obbligatoria della Corte europea dei diritti dell'uomo che consente di dare effettività ai diritti da essa tutelati (Delmas-Marty 1992; Nascimbene 2002; Van Dijk, Van Hoof *et al.* 2006; Jacobs, Ovey *et al.* 2006).

Nonostante ciò, la giurisprudenza della Corte, rispetto alla detenzione amministrativa dei migranti, nell'operare un bilanciamento tra il diritto alla libertà e le prerogative sovrane degli Stati parte, sembra pretendere per la maggiore garanzia di queste ultime. Come notato da Campesi «questa giurisprudenza ha [...] scontato numerosi limiti, non riuscendo a costruire un argine contro la proliferazione dei centri per migranti in tutta Europa. Tali limiti evidenziano senza dubbio una certa deferenza nei confronti degli Stati firmatari, la cui prerogativa sovrana sui confini non è stata minimamente messa in questione» (2013, 89).

L'articolo 5 della CEDU prevede che «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà» salvo poi fornire un



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

elenco esaustivo di eccezioni a questa regola, ponendo una riserva di legge. Tra i motivi che legittimano il ricorso a misure restrittive della libertà personale troviamo *sic et simpliciter* la detenzione amministrativa degli stranieri. Ai sensi dell'art. 5, comma 1, lettera f) è infatti consentito «[l']arresto o [la] detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione»⁴⁰.

⁴⁰ Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 novembre 1950, ETS 5, art. 5 - Right to liberty and security: «1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court; (b) the lawful arrest or detention of a person for noncompliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law; (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so; (d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority; (e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants; (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition. 2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him. 3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial. 4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the de-



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Ogni privazione della libertà, per non essere considerata arbitraria, deve essere prevista dalla legge, effettuata in buona fede e deve essere strettamente connessa allo scopo perseguito⁴¹.

La Commissione europea dei diritti umani, sin dagli anni '70, ha ritenuto che la detenzione non è da considerarsi legittima se il provvedimento di espulsione non viene eseguito con la *dovuta diligenza* e senza causare inutili ritardi⁴² (Nedjati 1978, 91). Il provvedimento restrittivo della libertà personale viene considerato una misura ancillare al controllo dei confini o al decreto di espulsione, ragion per cui non necessita di ulteriori giustificazioni.

A partire dagli anni '90, abbiamo assistito ad un aumento dei rapporti e delle raccomandazioni pubblicate dagli organi del Consiglio d'Europa,

tention is not lawful. 5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation».

⁴¹ Corte Edu, *Čonka v. Belgium*, application n. 51564/99, sentenza del 5 febbraio 2002, par. 39: «Where the “lawfulness” of detention is in issue, including the question whether “a procedure prescribed by law” has been followed, the Convention refers essentially to the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law, but it requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness»; *Saadi v. the United Kingdom*, application n. 13229/03, sentenza del 29 gennaio 2008, par. 74: «To avoid being branded as arbitrary, therefore, such detention must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry of the person to the country; the place and conditions of detention should be appropriate, bearing in mind that “the measure is applicable not to those who have committed criminal offences but to aliens who, often fearing for their lives, have fled from their own country” and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued».

⁴² Corte Edu, *Lynas v. Switzerland*, application n. 7317/75, sentenza del 6 ottobre 1976, in Decisions and Reports 6, par. 167.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

che esprimevano preoccupazione in merito all'uso/abuso della detenzione amministrativa da parte degli Stati. Tuttavia, la Corte non ha effettuato alcun *revirement* nella sua giurisprudenza in materia, che, al contrario è stata costantemente confermata.

5.1 La Corte di Strasburgo ed il principio di necessità: il caso *Chahal c. Regno Unito*

La sentenza *Chahal c. Regno Unito* esprime, in maniera inequivocabile, la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo relativamente al *principio di necessità*, che – come evidenziato in precedenza – si era già affermato nella giurisprudenza del Comitato dei diritti umani: in particolare, la Corte si è interrogata sulla sua imprescindibilità nel giudizio di legittimità di una misura di privazione della libertà.

