

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MODENA E REGGIO EMILIA**

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Corso di Dottorato in Scienze Giuridiche in convenzione con l'Università degli  
Studi di Parma  
XXXVI Ciclo**

**LA PRIVAZIONE DELLA LIBERTA' PERSONALE NELLA RECENTE  
GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO:  
PROFILI GIURIDICI E RIFLESSI PRATICI**

**Relatore:**

**Chiar.mo Prof.**

**Marco Gestri**

**Coordinatore:**

**Chiar.mo Prof.**

**Luigi Foffani**

**Dottoranda:**

**Ilaria Pifferi**

**Matr. n. 158675**

**Anno accademico 2022/2023**

## INDICE

|              |      |
|--------------|------|
| Introduzione | p. 7 |
|--------------|------|

### CAPITOLO I

La tutela del “*diritto alla libertà e alla sicurezza*” in Europa tra fonti normative e riflessi giurisprudenziali

#### SEZIONE I

##### CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

|   |    |
|---|----|
| 1. Il “ <i>diritto alla libertà e alla sicurezza</i> ” nell’ambito della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU): l’ultimo ‘ <i>baluardo</i> ’ a tutela dei diritti fondamentali in Europa. | 10 |
|---|----|

#### SEZIONE II

##### IL PORTATO DELL’ART. 5 CEDU ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

|  |    |
|--|----|
| 2. Il “ <i>diritto alla libertà e alla sicurezza</i> ” nel sistema convenzionale: nozioni rilevanti e margini di operatività della tutela.   | 13 |
| 2.1. Il duplice richiamo ai concetti di ‘ <i>libertà e sicurezza</i> ’ della persona ai sensi dell’art. 5, § 1 CEDU.   | 14 |
| 2.2. Il fenomeno delle ‘ <i>unacknowledged detentions</i> ’ e le ‘ <i>obbligazioni positive</i> ’ in materia di privazione della libertà personale.  | 16 |
| 2.3. La struttura dell’art. 5 CEDU.  | 20 |
| 2.3.1. La nozione di ‘ <i>privazione della libertà</i> ’ rilevante ai sensi del disposto convenzionale.  | 22 |
| 2.4. I requisiti sostanziali posti dall’art. 5, § 1 CEDU ai fini di una privazione <i>lecita</i> della libertà personale.  | 33 |
| 2.5. Le singole fattispecie di privazione della libertà personale contemplate dall’art. 5, § 1 CEDU: la detenzione regolare a seguito di condanna da parte di un tribunale competente (lett. a). | 42 |

|   |    |
|---|----|
| 2.5.1. (Segue) L'«arresto» o la «detenzione» per violazione di un provvedimento giurisdizionale o per «garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge» (lett. b).                        | 49 |
| 2.5.2. (Segue) La detenzione <i>ante iudicium</i> in ambito penale (lett. c).   | 53 |
| 2.5.3. (Segue) La detenzione regolare di un minore (lett. d).   | 58 |
| 2.5.4. (Segue) La detenzione di persone suscettibili di propagare malattie contagiose, di alienati, di alcolizzati, di tossicomani o di vagabondi (lett. e).  | 60 |
| 2.5.5. (Segue) La privazione della libertà personale al fine di impedire l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato, ovvero nel corso del procedimento d'espulsione o d'extradizione (lett. f). | 65 |
| 2.6. Le garanzie fondamentali riconosciute alle persone private della libertà: il diritto all'informazione (art. 5, § 2 CEDU).  | 70 |
| 2.6.1. Il diritto ad essere tradotto « <i>al più presto</i> » innanzi all'autorità competente: la ragionevole durata della carcerazione preventiva (art. 5, § 3 CEDU).                                | 72 |
| 2.6.2. Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo <i>ex art. 5, § 4 CEDU</i> .  | 79 |
| 2.6.3. Il diritto alla riparazione <i>ex art. 5, § 5 CEDU</i> .   | 86 |
| 2.7. Riflessioni conclusive.  | 91 |

### SEZIONE III

#### IL “DIRITTO ALLA LIBERTA’ E ALLA SICUREZZA” AI SENSI DELL’ART. 6 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UNIONE EUROPEA: IL CONTRIBUTO ESEGETICO FORNITO DALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA

|  |    |
|--|----|
| 3. Il “ <i>diritto alla libertà e alla sicurezza</i> ” nell’ambito del Sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali: genesi e portata del disposto di cui all’art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea. | 93 |
| 3.1. L’operatività della tutela riconosciuta dall’art. 6 della Carta nella cornice giuridica dell’ordinamento dell’Unione.   | 97 |

### CAPITOLO II

Profili problematici e sfide in atto in punto di violazione della libertà personale nel quadro della recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo

## SEZIONE I

### PREMESSA

1. *Is it a crime to be a foreigner?* La c.d. ‘*questione migratoria*’ al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e della Corte di Giustizia dell’UE. 100

## SEZIONE II

### LA CONTROVERSA QUALIFICAZIONE DELLA NOZIONE DI ‘PRIVAZIONE DELLA LIBERTA’ PERSONALE’ ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA EUROPEA (DELLE CORTI DI STRASBURGO E LUSSEMBURGO)

2. *Quo vadis* tutela della libertà della persona nelle zone ‘di frontiera’? Le recenti posizioni assunte dalle Grandi Camere delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo in materia di trattenimento dei richiedenti asilo ai margini dello Spazio europeo. 106
- 2.1. La pronuncia della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo all’esito della controversia *Ilias e Ahmed c. Ungheria*. 108
- 2.1.1. La nozione di ‘*privazione della libertà personale*’ ex art. 5 CEDU in relazione al trattenimento di richiedenti asilo nell’ambito di una zona di transito terrestre: il forzato (e a tratti contraddittorio) percorso argomentativo elaborato dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo. 110
- 2.2. La sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea nel caso *FMS e altri*: verso un rafforzamento delle garanzie alle frontiere esterne dell’Unione? 125
- 2.2.1. Sul collocamento dei ricorrenti nella zona di transito di *Röszke*. 128
- 2.2.2. Sulla legittimità del «*trattenimento*» dei ricorrenti presso la struttura di *Röszke*. 133
- 2.3. Riflessioni conclusive. 138

## SEZIONE III

### IL CONTRIBUTO OFFERTO DALLA CORTE DI STRASBURGO ALLE PROBLEMATICHE SOTTESE ALLA ‘QUESTIONE MIGRATORIA’: RECENTI PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI E NUOVE PROSPETTIVE

3. Migrazioni e diritti umani fondamentali in Europa. 144

|   |     |
|---|-----|
| 3.1. Sul ‘ <i>trattenimento</i> ’ di migranti irregolari nei centri di identificazione ed espulsione: le risultanze del caso <i>Richmond Yaw e altri c. Italia</i> .  | 149 |
| 3.2. Sul ‘ <i>trattenimento</i> ’ di migranti irregolari nei Centri di Soccorso e Prima Accoglienza e a bordo di navi: la sentenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso <i>Khlaifia e altri c. Italia</i> . | 157 |
| 3.2.1. Sulla violazione dell’art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU.   | 160 |
| 3.2.2. Sulla dedotta violazione dell’art. 3 CEDU.   | 166 |
| 3.2.3. Sulla dedotta violazione dell’art. 4 Protocollo n. 4 CEDU in materia di ‘ <i>espulsioni collettive di stranieri</i> ’.   | 170 |
| 3.2.4. Sulla dedotta violazione dell’art. 13 CEDU, in relazione all’art. 3 CEDU e all’art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU.   | 173 |
| 3.3. ( <i>Segue</i> ) Sul ‘ <i>trattenimento</i> ’ dei migranti irregolari e richiedenti asilo negli <i>hotspots</i> greci: la sentenza <i>Kaak e altri c. Grecia</i> del 3 ottobre 2019.                           | 177 |
| 4. Riflessioni conclusive: quali <i>prospettive future</i> per la detenzione dei migranti nello spazio giuridico europeo?   | 184 |

### CAPITOLO III

La detenzione amministrativa ‘informale’ dei migranti irregolari tra garanzie convenzionali e diritto interno: un ineludibile *vulnus* all’assetto convenzionale europeo?  
*Violazioni normative e prospettive future*

#### SEZIONE I

##### CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

|                  |     |
|------------------|-----|
| 1. Introduzione. | 191 |
|------------------|-----|

#### SEZIONE II

##### LA ‘DETENZIONE’ DEGLI STRANIERI ALL’INTERNO DEI CENTRI *HOTSPOTS* ITALIANI NUOVAMENTE AL VAGLIO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

|  |     |
|--|-----|
| 2. Il c.d. ‘ <i>approccio hotspot</i> ’ tra disciplina europea e riflessi interni.   | 194 |
| 2.1. Il metodo ‘ <i>hotspot</i> ’ ancora al vaglio della Corte EDU: la sentenza <i>J.A. e altri c. Italia</i> del 30 marzo 2023. | 211 |

|   |     |
|---|-----|
| 2.1.1. Sulla violazione dell'art. 3 CEDU.   | 215 |
| 2.1.2. Sulla violazione dell'art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU.   | 217 |
| 2.1.3. Sulla violazione dell'art. 4 del Protocollo Addizionale n. 4 alla Convenzione.                                 | 220 |
| 2.2. (Segue) Le sentenze <i>M.A. c. Italia</i> , <i>A.B. c. Italia</i> e <i>A.S. c. Italia</i><br>del 19 ottobre 2023 | 223 |

### SEZIONE III

#### IL TRATTENIMENTO DI MIGRANTI A BORDO DI NAVI NEL QUADRO DELLA C.D. 'POLITICA DEI PORTI CHIUSI': UNA NUOVA FRONTIERA DELLE PRASSI DETENTIVE DEGLI STRANIERI AI CONFINI (MARITTIMI) D'EUROPA?

|   |     |
|---|-----|
| 3. Le nuove fattispecie di trattenimento alla frontiera nell'ambito della c.d. ' <i>politica dei porti chiusi</i> ': riflessioni critiche tra disciplina internazionale in materia di « <i>obbligo del soccorso in mare</i> » ed esigenze di tutela dei diritti umani fondamentali. | 228 |
| 3.1. Una premessa concettuale: la disciplina dell'« <i>obbligo del soccorso in mare</i> » alla luce del diritto internazionale.   | 230 |
| 3.2. La mancata designazione di un « <i>place of safety</i> » e la permanenza forzata dei migranti soccorsi in mare a bordo di navi italiane e straniere: i casi <i>Diciotti</i> , <i>Gregoretti</i> e <i>Open Arms</i> .   | 235 |
| 3.3. Sulla natura giuridica del 'trattenimento' di migranti a bordo di navi: un'effettiva ' <i>privazione</i> ' della loro libertà personale?   | 243 |
| 3.4. (Segue) Sulla ' <i>legalità</i> ' del trattenimento a bordo di navi.   | 247 |
| 3.5. (Segue) Sulla ' <i>non arbitrarietà</i> ' del trattenimento in commento.   | 251 |
| 3.6. L'assenza di rimedi effettivi mediante i quali contestare l'illegittima privazione della libertà personale occorsa nelle vicende <i>de quibus</i> .  | 254 |
| 3.7. Riflessioni conclusive e prospettive future.   | 256 |
| CONCLUSIONI   | 261 |
| BIBLIOGRAFIA  | 268 |

## INTRODUZIONE

Il “*diritto alla libertà e alla sicurezza*”, sancito dall’art. 5 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU), rappresenta tradizionalmente uno dei temi portanti e maggiormente dibattuti nel settore internazionalistico della tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

Il presente elaborato si propone di ricostruire l’attuale assetto di tutela della *libertà personale* nel sistema convenzionale, alla luce dei principi di diritto posti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo.

Premessa l’enunciazione del diritto a non essere privato della libertà in modo arbitrario, la disamina delle ipotesi *lecite* di restrizione alla libertà personale contemplate dall’art. 5 CEDU (§ 1, lett. a-f), nonché delle garanzie fondamentali da riconoscersi in capo al soggetto sottoposto a una misura restrittiva (§ 2-4) – anche in termini di raffronto con il portato dell’art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (CDFUE), in virtù del contributo esegetico della Corte di Giustizia dell’Unione europea – consentirà di definire i confini di operatività del ‘*diritto alla libertà e alla sicurezza*’ nello scenario giuridico europeo.

Sotto il profilo metodologico, l’analisi della norma non potrà prescindere da una sua lettura alla luce dell’interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, la cui elaborazione giurisprudenziale permette di cogliere la *ratio* sottesa ai singoli precetti, ma anche – nella misura in cui la Corte è chiamata a valutare la compatibilità con il dettato convenzionale di prassi e fattispecie contemporanee, avulse dal contesto socio-politico e normativo nel cui ambito è sorta la Convenzione – di garantire un’interpretazione evolutiva del testo convenzionale (Capitolo I).

Il fine ultimo è quello di fornire gli strumenti giuridici necessari per effettuare un’analisi critica dei profili problematici e delle sfide in atto in materia di violazione del ‘*diritto alla libertà e alla sicurezza*’ ex art. 5 CEDU nell’ambito della recente giurisprudenza di Strasburgo, con particolare riguardo alle criticità sottese alla c.d. ‘*questione migratoria*’.

Le recenti prassi statali, sviluppatesi a livello europeo, improntate alla gestione in prospettiva securitaria ed emergenziale del fenomeno migratorio, mediante l’adozione di misure coercitive al fine di controllare i migranti in ingresso verso il ‘vecchio continente’ (c.d. «*crimmigration*»), hanno infatti comportato il sorgere di delicati quesiti di compatibilità sia con le garanzie sostanziali e procedurali poste dall’art. 5 CEDU, sia con il regime dell’Unione europea in materia di asilo. Sulla conformità o meno di tali strategie

politiche ai principi di diritto che permeano il c.d. Sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali si sono recentemente espresse, con una certa dissonanza, le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, pur nell'ambito dei rispettivi sistemi giuridici di riferimento (Capitolo II).

L'analisi della elaborazione giurisprudenziale europea in materia di c.d. «*immigration detention*» consentirà di sviluppare una riflessione critica circa il quesito di fondo del presente lavoro di ricerca: e cioè se è possibile *qualificare* il trattenimento di migranti a bordo di navi soccorritrici in termini di effettiva 'privazione della libertà personale' e se, in caso affermativo, tale fattispecie privativa possa dirsi *rispettosa* delle garanzie, sostanziali e procedurali, poste dall'art. 5 CEDU. Nell'esame di questa domanda di ricerca saranno presi in considerazione i profili di '(in)compatibilità convenzionale' delle più o meno recenti prassi di restrizione della libertà personale dello straniero nelle zone di frontiera (in specie, marittima), sorte nel quadro delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare adottate dall'Italia. Verranno in rilievo, da un lato, la detenzione *de facto* dei migranti irregolari e richiedenti asilo all'interno dei centri *hotspots* italiani, letta alla luce degli ultimi sviluppi giurisprudenziali di Strasburgo; dall'altro, il trattenimento di migranti soccorsi in mare a bordo di navi alle frontiere portuali, occorso nell'ambito della discussa politica italiana dei c.d. '*porti chiusi*'. In particolare, si allude ai celebri casi che hanno interessato le navi della marina militare *Diciotti* e *Gregoretti*, nonché quella della ONG *Proactiva Open Arms* (Capitolo III).



## CAPITOLO I

### La tutela del “*diritto alla libertà e alla sicurezza*” in Europa tra fonti normative e riflessi giurisprudenziali

**SOMMARIO:** SEZIONE I. Considerazioni preliminari – 1. Il “*diritto alla libertà e alla sicurezza*” nell’ambito della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU): l’ultimo ‘*baluardo*’ a tutela dei diritti fondamentali in Europa. – SEZIONE II. Il portato dell’art. 5 CEDU alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – 2. Il “*diritto alla libertà e alla sicurezza*” nel sistema convenzionale: nozioni rilevanti e margini di operatività della tutela. – 2.1. Il duplice richiamo ai concetti di ‘*libertà e sicurezza*’ della persona ai sensi dell’art. 5, § 1 CEDU. – 2.2. Il fenomeno delle ‘*unacknowledged detentions*’ e le ‘*obbligazioni positive*’ in materia di privazione della libertà personale. – 2.3. La struttura dell’art. 5 CEDU – 2.3.1. La nozione di ‘*privazione della libertà*’ rilevante ai sensi del disposto convenzionale. – 2.4. I requisiti sostanziali posti dall’art. 5, § 1 CEDU ai fini di una privazione *lecita* della libertà personale. – 2.5. Le singole fattispecie di privazione della libertà personale contemplate dall’art. 5, § 1 CEDU: la detenzione regolare a seguito di condanna da parte di un tribunale competente (lett. a). – 2.5.1. (*Segue*) L’«*arresto*» o la «*detenzione*» per violazione di un provvedimento giurisdizionale o per «*garantire l’esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge*» (lett. b). – 2.5.2. (*Segue*) La detenzione *ante iudicium* in ambito penale (lett. c). – 2.5.3. (*Segue*) La detenzione regolare di un minore (lett. d). – 2.5.4. (*Segue*) La detenzione di persone suscettibili di propagare malattie contagiose, di alienati, di alcolizzati, di tossicomani o di vagabondi (lett. e). – 2.5.5. (*Segue*) La privazione della libertà personale al fine di impedire l’ingresso irregolare nel territorio dello Stato, ovvero nel corso del procedimento d’espulsione o d’estradizione (lett. f). – 2.6. Le garanzie fondamentali riconosciute alle persone private della libertà: il diritto all’informazione (art. 5, § 2 CEDU). – 2.6.1. Il diritto ad essere tradotto «*al più presto*» innanzi all’autorità competente: la ragionevole durata della carcerazione preventiva (art. 5, § 3 CEDU). – 2.6.2. Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo *ex art. 5, § 4 CEDU*. – 2.6.3. Il diritto alla riparazione *ex art. 5, § 5 CEDU*. – 2.7. Riflessioni conclusive. – SEZIONE III. Il “*diritto alla libertà e alla sicurezza*” ai sensi dell’art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea: il contributo esegetico fornito dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea – 3. Il “*diritto alla libertà e alla sicurezza*” nell’ambito del Sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali: genesi e portata del disposto di cui all’art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea. – 3.1. L’operatività della tutela riconosciuta dall’art. 6 della Carta nella cornice giuridica dell’ordinamento dell’Unione.

#### SEZIONE I

##### Considerazioni preliminari

**1. Il “diritto alla libertà e alla sicurezza” nell’ambito della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU): l’ultimo ‘baluardo’ a tutela dei diritti fondamentali in Europa.**

Nella cornice giuridica dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti e tutelati dal Titolo I della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU)<sup>1</sup>, rilevanza primaria assume la tutela della *libertà personale*, quale assunto fondante i sistemi di diritto delle moderne democrazie liberali<sup>2</sup>.

Il “diritto alla libertà e alla sicurezza”, riconosciuto dall’art. 5 CEDU, è infatti presupposto essenziale, fulcro imprescindibile dell’esercizio di qualsivoglia azione che interessi le molteplici sfere di influenza della società umana.

Di tanto erano ben consapevoli i Governi firmatari della Convenzione, membri del Consiglio d’Europa, nel momento in cui decisero di includere il diritto dell’individuo a non essere arbitrariamente privato della libertà personale tra i pilastri del sistema convenzionale, posti a tutela di beni giuridici di preminente rilievo per la vita sociale alla luce degli ideali propri della civiltà moderna e contemporanea.

Pilastro, quello di cui si tratta, che ben riflette l’*humus* nel quale è sorta la Convenzione, frutto di un ‘movimento’ che, pur sviluppatosi secoli addietro<sup>3</sup>, nel corso del Novecento ha assunto dimensione internazionalistica, sfuggendo alle pretese egemoniche degli Stati sovrani.

Per poi fiorire, nel secondo dopoguerra, con l’istituzione del Consiglio d’Europa<sup>4</sup> e soprattutto con l’adozione della CEDU<sup>5</sup>, la cui genesi – nell’ottica del perseguimento di valori comuni che scongiurassero l’insorgere di nuovi conflitti della portata di quelli appena conclusi – rivela l’indissolubilità del nesso che lega i concetti di *giustizia, pace,*

---

<sup>1</sup> La Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU) è autenticata nelle versioni inglese e francese. Tuttavia, nel testo del presente elaborato, quando si citeranno le norme della Convenzione, si riporterà la versione italiana.

<sup>2</sup> Secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Corte EDU) – l’organo giurisdizionale preposto all’interpretazione e applicazione dei contenuti precettivi della Convenzione – «[t]he right to liberty and security is of the highest importance in a “democratic society” within the meaning of the Convention»; *ex multis*, v. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. IV, *Ladent c. Polonia* (ricorso n. 11036/03), 18 marzo 2008, § 45; Grande Camera, *Medvedyev e altri c. Francia* (ricorso n. 3394/03), 29 marzo 2010, § 76.

<sup>3</sup> Il movimento volto al riconoscimento e alla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali affonda infatti le sue radici storiche nella filosofia giusnaturalistica del XVI e XVII secolo e, in particolare, in quella illuministica del XVIII secolo, terreno assai fertile per la coltura di una ‘teoria dei diritti dell’uomo’.

<sup>4</sup> In virtù del Trattato di Londra del 5 maggio 1949.

<sup>5</sup> Firmata a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953 e ratificata dall’Italia in forza della Legge 4 agosto 1955, n. 848, recante *Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952.*

*democrazia e tutela dei diritti fondamentali della persona umana*<sup>6</sup>, ricavabili dai principi enunciati nel Preambolo della Convenzione e volti a permeare l'interpretazione e l'applicazione, nella giurisprudenza di Strasburgo, dei diritti ivi riconosciuti.

Il rilievo assunto dalla CEDU nel settore della salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali ben si comprende anche solo saggiando l'impatto (e il correlato ruolo) del sistema convenzionale nel quadro del c.d. 'garantismo penale', ove la Convenzione europea si è posta quale innovativo punto di riferimento, autorevolmente definito come «*terzo livello di legalità per i (...) Paesi del Consiglio d'Europa; come un ulteriore e massimo livello di 'sacralizzazione delle garanzie', che costituisce (...) il deposito valoriale sedimentato e condiviso in un lungo percorso di civilizzazione, un 'denominatore costituzionale comune' il cui 'nucleo duro' è ormai sottratto alla disponibilità degli Stati*»<sup>7</sup>.

Una nuova 'stella polare', dunque, nella volta celeste della tutela dei diritti umani, che indirizza e coordina l'azione degli operatori del diritto, fissando i confini invalicabili delle diverse politiche 'criminali', così assicurando l'equilibrio tra esigenze di giustizia e garanzie fondamentali.

I diritti riconosciuti e i precetti posti dal Titolo I della Convenzione<sup>8</sup>, infatti, si intrecciano a più riprese con l'ordinamento penalistico interno, fissandone le linee direttrici: talché essa rappresenta uno strumento oggettivo di tutela dei diritti dei singoli<sup>9</sup>, con il quale il Legislatore nazionale deve necessariamente raffrontarsi (e cui deve conformarsi).

Non si tratta tuttavia di uno sistema di tutela 'statico', ancorato al substrato politico e culturale nel quale è sorto e sordo al mutare delle epoche: al contrario, la Convenzione «*is a living instrument*»<sup>10</sup>, in quanto le sue disposizioni devono essere lette ed esaminate

---

<sup>6</sup> Del resto, è lo stesso Preambolo della CEDU a sancire che «*il fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri, e che uno dei mezzi per conseguire tale fine è la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*». V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI (a cura di), *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 27 e ss.

<sup>7</sup> V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione Europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale interno*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 4.

<sup>8</sup> *In primis* il diritto alla libertà e alla sicurezza, ben suscettibile di essere compresso a fronte di esigenze di accertamento e repressione penale.

<sup>9</sup> IDEM, *op. cit.*, p. 6.