Il caso riguarda un provvedimento di allontanamento verso l'India di un separatista Sikh per ragioni di sicurezza nazionale. La Corte di Strasburgo ha constatato che il Regno Unito ha violato l'art. 3 della CEDU posto che, nel caso di specie, l'espulsione avrebbe esposto il ricorrente al rischio di subire torture.

Rispetto al periodo che il sig. Chahal ha trascorso in stato di detenzione in attesa dell'espulsione, invece, la Corte ha all'unanimità affermato l'avvenuta violazione dell'articolo 5.4, che garantisce il diritto accesso al controllo giurisdizionale sulla legittimità della detenzione. Mentre, a maggioranza di tredici voti contro sei, ha concluso per una non violazione dell'articolo 5.1.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

La Corte, richiamando l'art. 5, comma 1 lettera *f*, ha ritenuto che la Convenzione non richiede che la detenzione di una persona, contro la quale è in corso un provvedimento di espulsione, debba essere sottoposta ad un giudizio di proporzionalità e di necessità. Nella misura in cui il procedimento di espulsione è in corso, la detenzione amministrativa può essere considerata legittima senza necessità di provare l'esistenza di altre condizioni giustificative⁴³.

5.2 Legittimità del trattenimento presso le transit zone: Il caso *Amuur c. Francia*

Nella sentenza *Amuur v. France*⁴⁴, la Corte ha focalizzato la sua attenzione sul principio di legalità sancito dall'articolo 5.1, giudicando la detenzione presso la *transit zone* come arbitraria. A parere dei giudici, la

⁴³ Corte Edu, *Chahal v. United Kingdom*, application n. 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996, par. 112: «The Court recalls that it is not in dispute that Mr Chahal has been detained "with a view to deportation" within the meaning of Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) (see paragraph 109 above). Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) does not demand that the detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation be reasonably considered necessary, for example to prevent his committing an offence or fleeing; in this respect Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) provides a different level of protection from Article 5 para. 1 (c) (art. 5-1-c). Indeed, all that is required under this provision (art. 5-1-f) is that "action is being taken with a view to deportation". It is therefore immaterial, for the purposes of Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f), whether the underlying decision to expel can be justified under national or Convention law».

⁴⁴ Corte Edu, *Amuur v. France*, application n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996, di cui si è già parlato rispetto alla definizione del concetto di "detenzione" nel paragrafo 1 di questo articolo.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Francia ha trattenuto in stato di detenzione i signori Amuur al di fuori di un regime giuridico chiaro, violando, per cui, il principio di legalità formale.

La condanna non è, tuttavia, priva di ambiguità: nonostante la constatazione dell'avvenuta violazione, la Corte afferma, infatti, che confinare gli stranieri nella zona internazionale di un aeroporto non è una misura equiparabile al trattenimento presso i centri creati *ad hoc* per detenere gli stranieri in attesa di espulsione. Tale sentenza può, quindi, essere interpretata anche nel senso che, il confinamento nelle zone internazionali, per un periodo di tempo non eccessivamente prolungato ed accompagnato da opportune garanzie e dal rispetto degli obblighi internazionali, configurerebbe una *semplice* restrizione alla libertà di circolazione, non essendo quindi vietata *tout court*. I giudici hanno, inoltre, sottolineato l'esistenza di un diritto innegabile in capo agli Stati di controllare l'ingresso degli stranieri sul loro territorio e di farlo ricorrendo alla detenzione, che viene definita come *inevitable* al fine di svolgere le pratiche amministrative relative al rimpatrio⁴⁵.