<sup>10</sup> JACOBS, WHITE AND OVEY (a cura di), *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 4. «[A]s the Court has underlined on many occasions, the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today (see, among other authorities, *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31 (...); *Kress v. France [GC]*, no. 39594/98, § 70 (...); *Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC]*, no. 28957/95, § 75 (...); and, most recently, *Bayatyan v. Armenia [GC]*, no. 23459/03, § 102)»; Corte Europea

alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Corte EDU)<sup>11</sup>, il cui contributo interpretativo si rivela essenziale per un corretto inquadramento dei diversi contenuti precettivi, nonché per garantire un’interpretazione evolutiva dell’assetto normativo convenzionale, anche e soprattutto – per quanto si dirà nel prosieguo – in materia di privazione della libertà personale.

I principi di diritto enunciati dalla Corte di Strasburgo in materia di “*diritto alla libertà e alla sicurezza*” ex art. 5 CEDU forniscono non solo e non tanto una interpretazione ‘autorevole’ del dettato convenzionale, in grado di svelare lo scopo ultimo perseguito con la redazione della norma in esame, quanto piuttosto la chiave di volta necessaria per vagliare la compatibilità con il disposto convenzionale di contingenze e prassi inevitabilmente ‘estraneie’ alla (oramai risalente) *forma mentis* dei suoi Redattori, poiché frutto dei recenti sviluppi socio-politici<sup>12</sup>.

Fattispecie e prassi, queste ultime, si avulse dal contesto storico coevo alla nascita della Convenzione, ma parimenti colme di nuovi, delicati problemi di compatibilità (*rectius*, incompatibilità) con l’assetto convenzionale.

---

dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Austin e altri c. Regno Unito* (ricorsi n. 39692/09, n. 40713/09 e n. 41008/09), 15 marzo 2012, § 53.

<sup>11</sup> Cui è attribuita la stessa forza vincolante propria della Convenzione (il c.d. *binding precedent* degli ordinamenti di *common law*).

<sup>12</sup> Si pensi, per citare un solo esempio, alla complessa problematica del trattenimento *de facto* dei migranti irregolari (su cui v. profusamente *infra*, Capitolo II e III).

## SEZIONE II

### Il portato dell'art. 5 CEDU alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

#### 2. Il “diritto alla libertà e alla sicurezza” nel sistema convenzionale: nozioni rilevanti e margini di operatività della tutela.

Nell'esordire affermando che «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge (...)», l'art. 5, § 1 CEDU sancisce un principio di diritto che assume rilievo essenziale 'in una società democratica'<sup>13</sup>, ai sensi della Convenzione.

In tal senso si è espressa la costante giurisprudenza di Strasburgo, secondo la quale la norma in esame si colloca «together with Articles 2, 3 and 4, in the first rank of the fundamental rights that protect the physical security of the individual, and as such its importance is paramount»<sup>14</sup>.

Nel quadro delle garanzie convenzionali, il rilievo assunto dalla tematica della libertà personale rinviene la propria *ratio* nella preminenza del bene giuridico tutelato dall'art. 5 CEDU, ossia «la libertà fisica della persona dall'adozione di arbitrarie misure coercitive»<sup>15</sup>, perseguendo la norma il fine ultimo di scongiurare detenzioni illegittime, nonché lesioni arbitrarie della libertà personale (al di fuori delle ipotesi e delle modalità tassativamente previste dalle disposizioni di legge)<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> V. *supra*, nota 2. Nei medesimi termini, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, *Bazorkina c. Russia* (ricorso n. 69481/01), 27 luglio 2006, § 146; Grande Camera, *Assanidze c. Georgia* (ricorso n. 71503/01), 8 aprile 2004, § 169.

<sup>14</sup> Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Odzil e altri c. Moldavia* (ricorso n. 42305/2018), 11 giugno 2019, § 46; *Medvedev e altri*, cit., § 117; Sez. IV, *Castravet c. Moldavia* (ricorso n. 23393/05), 13 marzo 2007, § 29. Pur potendo, nei casi di urgenza, essere oggetto di deroga ai sensi dell'art. 15, § 2 CEDU (a differenza delle garanzie poste dagli artt. 2, 3 e 4 CEDU).

<sup>15</sup> «The guarantees contained in Article 5 are of fundamental importance for securing the right of individuals in a democracy to be free from arbitrary detention at the hands of the authorities. It is for that reason that the Court has repeatedly stressed in its case-law that any deprivation of liberty must not only have been effected in conformity with the substantive and procedural rules of national law but must equally be in keeping with the very purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness (...) [T]he authors of the Convention reinforced the individual's protection against arbitrary deprivation of his or her liberty by guaranteeing a corpus of substantive rights which are intended to minimise the risks of arbitrariness, by allowing the act of deprivation of liberty to be amenable to independent judicial scrutiny and by securing the accountability of the authorities for that act». Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Husayn (abu Zubaydah) c. Polonia* (ricorso n. 7511/2013), 24 luglio 2014, § 251-252.

<sup>16</sup> L. KALB, *La privazione della libertà personale (art. 5 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU E ORDINAMENTO ITALIANO. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, CEDAM, 2016, p. 252.

Tuttavia, sotto il profilo interpretativo, il duplice riferimento – contenuto nell'*incipit* norma – ai concetti di 'libertà e sicurezza' della persona<sup>17</sup> ha suscitato sin da subito dubbi di non poco momento, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

## **2.1. Il duplice richiamo ai concetti di 'libertà e sicurezza' della persona ai sensi dell'art. 5, § 1 CEDU.**

Anzitutto, non pone particolari questioni il riferimento alla nozione di 'libertà della persona': si tratta all'evidenza del richiamo al concetto di libertà personale, nel suo significato di «*physical liberty of the person*»<sup>18</sup> (*rectius*, libertà dagli arresti o da altre forme di costrizione fisica).

Pertanto, non sono ivi comprese le mere restrizioni alla libertà di movimento<sup>19</sup>, che rinvengono la loro disciplina nell'ambito dell'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione<sup>20</sup>.

Dalla disamina della norma in commento, incerto risulta invece essere il rimando al concetto di 'sicurezza della persona', il quale parrebbe *prima facie* configurarsi come un diritto autonomo e distinto: tesi, questa, tuttavia inficiata dalla formulazione dei successivi paragrafi della disposizione, che si riferiscono unicamente alla nozione di 'libertà personale'<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> In prospettiva comparata, è opportuno precisare che il duplice richiamo è altresì contenuto nell'art. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (del 10 dicembre 1948), nell'art. 9 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (del 16 dicembre 1966), nonché nell'art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (adottata nel 2000 e adattata nel 2007).

<sup>18</sup> «*In proclaiming the "right to liberty", paragraph 1 of Article 5 (art. 5-1) is contemplating individual liberty in its classic sense, that is to say the physical liberty of the person. Its aim is to ensure that no one should be dispossessed of this liberty in an arbitrary fashion. As pointed out by the Government and the Commission, it does not concern mere restrictions upon liberty of movement (Article 2 of Protocol no. 4) (P4-2). This is clear both from the use of the terms "deprived of his liberty", "arrest" and "detention", which appear also in paragraphs 2 to 5, and from a comparison between Article 5 (art. 5) and the other normative provisions of the Convention and its Protocols*». Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Seduta Plenaria, *Engel e altri c. Paesi Bassi* (ricorsi n. 5100/71; n. 5101/71; n. 5102/71; n. 5354/72; n. 5370/72), 8 giugno 1976, § 58. M. GIALUZ, *Commento all'art. 5 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012, p. 108.

<sup>19</sup> Sulla distinzione tra vera e propria *privazione della libertà personale* e mera limitazione della libertà di movimento, v. *infra*, § 2.3.1.

<sup>20</sup> Nei medesimi termini, v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *De Tomaso c. Italia* (ricorso n. 43395/09), 23 febbraio 2017, § 80, secondo la quale «*in proclaiming the "right to liberty", paragraph 1 of Article 5 contemplates the physical liberty of the person. Accordingly, it is not concerned with mere restrictions on liberty of movement, which are governed by Article 2 of Protocol No. 4*». V. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Creangă c. Romania* (ricorso n. 29226/03), 23 febbraio 2012, § 92.

<sup>21</sup> JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 238.

In realtà, come sottolineato da autorevole dottrina<sup>22</sup>, il ‘diritto alla sicurezza’ della persona, alla luce della interpretazione fornita dalla giurisprudenza degli organi di Strasburgo<sup>23</sup>, ha natura procedurale ed accessoria rispetto alla tutela del bene sostanziale (nucleo centrale della norma), rappresentato dalla libertà della persona<sup>24</sup>.

In altri termini, lungi dall’integrare un diritto autonomamente tutelato dall’impianto convenzionale, la ‘sicurezza della persona’ considerata dalla disposizione in commento si estrinseca nelle garanzie procedurali mediante le quali è protetto il bene ultimo della libertà personale<sup>25</sup>.

Il carattere procedurale ed ausiliario della nozione in oggetto – nel più ampio quadro della tutela della libertà personale – è stato sottolineato da risalente giurisprudenza: nella pronuncia resa nel caso *East African Asians c. Regno Unito* del 1978, la Commissione Europea dei Diritti dell’Uomo ha invero riconosciuto che «*the term “security of person” under this Article must be interpreted in its particular context. The full text of Article 5 shows that the expression “liberty and security of person” must be read as a whole and that, consequently, “security” should be understood in the context of “liberty” (...)*

*[T]he protection of “security” is in this context concerned with arbitrary interference, by a public authority, with an individual’s personal “liberty”. Or, in other words, any decision taken within the sphere of Article 5 must, in order to safeguard the individual’s right to “security of person” conform to the procedural as well as the substantive requirements laid down by an already existing law’»<sup>26</sup>.*

Sussiste dunque una intima relazione tra le nozioni di ‘libertà’ e ‘sicurezza’ della persona, le quali devono essere intese «*as being closely connected*»<sup>27</sup>: in particolare, «*the expression “liberty and security” must be read as a whole, the word “security” meaning protection against all arbitrary interference with an individual’s liberty*»<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> R. L. POWELL, *The Right to Security of Person in European Court of Human Rights Jurisprudence*, in *European Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2007, p. 649 ss. Negli stessi termini, v. anche V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI (a cura di), *op. cit.*, p. 198, secondo cui «*nell’art. 5 Conv., invece, il diritto alla sicurezza non ha altro e distinto contenuto da quello della libertà fisica. In tale nozione rientrano le privazioni della libertà di movimento che, nel caso concreto, per genere, durata, grado e modalità, si distinguono dalle semplici restrizioni alla possibilità di andare e venire che ricadono sotto la disciplina della libertà di circolazione prevista dall’art.2 Protocollo n. 4*».

<sup>23</sup> Come noto, si fa precipuo riferimento alla elaborazione giurisprudenziale della Commissione Europea dei Diritti dell’Uomo e successivamente della Corte EDU.

<sup>24</sup> «*[T]he concept of security of person which the European Court of Human Rights develops is not a substantive concept with independent meaning but rather an auxiliary concept which attaches to other values or interests in order to protect or ensure them*»; R. L. POWELL, *op. cit.*, p. 649.

<sup>25</sup> «*[T]he interpretation of Article 5 developed by the European Court of Human Rights suggests that security of person manifests in the procedural mechanisms through which liberty is protected*»; *Ibidem*.

<sup>26</sup> Commissione Europea dei Diritti dell’Uomo, *East African Asians c. Regno Unito* (ricorsi n. 4626/70 et al.), 6 marzo 1978, § 6-7.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

Ciò nonostante, una certa autonomia riservata, dai giudici di Strasburgo, al concetto di ‘sicurezza della persona’ parrebbe progressivamente emergere da talune successive pronunce giurisprudenziali, ove il diritto alla sicurezza della persona viene enunciato quale fattispecie distinta rispetto al (pur correlato) diritto alla libertà individuale, in astratto idonea ad essere autonomamente violata<sup>29</sup>.

Nella pronuncia resa nel caso *Bozano c. Francia*, la Corte EDU ha infatti specificato che «[t]he Convention (...) also requires that any measure depriving the individual of his liberty must be compatible with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness (...). What is at stake here is not only the “right to liberty” but also the “right to security of person”»<sup>30</sup>.

Si tratterebbe tuttavia, secondo la dottrina maggioritaria (e la successiva giurisprudenza di Strasburgo)<sup>31</sup>, di un orientamento giurisprudenziale volto a precisare la medesima concezione unitaria del diritto in esame, poiché l’inclusione del termine ‘sicurezza’ nel disposto normativo è meramente volta a enfatizzare il requisito secondo cui la detenzione dell’individuo non può essere arbitraria<sup>32</sup>: il ‘diritto alla libertà e alla sicurezza’ è dunque un singolo diritto («a unique right»), da interpretarsi in maniera organica<sup>33</sup>.

## **2.2. Il fenomeno delle ‘unacknowledged detentions’ e le ‘obbligazioni positive’ in materia di privazione della libertà personale**

In materia di ‘unacknowledged detention’, la Corte di Strasburgo si è ampiamente avvalsa della nozione di ‘sicurezza della persona’ per sottolineare l’importanza delle garanzie

---

<sup>29</sup> R.L. POWELL, *op. cit.*, p. 655; M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 109.

<sup>30</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Bozano c. Francia* (ricorso n. 9990/82), 18 dicembre 1986, § 54 e 60; nei medesimi termini, v. Grande Camera, *Ocalan c. Turchia* (ricorso n. 46221/99), 12 maggio 2005, § 83.

<sup>31</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Giorgi Nikolaishvili c. Georgia* (ricorso n. 37048/04), 13 gennaio 2009, § 52, ove si conferma che «the expression “liberty and security of person” in Article 5 § 1 must be read as a single right and that, consequently, “security” should be understood in the context of “liberty”. The protection of “security” is concerned with guaranteeing an individual’s personal liberty against arbitrary interference by a public authority (...). The “security” clause reminds the national authorities of the requisite obligation to follow the rule-of-law safeguards and other rudimentary forms of legal protection when the deprivation of a person’s liberty is at stake».

<sup>32</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. IV, *Hajduova c. Slovacchia* (ricorso n. 2660/03), 30 novembre 2010, § 54, secondo la quale «[t]he phrase “security of the person” must also be understood in the context of physical liberty rather than physical safety (...). The inclusion of the word “security” simply serves to emphasise the requirement that detention may not be arbitrary». M. GIALUZ, *op. et loc. supra cit.*.

<sup>33</sup> M. MACOVEI, *The right to liberty and security of person. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention of Human Rights*, in *Human Rights Handbook No. 5*, 2002, p. 6.



procedurali sottese al disposto dell'art. 5 CEDU, poste a tutela delle interferenze arbitrarie alla libertà personale<sup>34</sup>.

Con tale espressione si allude al grave (e tuttora diffuso) fenomeno delle detenzioni “non riconosciute” (o segrete), ossia ai casi in cui la privazione della libertà personale, lungi dal rispettare i requisiti formali richiesti dall'ordinamento giuridico interno (e convenzionale) – quali la registrazione dei dati anagrafici del soggetto interessato, del motivo della detenzione, del personale delle forze dell'ordine che ha effettuato l'arresto o la detenzione, delle condizioni di tempo e di luogo della stessa, nonché della sua durata – avviene per l'appunto occultamente, con correlato elevato rischio di sparizione dell'individuo<sup>35</sup>.

Tant'è che tale prassi illecita risulta intimamente connessa al fenomeno delle sparizioni forzate di persone, da più parti descritto quale «*manifestazione di ciò che può essere definito Anti-Stato di diritto*»<sup>36</sup>, rovina dell'essenza della *rule of law* nel contesto di una società democratica.

Ebbene, anche nell'ambito delle *unacknowledged detentions* vi è una sovversione dello Stato di Diritto, posto che l'esercizio del potere statale si esplica al di fuori dei vincoli costituzionali<sup>37</sup> (e, in subordine, dei confini scolpiti dalla legge ordinaria), così gravemente ledendo le garanzie poste a tutela della libertà fisica e della sicurezza personale del soggetto.

In tal senso si è espressa a più riprese la Corte di Strasburgo, chiamata a vagliare la compatibilità di tale fenomeno con l'assetto convenzionale: nel caso *Kurt c. Turchia* ha infatti affermato che «*the unacknowledged detention of an individual is a complete negation of these guarantees and a most grave violation of Article 5. Having assumed control over that individual, it is incumbent on the authorities to account for his or her whereabouts*»<sup>38</sup>.

Per queste ragioni – come precisato dai giudici europei in occasione della medesima pronuncia – nel quadro delle *unacknowledged detentions*, il disposto di cui all'art. 5 CEDU impone alle autorità statali di adottare misure effettive al fine di scongiurare il rischio di sparizione del soggetto, nonché di condurre tempestive ed efficaci indagini

---

<sup>34</sup> M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 110.

<sup>35</sup> JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 246.

<sup>36</sup> Per un approfondimento sul tema, v. L. STAFFLER, *Sparizione forzata di persone*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Milano, UTET, 2018, p. 765 ss.

<sup>37</sup> Quanto all'ordinamento giuridico nazionale, viene in rilievo il fondamentale disposto dell'art. 13 Costituzione, che riconosce valore preminente all'inviolabilità della libertà personale.

<sup>38</sup> V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Kurt c. Turchia* (ricorso n. 15/1997/799/1002), 25 maggio 1998, § 124.

allorquando sia portato alla loro attenzione, mediante gli appositi strumenti giuridici<sup>39</sup>, che una persona sia stata presa in custodia e successivamente scomparsa<sup>40</sup>.

Si tratta delle c.d. *'positive obligations'*<sup>41</sup> che, a seguito della denuncia di sparizione di un soggetto tratto in custodia dalle autorità statali, incombono in capo allo Stato interessato, le quali rinvergono la loro matrice direttamente nel precetto normativo di cui all'art. 5 CEDU<sup>42</sup>.

È da dire che, in materia di diritto alla libertà e alla sicurezza, gli obblighi positivi nascenti dall'art. 5 CEDU assumono ad oggi portata più ampia, operando anche al di fuori del fenomeno delle *unacknowledged detentions*.

In effetti, dalla disamina del contributo giurisprudenziale offerto in materia dalla Corte di Strasburgo, è possibile evincere come la norma in esame non si limiti a prevedere, in capo allo Stato parte della Convenzione, l'obbligo di astenersi dal porre in essere violazioni attive («*active infringements*») dei diritti ivi tutelati, ma imponga altresì l'obbligo di adottare le opportune misure volte a tutelare da ingerenze illecite ed arbitrarie nella libertà personale i soggetti sottoposti alla sua giurisdizione<sup>43</sup>.

Nella celebre pronuncia resa all'esito del caso *Stork c. Germania*<sup>44</sup>, la Corte ha avuto modo di riconoscere che l'art. 5 § 1, al primo capoverso, pone a carico dello Stato

---

<sup>39</sup> Nel nostro ordinamento, la presentazione di un atto di denuncia-querela innanzi all'Autorità Giudiziaria.

<sup>40</sup> *Ex multis*, v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *El Masri c. Ex Repubblica jugoslava di Macedonia* (ricorso n. 39630/09), 13 dicembre 2012, § 233.

<sup>41</sup> In termini generali, con l'espressione in esame si allude all'insieme di atti e/o iniziative che uno Stato è tenuto a compiere al fine di implementare concretamente i diritti riconosciuti dalla Convenzione; le stesse si contrappongono alle c.d. *'negative obligations'*, le quali importano l'obbligo per lo Stato di non contravvenire al disposto convenzionale mediante l'azione di organi allo stesso riconducibili. La nozione di 'obbligazioni positive' è stata coniata dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo in relazione all'obbligo di adempiere al disposto convenzionale, da riconoscersi in capo agli Stati parti, alla luce di un'interpretazione ampia della previsione contenuta nell'art. 1 CEDU, secondo la quale «*[t]he High Contracting Parties shall secure*» i diritti e le libertà fondamentali contemplati dalla Convenzione. Per un approfondimento, v. R. SAPIENZA, *Commento all'art. 1 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, cit., p. 14 e ss.

<sup>42</sup> Nel medesimo termini, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Varnava e altri c. Turchia* (ricorsi n. 16064/90, n. 16065/90, n. 16066/90, n. 16068/90, n. 16069/90, n. 16070/90, n. 16071/90, n. 16072/90 e n. 16073/90), 18 settembre 2009, § 208, ove si afferma che «*[t]he Court notes that it has found above that there was a prima facie or arguable case that two of the men were last seen in circumstances falling within the control of the Turkish or Turkish Cypriot forces (...). They have not been seen since. However, the Turkish authorities have not acknowledged their detention; they have not provided any documentary evidence giving official trace of their movements. The Court notes the patent disregard of the procedural safeguards applicable to the detention of persons. While there is no evidence that any of the missing persons were still in detention in the period under the Court's consideration, it remains incumbent on the Turkish Government to show that they have since carried out an effective investigation into the arguable claim that the two missing men had been taken into custody and not seen subsequently (...). The Court's findings above in relation to Article 2 leave no doubt that the authorities have also failed to conduct the requisite investigation in that regard. This discloses a continuing violation of Article 5*».

<sup>43</sup> *El Masri c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, cit., § 239.

<sup>44</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Storck c. Germania* (ricorso n. 61603/00), 16 giugno 2005, § 102.

l'obbligo positivo di proteggere la libertà dei suoi cittadini<sup>45</sup>: «[t]he State is therefore obliged to take measures providing effective protection of vulnerable persons, including reasonable steps to prevent a deprivation of liberty of which the authorities have or ought to have knowledge»<sup>46</sup>.

Tale obbligo di protezione sussiste anche a fronte di fattispecie di privazione arbitraria della libertà personale ad opera di soggetti privati, con correlata responsabilità dello Stato nell'ipotesi in cui si rilevi un nesso di causalità tra simili condotte e la mancata adozione di azioni (positive e dovute) da parte delle autorità statali: talché «the authorities' failure to put an end to (...) arbitrary deprivation of liberty while they had every means of doing so constituted a breach of the State's positive obligation under Article 5 of the Convention»<sup>47</sup>.

Viene in rilievo, in tale ambito, il principio del c.d. 'effetto orizzontale' delle disposizioni convenzionali: secondo siffatto principio di elaborazione giurisprudenziale, lo Stato è chiamato a rispondere dell'inosservanza del dettato convenzionale da parte di soggetti privati ai danni di altri privati, nell'ipotesi in cui tali violazioni siano causalmente riconducibili a comportamenti omissivi da parte delle autorità statali<sup>48</sup>.

Si tratta all'evidenza della trasposizione, nel sistema convenzionale, di un principio assai simile, per ampiezza e contenuti, alla c.d. 'posizione di garanzia', quale situazione giuridica soggettiva propria dell'ordinamento penalistico interno.

Ebbene, il rilievo assunto dal bene giuridico tutelato dall'art. 5 CEDU spiega la previsione – frutto, si è visto, dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea – di obblighi tanto negativi (in termini di mera astensione dalla violazione del disposto convenzionale), quanto positivi (che importano il dovere di attivarsi concretamente al fine di implementare la tutela del diritto ivi riconosciuto) a carico degli Stati membri, nascenti dal disposto della norma in esame, volti ad assicurare il concreto ed effettivo

---

<sup>45</sup> «Article 5 § 1, first sentence, of the Convention must equally be construed as laying down a positive obligation on the State to protect the liberty of its citizens. Any conclusion to the effect that this was not the case would not only be inconsistent with the Court's case-law, notably under Articles 2, 3 and 8 of the Convention, it would also leave a sizeable gap in the protection from arbitrary detention, which would be inconsistent with the importance of personal liberty in a democratic society»; *ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Medova c. Russia* (ricorso n. 25385/04), 15 gennaio 2009, § 123-125. V. anche Sez. IV, *Riera Blume e altri c. Spagna* (ricorso n. 37680/97), 14 ottobre 1999; Sez. I, *Rantsev c. Cirpo e Russia* (ricorso n. 25965/04), 7 gennaio 2010, § 319 ss.