⁴⁵ Ivi, par. 43: «Holding aliens in the international zone does indeed involve a restriction upon liberty, but one which is not in every respect comparable to that which obtains in centres for the detention of aliens pending deportation. Such confinement, accompanied by suitable safeguards for the persons concerned, is acceptable only in order to enable States to prevent unlawful immigration while complying with their international obligations, particularly under the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and the European Convention on Human Rights. States' legitimate concern to foil the increasingly frequent attempts to circumvent immigration restrictions must not deprive asylum-seekers of the protection afforded by these conventions. Such holding should not be prolonged excessively, otherwise there would be a risk of it turning a mere restriction on liberty - inevitable with a view to organising the practical details of



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Poco tempo dopo la pubblicazione di questa sentenza l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha pubblicato una raccomandazione sulla "Protezione ed il rafforzamento dei diritti dei rifugiati e dei richiedenti asilo in Europa", nella quale si auspica, anche in riferimento alla detenzione negli aeroporti, il ricorso a misure non restrittive della libertà personale e la fissazione di un limite di tempo massimo di detenzione⁴⁶.

5.3 *La Grande Camera ed il caso Saadi c. Regno Unito*

La tendenza della Corte di Strasburgo a considerare non indispensabile l'effettuazione di un *test di necessità*, volto a valutare se la detenzione risponde a uno scopo specifico ulteriore rispetto alla garanzia dell'effettività delle politiche di controllo della frontiera, è stata confermata nella nota sentenza *Saadi c. Regno Unito*.

the alien's repatriation or, where he has requested asylum, while his application for leave to enter the territory for that purpose is considered - into a deprivation of liberty. In that connection account should be taken of the fact that the measure is applicable not to those who have committed criminal offences but to aliens who, often fearing for their lives, have fled from their own country. Although by the force of circumstances the decision to order holding must necessarily be taken by the administrative or police authorities, its prolongation requires speedy review by the courts, the traditional guardians of personal liberties. Above all, such confinement must not deprive the asylum-seeker of the right to gain effective access to the procedure for determining refugee status».

⁴⁶ Council of Europe, Parliamentary Assembly, recommendation n. 1327/1997, on the *Protection and Reinforcement of the Human Rights of Refugees and Asylum-Seekers in Europe*, par. 8; cfr. anche il rapporto: Council of Europe, Committee on Migration, Refugees and Demography, *Arrival of Asylum Seekers at European Airports*. Report to the Parliamentary Assembly, rapporteur: Mr Gross, Switzerland, Socialist Group, 8 giugno 2000, Doc. 8761.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Nel caso di specie il ricorrente è un cittadino iracheno che, giunto in Inghilterra, all'aeroporto di Heathrow, ha richiesto che gli venisse riconosciuto lo status di rifugiato. Dopo aver presentato la richiesta di asilo, a distanza di quattro giorni, il dott. Saadi è stato posto in stato di detenzione e trasferito in un centro di trattenimento. L'obiettivo della privazione della libertà era quello di consentire una *fast-track procedure*, una procedura utilizzata per velocizzare i tempi di risposta alle richieste di asilo considerate manifestamente infondate⁴⁷.

L'argomentazione dei giudici posta a fondamento di questa sentenza, in linea con la giurisprudenza precedente, è che la detenzione degli stranieri che fanno ingresso nel territorio di un determinato Paese, in maniera non autorizzata, rientri nelle prerogative legittime dello Stato, in quanto derivata dal «diritto sovrano innegabile di controllare l'ingresso degli stranieri e la loro residenza nel loro territorio». La Corte si spinge fino a definire la detenzione un «corollario indispensabile» rispetto al controllo delle frontiere. Le misure di privazione della libertà possono applicarsi, per la maggioranza della Grande Camera, a tutti gli stranieri, compresi i richiedenti asilo⁴⁸.

⁴⁷ Corte Edu, *Saadi v. United Kingdom*, application n. 13220/03, sentenza del 29 gennaio 2008, par. 23-25.

⁴⁸ Ivi, par. 64: «Whilst the general rule set out in Article 5 § 1 is that everyone has the right to liberty, Article 5 § 1 (f) provides an exception to that general rule, permitting States to control the liberty of aliens in an immigration context. As the Court has remarked before, subject to their obligations under the Convention, States enjoy an “undeniable sovereign right to control aliens’ entry into and residence in their territory” (see *Amuur*, cited above, § 41; *Chahal*, cited above, § 73; and *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, §§ 67-68, Series A no. 94). It is a necessary adjunct to this right that States are permitted to detain would-be immigrants who have applied for permission to enter, whether by way of asylum or not. It is evident from the



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Il caso solleva dinanzi alla Corte un quesito molto interessante. Si può considerare come un tentativo di ingresso non autorizzato quello effettuato da un individuo che varchi i confini di uno Stato e presenti, senza indugi, la richiesta di asilo presso le autorità competenti? A questo proposito è necessario ricordare che la procedura espletata dalle autorità competenti rispetto alle richieste di asilo, è accertativa e non costitutiva dello *status* di rifugiato.

La Grande Camera, in linea con quanto espresso dalla Corte di appello, dalla Camera dei Lord e dalla Camera, ritiene che uno straniero che non sia stato *espressamente autorizzato* a varcare la frontiera stia effettuando un *ingresso non autorizzato* e che, secondo quanto previsto dall'articolo 5.1(f), la sua detenzione è finalizzata ad impedirgli di *entrare irregolarmente nel territorio*. La Corte rigetta, quindi, l'ipotesi che un richiedente asilo che si rechi prontamente presso le autorità competenti stia tentando di *entrare regolarmente* nel territorio dello Stato. In considerazione di ciò, essa ritiene indebitamente limitativa della sovranità statale, l'interpretazione dell'articolo 5.1(f) che autorizzerebbe solo la detenzione di un soggetto che abbia tentato di sottrarsi ai controlli di frontiera e alle restrizioni all'immigrazione imposte dallo Stato⁴⁹.

tenor of the judgment in Amuur that the detention of potential immigrants, including asylum-seekers, is capable of being compatible with Article 5 § 1 (f)». La traduzione in italiano utilizzata è un testo non ufficiale tradotto dall'Unione forense per la tutela dei diritti umani ed è reperibile nel database della giurisprudenza degli organi di controllo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo "HUDOC".

⁴⁹ Ivi, par. 65: «On this point, the Grand Chamber agrees with the Court of Appeal, the House of Lords and the Chamber that, until a State has "authorised" entry to the country, any entry is "unauthorised" and the detention of a person who wishes to effect entry and who needs but does not yet have authorisation to do so can be, without any



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Nella sentenza in esame la Corte ha sottolineato i requisiti che gli Stati devono rispettare affinché una misura di privazione della libertà non venga considerata arbitraria: 1) deve avvenire in buona fede, 2) deve essere strettamente connessa con lo scopo di prevenire un ingresso non autorizzato, 3) il luogo e le condizioni detentive devono essere appropriate, 4) il periodo di tempo deve essere ragionevole rispetto all'obiettivo perseguito⁵⁰. Ancora una volta, i giudici non attribuiscono alcuna rilevanza ai principi di proporzionalità e di necessità. Applicando questi criteri al caso di specie la maggioranza dei giudici ha statuito che trattenere il ricorrente per sette giorni in un centro detentivo non fosse da considerare

distortion of language, to “prevent his effecting an unauthorised entry”. It does not accept that as soon as an asylum-seeker has surrendered himself to the immigration authorities, he is seeking to effect an “authorised” entry, with the result that detention cannot be justified under the first limb of Article 5 § 1 (f). To interpret the first limb of Article 5 § 1 (f) as permitting detention only of a person who is shown to be trying to evade entry restrictions would be to place too narrow a construction on the terms of the provision and on the power of the State to exercise its undeniable right of control referred to above. Such an interpretation would, moreover, be inconsistent with Conclusion no. 44 of the Executive Committee of the United Nations High Commissioner for Refugees’ Programme, the UNHCR’s Guidelines and the Committee of Ministers’ Recommendation (see paragraphs 34-35 and 37 above), all of which envisage the detention of asylum-seekers in certain circumstances, for example while identity checks are taking place or when elements on which the asylum claim is based have to be determined».

⁵⁰ Ivi, par. 74: «To avoid being branded as arbitrary, therefore, such detention must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry of the person to the country; the place and conditions of detention should be appropriate, bearing in mind that “the measure is applicable not to those who have committed criminal offences but to aliens who, often fearing for their lives, have fled from their own country” (see Amuur, cited above, § 43); and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

arbitrario, in considerazione delle serie difficoltà amministrative che il Regno Unito si trovava a fronteggiare in quel periodo, causate dal notevole incremento delle richieste di asilo⁵¹.