<sup>48</sup> Per ulteriori approfondimenti sul principio dell'«effetto orizzontale» delle disposizioni convenzionali, v. R. SAPIENZA, *op. cit.*, p. 16.

conseguimento del fine ultimo perseguito dalla disposizione in commento<sup>49</sup>, ossia quello di scongiurare privazioni della libertà personale *arbitrarie o ingiustificate*<sup>50</sup>.

### 2.3. La struttura dell'art. 5 CEDU.

Proseguendo nell'esegesi della norma in commento, prima di analizzare il contenuto della nozione di 'privazione della libertà' rilevante ai sensi dell'art. 5 CEDU (e in particolare il sottile *discrimen* tra la stessa e le ipotesi di mera limitazione della libertà di movimento ex art. 2 Protocollo n. 4 CEDU), occorre procedere a un breve *excursus* della disposizione in esame, onde cogliere ampiezza e contenuti dei precetti normativi ivi racchiusi<sup>51</sup>.

Indispensabile preludio alla disamina di tale concetto-chiave, nel quadro delle misure privative della libertà personale, è infatti la contestualizzazione dei presupposti sostanziali che allo stesso si riferiscono.

Come anticipato, il diritto di ogni individuo a non essere arbitrariamente privato della libertà personale è sancito nell'*incipit* dell'art. 5, § 1 CEDU: dopo aver riconosciuto che «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza», la norma ammette possibili limitazioni a tale bene essenziale, purché siano previste da un'espressa disposizione di legge. Segue l'elencazione tassativa dei casi in cui è legittimo privare un soggetto della libertà personale – da intendersi quali eccezioni al suddetto criterio informatore – nell'osservanza della normativa di riferimento in materia<sup>52</sup>, conformemente ad un'interpretazione restrittiva effettuata dalla Corte di Strasburgo<sup>53</sup>.

In particolare, il catalogo delle ipotesi di privazione lecita della libertà personale comprende la detenzione regolare che fa seguito<sup>54</sup> «a condanna da parte di un tribunale

---

<sup>49</sup> In conformità al c.d. *principio di effettività* nell'applicazione dei diritti umani, sancito dal Preambolo della Convenzione e ribadito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo la quale «[t]he Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective»; *ex multis*, v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Airey c. Irlanda* (ricorso n. 6289/73), 9 ottobre 1979, § 24.

<sup>50</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *S., V. e A. c. Danimarca* (ricorsi n. 35553/12, n. 36678/12 e n. 36711/12), 22 ottobre 2018, § 73; *McKay c. Regno Unito* (ricorso n. 543/03), 3 ottobre 2006, § 30.

<sup>51</sup> Seguirà la puntuale esegesi della stessa nei paragrafi seguenti.

<sup>52</sup> «No deprivation of liberty will be lawful unless it falls within one of the permissible grounds specified in sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1»; v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Khlaifia e altri c. Italia* (ricorso n. 16483/2012), 15 dicembre 2016, § 88. Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Right to liberty and security*, 2020, p. 11.

<sup>53</sup> L. KALB, *op. cit.*, p. 252.

<sup>54</sup> «The term “after” does not simply mean that the detention must follow the conviction in point of time: in addition, the detention must result from, follow and depend upon or occur by virtue of the conviction. In short, there must be a sufficient causal connection between the conviction and the deprivation of liberty at issue»; v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *James, Wells and Lee c. Regno Unito* (ricorsi n. 25119/09, n. 57715/09 e n. 57877/09), 18 settembre 2012, § 189; Grande Camera, *Del Río Prada c. Spagna*

competente»<sup>55</sup> (§1, lett. a); il regolare stato di «arresto o detenzione» cagionato dalla violazione di un provvedimento legittimamente adottato da un tribunale<sup>56</sup> o per garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge (lett. b); la restrizione motivata dalla necessità di traduzione del soggetto innanzi all'autorità giudiziaria competente, «quando vi siano motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato»<sup>57</sup> o vi siano motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato<sup>58</sup> o di darsi alla fuga dopo averlo commesso» (lett. c); la detenzione regolare di minore finalizzata «a sorvegliare la sua educazione» o alla traduzione dinanzi all'autorità giudiziaria (lett. d), così come di persona «suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo» (lett. e); nonché, da ultimo, l'arresto e la detenzione regolari di una persona allo scopo «di impedirle di entrare illegalmente nel territorio», oppure «contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione» (lett. f).

In seguito, la disposizione normativa precisa quelli che sono i diritti minimi (o diritti fondamentali) che devono essere garantiti alla persona sottoposta alla misura restrittiva. Segnatamente, nell'ottica di un'impostazione logico-sistematica del precetto normativo, un primo diritto inalienabile riconosciuto al soggetto deve rinvenirsi nella facoltà di essere informato – nel breve termine e in una lingua a lui comprensibile – circa i «motivi

---

(ricorso n. 42750/09), 21 ottobre 2013, § 124. Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 5*, cit., p. 17.

<sup>55</sup> «Article 5 § 1 (a) applies to any “conviction” occasioning deprivation of liberty pronounced by a court and makes no distinction based on the legal character of the offence of which a person has been found guilty whether classified as criminal or disciplinary by the internal law of the State in question»; v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Galstyan c. Armenia* (ricorso n. 26986/03), 15 novembre 2007, § 46. *Ibidem*, p. 16.

<sup>56</sup> Al proposito, è stato precisato che «[t]he domestic authorities must strike a fair balance between the importance in a democratic society of securing compliance with a lawful order of a court, and the importance of the right to liberty. Factors to be taken into consideration include the purpose of the order, the feasibility of compliance with the order, and the duration of the detention. The issue of proportionality assumes particular significance in the overall scheme of things»; v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Gatt c. Malta* (ricorso n. 28221/08), 27 luglio 2010. *Ibidem*, p. 18.

<sup>57</sup> «A person may be detained under Article 5 § 1 (c) only in the context of criminal proceedings, for the purpose of bringing him before the competent legal authority on suspicion of his having committed an offence»; v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *Şahin Alpay c. Turchia* (ricorso n. 16538/17), 20 marzo 2018, § 103. *Ibidem*, p. 20.

<sup>58</sup> Siffatta ipotesi non consente «a policy of general prevention directed against an individual or a category of individuals who are perceived by the authorities as being dangerous or having the propensity to commit unlawful acts. This ground of detention does no more than afford the Contracting States a means of preventing a concrete and specific offence as regards, in particular, the place and time of its commission and its victim(s). In order for a detention to be justified under the second limb of Article 5 § 1 (c), the authorities must show convincingly that the person concerned would in all likelihood have been involved in the concrete and specific offence, had its commission not been prevented by the detention»; v. S., V. e A. c. Danimarca, cit., § 89 e 91. *Ibidem*.

dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico»<sup>59</sup> (art. 5, § 2 CEDU), quale condizione preliminare al successivo esercizio del diritto al controllo giurisdizionale<sup>60</sup>.

In virtù del disposto dell'art. 5, § 3 CEDU, infatti, la persona destinataria di misura cautelare ha altresì diritto ad essere tradotta «*al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie*» per essere giudicata «*entro un termine ragionevole*», senza alcun pregiudizio in merito alla sua possibile scarcerazione nel corso del procedimento istruttorio, la quale può essere eventualmente subordinata «*a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza*».

In ogni caso, il § 4 riconosce a qualsiasi persona privata della libertà (in forza di arresto o detenzione) il diritto ineludibile di adire il tribunale competente, «*affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione*», ordinandone la scarcerazione se la stessa risulti illegittima.

Infine, ai sensi dell'ultimo paragrafo, qualora risulti la violazione di una delle prescrizioni poste dall'art. 5 CEDU, la persona illegittimamente privata della libertà personale ha diritto a un'equa riparazione.

Tanto brevemente premesso in punto di classificazione delle tipologie di interferenza nella libertà personale disciplinate dalla norma in esame (e dei diritti fondamentali alle stesse correlati), è ora possibile esaminare il concetto di '*privazione della libertà*' rilevante ai sensi della Convenzione, al fine di definire e circoscrivere i margini di operatività della tutela convenzionale.

### **2.3.1. La nozione di '*privazione della libertà*' rilevante ai sensi del disposto convenzionale.**

In primo luogo, occorre definire cosa debba intendersi per '*privazione della libertà personale*'.

In assenza di una definizione giuridica rinvenibile nel dettato convenzionale, per comprendere appieno il significato di tale espressione è necessario ancora una volta

---

<sup>59</sup> L. KALB, *op. cit.*, 288. Cfr. *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 115.

<sup>60</sup> *Ibidem*. In effetti, «*[a]ny person who is entitled to take proceedings to have the lawfulness of his detention decided speedily cannot make effective use of that right unless he is promptly and adequately informed of the reasons why he has been deprived of his liberty*». Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 31.

riferirsi all'essenziale contributo interpretativo fornito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nel cui ambito sono stati fissati i confini operativi della nozione in esame<sup>61</sup>.

Sotto il profilo strutturale, l'istituto della privazione della libertà personale si compone di due elementi costitutivi, fra loro ben distinti: da un lato, viene in rilievo il c.d. elemento oggettivo, rappresentato dalla costrizione del soggetto entro un luogo determinato e circoscritto, per un periodo di tempo non trascurabile; dall'altro, il c.d. elemento soggettivo, costituito dall'assenza del consenso dell'individuo alla reclusione<sup>62</sup>.

Occorre sin da subito precisare che le ipotesi di privazione della libertà contemplate dalla Corte EDU nella sua giurisprudenza non si esauriscono nella sola figura 'classica' della detenzione a seguito di arresto o condanna<sup>63</sup>, ma includono ulteriori (e molteplici) fattispecie restrittive, i cui confini con le ipotesi di mera limitazione della libertà di movimento *ex art. 2* Protocollo n. 4 CEDU risultano, nella maggior parte dei casi, assai labili<sup>64</sup>.

A quest'ultimo proposito, il *discrimen* tra le forme di vera e propria privazione della libertà personale e le fattispecie di mera restrizione della libertà di movimento deve rinvenirsi, secondo il granitico orientamento dei giudici di Strasburgo, nel grado e nell'intensità della misura restrittiva adottata, anziché nella sua natura o nel suo contenuto<sup>65</sup>.

Talché, nel giudizio della Corte, al fine di includere una determinata misura restrittiva sotto l'alveo dell'art. 5 CEDU – piuttosto che ricondurla alla più blanda tutela predisposta dall'art. 2 Protocollo n. 4 alla Convenzione – assume peculiare rilievo la

---

<sup>61</sup> In via preliminare, è opportuno precisare che la Corte EDU, nell'ambito del giudizio circa la sussistenza o meno di una 'privazione della libertà' nel caso sottoposto al suo vaglio, non è vincolata alla posizione assunta in merito dai giudici interni, essendo dotata della più ampia autonomia decisionale. V. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI (a cura di), *op. cit.*, p. 198.

<sup>62</sup> *Storck c. Germania*, cit., § 74; Grande Camera, *Stanev c. Bulgaria* (ricorso n. 36760/06), 17 gennaio 2012, § 117, secondo cui «*the notion of deprivation of liberty does not only comprise the objective element of a person's confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time. A person can only be considered to have been deprived of his liberty if, as an additional subjective element, he has not validly consented to the confinement in question*». Consiglio d'Europa, *Guida all'articolo 5 della Convenzione – Diritto alla libertà e alla sicurezza*, 31 dicembre 2019, p. 9.

<sup>63</sup> «*Deprivation of liberty may (...) take numerous forms. Their variety is being increased by developments in legal standards and in attitudes; and the Convention is to be interpreted in the light of the notions currently prevailing in democratic States*»; *Guzzardi c. Italia*, cit., § 95. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI (a cura di), *op. cit.*, p. 198; HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 298.

<sup>64</sup> V. *infra*, Capitolo II.

<sup>65</sup> «*The difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance*»; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Guzzardi c. Italia* (ricorso n. 7367/76), 6 novembre 1980, § 93. Nei medesimi termini, v. anche Grande Camera, *De Tommaso c. Italia* (ricorso n. 43395/09), 23 febbraio 2017, § 80; Grande Camera, *Stanev c. Bulgaria* (ricorso n. 36760/06), 17 gennaio 2012, § 115; *Rantsev c. Cipro e Russia*, cit., § 314; Sez. I, *Nolan e K. c. Russia* (ricorso n. 2512/04), 12 febbraio 2009, § 93; *Amuur c. Francia*, cit., § 42. Consiglio d'Europa, *Guida all'articolo 5 della Convenzione*, cit., p. 8.

disamina della situazione concreta sottoposta al vaglio giurisdizionale, in uno ad una serie di criteri essenziali, quali la tipologia, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione<sup>66</sup> della misura in questione<sup>67</sup>.

Accanto a tali criteri, il contesto specifico e le circostanze entro le quali si è esplicata l'interferenza nella libertà personale lamentata<sup>68</sup> rivestono altresì ruolo dirimente nel vaglio della misura da parte dei giudici di Strasburgo.

Per vero, nella pronuncia *Austin e altri c. Regno Unito*, la Grande Camera della Corte EDU ha avuto modo di precisare che «*the context in which action is taken is an important factor to be taken into account, since situations commonly occur in modern society where the public may be called upon to endure restrictions on freedom of movement or liberty in the interests of the common good*»<sup>69</sup>.

La *quaestio iuris* concerneva la possibilità di qualificare la pratica del c.d. *kettling*, cui erano stati sottoposti i ricorrenti – ossia una tecnica di controllo della folla, in occasione di manifestazioni di protesta, mediante la formazione di ‘cordoni’ di contenimento da parte dalle forze di polizia – in termini di vera e propria privazione della libertà personale, con conseguente operatività delle garanzie poste dall’art. 5 CEDU.

In particolare, i ricorrenti lamentavano che il loro ‘contenimento’ all’interno di un cordone di polizia, protrattosi per un prolungato periodo di tempo (dalle 5 ore e mezza alle sette ore) durante una manifestazione nel centro di Londra (nei pressi di *Oxford Circus*), avesse configurato una privazione della loro libertà, posta in essere in violazione dell’art. 5, § 1 CEDU.

---

<sup>66</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Engel e altri c. Paesi Bassi* (ricorsi n. 5100/71; n. 5101/71; n. 5102/71; n. 5354/72 e n. 5370/72), 8 giugno 1976, § 58. *Ex multis*, v. anche Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Creanga c. Romania* (ricorso n. 29226/03), 23 febbraio 2012, § 91, secondo la quale «*in order to determine whether someone has been “deprived of his liberty” within the meaning of Article 5, the starting-point must be his concrete situation, and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question*».

<sup>67</sup> JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 238-239.

<sup>68</sup> «*[T]he Court is of the view that the requirement to take account of the “type” and “manner of implementation” of the measure in question (...) enables it to have regard to the specific context and circumstances surrounding types of restriction other than the paradigm of confinement in a cell*»; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Austin e altri c. Regno Unito* (ricorsi n. 39692/09, n. 40713/09 e n. 41008/09), 15 marzo 2012, § 59. Negli stessi termini, v. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Nada c. Svizzera* (ricorso n. 10593/08), 12 settembre 2012, § 226, ove la Corte ha confermato che «*the requirement to take account of the “type” and “manner of implementation” of the measure in question enables it to have regard to the specific context and circumstances surrounding types of restriction other than the paradigm of confinement in a cell (...). Indeed, the context in which the measure is taken is an important factor, since situations commonly occur in modern society where the public may be called on to endure restrictions on freedom of movement or liberty in the interests of the common good*». V. anche *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 59; *Guzzardi c. Italia*, cit., § 92.

<sup>69</sup> *Austin e altri c. Regno Unito*, cit., § 59.



Ebbene, in un primo momento – applicando i criteri essenziali di cui sopra, frutto della giurisprudenza *Engel*<sup>70</sup> – la Grande Camera ha rilevato come la natura coercitiva della misura del contenimento all'interno del cordone di polizia, la sua durata e i suoi effetti nei confronti dei ricorrenti, in termini di disagio e impossibilità di allontanarsi da *Oxford Circus*, indicassero una 'privazione della libertà' («*point towards a deprivation of liberty*», nelle parole della Corte)<sup>71</sup>.

Senonché, nel sindacato di Strasburgo, la disamina del contesto specifico entro il quale la misura in commento è stata implementata porta a conclusioni opposte: in particolare, «*[i]t is important to note (...) that the measure was imposed to isolate and contain a large crowd, in volatile and dangerous conditions*»<sup>72</sup>.

Peculiare enfasi è stata altresì riconosciuta alla scelta, da parte delle forze di polizia, di avvalersi della misura restrittiva, piuttosto che ricorrere a «*more robust methods, which might have given rise to a greater risk of injury to people within the crowd*»<sup>73</sup>.

D'altra parte, lo stesso Giudice nazionale, in ragione della situazione allora in essere a *Oxford Circus*, aveva constatato l'impossibilità, per le forze di polizia, di adottare misure alternative diverse dalla scelta di imporre un 'cordone assoluto' per scongiurare un rischio reale di gravi lesioni alle persone ivi radunate. Posizione sostanzialmente condivisa dalla Grande Camera della Corte EDU, secondo la quale, alla luce delle circostanze concrete, «*the imposition of an absolute cordon was the least intrusive and most effective means to be applied*»<sup>74</sup>.

Ciò non significa, tuttavia – e qui spicca il rilievo riconosciuto al contesto specifico e alle circostanze del caso sottoposto al vaglio giurisdizionale – che la pratica del c.d. *kettling* non possa configurare una fattispecie privativa della libertà personale: come precisato dai giudici europei, se non fosse stato necessario, per gli agenti di polizia, imporre e mantenere il cordone di contenimento della folla al fine di prevenire gravi danni o lesioni, «*the "type" of the measure would have been different, and its coercive and restrictive nature might have been sufficient to bring it within Article 5*»<sup>75</sup>.

In conclusione, nel caso in commento i giudici europei non hanno rilevato la sussistenza di una privazione della libertà personale dei manifestanti, con conseguente mancata operatività del disposto di cui all'art. 5 CEDU: salvo poi precisare, in chiosa

---

<sup>70</sup> Vale a dire i criteri-principe, elaborati dalla corte nel caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*, afferenti al vaglio della tipologia, della durata, degli effetti e delle modalità di esecuzione della misura in questione.

<sup>71</sup> *Austin e altri c. Regno Unito*, cit., § 64.

<sup>72</sup> *Ibidem*, § 66.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ibidem*, § 68.

finale, che siffatta conclusione «*is based on the specific and exceptional facts of this case*»<sup>76</sup>.

Altrettanto importante risulta essere la disamina di ulteriori fattori oggettivi, quali l'impossibilità di allontanarsi dal luogo ove è in atto la misura restrittiva<sup>77</sup>, il livello di sorveglianza esercitata sulla persona, l'isolamento della stessa e le correlate restrizioni alla possibilità di intrattenere rapporti sociali<sup>78</sup>.

Come accennato, anche la durata del trattenimento rappresenta un criterio decisivo nel vaglio della misura restrittiva adottata, al fine di verificare la sussistenza o meno, nel caso concreto, di un'ipotesi di privazione della libertà personale: la Corte di Strasburgo parla, al riguardo, di trattenimento per un periodo di tempo 'non trascurabile'.

Tuttavia, è da dire che i giudici europei hanno riconosciuto l'operatività dei precetti normativi posti dall'art. 5 CEDU – con conseguente sussunzione della fattispecie concreta nella nozione giuridica di '*privazione della libertà personale*' – anche nell'ipotesi in cui la detenzione si sia protratta per un ristretto lasso temporale.

A quest'ultimo riguardo, sono state ricondotte ad ipotesi di privazione della libertà tanto la traduzione di un soggetto presso una Stazione di Polizia (c.d. '*administrative escorting*') e il suo trattenimento di breve durata per fini identificativi<sup>79</sup>, ovvero per essere sottoposto ad interrogatorio<sup>80</sup>, quanto il confinamento di un individuo all'interno di un veicolo ai fini del suo trasferimento<sup>81</sup>, nonché il trattenimento volto alla esecuzione di un prelievo coattivo di sangue<sup>82</sup>.

Nel caso *Shimovolos c. Russia*<sup>83</sup>, la Corte ha infatti riconosciuto che nell'accompagnamento coattivo («*under a threat of force*») del ricorrente presso il commissariato di polizia locale, affinché potesse essere interrogato circa l'asserita intenzione di partecipare ad una manifestazione di protesta, e nel suo trattenimento,

---

<sup>76</sup> *Ibidem*. Per un'aspra critica alla pronuncia in commento, v. l'Opinione dissenziente dei Giudici *Tulkens, Spielmann e Garlicki*, § 1-15.

<sup>77</sup> Come, del resto, osservato *supra*, nella pronuncia *Shimovolos c. Russia* del 21 giugno 2011.

<sup>78</sup> *Ex multis*, v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *H.M. c. Svizzera* (ricorso n. 39187/98), 26 febbraio 2022, § 45; *Stork c. Germania*, cit., § 73. Consiglio d'Europa, *op. cit.*, p. 9;

<sup>79</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Novotka c. Slovacchia* (ricorso n. 47244/99), 4 novembre 2003, ove è stato riconosciuto che l'accompagnamento coattivo del ricorrente presso una Stazione di Polizia a fini identificativi, con correlata perquisizione personale, e il suo confinamento in cella per non più di un'ora integrano una privazione della libertà personale alla stregua del disposto di cui all'art. 5 CEDU.

<sup>80</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Salayev c. Azerbaijan* (ricorso n. 40900/05), 9 novembre 2010; *Creanga c. Romania*, cit..

<sup>81</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Iskandarov c. Russia* (ricorso n. 17185/05), 23 settembre 2010, § 141.

<sup>82</sup> Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, *X c. Austria* (ricorso n. 8278/78), 13 dicembre 1976, § 2, p. 156, secondo la quale «*enforcing a blood test on a person is a deprivation of liberty even if this deprivation is of very short length*». M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 112.

<sup>83</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Shimovolos c. Russia* (ricorso n. 30194/09), 21 giugno 2011.

durato non più di 45 minuti, presso i suddetti locali, senza possibilità di allontanarsi, per ragioni di tutela della sicurezza collettiva, dovesse ravvisarsi «*an element of coercion which, notwithstanding the short duration of the arrest, was indicative of a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1*»<sup>84</sup>.

Ciò rileva soprattutto con riguardo agli istituti del fermo di indiziato di delitto e della perquisizione personale: nel caso *Gillan e Quinton c. Regno Unito*, la Corte EDU, dopo aver riscontrato che i ricorrenti erano stati fermati ed obbligati a sottoporsi a perquisizione personale – posto che se si fossero opposti sarebbero stati passibili di arresto, detenzione presso la stazione di polizia e denuncia all’Autorità Giudiziaria – ha statuito che, a prescindere dalla breve durata delle operazioni in questione (svoltesi per non più di 30 minuti), «*[t]his element of coercion is indicative of a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1*»<sup>85</sup>.

Dunque, anche nell’ipotesi in cui si tratti di una limitazione di breve durata, particolare enfasi deve essere riconosciuta alla «*serious nature and consequences*» del trattenimento, quale *quid pluris* da intendersi in termini di forza coercitiva utilizzata al fine di implementare la misura: pertanto, «*where the facts indicate a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1, the relatively short duration of the detention does not affect this conclusion*»<sup>86</sup>.

Come anticipato in apertura del paragrafo, alla luce dei criteri su esposti, frutto dell’elaborazione giurisprudenziale europea, sono suscettibili di integrare una vera e propria privazione della libertà personale plurime situazioni di fatto – ben diverse rispetto agli istituti dell’arresto o della detenzione formale – a più riprese oggetto di disamina da parte della Corte di Strasburgo, che evidenziano la molteplicità delle tipologie di interferenze mediante le quali può essere intaccato il bene ultimo tutelato dall’art. 5 CEDU.