Questa sentenza apre *ombrello giuridico* al di sopra dell'ampia prassi che vede ormai gli Stati fare ricorso alla detenzione dei richiedenti asilo per ragioni di «semplice convenienza amministrativa» (Campesi 2012, 333), cosicché chiunque si presenti alla frontiera senza un regolare titolo di ingresso può essere assoggettato ad una misura detentiva in maniera completamente indipendentemente dalla sua condotta.

6. Corte di Strasburgo: una giurisprudenza che restringe i diritti

Tirando le somme della disamina fin qui fatta della giurisprudenza, si può sostenere che, relativamente al trattenimento degli stranieri, la Corte di Strasburgo non sembra trovare la sua base assiologica nell'universalismo dei diritti umani. Essa giustifica, indirettamente, anche modelli quali quello maltese o australiano, contraddistinti dall'automatismo dello strumento

⁵¹ Ivi, par. 80: «In conclusion, therefore, the Court finds that, given the difficult administrative problems with which the United Kingdom was confronted during the period in question, with increasingly high numbers of asylum-seekers (see also Amuur, cited above, § 41), it was not incompatible with Article 5 § 1 (f) of the Convention to detain the applicant for seven days in suitable conditions to enable his claim to asylum to be processed speedily. Moreover, regard must be had to the fact that the provision of a more efficient system of determining large numbers of asylum claims rendered unnecessary recourse to a broader and more extensive use of detention powers. It follows that there has been no violation of Article 5 § 1 of the Convention in the present case».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

amministrativo della detenzione finalizzata ad impedire l'ingresso nel territorio dello Stato, nelle more di un procedimento di espulsione, nonché durante il procedimento di richiesta di asilo. L'idea sottesa è che il tentativo di ingresso sia illegittimo, fintanto che non venga autorizzato dalle autorità di frontiera, e che in attesa di un provvedimento di allontanamento coatto si possa cristallizzare per mesi la vita di una ormai *non-persona* (Dal Lago 1999), senza che ciò sia considerato non proporzionato rispetto allo scopo perseguito. Il baricentro del bilanciamento operato dalla Corte sembra, infatti, protendere con decisione verso esigenze di tipo securitario, piuttosto che verso il rispetto della dignità degli stranieri.

La Corte ha evidentemente operato sulla base della infelice formulazione della norma stessa della Convenzione, laddove, come evidenziato in precedenza, è esplicitamente contenuta la legittimazione allo strumento della detenzione dei non-cittadini nei casi previsti dall'art. 5.1(f). Ha, inoltre, utilizzato come *standard* internazionale di riferimento gli atti dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati⁵², meno garantista rispetto a quello del Comitato dei Diritti Umani, secondo il quale la valutazione della legittimità della detenzione nella fattispecie concreta deve essere parametrata ai canoni di necessità e proporzionalità.

L'impostazione di questo filone giurisprudenziale, però, suscita non poche perplessità alla luce di quanto previsto espressamente dalla CEDU stessa al suo art. 53, a mente del quale «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limi-

⁵² UNHCR's Guidelines Conclusion no. 44 of the Executive Committee of the United Nations High Commissioner for Refugees Programme, Committee of Ministers' Recommendation Cfr. *Saadi v. United Kingdom*, cit., par. 34, 35, 37.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

tare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possono essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi». Non sta forse la Corte limitando i diritti tutelati dall'articolo 9 del Patto sui diritti civili e politici di cui tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa sono Alte parti contraenti? Il Patto è stato interpretato dallo *Human Right Commitee* nel senso che la detenzione deve essere legittima, non deve essere imposta per ragioni di mera opportunità amministrativa⁵³ e deve soddisfare i requisiti di necessità e di proporzionalità.

Ma non solo, la Corte non appare coerente neanche con il suo stesso giudicato, alla luce dei precedenti giurisprudenziali relativi alle eccezioni di cui alle lettere b), d) ed e) dell'art. 5, paragrafo 1, in cui essa ha sottolineato il carattere imperativo dell'applicazione dei principi di proporzionalità e necessità, sancendo la preminenza della salvaguardia dei diritti individuali rispetto all'interesse collettivo all'ordine ed alla sicurezza pubblico. Tale orientamento della Corte ha creato una frattura nell'ambito delle garanzie giuridiche concesse a ogni essere umano ai sensi dell'art. 5 della Convenzione, fornendo una tutela "mutilata" nei riguardi dei migranti c.d. irregolari.

Questa problematicamente è stata acutamente rilevata da alcuni giudici nell'opinione parzialmente dissenziente allegata alla sentenza, precedentemente esaminata, *Saadi c. Regno Unito*. Questi giudici, discostandosi enormemente da quanto deciso a maggioranza ritengono che: «ri-

⁵³ *Van Alphen v. Netherlands*, comunicazione n. 305/1988, decisione del 15 agosto 1990, UN Doc. CCPR/C/39/D/305/1988(1990).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

guardo alla detenzione in generale, i requisiti della necessità e della proporzionalità obbligano lo Stato a fornire motivazioni pertinenti e sufficienti a giustificazione delle misure prese ed a prendere in considerazione altre misure meno coercitive, oltre che a spiegare perché quelle misure sono ritenute insufficienti alla salvaguardia degli interessi privati e pubblici che sottendono la privazione della libertà. La semplice opportunità o comodità amministrativa non è sufficiente. Non capiamo in nome di quale valore o interesse più alto si possa giustificare il concetto che, in uno Stato di diritto, queste garanzie fondamentali della libertà individuale non potrebbero o non dovrebbero essere applicate alla detenzione dei richiedenti asilo [...] Ciò che è ancor più essenziale, non solo nel contesto dell'asilo ma anche in altre situazioni che coinvolgono la privazione della libertà, è sostenere che la detenzione è nell'interesse della persona coinvolta ci sembra una posizione estremamente pericolosa. Inoltre, sostenere nel caso di specie che la detenzione è nell'interesse non solamente dei richiedenti asilo «ma anche di coloro che in numero sempre maggiore sono in attesa» è parimenti inaccettabile. In nessun caso il fine può giustificare il mezzo; nessun individuo, nessun essere umano può essere utilizzato come mezzo per raggiungere un fine»⁵⁴.

L'orientamento della Corte appare ingiustificato anche rispetto ai recenti interventi del Consiglio d'Europa in tema di detenzione dei migranti e dei richiedenti asilo. Il Comitato dei Ministri ha predisposto,

⁵⁴ Corte Edu, *Saadi v. United Kingdom*, application n. 13220/03, sentenza del 29 gennaio 2008, opinione parzialmente dissenziente comune ai giudici Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann e Hirvelä.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

sulla scia delle *European Prison Rules*⁵⁵, delle linee guida – le *Twenty guidelines on forced return*⁵⁶ – nelle quali è posta in evidenza l'esigenza di utilizzare i principi di necessità e di proporzionalità per valutare nel merito una misura detentiva.

Successivamente, la risoluzione adottata dall'Assemblea parlamentare sulla detenzione dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari in Europa, ha fissato il principio per cui un provvedimento detentivo dovrebbe essere imposto ai richiedenti asilo o ai migranti irregolari solo dopo aver effettuato un esame attento e specifico ed individuale dei fatti e della necessità della detenzione, favorendo l'eventualità in cui si possa ricorrere ad una misura alternativa⁵⁷.

⁵⁵ Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules*, 11 gennaio 2006, Rec(2006)2, che hanno sostituito le precedenti *European Prison Rules* del 1987.

⁵⁶ Council of Europe, Committee of Ministers, *Twenty Guidelines on Forced Return*, 4 maggio 2005.