In particolare, sono state qualificate alla stregua di effettive privazioni della libertà anche il trattenimento di richiedenti asilo in zone di transito aeroportuali<sup>87</sup>, ovvero nei

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, § 49-50.

<sup>85</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. IV, *Gillan e Quinton c. Regno Unito* (ricorso n. 4158/05), 12 gennaio 2010, § 57; nei medesimi termini, v. anche *Shimovolos c. Russia*, cit., § 50; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. IV, *Foka c. Turchia* (ricorso n. 28940/95), 24 giugno 2008, § 78-79. Nella pronuncia *Tarak e Depe c. Turchia*, la Corte ha statuito che nel trattenimento di un bambino di otto anni presso una stazione di polizia per oltre 24 ore, pur in assenza di stretta sorveglianza, dovesse ravvisarsi una privazione della libertà personale, a motivo della particolare vulnerabilità del minore e dell’impossibilità per lo stesso di allontanarsi autonomamente. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. II, *Tarak e Depe c. Turchia* (ricorso n. 70472/12), 9 aprile 2019, § 61. Consiglio d’Europa, *Guida all’articolo 5 della Convenzione*, cit., p. 9; V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI (a cura di), *op. cit.*, p. 198.

<sup>86</sup> *Rantsev c. Cipro e Russia*, cit., § 317.

<sup>87</sup> V. *infra*, nel prosieguo del paragrafo.

centri di identificazione ed espulsione<sup>88</sup>, il ricovero di soggetti affetti da patologie mentali in istituti psichiatrici<sup>89</sup> o assistenziali<sup>90</sup>, nonché la sottoposizione alle misure degli arresti domiciliari<sup>91</sup> e della perquisizione domiciliare<sup>92</sup>.

Un'ipotesi di peculiare interesse – ai fini del presente elaborato – concerne il complesso fenomeno relativo al trattenimento di stranieri in zone di transito aeroportuali.

In materia, preminente rilievo ha assunto la recente pronuncia resa dalla Corte all'esito del caso *Z.A. e altri c. Russia*, nella qual occasione è stato affrontato il quesito se il confinamento di stranieri all'interno di una zona di transito aeroportuale possa costituire una privazione della libertà personale, tale da integrare una violazione dell'art. 5, § 1 CEDU<sup>93</sup>.

I quattro ricorrenti, viaggiando soli, erano involontariamente giunti all'aeroporto di Mosca *Sheremetyevo*<sup>94</sup>, ove – dopo esser stato loro negato l'ingresso nel Paese – richiedevano, senza successo, il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Nelle more della procedura, i quattro individui venivano trattenuti nella zona di transito internazionale dell'aeroporto «*for periods ranging from five months to one year and ten months*»<sup>95</sup>, con significativa limitazione della loro libertà di movimento: il tutto, sebbene le norme nazionali prevedessero espressamente il diritto dei richiedenti asilo di essere collocati in strutture di accoglienza temporanea.

La Grande Camera, investita della questione, ha preliminarmente rilevato come il diritto di essere privati della libertà personale solo in conformità alle disposizioni di legge e il correlato diritto ad essere detenuti, sotto il controllo di uno Stato, in condizioni umane

---

<sup>88</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 64 ss. Sul punto, v. *infra*, Capitolo II.

<sup>89</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, *Klinkenbuss c. Germania* (ricorso n. 53157/11), 25 febbraio 2016.

<sup>90</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Stefan Stankov c. Bulgaria* (ricorso n. 25820/07), 17 marzo 2015.

<sup>91</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Buzadji c. Repubblica di Moldavia* (ricorso n. 23755/07), 5 luglio 2016.

<sup>92</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Stănculeanu c. Romania* (ricorso n. 26990/15), 9 gennaio 2018. Al contrario, nella pronuncia resa all'esito del caso *De Tommaso c. Italia*, la Grande Camera della Corte Europea ha ravvisato come la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza integri una mera limitazione alla libertà di movimento ex art. 2 Protocollo n. 4 CEDU, non potendo sussumersi nell'alveo del disposto dell'art. 5 CEDU; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia* (ricorso n. 43395/09), 23 febbraio 2017, § 79 e ss.

<sup>93</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Z.A. e altri c. Russia* (ricorsi n. 61411/15, n. 61420/15, n. 61427/15 e n. 3028/16), 21 novembre 2019.

<sup>94</sup> «*While they did not arrive in Russia because of a direct and immediate danger to their life or health, their arrival was nonetheless involuntary – either because they had been denied entry into a third country or because they had been deported to Russia*». Council of Europe, *Annual Report 2019 of the European Court of Human Rights, Overview of the Court's case-law 2019*, p. 32-33.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

siano garanzie minime da riconoscersi a chiunque sia posto sotto la giurisdizione degli Stati membri, «*despite the mounting “migration crisis” in Europe*»<sup>96</sup>.

Come sottolineato dalla Corte, anche alla luce dei propri precedenti giurisprudenziali<sup>97</sup>, nell'individuare il *discrimen* tra mera limitazione alla libertà di circolazione e autentica privazione della libertà nell'ambito del trattenimento di stranieri nelle zone di transito aeroportuali (e nei centri di accoglienza per l'identificazione e la registrazione dei migranti), i fattori da ponderare possono essere sintetizzati come segue:

- i) la situazione individuale dei ricorrenti e le loro scelte;
- ii) il regime giuridico applicabile del rispettivo Paese e la sua funzione;
- iii) la durata rilevante, soprattutto alla luce della funzione e della tutela procedurale di cui godono i ricorrenti in attesa degli eventi, e
- iv) la natura e il grado delle effettive restrizioni imposte o subite dai ricorrenti<sup>98</sup>.

Tanto premesso, i giudici di Strasburgo hanno infine riconosciuto come i ricorrenti siano stati effettivamente privati della libertà personale<sup>99</sup>, «*having regard, in particular, to the lack of any domestic legal provisions fixing the maximum duration of the applicants' stay, the largely irregular character of the applicants' stay in the Sheremetyevo airport transit zone, the excessive duration of such stay and considerable delays in domestic examination of the applicants' asylum claims, the characteristics of the area in which the applicants were held and the control to which they were subjected during the relevant period of time and the fact that the applicants had no practical possibility of leaving the zone*»<sup>100</sup>.

Peculiare rilievo è stato riconosciuto alla circostanza che i richiedenti asilo non avessero la possibilità 'effettiva' di allontanarsi dalla zona di transito: secondo il giudizio della Corte, il Governo convenuto non aveva fornito la piena prova circa l'esistenza della facoltà reale e concreta, per i ricorrenti, di lasciare la zona di transito aeroportuale, senza che ne seguisse una minaccia diretta per la loro vita o la loro salute<sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> Council of Europe, *Annual Report 2019 of the European Court of Human Rights*, cit., p. 33.

<sup>97</sup> *Amuur c. Francia*, cit., § 43; *Shamsa c. Polonia* (ricorsi n. 45355/99 and 45357/99), 27 novembre 2003, § 47; *Mogoş c. Romania* (ricorso n. 20420/02), 6 maggio 2004; *Mahdid e Haddar c. Austria* (ricorso n. 74762/01), 8 dicembre 2005; *Riad e Idiab c. Belgio* (ricorsi n. 29787/03, n. 29810/03), 24 gennaio 2008, § 68; *Nolan e K. c. Russia* (ricorso n. 2512/04), 12 febbraio 2009, § 93-96; *Gahramanov c. Azerbaijan* (ricorso n. 26291/06), 15 ottobre 2013, § 35-47.

<sup>98</sup> *Z.A. e altri c. Russia*, cit., § 138.

<sup>99</sup> *Z.A. e altri c. Russia*, cit., § 107. Parimenti, la Grande Camera ha riscontrato una violazione dell'art. 3 CEDU a motivo della incapacità delle autorità nazionali di curare *medio tempore* i bisogni essenziali dei ricorrenti. *Ibidem*, § 108.

<sup>100</sup> *Ibidem*, § 156.

<sup>101</sup> *Ibidem*, § 154. In prospettiva diversa, v. *Mahdid e Haddar c. Austria*, cit., ove la Corte EDU ha negato la configurabilità in termini di privazione della libertà personale della permanenza dei ricorrenti nella zona di transito dell'aeroporto di Vienna: gli stessi, a seguito del respingimento delle rispettive richieste di asilo

Nei medesimi termini, nel caso *Amuur c. Francia*, la Corte europea aveva respinto l'argomento, addotto dal Governo francese, secondo il quale i ricorrenti avrebbero potuto, in qualsiasi momento, sottrarsi all'applicazione della misura del trattenimento nella zona di transito dell'aeroporto di Parigi-Orly, rientrando in Siria, posto che la zona di transito in questione, pur chiusa sul versante francese, rimaneva aperta verso l'esterno («*open to the outside*»). Come evidenziato dai giudici europei, la mera facoltà per i richiedenti asilo di lasciare volontariamente il Paese ove è stata presentata (e successivamente respinta) domanda di protezione internazionale non può infatti escludere una restrizione della loro libertà; oltretutto, siffatta possibilità assume connotati puramente teorici in assenza di uno Stato disposto ad accoglierli<sup>102</sup>.

Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, diametralmente opposta è stata la posizione assunta, in termini di configurabilità di una fattispecie privativa della libertà personale, dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo nella recente pronuncia resa nel caso – per molti versi assai simile – *Ilias e Ahmed c. Ungheria*<sup>103</sup>, avente ad oggetto il confinamento di richiedenti asilo nella zona di transito terrestre di *Roszke*, situata al confine con la Serbia<sup>104</sup>.

Il ricovero di un soggetto affetto da patologie mentali all'interno di un istituto psichiatrico, ovvero di una struttura assistenziale, può configurarsi in termini di 'privazione della libertà personale'.

Nel caso *Stork c. Germania*, la ricorrente lamentava di essere stata detenuta, contro la sua volontà, all'interno di un istituto psichiatrico: in particolare, la stessa riferiva di essersi opposta al ricovero nella clinica e di esser stata ivi trattenuta, all'interno di un reparto chiuso, con cospicue limitazioni alla possibilità di intrattenere relazioni sociali.

In quella occasione, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che fosse configurabile una fattispecie di privazione della libertà personale, ai sensi dell'art. 5 § 1 CEDU.

È da dire che la questione assume connotati maggiormente problematici allorquando si tratti di esaminare fattispecie relative all'internamento di un soggetto con il 'consenso' dell'interessato, ovvero, pur in assenza del consenso, nel suo precipuo interesse.

---

da parte del Governo convenuto (nell'ambito di una procedura durata soli tre giorni), si erano infatti rifiutati di lasciare la zona di transito aeroportuale, distruggendo i loro passaporti nel tentativo di costringere le autorità austriache ad accettare le loro richieste. In altri termini, si era trattato di una loro libera scelta («*their own free choice*»).

<sup>102</sup> *Amuur c. Francia*, cit., § 45-49.

<sup>103</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Ilias e Ahmed c. Ungheria* (ricorso n. 47287/15), 21 novembre 2019.

<sup>104</sup> Pronuncia, questa, che sarà oggetto di approfondita analisi, in prospettiva comparata, nell'ambito del Capitolo II.

Dirimente, in questi casi, è la disamina della situazione concreta sottoposta al vaglio della Corte.

Nell'ambito della controversia *H.L. c. Regno Unito*<sup>105</sup>, il ricorrente – soggetto autistico, con limitate capacità cognitive e comportamenti autolesivi, incapace di esprimere il proprio consenso (o diniego) a trattamenti sanitari – a seguito di un episodio autolesionistico era stato ricoverato in ospedale, su decisione dei propri medici, quale «*informal patient*»<sup>106</sup> ed era ivi rimasto per poco più di tre mesi, pur in assenza di un vincolo giuridico in tal senso (obbligo che sarebbe poi sorto, a seguito di successivi procedimenti giudiziari interni).

Egli lamentava *in primis* di essere stato ‘detenuto’, tra il 22 luglio e il 29 ottobre 1997, all'interno del reparto psichiatrico come «*paziente informale*», in manifesta violazione dell'art. 5 § 1 CEDU; in secondo luogo, che le procedure interne volte al riesame della legalità della sua detenzione non soddisfacevano i requisiti posti dall'articolo 5 § 4 della Convenzione.

Anzitutto la Corte di Strasburgo ha reputato non dirimente, ai sensi della valutazione della fattispecie concreta in termini di privazione della libertà personale, il fatto che il ricorrente fosse collaborativo e non avesse mai espresso il desiderio di allontanarsi dall'istituto, posto che «*the right to liberty is too important in a democratic society for a person to lose the benefit of Convention protection for the single reason that he may have given himself up to be taken into detention*»<sup>107</sup>.

Al contrario, il fattore chiave doveva rinvenirsi nella circostanza che il personale sanitario avesse esercitato un controllo effettivo e completo tanto sul suo trattamento sanitario, quanto sui suoi spostamenti: in altri termini, il ricorrente era posto sotto la continua supervisione del personale ivi operante, senza alcuna possibilità ‘concreta ed effettiva’ di lasciare liberamente l'istituto<sup>108</sup>.

Pertanto, i giudici europei hanno concluso che lo stesso fosse stato effettivamente privato della libertà personale, anche a prescindere dal fatto che il reparto in questione fosse chiuso verso l'esterno<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *H.L. c. Regno Unito* (ricorso n. 45508/99), 5 ottobre 2004.

<sup>106</sup> Dal momento che il ricorrente era collaborativo e non aveva opposto resistenza al ricovero, il medico curante ritenne che non fosse necessario ricoverarlo ai sensi del *Mental Health Act* del 1983 (ossia disporre un ricovero coatto), ma che fosse sufficiente ammetterlo quale «*informal patient*»; *ibidem*, § 12.

<sup>107</sup> *Ibidem*, § 90. V. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Stanev c. Bulgaria* (ricorso n. 36760/06), 17 gennaio 2012, § 119; *De Wilde, Ooms and Versyp c. Belgio* (ricorsi n. 2832/66; n. 2835/66; n. 2899/66), 18 giugno 1971, § 64-65.

<sup>108</sup> *Ibidem*, § 91. Tanto che, se avesse provato a fuggire dalla struttura sanitaria, i medici ne avrebbero disposto il ricovero coatto.

<sup>109</sup> *Ibidem*, § 92; JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 239.

Del resto, come rilevato da risalente giurisprudenza di Strasburgo, l'internamento di un soggetto affetto da patologie mentali in un ospedale psichiatrico è suscettibile di integrare una fattispecie privativa della libertà personale, anche qualora l'internato si trovi in un reparto aperto «*with regular unescorted access to the unsecured hospital grounds and the possibility of unescorted leave outside the hospital*»<sup>110</sup>.

Per altro verso, pur in assenza di consenso dell'interessato all'internamento – il quale rappresenta, si è visto, uno degli elementi costitutivi dell'istituto della privazione della libertà personale – il fatto che la misura sia disposta nell'interesse del soggetto può escludere la natura privativa della libertà della tipologia di interferenza adottata. Nel caso *H.M. c. Svizzera*<sup>111</sup>, la Corte EDU ha infatti ritenuto che la collocazione della ricorrente all'interno di una casa di cura, al fine di assicurarle le cure mediche necessarie, nonché adeguate condizioni di vita, non equivallesse ad una privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 § 1 CEDU, quanto piuttosto a una «*responsible measure taken by the competent authorities in the applicant's interests*»<sup>112</sup>.

Da ultimo, anche l'applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari è suscettibile di configurare una fattispecie idonea a privare il soggetto della libertà: nel caso *Buzadji c. Repubblica di Moldavia*, la Grande Camera ha avuto modo di confermare che, in conformità al costante orientamento della Corte<sup>113</sup>, gli arresti domiciliari integrano, tenuto conto del grado e dell'intensità della misura stessa, una privazione della libertà personale ai sensi del disposto dell'art. 5 CEDU<sup>114</sup>.

Talune precisazioni conclusive, al fine di fornire un quadro il più possibile completo dell'ambito di operatività dei precetti normativi di cui all'art. 5 CEDU.

Secondo la giurisprudenza europea, la mera adozione di misure disciplinari nei confronti di soggetti detenuti non risulta sussumibile nell'alveo del disposto dell'art. 5 § 1 CEDU. Pur non escludendo che tali misure possano rivelare, in circostanze eccezionali, interferenze con il diritto alla libertà e alla sicurezza, i giudici di Strasburgo hanno avuto modo di sottolineare che generalmente i provvedimenti disciplinari adottati, formalmente

---

<sup>110</sup> *Ashingdane c. Regno Unito*, cit., § 42; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Stefan Stankov c. Bulgaria* (ricorso n. 25820/07), 17 marzo 2015, § 82 ss. V. anche M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 112.

<sup>111</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *H.M. c. Svizzera* (ricorso n. 39187/98), 26 febbraio 2002.

<sup>112</sup> *Ibidem*, § 48.

<sup>113</sup> V., *inter alia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *Mancini c. Italia* (ricorso n. 44955/98), 2 agosto 2001, §17; Sez. I, *Lavents c. Lettonia*, (ricorso n. 58442/00), 28 novembre 2002, § 64-66; Sez. I, *Nikolova c. Bulgaria* (n. 2), (ricorso n. 40896/98), 30 settembre 2004, § 60; Sez. III, *Ninescu c. Repubblica di Moldavia* (ricorso n. 47306/07), 15 luglio 2014, § 53; Sez. IV, *Delijorgji c. Albania* (ricorso n. 6858/11), 28 aprile 2015, § 75.

<sup>114</sup> *Buzadji c. Repubblica di Moldavia*, cit., § 104-114.



o informalmente, all'interno di un carcere incidono sulle condizioni di detenzione<sup>115</sup>, modificando le modalità di esecuzione di una detenzione 'regolare', senza integrare un'autonoma ipotesi di privazione della libertà personale<sup>116</sup>.

Tuttavia, allorché si tratti di misure aventi contenuto non disciplinare, ma che comportino una modifica sostanziale rispetto a quella detentiva originariamente comminata, può porsi il problema della configurabilità di un'ulteriore e differente ipotesi privativa della libertà personale del soggetto interessato<sup>117</sup>.

Alla luce di quanto esposto, può rilevarsi come i requisiti sostanziali e le garanzie fondamentali che scaturiscono dal disposto dell'art. 5 CEDU operino con riguardo ad un ventaglio di fattispecie restrittive avente connotati piuttosto ampi, che si estendono ben oltre i confini delle ipotesi classiche di privazione della libertà personale, in ragione del valore assunto dal diritto ivi tutelato e del conseguente approccio per lo più garantista ed evolutivo – ma con alcune eccezioni che si esamineranno nel prosieguo – adottato in materia dalla Corte europea.

#### **2.4. I requisiti sostanziali posti dall'art. 5, § 1 CEDU ai fini di una privazione *lecita* della libertà personale.**

Fermo il postulato inerente al diritto di ciascuno di godere della libertà della propria persona, in assenza di arbitrarie ingerenze esterne, il secondo periodo dell'art. 5, § 1 CEDU fissa le due condizioni essenziali in presenza delle quali, nei casi eccezionali di seguito specificati, è possibile derogare al principio fondamentale ivi sancito: da un lato, la privazione della libertà deve rientrare in una delle ipotesi tassativamente previste dalla stessa norma; dall'altro, deve avvenire *secundum legem*.

Si tratta dei due pilastri sui quali poggia l'assetto convenzionale in materia di tutela della libertà personale, indefettibili e inderogabili se non a scapito della violazione dei diritti e delle libertà garantite dalla disposizione normativa.

In via preliminare, una precisazione terminologica è d'obbligo. Il dettato convenzionale, dopo aver richiamato, in termini generici, il concetto di 'privazione della libertà', fa esplicito riferimento alla misura della 'detenzione'<sup>118</sup>, cui devono ricollegarsi

---

<sup>115</sup> Le quali non rilevano ai fini dell'applicabilità del disposto di cui all'art. 5 § 1 CEDU, poiché non intaccano autonomamente il diritto dell'individuo tutelato dal disposto normativo.

<sup>116</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Bollan c. Regno Unito* (ricorso n. 42117/98), 4 maggio 2000; Sez. IV, *Munjaz c. Regno Unito* (ricorso n. 2913/06), 17 luglio 2012. Consiglio d'Europa, *Guida all'articolo 5 della Convenzione*, cit., p. 9-10.

<sup>117</sup> M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 113.

<sup>118</sup> Per vero, in uno a quella dell'arresto.

i requisiti della ‘legalità’ (espresso dal disposto normativo) e della ‘non arbitrarietà’ (frutto, come si vedrà, dell’elaborazione giurisprudenziale europea) della misura.

Al proposito, si è precisato in dottrina come la relazione tra i due concetti sia «*di genus a species*»<sup>119</sup>: in altre parole, la nozione di privazione della libertà racchiude in sé la misura della detenzione, che ne rappresenta per l’appunto una (possibile) modalità di estrinsecazione.

Benché la Corte EDU non abbia fornito una definizione giuridica della misura in commento, alla luce dell’ordinamento penalistico interno può affermarsi come la detenzione consista nello *status* di un soggetto costretto in un determinato luogo ‘chiuso’, per un certo periodo di tempo e senza possibilità di allontanarsi liberamente, a seguito di una sentenza di condanna (*sub specie* di reclusione o di arresto<sup>120</sup>), ovvero dell’applicazione della misura precautelare dell’arresto in flagranza di reato (cui, come noto, deve seguire la convalida e l’eventuale applicazione di una misura cautelare custodiale, affinché possa parlarsi di detenzione).

Tanto premesso, quanto al primo dei suddetti requisiti fondamentali, ciascuna fattispecie privativa della libertà personale deve essere riconducibile ad uno dei motivi leciti di detenzione tassativamente elencati nell’art. 5, § 1, alle lettere a) - f). Nell’ipotesi in cui la misura restrittiva adottata non rientri in una delle suesposte categorie, seguirà la violazione del disposto convenzionale<sup>121</sup>.

Secondo il consolidato orientamento della Corte di Strasburgo, tale elencazione deve ritenersi esaustiva<sup>122</sup> ed essere oggetto di un’interpretazione restrittiva da parte degli organi giurisdizionali europei<sup>123</sup>, affinché possa dirsi rispettato il fine ultimo perseguito

---

<sup>119</sup> E. CARLI, *Trattenimento di migranti a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell’Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Fascicolo 3, settembre-dicembre 2020, Il Mulino, p. 693.

<sup>120</sup> Inteso quale pena detentiva prevista per le contravvenzioni.

<sup>121</sup> *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 67; *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 88. Oltretutto, come precisato dalla stessa Corte, nell’ipotesi in cui la fattispecie concreta non rientri nei confini di uno (o più) dei sottoparagrafi della norma, non può addursi come giustificazione la necessità di bilanciare gli interessi dello Stato con quelli del detenuto; v. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *A. e altri c. Regno Unito* (ricorso n. 3455/05), 19 febbraio 2009, § 171; Sez. III, *Baisuev e Anzorov c. Georgia* (ricorso n. 39804/04), 18 dicembre 2012, § 60). JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 242.

<sup>122</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Quinn c. Francia* (ricorso n. 18580/91), 22 marzo 1995, § 42; Grande Camera, *Labita c. Italia* (ricorso n. 26772/95), 6 aprile 2000, § 170. Un’eccezione a tale principio di diritto è tuttavia rappresentata, nel contesto di un conflitto armato internazionale, dalla detenzione di prigionieri di guerra o di civili che integrino una minaccia per la sicurezza; v. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Hassan c. Regno Unito* (ricorso n. 29750/09), 16 settembre 2014, § 104, nel qual caso le garanzie poste dall’art. 5 CEDU devono essere interpretate ed applicate tenendo conto del contesto e delle disposizioni normative del diritto umanitario internazionale (*ibidem*, §103-106).