⁵⁷ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1707 (2010): *The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe*, 28 gennaio 2010, RES 1707 (2010) par. 9: «In view of the above-mentioned considerations, the Assembly calls on member states of the Council of Europe in which asylum seekers and irregular migrants are detained to comply fully with their obligations under international human rights and refugee law, and encourages them to: 9.1. follow 10 guiding principles governing the circumstances in which the detention of asylum seekers and irregular migrants may be legally permissible. These principles aim to ensure that: 9.1.1. detention of asylum seekers and irregular migrants shall be exceptional and only used after first reviewing all other alternatives and finding that there is no effective alternative; 9.1.2. detention shall distinguish between asylum seekers and irregular migrants; asylum seekers must be protected from penalties on account of their unauthorised entry or presence; 9.1.3. detention shall be carried out by a procedure prescribed by law, authorised by a judicial authority and be subject to a periodic judicial review; 9.1.4. detention shall be ordered only for the specific



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

7. Conclusione

Come si evince chiaramente da quanto sin qui analizzato, possiamo rintracciare molteplici fonti che regolano in modo più o meno esplicito la detenzione amministrativa dei migranti e che si vanno a sovrapporre tra loro e con gli ordinamenti interni e, nei 28 Stati membri, con il diritto dell'Unione Europea.

Nonostante questo proliferare normativo il diritto alla libertà personale di centinaia di migliaia di migranti, richiedenti asilo e/o protezione internazionale non è ancora quesito. La tutela più efficace del Comitato per i Diritti Umani non ha di fatto, fino ad ora, avuto influenza sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Per il futuro si auspica che i giudici della Corte decidano di effettuare un coraggioso *revirement* della giurisprudenza a protezione del diritto alla libertà personale dei migranti e dei richiedenti asilo. Al momento, infatti, non si può che constatare che la tutela dall'arbitrarietà della detenzione per queste categorie di persone, è demandata quasi esclusivamente al giudice interno.

Concludendo si sottolinea come, in ambito regionale, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio di Europa, con la già citata risoluzione 1707

purpose of preventing an unauthorised entry or with a view to deportation or extradition; 9.1.5. detention shall not be arbitrary; 9.1.6. detention shall only be used when necessary; 9.1.7. detention shall be proportionate to the objective to be achieved; 9.1.8. the place, conditions and regime of detention shall be appropriate; 9.1.9. vulnerable people should not, as a rule, be placed in detention and specifically, unaccompanied minors should never be detained; 9.1.10. detention must be for the shortest time possible [...].».



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

(2010), ha pienamente aderito al principio che considera la «detenzione come *extrema ratio*», sostenendo che è ormai universalmente accettato che la privazione della libertà personale debba essere utilizzata soltanto come ultima risorsa e che «la detenzione debba essere utilizzata solo in caso di insufficienza⁵⁸ e inefficienza di strumenti meno intrusivi».⁵⁹

De jure condendo, urge, inoltre, che gli Stati sviluppino programmi che prevedano alternative alla detenzione a livello nazionale, da utilizzare non solo al fine del controllo della popolazione non detenuta, ma per garantire il rispetto della dignità umana che viene calpestato privando della libertà un'intera categoria di persone, classificate solo in base al loro status giuridico.

Tali programmi, se attuati in maniera effettiva e diffusa, permetterebbero, infatti, la piena salvaguardia dei diritti umani, senza dimenticare le esigenze di sicurezza nazionale, in un temperamento bilanciato e soddisfacente di tutti gli interessi coinvolti.

Disciplinando le alternative al trattenimento, ad avviso di chi scrive, gli Stati potrebbero rivedere radicalmente la loro politica in materia di detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo, considerando l'ipotesi della completa abolizione dell'istituto o rendendola un provvedimento assolutamente eccezionale.

⁵⁸ Council of Europe – Parliamentary Assembly, Resolution 1707 (2010).

⁵⁹ G.A. Res. 63/184, U.N. GAOR, 63d Sess., U.N. Doc. A/RES/63/184 (Mar. 17, 2009).



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Bibliografia

Bauman, Z. (2002), *Society Under Siege*, Cambridge: Polity Press – trad. it. S. Minucci, *La società sotto assedio*, Bari-Roma: Laterza.