<sup>123</sup> «*The list of exceptions to the right to liberty secured in Article 5 § 1 is an exhaustive one (...), and only a narrow interpretation of those exceptions is consistent with the aim of that provision*»; *Medvedyev e altri c. Francia*, cit., § 78. Negli stessi termini, v. *Kurt c. Turchia*, cit., § 122, ove si afferma che «*these*

dalla norma<sup>124</sup>, ossia «*to ensure that no one should be dispossessed of this liberty in an arbitrary fashion*»<sup>125</sup>.

I giudici europei hanno parimenti ravvisato il carattere non esclusivo delle singole eccezioni, ragion per cui una fattispecie può essere sussunta in diverse ipotesi restrittive disciplinate dalla norma in commento<sup>126</sup>.

Tuttavia, come anticipato in apertura del paragrafo, la riconducibilità della fattispecie restrittiva ad una delle categorie previste dall'art. 5, § 1 CEDU non è di per sé sufficiente a garantirne la liceità ai sensi del disposto convenzionale.

La privazione della libertà deve altresì avvenire «*nei modi previsti dalla legge*» («*in accordance with a procedure prescribed by law*» nella versione inglese) ed essere «*regolare*» («*lawful*» nel testo inglese)<sup>127</sup>: in questi termini, la norma pone il requisito della legalità della detenzione<sup>128</sup>.

Alla luce dei principi di diritto enunciati dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di «*lawfulness of detention*», allorquando si tratti di vagliare la legalità di una fattispecie di privazione della libertà personale, una prima valutazione deve concernere la conformità della misura restrittiva al diritto nazionale, sostanziale e processuale<sup>129</sup>.

---

*circumstances must be given a narrow interpretation having regard to the fact that they constitute exceptions to a most basic guarantee of individual freedom».*

<sup>124</sup> *Ex multis*, v. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 58.

<sup>125</sup> *Amuur c. Francia*, cit., § 42.

<sup>126</sup> «*Article 5 § 1 sub-paragraphs (a) to (f) contain an exhaustive list of permissible grounds for deprivation of liberty, and no deprivation of liberty will be lawful unless it falls within one of those grounds (...). However, the applicability of one ground does not necessarily preclude that of another; a deprivation of liberty may, depending on the circumstances, be justified under one or more sub-paragraphs (see, among other authorities, Eriksen v. Norway, 27 May 1997, § 76, Reports of Judgments and Decisions 1997-III; Erkalo v. the Netherlands, 2 September 1998, § 50, Reports 1998-VI; and Witold Litwa, cited above, § 49)*»; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, *M. c. Germania* (ricorso n. 19359/04), 17 dicembre 2009, § 86. V. anche M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 114.

<sup>127</sup> Come autorevolmente osservato, il requisito di 'regolarità' della detenzione è presente in tutte le categorie di privazione della libertà previste dai sub-paragrafi dell'art. 5, § 1 CEDU, ad eccezione – nella sola versione francese – della ipotesi privativa disciplinata dalla lettera c): si tratta, tuttavia, di una condizione espressa nella versione inglese del dettato normativo e comunque avente portata generale. M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 115.

<sup>128</sup> In realtà, nella prassi giurisprudenziale, i due requisiti finiscono generalmente per confondersi, talché la Corte fa riferimento ad una condizione generale di «*lawfulness*». V., ad esempio, *Van der Leer c. Paesi Bassi*, cit.. In termini opposti, v. *Bouamar c. Belgio*, cit., ove i giudici europei considerano tali requisiti separatamente. HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 310.

<sup>129</sup> «*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 national law and lays down the obligation to conform to the substantive and procedural rules thereof*»; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Mooren c. Germania* (ricorso n. 11364/03), 9 luglio 2009, § 72. Negli stessi termini, v. Sez. IV, *Stephens c. Malta* (ricorso n. 11956/07), 21 aprile 2009, § 61; Sez. IV, *Lucas c. Regno Unito* (ricorso n. 39013/02), 18 marzo 2003. Si è parlato, al riguardo, della c.d. «*legittimità della detenzione*»; M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 116.

In uno alla conformità della detenzione al diritto interno<sup>130</sup>, la Convenzione pone altresì al vaglio del Giudice europeo un sindacato di non arbitrarietà della fattispecie privativa considerata<sup>131</sup>; difatti, come precisato dalla Corte, «*compliance with national law is not, however, sufficient: Article 5 § 1 requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness*»<sup>132</sup>.

Da ultimo, occorre verificare la conformità del diritto interno pertinente al sistema convenzionale, inclusi i principi generali ivi espressi o impliciti, in particolare il principio di certezza del diritto<sup>133</sup>.

Anzitutto, si è visto, l'art. 5, § 1 CEDU pone quale parametro giuridico di riferimento *essenzialmente* («*essentially*»)<sup>134</sup> il diritto nazionale dello Stato convenuto: la detenzione è contraria al disposto convenzionale qualora contravvenga alle prescrizioni poste dalle norme nazionali rilevanti, aventi natura sia sostanziale sia processuale<sup>135</sup>.

In particolare, è necessario che il diritto interno pertinente sia prevedibile nella sua applicazione, nonché preciso e definito nella sua formulazione, in modo da scongiurare ogni rischio di arbitrarietà, così permettendo di prevedere, in termini di opportuna ragionevolezza, le conseguenze suscettibili di scaturire da una determinata azione illecita.

---

<sup>130</sup> Come precisato dalla Corte di Strasburgo, in materia di accertamento circa la conformità della misura restrittiva adottata alla disciplina sostanziale e processuale posta dal diritto nazionale rilevante, i giudici europei dispongono di un (più o meno incisivo, a seconda delle specifiche violazioni lamentate) potere di controllo, ferma la competenza delle autorità giurisdizionali nazionali in merito al primo accertamento: «*where the Convention refers directly back to domestic law, as in Article 5 (...), compliance with such law is an integral part of Contracting States' "engagements" and the Court is accordingly competent to satisfy itself of such compliance where relevant (...); the scope of its task in this connection, however, is subject to limits inherent in the logic of the European system of protection, since it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law*». *Bozano c. Francia*, cit., § 58.

<sup>131</sup> Si tratta di un requisito frutto dell'elaborazione giurisprudenziale europea, non espressamente menzionato nel *corpus* dell'art. 5 CEDU. Al contrario, in prospettiva comparata, è da dire che l'art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, così come l'art. 7 della Convenzione americana dei diritti umani e l'art. 6 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, esplicitano tale requisito, vietando espressamente l'arresto o la detenzione *arbitraria*.

<sup>132</sup> *Mooren c. Germania*, cit., § 72. V., *inter alia*, *Winterwerp c. Paesi Bassi* (ricorso n. 6301/73), 27 novembre 1981, § 37; *Amuur c. Francia*, cit., § 50; *Chahal c. Regno Unito* (ricorso n. 22414/93), 15 novembre 1996, § 118; *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 67; *Witold Litwa c. Polonia* (ricorso n. 26629/95), 4 aprile 2000, § 78. Sul punto, v. *infra* nel prosieguo del paragrafo.

<sup>133</sup> *Ibidem*. Cfr. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Baranowski c. Polonia* (ricorso n. 28358/95), 28 marzo 2000, §§ 51-52; Sez. III, *Ječius c. Lituania* (ricorso n. 34578/97), 31 luglio 2000, § 56; Sez. I, *Nasrullojev c. Russia* (ricorso n. 656/06), 11 ottobre 2007, § 71. Al proposito, autorevole dottrina allude alla c.d. «*qualità del diritto nazionale*». Sul c.d. «*triplice vaglio di legalità*», v. M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 115. Altra dottrina evidenzia come la norma porrebbe un duplice test di legalità, in virtù del quale «*oltre che legale secondo il diritto interno, una privazione della libertà deve essere giustificata rispetto agli scopi legittimi ammessi dalla Convenzione*». V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI (a cura di), *op. cit.*, p. 199.

<sup>134</sup> *Mooren c. Germania*, cit., § 72.

<sup>135</sup> Sul punto, v. anche F. FAVUZZA, *Security detention in times of armed conflicts. The relevance of international human rights law*, Milano-Padova, CEDAM, 2018, p. 14; In termini più ampi, v. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2009.

Pur essendo, il diritto nazionale rilevante, il punto di partenza ai fini del vaglio della legalità di una misura privativa della libertà personale, possono altresì assumere rilievo, in termini di ulteriore parametro giuridico di riferimento, norme che promanano da fonti alternative, comprese quelle che originano dal diritto internazionale<sup>136</sup> ed europeo<sup>137</sup>.

Come anticipato, rilievo dirimente assume inoltre il vaglio circa la c.d. non arbitrarietà della misura restrittiva adottata: ciò non sorprende, se solo si considera che il fine ultimo perseguito dall'art. 5 CEDU è proprio quello di proteggere l'individuo da privazioni della libertà personale che si rivelino *arbitrarie*.

Talché anche una detenzione 'legittima', ossia disposta in conformità al diritto interno pertinente, è suscettibile di violare l'art. 5 CEDU qualora risulti arbitraria<sup>138</sup>.

In assenza di una definizione giuridica unitaria, il concetto di arbitrarietà deve desumersi dai principi-chiave risultanti dall'elaborazione giurisprudenziale europea<sup>139</sup>, che consentono di delineare i caratteri della nozione *de qua*, la quale assume connotati in parte differenti a seconda della fattispecie di detenzione di volta in volta considerata<sup>140</sup>.

Un primo criterio concerne la disamina della condotta tenuta dalle autorità nazionali nell'applicare la misura privativa: qualora le stesse abbiano agito in mala fede, assunto un contegno ingannevole nei confronti dell'interessato, ovvero non abbiano applicato correttamente la normativa pertinente<sup>141</sup>, la detenzione deve reputarsi arbitraria<sup>142</sup>.

In secondo luogo, tanto il provvedimento restrittivo quanto l'esecuzione dello stesso devono essere effettivamente conformi alle finalità proprie delle ingerenze nella

---

<sup>136</sup> *Medvedev e altri c. Francia*, cit., § 79-80; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Toniolo c. San Marino e Italia* (ricorso n. 44853/10), 26 giugno 2012, § 46; Grande Camera, *Hassan c. Regno Unito* (ricorso n. 29750/09), 16 settembre 2014, ove il ricorrente era stato detenuto nel contesto di un conflitto armato internazionale: in siffatta ipotesi, affinché la privazione della libertà potesse reputarsi conforme al disposto dell'art. 5 CEDU, essa doveva rispettare i requisiti di legittimità posti dal diritto internazionale umanitario. V. anche HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 311.

<sup>137</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *Paci c. Belgio* (ricorso n. 45597/09), 17 aprile 2018, § 64; Sez. II, *Pirozzi c. Belgio* (ricorso n. 21055/11), 17 aprile 2018, § 45-46. A quest'ultimo riguardo, secondo una particolare dottrina giuridica, lo *standard* di «legalità internazionale» implicherebbe il solo rimando a norme di natura consuetudinaria, aventi finalità di tutela dei diritti fondamentali della persona umana, volte a colmare le lacune presenti, in tale ambito, nel diritto interno. E. CARLI, *op. cit.*, p. 699.

<sup>138</sup> JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 244. V. *Creangă c. Romania*, cit., § 84, ove è sancito che «*it is a fundamental principle that no detention which is arbitrary can be compatible with Article 5 § 1 and the notion of "arbitrariness" in Article 5 § 1 extends beyond lack of conformity with national law, so that a deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the Convention (see, among other judgments, Guzzardi v. Italy, 6 November 1980, § 92 (...), and A. and Others v. the United Kingdom [GC], no. 3455/05, §§ 162-164, 19 February 2009)*»; nei medesimi termini, v. *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 67.

<sup>139</sup> Come rilevato da illustre dottrina, i principi fondamentali dettati in materia di arbitrarietà della detenzione sono racchiusi nella celebre pronuncia resa dalla Grande Corte EDU all'esito del già menzionato caso *Saadi c. Regno Unito*; JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 244.

<sup>140</sup> *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 68.

<sup>141</sup> *Mooren c. Germania*, cit. § 78.

<sup>142</sup> *Ibidem*, § 69; v. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Čonka c. Belgio* (ricorso n. 51564/99), 5 febbraio 2002, § 42.

libertà personale consentite dall'art. 5, § 1 CEDU<sup>143</sup>; inoltre, deve sussistere una correlazione tra il motivo della privazione della libertà e il luogo e le condizioni di detenzione<sup>144</sup>.

A quest'ultimo proposito, secondo l'insegnamento di Strasburgo, l'arbitrarietà della detenzione può altresì scaturire dalla mancata previsione, ad opera della normativa interna rilevante, delle condizioni di detenzione cui può essere sottoposto il soggetto *in vinculis*: nel caso *Hassan c. Francia*, infatti, i giudici europei hanno rilevato la violazione dell'art. 5 CEDU nella misura in cui le condizioni di detenzione dei ricorrenti – in attesa di giudizio, dopo esser stati arrestati per atti di pirateria in mare ai danni di navi francesi – non erano regolamentate dalle disposizioni di legge dettate in materia di pirateria<sup>145</sup>.

In terzo luogo, il requisito attinente alla non arbitrarietà della detenzione implica la necessità di un rapporto di proporzionalità «*between the ground of detention relied upon and the detention in question*»<sup>146</sup>.

Tuttavia, la portata del test di proporzionalità da effettuare nel caso concreto varia a seconda del tipo di detenzione che viene in rilievo<sup>147</sup>.

Quanto alla fattispecie privativa di cui all'art. 5, § 1, lett. a) CEDU, è da dire che, per giurisprudenza consolidata della Corte, tanto la decisione di imporre una pena detentiva, quanto la sua durata rientrano nella competenza delle autorità nazionali, essendo sottratte al sindacato di Strasburgo<sup>148</sup>. Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina, il requisito di non arbitrarietà rileva in termini di sussistenza di un sufficiente 'nesso causale' tra la sentenza di condanna e la detenzione che fa seguito alla stessa (e nella stessa trova la sua base giuridica)<sup>149</sup>.

Con riguardo alle fattispecie di privazione della libertà contemplate alle lettere b), d) ed e) della norma in esame, il vaglio circa l'arbitrarietà della misura include parimenti

---

<sup>143</sup> V. anche *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit., § 39; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Bouamar c. Belgio* (ricorso n. 9106/80), 29 febbraio 1988, § 50.

<sup>144</sup> *Saadi c. Regno Unito*, § 69. V. anche *Bouamar c. Belgio*, cit., § 50; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *Enhorn c. Svezia* (ricorso n. 56529/00), 25 gennaio 2005, § 42.

<sup>145</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, *Hassan c. Francia* (ricorso n. 46695/10), 4 dicembre 2014. JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 244.

<sup>146</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *James, Wells e Lee c. Regno Unito* (ricorsi n. 25119/09, n. 57715/09 e n. 57877/09), 18 settembre 2012, § 195.

<sup>147</sup> *Ibidem*.

<sup>148</sup> «*In the context of detention pursuant to Article 5 § 1 (a), the Court has generally been satisfied that the decision to impose a sentence of detention and the length of that sentence are matters for the national authorities rather than for this Court (...). However, as noted above, it has indicated that in circumstances where a decision not to release or to re-detain a prisoner was based on grounds that were inconsistent with the objectives of the initial decision by the sentencing court, or on an assessment that was unreasonable in terms of those objectives, a detention that was lawful at the outset could be transformed into a deprivation of liberty that was arbitrary*»; *ibidem*. Sul punto, v. *infra*, § 2.5.

<sup>149</sup> HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 314.

una valutazione in termini di necessità della detenzione al fine di raggiungere lo scopo perseguito (detto altrimenti, la misura detentiva deve rappresentare l'*extrema ratio*, in applicazione del criterio di proporzionalità)<sup>150</sup>.

Oltretutto, alla luce di siffatto canone di proporzionalità, qualora la detenzione sia volta ad assicurare l'adempimento di un obbligo previsto dalla legge (art. 5, § 1, lett. b), occorre rinvenire un punto di equilibrio tra l'importanza, in una società democratica, di garantire l'immediato adempimento dell'obbligo *de quo* e la preminenza del diritto alla libertà personale<sup>151</sup>; in tale giudizio di bilanciamento, assume peculiare rilievo anche la durata della detenzione<sup>152</sup>.

Per quanto concerne, poi, l'ipotesi di privazione della libertà prevista dall'art. 5, § 1, lett. f) CEDU, affinché possa qualificarsi come non arbitraria, la stessa deve essere disposta ed effettuata in buona fede, nonché strettamente connessa alla finalità di impedire l'ingresso non autorizzato dell'interessato nel territorio dello Stato; il luogo e le condizioni di detenzione devono essere adeguati, tenendo presente che la misura restrittiva in esame non si applica a soggetti che hanno asseritamente commesso reati, ma a stranieri che, spesso temendo per la propria vita, sono fuggiti dal proprio Paese<sup>153</sup>; da ultimo, la durata della detenzione non dovrebbe superare quella ragionevolmente necessaria per conseguire lo scopo prefissato<sup>154</sup>.

Infine, in relazione alla fattispecie di cui alla lett. c) della norma in esame, il vaglio di non arbitrarietà (in termini di proporzionalità della misura) assume peculiare rilievo nella valutazione delle motivazioni addotte dall'autorità giudiziaria nel disporre la custodia cautelare (o nel protrarre la durata della misura custodiale)<sup>155</sup>.

Tanto precisato in merito alla non arbitrarietà della fattispecie privativa della libertà personale, si è rilevato in dottrina come il portato giurisprudenziale in parola abbia parzialmente sopperito al mancato richiamo, nel corpo dell'art. 5 CEDU, del requisito della 'necessità' della privazione 'in una società democratica' (per altro verso presente

---

<sup>150</sup> «*The detention of an individual is such a serious measure that it is justified only as a last resort where other, less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained*»; *Witold Litwa c. Polonia*, cit., § 78; *Enhorn c. Svezia*, cit., § 44.

<sup>151</sup> V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Vasileva c. Danimarca* (ricorso n. 52792/99), 25 settembre 2003, § 37.

<sup>152</sup> *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 70.

<sup>153</sup> *Amuur c. Francia*, cit., § 43.

<sup>154</sup> *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 72-74. V. anche *James, Wells e Lee c. Regno Unito*, cit., § 195, ove si afferma che «*[i]n the context of detention under Article 5 § 1 (f), the Court has indicated that as long as a person is being detained with a view to deportation or for the purpose of preventing an unauthorised entry, there is no requirement that the detention be reasonably considered necessary. However, the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued*».

<sup>155</sup> *Moreen c. Germania*, cit., § 79.

nel disposto degli artt. 8-11 CEDU, quale terzo requisito sostanziale di liceità delle ingerenze nelle libertà ivi garantite).

Omissione, quest'ultima, in parte oggetto di aspra critica a opera di alcuni autori, a motivo del rilievo assunto dal bene giuridico tutelato dalla norma<sup>156</sup>; in parte giustificata, in termini di bilanciamento dell'omissione, dall'importanza che ha progressivamente assunto il vaglio giurisprudenziale circa la non arbitrarietà della misura privativa adottata nel contesto dell'art. 5 CEDU<sup>157</sup>.

Certo è che la preminenza del bene essenziale protetto dalla disposizione in esame parrebbe imporre, ai fini di una sua lecita compressione – accanto alle condizioni sostanziali previste dall'art. 5 CEDU (riconducibilità ad una delle ipotesi ivi tassativamente specificate e legalità della detenzione) e frutto della consolidata giurisprudenza europea (non arbitrarietà della fattispecie privativa considerata) – uno stringente vaglio di 'necessità' (e correlata proporzionalità col fine lecito perseguito) dell'ingerenza nella libertà personale lamentata, in ottica comparata analogo a quello espressamente richiesto dalla Convenzione, ad esempio, in materia di interferenza con il diritto alla vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU*<sup>158</sup>.

L'ultimo requisito sostanziale posto dalla norma in esame ai fini della liceità della privazione della libertà personale concerne la c.d. *qualità* del diritto nazionale pertinente, ossia la sua compatibilità con il sistema convenzionale, nonché coi principi di diritto ivi espressi o impliciti<sup>159</sup> (*in primis*, si è detto, il principio di certezza del diritto)<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> V. P. DE HERT, S. GUTWIRTH, S. SNACKEN, E. DUMORTIER, *Les droits de l'homme: bouclier ou épée u droit pénal?*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2007, p. 283.

<sup>157</sup> M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 114.

<sup>158</sup> Requisito, quest'ultimo, oggetto di ampia elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte di Strasburgo in relazione al disposto dell'art. 8 CEDU – che notoriamente persegue il fine primario di offrire agli individui protezione contro ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri – in termini di doverosa 'necessità in una società democratica' dell'ingerenza pubblica nell'esercizio del diritto alla vita privata e familiare, quale misura da adottarsi in risposta ad un 'bisogno sociale pressante', fondata su ragioni pertinenti e sufficienti e proporzionata allo scopo legittimo perseguito: valutazione al cui cuore è situata la ricerca del giusto bilanciamento tra la protezione dei diritti individuali e le legittime istanze di tutela di interessi collettivi. Per un'analisi della disposizione in commento, v. L. TOMASI, *Commento all'art. 8 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 297-369.

<sup>159</sup> In particolare, alla luce della giurisprudenza europea, i principi di diritto impliciti al sistema convenzionale sono il principio della preminenza del diritto e, in connessione a quest'ultimo, il principio della certezza del diritto, il principio della proporzionalità e il principio della tutela dalla arbitrarietà, che rappresenta altresì il fine ultimo dell'art. 5 CEDU. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *Simons c. Belgio* (ricorso n. 71407/10), 28 agosto 2012, § 32. Consiglio d'Europa, *Guida all'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 12.

<sup>160</sup> «The Court must moreover ascertain whether domestic law itself is in conformity with the Convention, including the general principles expressed or implied therein. On this last point, the Court stresses that, where deprivation of liberty is concerned, it is particularly important that the general principle of legal certainty be satisfied (...). In laying down that any deprivation of liberty must be "lawful" and be effected "in accordance with a procedure prescribed by law", Article 5 § 1 (...) t also relates to the "quality of the law", requiring it to be compatible with the rule of law, a concept inherent in all the Articles of the



Non si tratta, a ben vedere, di una valutazione da effettuarsi in termini astratti o generici, ma con particolare riferimento alla situazione concreta sottoposta al vaglio giurisdizionale: occorre verificare se la non conformità del diritto interno all'assetto convenzionale abbia effettivamente arrecato pregiudizio al soggetto interessato dalla misura<sup>161</sup>.

Per costante giurisprudenza della Corte, il requisito della 'qualità del diritto' postula che, nell'ipotesi in cui la normativa nazionale autorizzi la privazione della libertà personale, «*it must be sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application, in order to avoid all risk of arbitrariness*»<sup>162</sup>.

Al proposito, i giudici europei hanno delineato i fattori-chiave che consentono di valutare la 'qualità del diritto nazionale' – anche definiti come «*safeguards against arbitrariness*»<sup>163</sup> – da rinvenirsi nella previsione di norme giuridiche chiare<sup>164</sup> per disporre la detenzione<sup>165</sup>, estenderne la durata<sup>166</sup> e fissarne i termini<sup>167</sup>, così come nella sussistenza di un ricorso effettivo mediante il quale l'interessato possa contestare la liceità e la durata della sua detenzione<sup>168</sup>.

Per il vero, in chiosa finale, è da dire che la Corte di Strasburgo ha individuato un'ulteriore condizione sostanziale cui subordinare il giudizio di liceità di una determinata fattispecie di privazione della libertà personale. Non si tratta di un presupposto espressamente richiesto nel *corpus* dell'art. 5, § 1 CEDU, ma desumibile da una lettura complessiva della disposizione normativa (in particolare, alla luce delle

---

*Convention*»; *Mooren c. Germania*, cit., § 76. V. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *Plesò c. Ungheria* (ricorso n. 41242/08), 2 ottobre 2012, § 59.

<sup>161</sup> M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 117. Questo poiché, in ossequio al c.d. principio di effettività del diritto, la Convenzione ha lo scopo di proteggere diritti 'non teorici e illusori, ma concreti ed effettivi'. V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Rizzotto c. Italia N.2* (ricorso n. 20983/12), 5 settembre 2019.

<sup>162</sup> *Moreen c. Germania*, cit., § 76. Negli stessi termini, v. anche *Amuur c. Francia*, cit., § 50.

<sup>163</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *J. N. c. Regno Unito* (ricorso n. 37289/12), 19 maggio 2016, § 77.

<sup>164</sup> Pari rilievo assume l'interpretazione fornite dai tribunali nazionali: l'assunzione di posizioni incoerenti e contrastanti circa una data norma giuridica interna esclude l'osservanza del requisito della qualità del diritto posto dall'art. 5 CEDU; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Nasrulloev c. Russia* (ricorso n. 656/06), 11 ottobre 2007, § 77.

<sup>165</sup> A titolo esemplificativo, la prassi nazionale consistente nel trattenere un soggetto in stato di custodia in virtù di un'imputazione priva di una specifica base legale (o sinanco giurisprudenziale) si pone in insanabile contrasto con il disposto dell'art. 5 CEDU; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Baranowski c. Polonia* (ricorso n. 28358/95), 28 marzo 2000, § 54-58.

<sup>166</sup> Ad esempio, la proroga della misura custodiale disposta in assenza di un preciso fondamento di legge viola l'art. 5 CEDU; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Svipsta c. Lettonia* (ricorso n. 66820/01), 9 marzo 2006, § 86.

<sup>167</sup> V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Garayev c. Azerbaigian* (ricorso n. 53688/08), 10 giugno 2010, § 99.

<sup>168</sup> *J. N. c. Regno Unito*, cit., § 77; v. anche Sez. IV, *Louled Massoud c. Malta* (ricorso n. 24340/08), 27 luglio 2010, § 71. Circa la garanzia dell'*habeas corpus* posta dall'art. 5, § 4 CEDU, v. *infra*, § 2.6.2.

garanzie poste dai § 2-4 della norma<sup>169</sup>). La privazione della libertà, qualora si protragga per un periodo di diversi giorni, deve essere disposta da un giudice competente (o da «*altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie*»)<sup>170</sup>, affinché possa reputarsi ‘regolare’; nonché scaturire da un provvedimento fondato su solide basi legali ed adeguatamente motivato in punto di necessità della detenzione, durata ed effettiva rispondenza alle finalità perseguite (non conseguibili mediante l’applicazione di una misura meno severa, in ossequio al principio di proporzionalità)<sup>171</sup>.

## **2.5. Le singole fattispecie di privazione della libertà personale contemplate dall’art. 5, § 1 CEDU: la detenzione regolare a seguito di condanna da parte di un tribunale competente (lett. a).**

Si è visto come la riconducibilità a una delle ipotesi privative della libertà personale tassativamente previste dal § 1 della norma in commento rappresenti il primo requisito cui è subordinato il giudizio di ‘legalità’ della fattispecie restrittiva considerata.

La prima base legale contemplata dalla disposizione in esame è costituita dalla detenzione ‘regolare’ di un soggetto «*in seguito a condanna da parte di un tribunale competente*».

In altri termini, l’esecuzione della pena detentiva che segue all’emissione di una sentenza di condanna a carico dell’imputato.

Si tratta, a ben vedere, della fattispecie classica di privazione della libertà personale, a primo avviso non foriera di peculiari incertezze interpretative, anche a motivo della familiarità che il giurista in senso lato può avvertire rispetto a tale ipotesi privativa della libertà.

Tuttavia, un’attenta lettura della formulazione in esame pone non poche questioni giuridiche di fondo, che necessitano di puntuale analisi.

In primo luogo, occorre comprendere in che misura rileva il requisito della ‘regolarità’ (o legalità) posto dall’*incipit*: la Convenzione intende riferire tale requisito al (solo) elemento della detenzione, ovvero pone in capo ai giudici europei un sottinteso

---

<sup>169</sup> V. *infra*, § 2.6. e ss.

<sup>170</sup> Ai sensi dell’art. 5, § 3 CEDU, infatti, «[o]gni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1 c del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura. La scarcerazione può essere subordinata a garanzie che assicurino la comparizione dell’interessato all’udienza».

<sup>171</sup> V. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. III, *Shamsa c. Polonia* (ricorsi n. 45355/99 e 45357/99), 27 novembre 2003, § 59. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI (a cura di), *op. cit.*, p. 200.

vaglio in merito alla ‘legittimità’ della decisione di condanna a carico dell’interessato, adottata dai giudici nazionali, in termini di corretta valutazione del fatto storico e correlata qualificazione giuridica della fattispecie di reato?

La giurisprudenza di Strasburgo è concorde nel ritenere che il requisito della regolarità vada riferito alla sola detenzione, non implicando alcuna valutazione circa la ‘legalità’ della decisione di condanna assunta dalle autorità nazionali<sup>172</sup>.

In linea di principio, una detenzione è ‘regolare’ se disposta in virtù di un provvedimento giurisdizionale<sup>173</sup>. Tant’è che la riforma in appello della sentenza di condanna di primo grado non implica necessariamente l’illegittimità della detenzione scontata dal condannato sulla base della stessa<sup>174</sup>. Nella celebre pronuncia *N.C. c. Italia*, la Corte EDU ha al proposito confermato che «*a period of detention will in principle be lawful if it is carried out pursuant to a court order, and that a subsequent finding that the court erred under domestic law in making the order will not necessarily retrospectively affect the validity of the intervening period of detention*»<sup>175</sup>.

Per questa ragione – ha proseguito la Corte – i giudici europei hanno reiteratamente rigettato ricorsi presentati da soggetti che lamentavano l’illegittimità della loro detenzione, poiché eseguita sulla base di una sentenza di condanna poi annullata, in secondo grado, in quanto inficiata da errori di fatto o di diritto<sup>176</sup>.

Come precisato da autorevole dottrina giuridica, al fine di verificare se un tal ‘errore’ possa rendere il periodo di detenzione previamente scontato illegittimo, la Corte di Strasburgo distingue tra provvedimenti «*ex facie invalid*», in quanto viziati da una «*gross and obvious irregularity*»<sup>177</sup>, e provvedimenti «*prima facie valid and effective*», sino all’annullamento da parte del giudice di seconda istanza<sup>178</sup>. Soltanto i primi potranno minare la legittimità della detenzione previamente patita dal soggetto interessato.

Ciò premesso, la regolarità della detenzione postula<sup>179</sup> che la stessa sia stata imposta dall’autorità giudiziaria precedente nel rispetto del diritto interno pertinente, sostanziale e processuale; che questi sia conforme al sistema convenzionale inteso nel suo complesso, ivi compresi i principi di diritto espressi o impliciti; nonché, da ultimo, che la fattispecie

---

<sup>172</sup> JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 255.

<sup>173</sup> HARRIS, O’BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 311.

<sup>174</sup> *Benham c. Regno Unito*, cit., § 42.

<sup>175</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. II, *N.C. c. Italia* (ricorso n. 24952/94), 11 gennaio 2001, § 54.

<sup>176</sup> *Ibidem*. Nei medesimi termini, v. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Benham c. Regno Unito* (ricorso n. 19380/92), 10 giugno 1996, § 42; *Tsirlis e Kouloumpas c. Grecia* (ricorsi n. 19233/91 e 19234/91), 29 maggio 1997, § 58.

<sup>177</sup> HARRIS, O’BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 311.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> Come si è avuto modo di osservare allorquando si è trattato di esaminare la portata del requisito di legalità della privazione della libertà personale, sancito dall’art. 5 CEDU. V. *supra*, § 2.4.

privativa risulti compatibile con il fine ultimo perseguito dall'art. 5 CEDU, ossia quello di tutelare l'individuo dall'arbitrio<sup>180</sup>.

Nessuna rilevanza assume, sotto questo profilo, il vaglio circa la 'durata' della detenzione, essendo la stessa generalmente sottratta al sindacato della Corte *sub* lett. a), salvo si tratti del prolungamento (immotivato) della pena detentiva, oltre i termini posti dal provvedimento giurisdizionale, cagionato da *mala gestio*, errori (ad es., un errore di calcolo) e/o ritardi<sup>181</sup>.

In particolare, la detenzione deve rinvenire il proprio fondamento giuridico in una sentenza di condanna<sup>182</sup> emessa in conformità al diritto sostanziale dello Stato convenuto, *in primis* secondo il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* (di cui all'art. 7 CEDU), e pronunciata all'esito di un giudizio svoltosi nel rispetto delle garanzie poste dall'art. 6 CEDU<sup>183</sup>, in materia di «diritto a un equo processo»<sup>184</sup>.

In termini generali, posto che il requisito di 'regolarità' concerne esclusivamente la detenzione – non anche la condanna del soggetto interessato, che dà titolo alla stessa – i giudici europei non sono tenuti a compiere un approfondito scrutinio circa il puntuale rispetto, in seno al processo penale che ha portato alla condanna dell'interessato, di tutti i requisiti posti dall'art. 6 CEDU.

Tuttavia, qualora la condanna sia il frutto di un procedimento che abbia comportato un 'palese diniego di giustizia' («*flagrant denial of justice*», nelle parole della Corte)<sup>185</sup>, in quanto «*manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the principles embodied therein*»<sup>186</sup>, la conseguente privazione della libertà personale non può rinvenire la propria giustificazione nel disposto dell'art. 5, § 1, lett. a) CEDU<sup>187</sup>.

---

<sup>180</sup> M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 120.

<sup>181</sup> IDEM, *op. cit.*, p. 122.

<sup>182</sup> Sull'elemento della «*conviction*», vedi *infra*, nel prosieguo del paragrafo.

<sup>183</sup> Una fra tutte, l'esser stata pronunciata nel contesto di una «*fair and public hearing*». P. VAN DIJK, F. VAN HOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006, p. 466.

<sup>184</sup> Per un approfondimento in merito alle garanzie sostanziali poste dall'art. 6 CEDU, v. *inter alia* F. GAMBINI, R. CHENAL, A. TAMIETTI, *Commento all'art. 6 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, p. 172-258; JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 277-332; HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 376-497; F. FRANCONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2008.

<sup>185</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Stoichkov c. Bulgaria* (ricorso n. 9808/02), 24 marzo 2005, § 51, avente ad oggetto la pronuncia di una sentenza di condanna *in absentia* e il fondamentale diritto dell'indagato/imputato a presenziare al procedimento celebrato a suo carico; v. anche Sez. IV, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito* (ricorso n. 8239/09), 17 gennaio 2012, § 259.

<sup>186</sup> *Ibidem*.

<sup>187</sup> HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 317. V. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV (dec.), *Willcox e Hurford c. Regno Unito* (ricorsi n. 43759/10 e 43771/12), 8 gennaio 2013, § 95, secondo la quale «*the Court has also held that if a conviction is the result of proceedings which were a "flagrant denial of justice", that is, were "manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the*

A quest'ultimo proposito, alcune precisazioni sono d'obbligo.

Secondo l'insegnamento della Corte, l'espressione 'palese diniego di giustizia' deve intendersi alla stregua di un rigoroso vaglio di iniquità («*a stringent test of unfairness*»)<sup>188</sup>, che implica una violazione dei principi posti dall'art. 6 CEDU in materia di equo processo così significativa da annullare (*rectius*, annientare) l'essenza stessa del diritto garantito dalla norma in commento<sup>189</sup>.

Dalla disamina dell'elaborazione giurisprudenziale europea in materia<sup>190</sup>, può evincersi come integrino un 'palese diniego di giustizia', ad esempio, la condanna *in absentia* dell'imputato, cui sia stata successivamente negata la possibilità di ottenere – una volta venuto a conoscenza del processo a suo carico – una nuova valutazione nel merito dell'accusa<sup>191</sup>; un processo avente natura sommaria e condotto in totale spregio ai fondamentali diritti della difesa<sup>192</sup>; il mancato riconoscimento, in capo al soggetto detenuto, del diritto di ricorrere ad un giudice indipendente e imparziale al fine di esaminare la legalità della propria detenzione<sup>193</sup>; il rifiuto, deliberato e sistematico, alla richiesta dell'interessato di poter accedere ad una difesa tecnica, soprattutto quando si tratti di soggetto detenuto in un Paese straniero<sup>194</sup>; nonché, da ultimo, l'ammissione in giudizio di prove ottenute mediante pratiche di tortura<sup>195</sup>.

Quanto al secondo requisito, affinché possa ricondursi nell'alveo di operatività della fattispecie derogatoria prevista dall'art. 5, § 1, lett. a), la detenzione deve rinvenire la propria base giuridica nella «condanna» («*conviction*», nella versione inglese) disposta da «*un tribunale competente*».

---

*principles embodied therein*”, the resulting deprivation of liberty would not be justified under Article 5 § 1 (a)».

<sup>188</sup> *Ibidem*.

<sup>189</sup> *Willcox e Hurford c. Regno Unito*, cit. § 95, ove si precisa che «[t]he Court has indicated that “*flagrant denial of justice*” is a stringent test of unfairness. It goes beyond mere irregularities or lack of safeguards in the trial procedures such as might result in a breach of Article 6 if occurring within the Contracting State itself. What is required is a breach of the principles of a fair trial guaranteed by Article 6 which is so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence, of the right guaranteed by that Article». Nei medesimi termini, v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Sejdovic c. Italia* (ricorso n. 56581/00), 1 marzo 2006, § 84; *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna* (ricorso n. 12747/87), 26 giugno 1992, § 108-110.

<sup>190</sup> *V. Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, cit., § 259.

<sup>191</sup> *Stoichkov c. Bulgaria*, cit., § 56.

<sup>192</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *Bader e altri c. Svezia* (ricorso n. 13284/04), 8 novembre 2005, § 47.

<sup>193</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V (dec.), *Al-Moayad c. Germania* (ricorso n. 35865/03), 20 febbraio 2007, § 101, ove è precisato che «[a] *flagrant denial of a fair trial, and thereby a denial of justice, undoubtedly occurs where a person is detained because of suspicions that he has been planning or has committed a criminal offence without having any access to an independent and impartial tribunal to have the legality of his or her detention reviewed and, if the suspicions do not prove to be well-founded, to obtain release*».

<sup>194</sup> *Ibidem*.

<sup>195</sup> *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, cit., § 267.

A tal fine, per «condanna» deve intendersi tanto la ‘dichiarazione di colpevolezza’ che segue all’accertamento – condotto in conformità al diritto interno – della responsabilità penale a carico del soggetto interessato circa la commissione di un reato; quanto l’irrogazione di una sanzione o di altra misura che comporti la privazione della libertà personale<sup>196</sup>.

Ai fini dell’operatività del precetto in esame, non rileva dunque solo la natura giuridica dell’illecito oggetto del ‘giudizio di colpevolezza’: la norma, infatti, trova applicazione nei riguardi di qualsiasi ‘condanna’ che implichi una privazione della libertà dell’interessato e che sia stata pronunciata da un tribunale, «*whether the conviction is classified as criminal or disciplinary by the internal law of the State in question*»<sup>197</sup>.

Ne consegue che non rientra nell’ambito della nozione *de qua*, ad esempio, il provvedimento applicativo di una misura di prevenzione o di sicurezza<sup>198</sup>.

Oltretutto, non è richiesto che la detenzione segua alla condanna ‘definitiva’ del soggetto interessato, ben potendo trattarsi di una sentenza di condanna pronunciata in primo grado (o in appello) <sup>199</sup>.

Si tratta all’evidenza del portato giurisprudenziale frutto di un’opera di armonizzazione (*rectius*, compromesso) da parte dei giudici di Strasburgo, chiamati a raffrontarsi con ordinamenti processual-penalistici interni tra loro ben diversi, più o meno ispirati ad una logica garantista: mentre in alcuni dei sistemi giuridici degli Stati parti del Consiglio d’Europa la sentenza di condanna di prime cure è già esecutiva, in altri – come l’Italia – l’esecuzione della stessa (con conseguente restrizione della libertà del condannato) può avvenire soltanto allorquando la condanna diventi definitiva (ovvero irrevocabile, in ossequio alla presunzione di non colpevolezza dell’imputato sino all’ultimo grado di giudizio).

Ebbene la Corte EDU, pronunciandosi nella sentenza *Monnell e Morris c. Regno Unito*, ha chiarito che «*the difference between the two approaches to sentencing procedures is (...) one of form and not of substance as far as the effect on the convicted person is concerned. Sub-paragraph (a) of Article 5 § 1 (...), which is silent as to the permissible forms of legal machinery whereby a person may lawfully be ordered to be*

---

<sup>196</sup> «*For the purposes of sub-paragraph (a) of Article 5 § 1, the word “conviction”, having regard to the French text (condamnation), has to be understood as signifying both a finding of guilt after it has been established in accordance with the law that there has been an offence (...), and the imposition of a penalty or other measure involving deprivation of liberty*». Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. V, *M. c. Germania* (ricorso n. 19359/04), 17 dicembre 2009, § 87.

<sup>197</sup> *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 68.

<sup>198</sup> *Guzzardi c. Italia*, cit., § 100.

<sup>199</sup> M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 119.

*detained “after conviction”, must be taken to have left the Contracting States a discretion in the matter»<sup>200</sup>.*

La condanna deve altresì promanare da un «*tribunale competente*»<sup>201</sup>, ossia da un organo giurisdizionale istituito *ex lege*, che soddisfi una serie di requisiti-principe, *in primis* l'indipendenza (in particolare nei confronti del potere esecutivo) e l'imparzialità, nonché che rispetti le garanzie proprie di un procedimento giurisdizionale<sup>202</sup> e sia competente a giudicare il caso concreto sottoposto al suo vaglio<sup>203</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, peculiare interesse suscita il principio di diritto elaborato dalla Corte di Strasburgo in occasione di una pronuncia (oramai risalente, ma ricca di spunti di riflessione per la tematica che interessa), in merito all'eventuale legittimità della detenzione disposta da un tribunale che sia parte del sistema giudiziario di un'entità non riconosciuta dalla Comunità internazionale.

Questo il quesito giuridico di fondo: nell'ipotesi di cui si tratta, può parlarsi ugualmente di privazione della libertà comminata da un organo giurisdizionale 'competente' ai sensi della Convenzione e debitamente costituito *ex lege*, tale da rientrare nell'ambito di operatività dell'art. 5, § 1, lett. a) CEDU?

Nel caso *Ilașcu e altri c. Moldavia e Russia* – ove i ricorrenti erano quattro cittadini moldavi, condannati alla pena della reclusione dalla Suprema Corte della “Repubblica moldava di Transnistria”, ossia una regione della Moldavia proclamatasi indipendente nel 1991, ma non riconosciuta come Stato dalla Comunità internazionale – i giudici europei hanno al proposito precisato che, in determinate circostanze, un tribunale appartenente al sistema giudiziario di un'entità 'non riconosciuta' ai sensi del diritto internazionale, può qualificarsi alla stregua di un tribunale 'istituito dalla legge', purché risulti incluso in un sistema giudiziario che operi «*on a “constitutional and legal basis”*» e rifletta una tradizione giuridica compatibile con la Convenzione, al fine di consentire agli individui di godere delle garanzie convenzionali<sup>204</sup>.

---

<sup>200</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Monnell e Morris c. Regno Unito* (ricorsi n. 9562/81; n. 9818/82), 2 marzo 1987, § 47.

<sup>201</sup> Si tratta, per vero, di un termine ricorrente nel testo convenzionale – si vedano gli artt. 5 § 4, 2 § 1, 5 § 1 lett. a) e b), e 6 § 1 – che assume il medesimo significato sostanziale: «*in all these different cases it denotes bodies which exhibit not only common fundamental features, of which the most important is independence of the executive and of the parties to the case (...), but also the guarantees of judicial procedure*». Corte Europea dei Diritti dell'uomo, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio* (ricorsi n. 2832/66; n. 2835/66; n. 2899/66), 18 giugno 1971, § 78.

<sup>202</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Ilașcu e altri c. Moldavia e Russia* (ricorsi n. 48787/99), 8 luglio 2004, § 460.

<sup>203</sup> HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 316. Sebbene, in linea di principio, la competenza debba determinarsi alla luce dei criteri propri dell'ordinamento giuridico nazionale. Sul punto, v. M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 119.

<sup>204</sup> *Ilașcu e altri c. Moldavia e Russia*, cit., § 460. V. JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 255.

Salvo poi concludere, nel caso sottoposto al suo vaglio, come la Suprema Corte della Transdniestria non fosse parte di un sistema giudiziario di tal fatta: pertanto, i ricorrenti non erano stati condannati da un ‘tribunale competente’ ai sensi dell’assetto convenzionale e la privazione della libertà dagli stessi subita, in virtù della sentenza di condanna pronunciata dall’organo in commento, non configurava una «*“lawful detention” ordered “in accordance with a procedure prescribed by law”*»<sup>205</sup>.

Da ultimo, occorre soffermarsi sul significato dell’espressione «*in seguito a condanna*», contenuta nel sub-paragrafo in commento, al fine di chiarirne l’effettiva portata.

In particolare, essa non indica soltanto che la detenzione deve far seguito, nel tempo, alla condanna (in termini di relazione cronologica fra i due momenti processuali): è altresì necessario che la stessa sia disposta in virtù della condanna, ossia che rinvenga la propria forza giuridica nella sentenza di condanna (nelle parole della Corte, «*the “detention” must result from, follow and depend upon or occur by virtue of the “conviction”*»)<sup>206</sup>.

È dunque richiesto un *quid pluris* rispetto alla mera successione temporale dei due momenti, integrato dalla sussistenza di un nesso di causalità sufficiente tra la condanna e la privazione della libertà in questione<sup>207</sup>.

Il rilievo che assume l’esistenza di un nesso causale tra la sentenza di condanna e la successiva detenzione del soggetto interessato emerge *ictu oculi* dall’elaborazione giurisprudenziale europea in materia di «*preventive detention*», ossia di ‘misure preventive’ disposte in aggiunta o in sostituzione della pena detentiva<sup>208</sup>.

In occasione di talune risalenti pronunce, la Corte europea ha infatti rivenuto la sussistenza di una «*sufficient causal connection*» tra la sentenza di condanna ed i successivi provvedimenti restrittivi adottati dall’esecutivo sulla base della stessa (ad esempio, il «*collocamento a disposizione del governo*» del soggetto recidivo previsto dall’ordinamento giuridico belga)<sup>209</sup>, nella misura in cui questi ultimi perseguivano gli

---

<sup>205</sup> *Ibidem*, § 462.

<sup>206</sup> *M. c. Germania*, cit., § 88.

<sup>207</sup> *Ibidem*. V. HARRIS, O’BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 317; M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 121.

<sup>208</sup> Sul punto v. *M. c. Germania*, cit., § 93-96.

<sup>209</sup> «[T]he Court notes that, according to Belgian case-law, a judgment which sentences the person concerned to imprisonment and, by way of a supplementary or accessory penalty, places him at the Government’s disposal pursuant to section 22 or section 23 of the 1964 Act constitutes “an inseparable whole” (...). There are two components to the judgment: the first is a penalty involving deprivation of liberty which the offender must undergo for a period specified in the court decision, and the second is the placing of the offender at the Government’s disposal, the execution of which may take different forms ranging from remaining at liberty under supervision to detention. The choice between these forms of



scopi contemplati dal provvedimento originario<sup>210</sup>. Nell'ipotesi in cui sussista un nesso di tal genere, anche il successivo periodo di detenzione risulta assorbito nell'alveo di operatività dell'art. 5, § 1, lett. a) CEDU<sup>211</sup>.

### **2.5.1. (Segue) L'«arresto» o la «detenzione» per violazione di un provvedimento giurisdizionale o per «garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge» (lett. b).**

Come già accennato, la seconda base legale prevista dal § 1 dell'art. 5 CEDU, alla lett. b), è rappresentata dalla privazione della libertà personale «*per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale*», ovvero «*allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge*».