Broeders, D., G. Engbersen (2007), *The Fight Against Illegal Migration: Identification Policies and Immigrants' Counterstrategies*, in *American Behavioral Scientist*, 12, pp. 1592-1609. 1601-1603.

Campesi, G. (2012), *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, in *Politica del diritto*, 2012, p. 333.

Campesi G. (2013), *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma: Carocci.

Cole, D. (2003), *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War of Terrorism*, New York: The New Press.

Dal Lago, A. (1999), *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano: Feltrinelli.

Delmas-Marty, M. (1992), *The European Convention for the Protection of Human Rights. International Protection versus National Restrictions*, The Hague: Kluwer Academic Publishers.

Flynn, M. (2011), *Immigration Detention and Proportionality*, in *Global Detention Project*, Programme for the Study of Global Migration Graduate Institute of International and Development Studies, Working Paper 4, Ginevra.

Flynn, M., C. Cannon (2010), *Detention at the borders of Europe: report on the joint global detention project*, in *International Detention Coalition Workshop*, Ginevra.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

García Hernández, C.C. (2014), *Immigration detention as punishment*, in *UCLA Law Review*, 61, pp. 1347-1414.

Guild, E. (2009), *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge: Polity Press.

Helton, A.C. (1989) *The detention of refugees and asylum seekers: A misguided threat to refugee protection*, in Loescher G. (cur.), *Refugees and International Relations*, Oxford: Oxford University Press, pp. 135-140.

Huysmans, J. (2000), *The European Union and the Securitization of Migration*, in *Journal of Common Market Studies*, 38, pp. 751-777.

Huysmans, J. (2006), *The Politics of Insecurity. Fear, migration and asylum in EU*, Londra: Routledge.

Huysmans, J., V. Squire (2010) *Migration and security* in M. Dunn Cavelti e V. Mauer, (cur.), *The Routledge handbook of security studies*. London: Routledge, pp. 169-179.

Jacobs, F.G., C. Ovey, R. White (2006), *The European Convention on Human Rights*, 4^a ed., Oxford: Oxford University Press.

Kalhan, A. (2010), *Rethinking immigration detention*, in *Columbia Law Review Sidebar*, 110, pp. 42-58.

Majcher, I. (2013), *"Crimmigration" in the European Union through the Lens of Immigration Detention*, in *Global Detention Project*, Programme for the Study of Global Migration Graduate Institute of International and Development Studies Working Paper 6, Ginevra.

Nagin, D. S. (1998) *Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century*, in *Crime and Justice*, 23, pp. 1-42.

Nascimbene, B. (cur.) (2002), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano: Giuffrè.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Nedjati, Z. M. (1978), *Human Rights under the European Convention*, Amsterdam: North-Holland.

Stumpf, J. (2007), *The crimmigration crisis: immigrations, crime and sovereign power*, in *American University Law Review*, 56, pp. 367-419.

Van Dijk, P., F. Van Hoof, L. Zwaak, A. Van Rijn (cur.) (2006), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4^a ed., Antwerpen-Oxford: Intersentia.

Walters, W. (2002), *Deportation, Expulsion and the International Police of Aliens*, in *Citizenship Studies*, 6(3), pp. 265-292.

Wilsher, D. (2004), *The Administrative Detention of Non-Nationals Pursuant to Immigration Control: International and Constitutional Law Perspectives*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 53(4), pp. 897-934.



anno V, n. 4, 2015

data di pubblicazione: 12 gennaio 2016

Saggi

Abstract

Administrative Detention of Foreigners, Without Any Crime

Administrative detention of foreigners (both migrants and asylum seekers) is a practice widely used by many States around the world. The following essay firstly aims to provide a definition and a delimitation of this kind of deprivation of liberty and to evaluate the consistency of this practice with the respect of international human rights law instruments. Furthermore, it is analyzed the significant case law of the Human Rights Committee and the European Court of Human Rights, highlighting divergences and different standards of protection.

Keywords: migrants, detention, crimmigration, asylum seekers, human rights.