Quanto all'ipotesi contemplata dal primo periodo del sub paragrafo in esame – che fa riferimento, nelle parole della Corte, alla restrizione della libertà «*for “non-compliance” with a “lawful order of a court”*»<sup>212</sup> avente natura prettamente repressiva («*a repressive nature*»)<sup>213</sup> – la terminologia utilizzata dal dettato convenzionale presuppone, sotto il profilo semantico (si allude alla portata del termine «*lawful*»), che il soggetto interessato abbia avuto conoscenza del provvedimento giudiziario e conseguentemente sia stato posto nella facoltà di adempiervi, decidendo di non ottemperarvi<sup>214</sup>.

Si è ritenuto che fossero sussumibili nell'alveo di operatività della fattispecie *de qua* la detenzione a seguito dell'omesso pagamento di una multa<sup>215</sup>, ovvero in ragione del mancato ottemperamento ad un provvedimento di affidamento e/o mantenimento della

---

*execution is a matter for the discretion of the Minister of Justice*»; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Van Droogenbroeck c. Belgio* (ricorso n. 7906/77), 24 giugno 1982, § 39.

<sup>210</sup> *Van Droogenbroeck c. Belgio*, cit., § 35 ss.; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Weeks c. Regno Unito* (ricorso n. 9787/82), 2 marzo 1987, § 42 ss. Al contrario, siffatto nesso causale dovrebbe essere escluso nell'ipotesi in cui tali decisioni «*were based on grounds that had no connection with the objectives of the legislature and the court or on an assessment that was unreasonable in terms of those objectives. In those circumstances, a detention that was lawful at the outset would be transformed into a deprivation of liberty that was arbitrary and, hence, incompatible with Article 5*». V. *Van Droogenbroeck c. Belgio*, cit., § 40. Cfr., *inter alia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Stafford c. Regno Unito* (ricorso n. 46295/99), 28 maggio 2002, § 82, ove non è stata riconosciuta la ricorrenza di un sufficiente nesso causale tra l'iniziale sentenza di condanna e il seguente provvedimento dell'autorità amministrativa.

<sup>211</sup> V. anche HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 317.

<sup>212</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Beiere c. Lituania* (ricorso n. 30954/05), 29 novembre 2011, § 49.

<sup>213</sup> C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights: Commentary*, Monaco, Beck/Hart, 2014, p. 75.

<sup>214</sup> *Ibidem*.

<sup>215</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (dec.), *Tyrell c. Regno Unito* (ricorso n. 28188/95), 4 settembre 1996.

prole<sup>216</sup>, del rifiuto di sottoporsi ad un esame medico (ad esempio, un prelievo di sangue<sup>217</sup>) o ad una visita psichiatrica ordinati da un tribunale<sup>218</sup>, così come dell'ordine di 'comportarsi secondo correttezza' («*to be bound over to keep the peace and be of good behaviour*») per un certo periodo di tempo<sup>219</sup>. Sotto altro profilo, rientrerebbe nella previsione in esame anche l'accompagnamento coattivo del testimone o del perito che, regolarmente intimato a comparire ai fini della necessaria assunzione della prova in giudizio, ometta di presentarsi senza legittimo impedimento<sup>220</sup>, così come l'istituto del fermo per identificazione *ex art. 349, c. 4 c.p.p.*<sup>221</sup>.

A quest'ultimo proposito, in dottrina sono stati sollevati ragionevoli dubbi circa la «*piena compatibilità*»<sup>222</sup> del fermo identificativo – avente, come noto, lo scopo di consentire l'identificazione del soggetto nei cui confronti vengono svolte le indagini, nonché delle persone in grado di riferire circostanze rilevanti sui fatti per cui si procede, in caso di rifiuto all'identificazione ovvero di dubbi sulle generalità fornite al Pubblico Ufficiale – con il disposto di cui al sub paragrafo in esame.

Vero è che – in punto di effettiva base legale nel diritto interno – l'obbligo di dichiarare le proprie generalità a richiesta di un Pubblico Ufficiale, nell'esercizio delle sue funzioni, è espressamente previsto e sinanco penalmente sanzionato a livello nazionale (dall'art. 651 c.p.): tuttavia, la facoltà riconosciuta in capo alla Polizia Giudiziaria di accompagnare presso i propri uffici e *ivi* trattenervi i soggetti di cui *supra* per il tempo strettamente necessario e «*non oltre le dodici ore*» (addirittura ventiquattro, in casi particolarmente complessi e previo avviso anche orale al Pubblico Ministero), potrebbe suscitare perplessità in ordine alla compatibilità dell'istituto con la disposizione convenzionale, sotto il peculiare profilo della durata del trattenimento<sup>223</sup>.

---

<sup>216</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (dec.), *Santa Cruz Ruiz c. Regno Unito* (ricorso n. 26109/95), 22 ottobre 1997.

<sup>217</sup> Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, *X c. Austria* (ricorso n. 8278/78), 13 dicembre 1979.

<sup>218</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (dec.), Sez. V, *Paradis e altri c. Germania* (ricorso n. 4065/04), 4 settembre 2007.

<sup>219</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Steel e altri c. Regno Unito* (ricorso n. 24838/94), 23 settembre 1998.

<sup>220</sup> M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 122. V. anche HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 320; JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 258.

<sup>221</sup> Norma che disciplina la «*identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e di altre persone*».

<sup>222</sup> In questi termini v. O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 53, in relazione alla posizione assunta dalla Corte nella pronuncia *Vasileva c. Danimarca*, cit., § 41 (riguardante l'incompatibilità con il disposto convenzionale del fermo a fini identificativi di un'anziana signora, protrattosi per tredici ore e mezza).

<sup>223</sup> O. MAZZA, *op. et loc. supra cit.*.

Non si può fare a meno di osservare come il principio di proporzionalità rivesta un ruolo dirimente *in subiecta materia*, stante la preminenza del bene giuridico tutelato dalla norma in commento: proporzionalità, questa – da intendersi in termini di «*fair balance*» tra l'importanza, in una società democratica, di garantire il rispetto di un provvedimento legittimamente adottato da un Giudice e la rilevanza del diritto alla libertà personale – che rileva soprattutto sotto il profilo della durata della privazione della libertà personale, da contenersi in termini piuttosto ristretti («*such as four days (...) or one week (...) and at maximum six months*», nelle parole della Corte)<sup>224</sup>.

Quanto, invece, alla fattispecie prevista dal secondo periodo del sub paragrafo in esame – ossia, si è detto, la privazione della libertà per «*garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge*» – la genericità dell'enunciazione normativa ha portato la dottrina ad interrogarsi circa la natura (e soprattutto i contenuti) dell'obbligazione contemplata dalla norma, il cui inadempimento possa legittimare la compressione del diritto primario alla libertà della persona.

Preliminarmente è bene sottolineare come sarebbe inconcepibile pretendere di sostenere che *ogni* obbligo, pur previsto *ex lege*, possa giustificare, nell'ipotesi di suo mancato adempimento, una restrizione della libertà fisica.

Ebbene, alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale europea, deve rilevarsi come la previsione in esame operi nei soli casi in cui una disposizione di legge consenta la detenzione di un individuo, al fine di costringerlo («*to compel him*») ad adempiere ad un obbligo specifico e concreto («*a specific and concrete obligation*»), che sia compatibile con l'*animus* della Convenzione, rimasto sino ad allora volontariamente inadempito<sup>225</sup>.

Ciò in quanto un'interpretazione lata di tale formulazione implicherebbe conseguenze inconciliabili con i principi propri dello Stato di Diritto («*rule of law*»), cui si ispira la Convenzione tutta<sup>226</sup>.

La detenzione deve dunque essere esclusivamente volta ad assicurare l'adempimento di tale obbligo, senza perseguire finalità prettamente punitive<sup>227</sup>: tanto

---

<sup>224</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Gatt c. Malta* (ricorso n. 28221/08), 27 luglio 2000, § 43.

<sup>225</sup> *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 69.

<sup>226</sup> «*A wide interpretation would entail consequences incompatible with the notion of the rule of law from which the whole Convention draws its inspiration (...). It would justify, for example, administrative internment meant to compel a citizen to discharge, in relation to any point whatever, his general duty of obedience to the law*»; *ibidem*.

<sup>227</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *S., V. e A. c. Danimarca* (ricorsi n. 35553/12, n. 36678/12 e n. 36711/12), 22 ottobre 2018, § 80.

che, una volta assolto l'obbligo *de quo*, viene meno la base legale che giustifichi la protrazione della misura restrittiva a carico del soggetto (ora) adempiente<sup>228</sup>.

Anche in questo caso, assoluto rilievo deve attribuirsi al giudizio di proporzionalità (*rectius*, bilanciamento) tra le contrapposte esigenze volte, da un lato, ad assicurare l'ottemperanza ad un obbligo previsto *ex lege* e, dall'altro, a tutelare il diritto alla libertà della persona.

Nel quadro di un giudizio di tal fatta, dirimente risulta essere il vaglio di taluni fattori essenziali, contemplati dalla giurisprudenza di Strasburgo, inerenti alla natura dell'obbligo in esame, ivi compreso il suo oggetto e il suo scopo, alla persona detenuta e alle peculiari circostanze che hanno condotto alla privazione della sua libertà, alla durata della detenzione<sup>229</sup>, nonché all'effettiva rispondenza del rimedio al criterio della *c.d. extrema ratio*: sotto quest'ultimo profilo, è necessario che la misura detentiva risulti imprescindibile (ossia da intendersi alla stregua di una «*last resort*») al fine di raggiungere l'obiettivo perseguito (nel caso di specie, l'adempimento dell'obbligo)<sup>230</sup>.

In virtù di tali criteri, rientrano nella previsione – tenuto conto della posizione assunta dalla Corte in materia di integrazione della nozione di «*specific and concrete obligation*», tale da attrarre l'applicabilità dell'art. 5, § 1, lett. b) – la detenzione volta a garantire l'ottemperanza a un provvedimento di divieto disposto dall'autorità («*a banning order*»)<sup>231</sup>, all'obbligo di rendere una testimonianza<sup>232</sup>, di fornire i propri dati identificativi alle forze di polizia (a seguito di esplicito rifiuto)<sup>233</sup>, al fine di assicurare la presenza di una persona in udienza<sup>234</sup>, di prestare servizio militare (o, in sostituzione, servizio civile)<sup>235</sup>, di sottoporsi a controllo di sicurezza alla frontiera<sup>236</sup>, ovvero di pagare una multa nell'ipotesi di violazione delle condizioni previste per la cauzione<sup>237</sup>.

---

<sup>228</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Vasileva c. Danimarca* (ricorso n. 52792/99), 25 settembre 2003, § 36.

<sup>229</sup> *Ibidem*, § 38.

<sup>230</sup> «*The detention of an individual is such a serious measure that it is justified only as a last resort where other, less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained*»; *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 70. V. M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 124; HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 321.

<sup>231</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Epple c. Germania* (ricorso n. 77909/01), 24 marzo 2005, § 36-38.

<sup>232</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, *Iliya Stefanov c. Bulgaria* (ricorso n. 65755/01), 22 maggio 2008, § 73-75.

<sup>233</sup> *Vasileva c. Danimarca*, cit., § 35, 38.

<sup>234</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Lolova- Karadzova c. Bulgaria* (ricorso n. 17835/07), 27 marzo 2012, § 31-32.

<sup>235</sup> Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo (dec.), *Johansen c. Norvegia* (ricorso n. 10600/83), 14 ottobre 1985.

<sup>236</sup> Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, *McVeigh e altri c. Regno Unito* (ricorsi n. 8022/77, n. 8025/77 e n. 8027/77), 24 aprile 1981, § 188.

<sup>237</sup> *Gatt c. Malta*, cit., § 47. V. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, *Ostendorf c. Germania* (ricorso n. 15598/08), 7 marzo 2013, § 92.

Al contrario, l'obbligazione contrattuale avente ad oggetto il pagamento di un debito non può configurarsi in termini di «*obbligo imposto dalla legge*» ex art. 5, § 1, lett. b) CEDU, tale da legittimare la detenzione del debitore inadempiente: ciò in quanto l'art. 1 del Protocollo n. 4 alla CEDU proibisce *expressis verbis* la privazione della libertà «*per il solo fatto di non essere in grado di adempiere a un'obbligazione contrattuale*»<sup>238</sup>.

Coerentemente all'interpretazione restrittiva adottata dalla Corte *in subiecta materia*, qualora l'obbligazione abbia ad oggetto una condotta omissiva, ossia il dovere di astenersi dal porre in essere un determinato comportamento, ad esempio dal commettere un reato, essa può reputarsi sufficientemente 'specifica e concreta', ai sensi della Convenzione, solo qualora il *locus* ed il *tempus* (dell'imminente) *commissi delicti*, così come le potenziali vittime, siano stati sufficientemente circoscritti («*sufficiently specified*»)<sup>239</sup> dall'autorità che ha deciso di comminare la misura restrittiva della libertà personale, la cui durata deve essere necessariamente breve<sup>240</sup>.

### **2.5.2. (Segue) La detenzione ante iudicium in ambito penale (lett. c).**

Il disposto di cui all'art. 5, § 1, lett. c) CEDU regola l'istituto della «*detenzione preventiva*» (c.d. «*detention on remand*» o «*pre-trial detention*») nell'ambito del procedimento penale, vale a dire l'arresto o la detenzione di un soggetto, al precipuo fine di tradurlo dinanzi all'autorità giudiziaria competente, qualora vi sia il ragionevole sospetto («*reasonable suspicion*») che egli abbia commesso un reato, ovvero ricorrano «*motivi fondati*» per ritenere che sia necessario «*impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso*».

Si tratta di una formulazione normativa infelicemente ambigua<sup>241</sup>, rispetto alla quale – data l'importanza della fattispecie ivi disciplinata, ossia la privazione della libertà personale che occorre nella fase prettamente 'procedimentale' del giudizio penale, in assenza di una pronuncia di colpevolezza a carico del reo – si è reso necessario un cospicuo intervento chiarificatore inerente alla portata giuridica del precetto in esame, *in primis* svolto dalla giurisprudenza europea (ma anche dai massimi esponenti della dottrina internazionalistica).

<sup>238</sup> C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 76.

<sup>239</sup> Ostendorf *c. Germania*, cit., § 93.

<sup>240</sup> HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 322.

<sup>241</sup> Secondo autorevole dottrina, si tratterebbe della «*previsione che presenta probabilmente la formulazione più sfortunata dell'intera Convenzione*». M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 124.

Preliminarmente è da ribadire che la previsione in esame concerne *esclusivamente* la privazione della libertà che occorre nell'ambito di un procedimento penale, essendo l'istituto della detenzione preventiva volto ad assicurare, nel quadro del proficuo espletamento della fase delle indagini<sup>242</sup>, la traduzione del soggetto interessato innanzi alla competente autorità giudiziaria<sup>243</sup>. Ciò si desume da una lettura congiunta della previsione in esame con il disposto del sub paragrafo a)<sup>244</sup>, ma soprattutto con il precetto di cui al paragrafo 3<sup>245</sup> della norma *de qua*, con i quali forma un *unicum*<sup>246</sup>.

La nozione di «*autorità giudiziaria competente*» ex art. 5, § 1, lett. c) CEDU («*legal authority*» nella versione inglese) deve dunque ricondursi a quella di «*giudice o (...) altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie*» di cui al § 3 della medesima disposizione<sup>247</sup>.

Ebbene, alla luce di quanto sino ad ora esposto, può rilevarsi come l'espressione «*preventive detention*» alluda alla detenzione provvisoria del soggetto che avviene *ante iudicium*, vale a dire essenzialmente agli istituti della custodia cautelare in carcere e degli arresti domiciliari<sup>248</sup>.

Secondo la dottrina maggioritaria, l'ambiguità concettuale del precetto normativo in commento deriva dalla (mera) previsione, nel *corpus* dello stesso, di standard minimi di tutela affinché la detenzione possa qualificarsi come legittima<sup>249</sup> (*in primis*, la sussistenza di un «*ragionevole sospetto*», nei termini di cui si dirà a breve). Si tratta di standard ben lontani dagli ulteriori (e in genere più specifici) requisiti richiesti, sotto il profilo sostanziale e procedurale, dai vari ordinamenti processual-penalistici interni in

---

<sup>242</sup> «[S]ub-paragraph (c) (art. 5-1-c) permits deprivation of liberty only in connection with criminal proceedings. This is apparent from its wording, which must be read in conjunction both with sub-paragraph (a) and with paragraph 3 (art. 5-1-c+5-1-a, art. 5-1-c+5-3), which forms a whole with it». Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Ciulla c. Italia* (ricorso n.11152/84), 22 febbraio 1989, § 38; C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 76.

<sup>243</sup> *Lawless c. Irlanda*, cit., § 13 e ss.

<sup>244</sup> V. *supra*, § 2.5.

<sup>245</sup> Sul quale v. *infra*, § 2.6.1. In questa sede, basti anticipare che il disposto di cui al § 3 assicura il diritto all'*habeas corpus* del soggetto *in vinculis*.

<sup>246</sup> V. anche M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 125.

<sup>247</sup> In questi termini, v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Schiesser c. Svizzera* (ricorso n. 7710/76), 4 dicembre 1979, § 29. V. anche F. ZACCHÈ, *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 146. Come sottolineato da alcuni autori, affinché risulti compatibile con l'assetto convenzionale, non occorre che la detenzione preventiva sia disposta da un Giudice, ma è necessario che la persona privata della libertà ai sensi del sub paragrafo c) sia condotta innanzi ad un Giudice competente. C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 77.

<sup>248</sup> *Ex adverso*, non può includersi nella nozione in esame la restrizione della libertà personale a seguito dell'applicazione di una misura di prevenzione *ante delictum* (ad es. l'obbligo di soggiorno; v. *Ciulla c. Italia*, cit., § 39, secondo cui «*the preventive procedure (...) [is] designed for purposes different from those of criminal proceedings*»).

<sup>249</sup> Grabenwarter, nel suo scritto, fa riferimento a «*minimum standards for a lawful deprivation of liberty*». C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 76.

materia *de libertate* (ad esempio, le ‘esigenze cautelari’ poste dal codice di rito italiano): requisiti che, tuttavia, rilevano ugualmente – sia pure in via indiretta – nel quadro del giudizio di legalità della misura coercitiva considerata (in punto di riserva di legge e ‘qualità’ del diritto nazionale rilevante)<sup>250</sup>.

Come anticipato – ferma restando la finalità comune alle tre ipotesi previste dal sub paragrafo, da rinvenirsi nell’esigenza di condurre l’interessato avanti all’autorità giudiziaria – la prima base legale contemplata dalla disposizione della lett. c) è rappresentata dalla sussistenza di un «*ragionevole sospetto*» a che l’individuo abbia commesso un reato, fermo restando il rispetto delle garanzie procedurali poste dal § 3 della norma<sup>251</sup>.

Affinché possa dirsi integrato tale prerequisite, fulcro del precetto normativo, quale *condicio sine qua non* della privazione della libertà personale ivi contemplata – «*a reasonable suspicion [that he] has committed an offence*», ossia il *fumus commissi delicti* (in termini di gravità indiziaria) richiesto dal diritto interno per l’applicabilità delle misure cautelari personali – è necessario che ricorrano elementi di prova «*which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence. What may be regarded as “reasonable” will however depend upon all the circumstances*»<sup>252</sup>.

Anche in ragione della fase procedimentale ove si esplica la fattispecie privativa considerata, non è necessario che tali informazioni, fatti ed elementi di prova siano dotati della medesima forza probante richiesta ai fini dell’emissione di una sentenza di condanna, ovvero per giustificare la formulazione di un’imputazione a carico dell’interessato<sup>253</sup>. Come precisato dalla Corte EDU, «*subparagraph (c) of Article 5 § 1 does not presuppose that the police should have obtained sufficient evidence to bring charges, either at the point of arrest or while the applicant was in custody (...). The object of questioning during detention under sub-paragraph (c) of Article 5 § 1 is to further the criminal investigation by way of confirming or dispelling the concrete suspicion grounding the arrest*»<sup>254</sup>.

---

<sup>250</sup> E che devono altresì prevalere, ai sensi del disposto dell’art. 53 CEDU, qualora prevedano un regime maggiormente favorevole all’imputato. Sul punto v. anche M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 125 e 127.

<sup>251</sup> Come evidenziato dalla Corte, «*[a]rticle 5 (3) clearly implies, however, that the persistence of suspicion does not suffice to justify, after a certain lapse of time, the prolongation of the detention*». Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Stögmüller c. Austria* (ricorso n. 1602/62), 10 novembre 1969, § 4.

<sup>252</sup> *Ex multis*, v. *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, cit., § 32; *Murray c. Regno Unito*, cit., § 55.

<sup>253</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *Rafiq Aliyev c. Azerbaijan* (ricorso n. 45875/06), 6 dicembre 2011, § 75.

<sup>254</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Erdagoz c. Turchia* (ricorso n. 21890/93), 22 ottobre 1997, § 51; v. anche *Brogan e altri c. Regno Unito* (ricorsi n. 11209/84, n. 11234/84, n. 11266/84 e n. 11386/85), 29 novembre 1988, § 53.

Certo è che la sola ‘buona fede’ non è di per sé sufficiente a fondare una ragione plausibile di sospetto<sup>255</sup>; allo stesso modo, nell’ipotesi in cui il motivo di sospetto provenga da un’unica fonte, la stessa deve essere corroborata da riscontri esterni (specie se si tratta di fonte non particolarmente attendibile)<sup>256</sup>.

Tuttavia, qualora si proceda per reati di stampo terroristico, la ragionevolezza del sospetto è oggetto di un accertamento *sui generis*: in ragione della elevata pericolosità sociale dei soggetti sospettati in ordine alla commissione di reati di tal fatta, l’urgenza e la segretezza che caratterizzano tali tipologie di indagini spesso richiedono che la polizia giudiziaria effettui un arresto sulla base di elementi ed informazioni sì attendibili, ma che non possono essere oggetto di *discovery* (o prodotti in giudizio a sostegno dell’accusa), senza porre a rischio la fonte investigativa (ossia i c.d. informatori)<sup>257</sup>.

Si tratta di uno standard di accertamento certo inferiore e fondato su criteri diversi rispetto a quelli richiesti per i reati c.d. ordinari, ma pur sempre ben lontano dall’essere privo di contenuto<sup>258</sup>. Ciò in quanto le esigenze legate alla lotta contro il terrorismo organizzato non possono giustificare un’indebita compressione dell’essenza stessa della tutela garantita dalla norma in esame, segnatamente proteggere l’individuo dall’arbitrio<sup>259</sup>.

Il vaglio circa l’idoneità degli elementi probatori a fondare il «ragionevole sospetto» che il soggetto interessato dall’applicazione della misura coercitiva abbia commesso un reato spetta alle autorità nazionali: il compito del giudice europeo è quello di verificare che siffatta valutazione non risulti arbitraria<sup>260</sup>.

Affinché possa attrarre l’operatività del precetto di cui alla lett. c) del § 1, il «ragionevole sospetto» deve avere ad oggetto la commissione di un reato («*an offence*», nella versione inglese del testo convenzionale) da parte del soggetto interessato dalla misura restrittiva: in termini generali, dovrebbe trattarsi di un fatto penalmente illecito, previsto come tale da una norma incriminatrice vigente nell’ordinamento giuridico interno di riferimento.

---

<sup>255</sup> *Rafiq Aliyev c. Azerbaijan*, cit., § 75.

<sup>256</sup> C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 77.

<sup>257</sup> *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, cit., § 32.

<sup>258</sup> Di conseguenza, il Governo convenuto deve fornire «*at least some facts or information capable of satisfying the Court that the arrested person was reasonably suspected of having committed the alleged offence*»; *ibidem*, § 34.

<sup>259</sup> Ad esempio, la sola esistenza di precedenti penali specifici non legittima *ex se* l’arresto di sospetti terroristi. *Ibidem*, § 35.

<sup>260</sup> Nelle parole della Corte, «*[i]ts task is to examine whether the elements of which the authorities had knowledge at the time when the order was issued were reasonably sufficient to believe that he had committed an offence*», senza che sia ivi incluso il vaglio circa l’opportunità, per il giudice interno, di esaminare elementi ulteriori. *N.C. c. Italia*, cit., § 47. V. anche M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 128.



Tuttavia, la nozione convenzionale di «*offence*» assume un significato autonomo<sup>261</sup>, che si estende al di là della sussumibilità della condotta concreta entro una certa fattispecie incriminatrice<sup>262</sup>. A prescindere dalla natura giuridica dell'illecito in questione (che può anche non avere rilievo penale, alla luce del diritto nazionale rilevante), qualora lo stesso consenta l'arresto del soggetto interessato e preveda, sotto il profilo sanzionatorio, la pena della reclusione, deve reputarsi un 'reato' ai sensi dell'art. 5, § 1, lett. c) CEDU<sup>263</sup>.

Accanto alla sussistenza di un 'ragionevole sospetto' in ordine alla commissione di un reato, il sub paragrafo in esame – alla pari, si è già visto, delle altre fattispecie derogatorie previste dal § 1<sup>264</sup> – pone il requisito di legalità della detenzione provvisoria<sup>265</sup> (in termini di conformità della misura privativa al diritto nazionale rilevante, sia sostanziale che processuale), di 'qualità' dello stesso diritto, di non arbitrarietà (con particolare riferimento ai motivi sui quali si fonda l'ordinanza restrittiva) e di necessità della misura considerata rispetto al fine perseguito dalla norma (ossia tradurre l'interessato innanzi all'autorità giudiziaria competente).

Posto che il requisito di legalità della detenzione implica, *inter alia*, il rispetto delle norme sostanziali e procedurali del diritto interno<sup>266</sup>, qualora le stesse impongano ulteriori e specifiche condizioni che innalzino il livello di tutela a favore del soggetto *in vinculis* (ad es., il pericolo di inquinamento probatorio ed il pericolo di reiterazione del reato *ex art. 274 c.p.p.*), le stesse devono essere pienamente soddisfatte<sup>267</sup>.

Infine, le ulteriori basi legali contemplate dalla lett. c) della disposizione concernono le ipotesi in cui la detenzione preventiva appaia ragionevolmente necessaria al fine di impedire all'interessato di commettere un reato (la Corte ha chiarito come il rischio debba avere ad oggetto la commissione di una «*concrete and specific offence*»<sup>268</sup>), ovvero di darsi alla fuga dopo averlo commesso.

Quanto alla prima fattispecie – per vero di esigua applicazione giurisprudenziale e di dubbia interpretazione – si è sostenuto in dottrina come il riferimento normativo al 'pericolo di commissione di un reato' («*when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence*») debba essere inteso in termini di rischio di

---

<sup>261</sup> Oggetto di un'interpretazione estensiva da parte della Corte di Strasburgo.

<sup>262</sup> Al pari della nozione di «*criminal offence*» contenuta nel disposto dell'art. 6 CEDU. V. anche JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 247-248.

<sup>263</sup> HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 324.

<sup>264</sup> V. *supra*, § 2.4.

<sup>265</sup> Ciò a prescindere dalla mancanza, nella versione francese della norma, di un termine corrispondente alla «*lawfulness*» richiesta dal testo inglese. V. *Guzzardi c. Italia*, cit., § 102.

<sup>266</sup> *Ex multis*, v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Kemmache c. Francia N. 3* (ricorso n. 17621/91), 24 novembre 1994, § 42.

<sup>267</sup> C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 78.

<sup>268</sup> *Guzzardi c. Italia*, cit., § 102.

«consumazione» del reato, essendo siffatta ipotesi di detenzione preventiva volta a scongiurare la consumazione dell'illecito *de quo*<sup>269</sup>; ovvero possa giustificare, in casi eccezionali, la c.d. «*bridging*» *detention*» (detenzione 'ponte') di un soggetto ritenuto pericoloso (per personalità e precedenti specifici), in attesa della decisione sulla istanza di proroga di una misura di sicurezza da parte del tribunale competente<sup>270</sup>.

Circa l'istituto della detenzione preventiva volta a scongiurare il pericolo di fuga dell'interessato (c.d. «*risk of absconding*»), è stata da più parti sottolineata la quasi superfluità, ad una prima lettura, della previsione in esame: la sussistenza di «*motivi fondati*» per ritenere che sia necessario impedire al soggetto «*di darsi alla fuga*» dopo aver commesso un reato, presupporrebbe già quel «*ragionevole sospetto*» circa la commissione del reato, richiesto dal primo periodo del § 1, lett. c), di per sé sufficiente a giustificare la sua detenzione provvisoria<sup>271</sup>. Talché si è osservato come il pericolo di fuga<sup>272</sup> – e il correlato pericolo di reiterazione del reato, spesso previsto dal diritto nazionale – rilevi essenzialmente in sede di vaglio delle ragioni che giustificano la protrazione della detenzione preventiva (che parimenti rientra nell'ambito di operatività del precetto in esame)<sup>273</sup>.

### **2.5.3. (Segue) La detenzione regolare di un minore (lett. d).**

La prima base legale contemplata dal disposto dell'art. 5, § 1, lett. d) CEDU consente la detenzione regolare («*by lawful order*») di un minore, al fine di sorvegliare la sua educazione («*educational supervision*»).

Preliminarmente, la natura brumosa dell'istituto necessita di talune precisazioni terminologiche.

---

<sup>269</sup> M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 126.

<sup>270</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Eriksen c. Norvegia* (ricorso n. 17391/90), 27 maggio 1997, § 86. V. F. ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 147. Per un approfondimento sul punto, v. HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 328-329.

<sup>271</sup> V. F. ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 148; M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 125.

<sup>272</sup> Da valutarsi caso per caso, alla luce di una serie di fattori rilevanti, in particolare concernenti «*the character of the person involved, his morals, his home, his occupation, his assets, his family ties and all kinds of links with the country in which he is being prosecuted may either confirm the existence of a danger of flight or make it appear so small that it cannot justify detention pending trial. It should also be borne in mind that the danger of flight necessarily decreases as the time spent in detention passes by for the probability that the length of detention on remand will be deducted from the period of imprisonment which the person concerned may expect if convicted, is likely to make the prospect seem less awesome to him and reduce his temptation to flee*». Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Neumeister c. Austria* (ricorso n. 1936/63), 27 giugno 1968, § 10. C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 79.

<sup>273</sup> *Ibidem*. V. anche M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 126.

Con l'espressione «*lawful order*», il testo convenzionale ha inteso riferirsi all'emanazione di un provvedimento giurisdizionale o amministrativo che giustifichi la privazione della libertà del minore per finalità educative<sup>274</sup>, la quale può essere disposta indipendentemente dalla previa commissione di un illecito penale<sup>275</sup>.

È da dire che, anche in questo particolare ambito, il termine 'minore' assume un significato convenzionale autonomo: sebbene non vi sia una definizione (anche normativa) generalmente condivisa di tale *status* (in termini di soglia di età sin cui esso si protrae), nel quadro degli ordinamenti giuridici degli Stati europei per 'minore' si intende in genere il soggetto di età inferiore agli anni 18 (sicché il disposto in esame opera a prescindere da quella che può essere definita come 'età scolare')<sup>276</sup>.

Tanto premesso, affinché possa dirsi conforme al dettato convenzionale, è necessario che la detenzione risulti 'regolare' («*lawful*»): ciò presuppone che il provvedimento dispositivo sia stato emesso nel rispetto del diritto interno pertinente, nonché del fine ultimo perseguito dall'art. 5 CEDU, segnatamente tutelare l'individuo dall'arbitrio<sup>277</sup>.

Ebbene, la privazione della libertà disposta nell'interesse del minore deve avere, quale fine ultimo, la sua 'supervisione educativa'. Alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, la locuzione in esame implica che l'internamento del soggetto debba avvenire all'interno di strutture idonee a perseguire la suindicata finalità educativa<sup>278</sup>; 'educazione sorvegliata', quella di cui alla norma, che non si riduce alla mera nozione di 'insegnamento in classe' («*classroom teaching*»), ma deve abbracciare «*many aspects of the exercise (...) of parental rights for the benefit and protection of the person concerned*»<sup>279</sup>.

Al proposito occorre precisare che, secondo l'insegnamento della Corte, la detenzione *medio tempore* del minore presso una struttura carceraria che non offra strumenti tali da perseguire i prescritti fini educativi non comporta *ex se* una violazione

---

<sup>274</sup> HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 330.

<sup>275</sup> V. anche M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 130.

<sup>276</sup> V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (dec.), Sez. II, *Koniarska c. Regno Unito* (ricorso n. 33670/96), 12 ottobre 2000.

<sup>277</sup> *Bouamar c. Belgio*, cit., § 47.

<sup>278</sup> In dottrina, si è sostenuto come l'espressione in commento includa «*measures of care and juvenile criminal law*». C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 79.

<sup>279</sup> *Koniarska c. Regno Unito*, cit., ove è stata esclusa la violazione della disposizione *de qua*. V. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *D.G. c. Irlanda* (ricorso n. 39474/98), 16 maggio 2002, § 80. Come puntualizzato dalla Corte di Strasburgo in occasione di quest'ultima pronuncia, «*if the (...) State chose a constitutional system of educational supervision implemented through court orders to deal with juvenile delinquency, it was obliged to put in place appropriate institutional facilities which met the security and educational demands of that system in order to satisfy the requirements of Article 5 § 1 (d)*»; *ibidem*, § 79.

della disposizione della lett. d), a condizione che essa assurga a strumento ‘preliminare’ («*an interim custody measure*»)<sup>280</sup> rispetto alla sua sottoposizione a un regime di ‘educazione sorvegliata’ e sia tempestivamente seguita dall’internamento dell’interessato in strutture in tal senso idonee<sup>281</sup>.

Certo è che – come chiarito dalla Grande Camera della Corte EDU nel caso *Blokhin c. Russia* – «*schooling in line with the normal school curriculum should be standard practice for all minors deprived of their liberty and placed under the State’s responsibility, even when they are placed in a temporary detention centre for a limited period of time*»<sup>282</sup>.

Il secondo periodo dell’art. 5, § 1, lett. d) CEDU consente poi la detenzione regolare del minore «*al fine di tradurlo dinanzi all’autorità competente*». Alla luce dei *travaux préparatoires*, la fattispecie in commento dovrebbe concernere la detenzione provvisoria del minore nell’ambito di procedimenti civili o amministrativi (ad esempio, al fine di sottrarlo ad un contesto familiare e/o sociale nocivo), richiedendo l’istituto della detenzione *ante iudicium* in ambito penale la più ampia tutela riconosciuta dalla disposizione di cui alla lett. c).

Ad ogni modo, la previsione in esame è stata ritenuta operante anche rispetto alla detenzione provvisoria di un soggetto minore, accusato di aver commesso un reato, funzionale all’espletamento di un accertamento medico di natura psichiatrica volto a determinarne l’eventuale responsabilità penale<sup>283</sup>.

#### **2.5.4. (Segue) La detenzione di persone suscettibili di propagare malattie contagiose, di alienati, di alcolizzati, di tossicomani o di vagabondi (lett. e).**

La disposizione della lett. e) disciplina la privazione della libertà che può interessare diverse categorie di soggetti, per ragioni c.d. ‘sanitarie’ e/o ‘sociali’, in termini di esigenze di pubblica sicurezza. Come chiarito dalla Corte europea, la detenzione può essere disposta, oltre che per tutelare un interesse proprio del soggetto interessato<sup>284</sup>, «*either in*

---

<sup>280</sup> C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 79.

<sup>281</sup> *Bouamar c. Belgio*, cit., § 50.

<sup>282</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Blokhin c. Russia* (ricorso n. 47152/06), 23 marzo 2016, § 170.

<sup>283</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *X c. Svizzera* (ricorso n. 8500/79), 14 dicembre 1979. V. anche M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 131.

<sup>284</sup> *Guzzardi c. Italia*, cit., § 98.

*order to be given medical treatment or because of considerations dictated by social policy, or on both medical and social grounds»*<sup>285</sup>.

Detto altrimenti, la pericolosità di tali individui ‘vulnerabili’ ne giustifica l’internamento, in virtù di un provvedimento giurisdizionale o anche solo avente natura amministrativa, a condizione che sia comunque garantito il fondamentale diritto al controllo giurisdizionale *ex art. 5, § 4 CEDU*<sup>286</sup>.

L’obsolescenza della terminologia utilizzata nell’alinea in commento – frutto dell’oramai risalente contesto storico-sociale nel cui ambito è sorta la Convenzione europea – ha richiesto l’intervento chiarificatore della giurisprudenza di Strasburgo, in merito al significato dei singoli concetti e fattori rilevanti al fine di analizzare la legittimità dell’adozione, in tale ambito, di una misura privativa della libertà personale.

Quanto alla prima fattispecie, relativa alla detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa («*an infectious disease*»), che viene in rilievo sia nell’ipotesi in cui il soggetto abbia già contratto una malattia di tal genere, sia qualora risulti semplicemente infettato<sup>287</sup>, occorre verificare anzitutto se la diffusione della malattia rappresenti un pericolo per la salute pubblica o per la pubblica sicurezza; *in secundis*, se la privazione della libertà dell’interessato, che dovrebbe in ogni caso protrarsi per un ristretto lasso temporale, costituisca l’*extrema ratio* («*the last resort*», in termini di misura realmente necessaria, risultando insufficienti strumenti meno severi) al fine di prevenire la diffusione del contagio e salvaguardare l’interesse pubblico<sup>288</sup>.

Circa l’internamento di un soggetto ‘alienato’ («*person of unsound mind*», nel testo inglese della norma) ai sensi dell’art. 5, § 1, lett. e) CEDU, si è sostenuto in dottrina come la Corte EDU non abbia mai fornito (*rectius*, non sia mai riuscita a fornire) una definizione univoca di tal concetto<sup>289</sup>, a motivo dei continui progressi che interessano la ricerca psichiatrica, i quali ne influenzano via via il significato<sup>290</sup>.

Ad ogni modo, si è precisato come la disposizione non consenta la detenzione di un soggetto solo perché le sue opinioni o condotte si discostano dalle regole che governano un determinato contesto sociale<sup>291</sup>.

---

<sup>285</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez II, *Enhorn c. Svezia* (ricorso n. 56529/00), 25 gennaio 2005, § 43.

<sup>286</sup> JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 260.

<sup>287</sup> F. ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 149.

<sup>288</sup> «*When these criteria are no longer fulfilled, the basis for the deprivation of liberty ceases to exist*»; *Enhorn c. Svezia*, cit., § 44. V. anche HARRIS, O’BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 331.

<sup>289</sup> V. in tal senso M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 132.

<sup>290</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Denis e Irvine c. Belgio* (ricorsi n. 62819/17 e n. 63921/17), 1 giugno 2021, § 134.

<sup>291</sup> *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit., § 37, secondo cui «*sub-paragraph (e) of Article 5 para. 1 (art. 5-1-e) obviously cannot be taken as permitting the detention of a person simply because his views or behaviour*

Detto ciò, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale di Strasburgo, affinché un soggetto 'alienato' («*of unsound mind*») possa essere privato della libertà personale devono sussistere tre requisiti minimi:

- 1) è necessario che il disturbo mentale di cui soffre l'interessato sia accertato sulla base di una perizia medica obiettiva («*on the basis of objective medical expertise*») effettuata nella sede competente;
- 2) il predetto disturbo deve presentare una natura o intensità tale da giustificare l'internamento (o ricovero coatto), risultando insufficienti misure meno afflittive;
- 3) la legittimità del ricovero è subordinata alla persistenza del disturbo mentale<sup>292</sup>.

Nel giudizio volto a verificare l'effettiva ricorrenza, nel caso concreto, dei predetti requisiti, con conseguente opportunità di disporre il ricovero coatto del soggetto interessato, le autorità nazionali dispongono di un 'margine di apprezzamento' (o potere discrezionale), in particolare nel merito delle diagnosi cliniche<sup>293</sup>, essendo le stesse *in primis* deputate all'applicazione del diritto interno. La Corte di Strasburgo, dal suo canto, ha il compito di verificare la corretta applicazione del diritto nazionale rilevante, nonché la sua conformità all'assetto convenzionale<sup>294</sup>.

Come specificato dai giudici europei, il venir meno del disturbo mentale implica *ex se* il rilascio dell'interessato, essendo venuto meno il presupposto che ne legittimava l'internamento: tuttavia, siffatto rilascio non deve necessariamente essere «*assoluto e immediato*»<sup>295</sup>, dovendo le autorità nazionali competenti procedere con cautela nella valutazione delle circostanze rilevanti (e degli interessi in gioco), anche mediante l'eventuale subordino del rilascio al rispetto di determinate condizioni. Pertanto, secondo la Corte, non può escludersi che l'imposizione di una peculiare condizione possa, in determinate circostanze, giustificare un differimento nel rilascio del soggetto, tenuto conto della natura della stessa e delle ragioni sottese. Nondimeno, «*[i]t is (...) of paramount importance that appropriate safeguards are in place so as to ensure that any deferral of discharge is consonant with the purpose of Article 5 § 1 and with the aim of the restriction in sub-paragraph (e)*»<sup>296</sup>.

---

*deviate from the norms prevailing in a particular society*». V. anche C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 82; F. ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 150.

<sup>292</sup> *Denis e Irvine c. Belgio*, cit., § 135. Nei medesimi termini, v. anche, *inter alia*, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit., § 39; *Stanev c. Bulgaria*, cit., § 145; *Rooman c. Belgio*, cit., § 192.

<sup>293</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Ilmseher c. Germania* (ricorsi n. 10211/12 e n. 27505/14), 4 dicembre 2018, § 129.

<sup>294</sup> *Denis e Irvine c. Belgio*, cit., § 136; v. anche *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit., § 40.

<sup>295</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Johnson c. Regno Unito* (ricorso n. 119/1996/738/937), 24 ottobre 1997, § 63.

<sup>296</sup> *Ibidem*.

In linea di principio, la detenzione di un soggetto infermo di mente è regolare («*lawful*») ex art. 5, § 1, lett. e) CEDU soltanto se effettuata all'interno di un ospedale, di una clinica ovvero di altra adeguata struttura istituzionale, autorizzata alla cura di pazienti affetti da disturbi psichiatrici<sup>297</sup>.

Tuttavia, come chiarito dalla Corte, alla luce di un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, l'internamento temporaneo dell'interessato in un centro di detenzione non concepito per il trattamento di soggetti affetti da patologie psichiatriche non costituisce di per sé violazione del disposto della lett. e), a condizione che il suo trasferimento all'interno di una struttura a tal fine idonea non avvenga dopo un lasso di tempo eccessivamente lungo<sup>298</sup>.

In materia, peculiare interesse ha suscitato la recente pronuncia della Corte europea all'esito della (già citata) controversia *Rooman c. Belgio*, allorquando la Grande Camera è stata investita della questione relativa ai requisiti di legittimità della privazione della libertà personale del ricorrente all'interno di un istituto psichiatrico<sup>299</sup>: pur non riscontrando, nel caso di specie, la violazione dell'art. 5, § 1, lett. e) CEDU, la Corte ha statuito che un «*appropriate and individualised treatment*» è condizione imprescindibile ai fini della liceità del confinamento di un soggetto all'interno di un istituto psichiatrico<sup>300</sup>.

Emblematica la precisazione della Grande Camera in merito alla duplice funzione esplicata dalla privazione della libertà ex art. 5, § 1 lett. e) della Convenzione: infatti, oltre alla consolidata «*social function of protection*»<sup>301</sup>, siffatta interferenza sulla libertà personale persegue anche un fine prettamente terapeutico, di modo che «*the administration of "appropriate and individualised treatment" to such a detainee has become a condition of the lawfulness of that detention*»<sup>302</sup>. Questo in quanto il trattamento dovrebbe essere volto a migliorare le condizioni psico-fisiche dell'individuo, allo scopo di ridurre la sua 'pericolosità sociale' in vista del futuro rilascio.

Con riferimento alla detenzione regolare della persona 'alcolizzata', i giudici europei hanno avuto modo di puntualizzare che essa concerne non soltanto il soggetto «*in stato di cronica intossicazione prodotta da alcol*» (per citare l'art. 95 del codice penale

---

<sup>297</sup> *Ashingdane c. Regno Unito*, cit., § 44.

<sup>298</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Pankiewicz c. Polonia* (ricorso n. 34151/04), 12 febbraio 2008, § 44-45.

<sup>299</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Rooman c. Belgio* (ricorso n. 18052/11), 31 gennaio 2019.

<sup>300</sup> Council of Europe, *Annual Report 2019 of the European Court of Human Rights*, cit., p. 35.

<sup>301</sup> *Rooman c. Belgio*, cit., § 195. Cfr. *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit.; *Ashingdane c. Regno Unito*, cit..

<sup>302</sup> Council of Europe, *Annual Report 2019 of the European Court of Human Rights*, cit., p. 36.

italiano), ma altresì colui il quale, in stato di ubriachezza, adotti un comportamento tale da tradursi in una minaccia per l'ordine pubblico, o sinanco per sé stesso<sup>303</sup>.

È in ogni caso essenziale – nell'ambito del vaglio di non arbitrarietà della misura – che la privazione della libertà dell'interessato risulti necessaria e rappresenti l'*extrema ratio*, ossia il solo strumento idoneo a salvaguardare l'interesse pubblico o individuale tutelato dalla norma, nonché che la fattispecie privativa risulti chiaramente prevista da una disposizione di legge interna, conosciuta o conoscibile dal soggetto interessato dalla misura restrittiva (ciò rileva sotto il profilo della 'qualità del diritto' nazionale rilevante)<sup>304</sup>.

Secondo la dottrina maggioritaria, l'istituto relativo alla detenzione regolare del soggetto 'tossicomane' presenta caratteri del tutto analoghi rispetto a quelli esaminati con riguardo alla figura dell' 'alcolizzato'.

Infine, viene in rilievo la fattispecie relativa alla detenzione regolare del soggetto 'vagabondo' (già di scarsa applicazione in epoca passata, oggi quasi superflua alla luce del progressivo innalzamento delle tutele predisposte a beneficio di tali individui, nei cui confronti non possono essere adottate misure restrittive della libertà a motivo del loro *status*, vale a dire per il solo fatto di essere privi di fissa dimora)<sup>305</sup>.

Al riguardo, importanza dirimente assume la risalente pronuncia della Corte europea resa all'esito della controversia *De Wilde, Ooms and Versyp c. Belgio* (c.d. *Vagrancy cases*): nel tentativo di circoscrivere il significato del termine 'vagabondo', in assenza di una definizione convenzionale, i giudici europei hanno ritenuto che la nozione risultante dall'art. 347 del Codice penale belga, secondo la quale «*vagrants are persons who have no fixed abode, no means of subsistence and no regular trade or profession*», rispecchiando in fatto quello che è il significato usuale del termine, possa rientrare in linea di principio nella fattispecie derogatoria prevista dall'art. 5, § 1, lett. e) della Convenzione<sup>306</sup>.

Al contrario, nella già citata pronuncia *Guzzardi c. Italia*, la Corte ha rigettato l'argomento avanzato dal Governo convenuto, in forza del quale rientrerebbero nella nozione di 'vagabondo' anche i soggetti sospettati di essere affiliati all'ambiente mafioso (in ragione dell'impossibilità di individuarne i mezzi di sostentamento)<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 82.

<sup>304</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Hilda Hafsteinsdóttir c. Islanda* (ricorso n. 40905/98), 8 giugno 2004, § 51 e ss. V. anche HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 333; M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 134.

<sup>305</sup> JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 260.

<sup>306</sup> *De Wilde, Ooms and Versyp c. Belgio*, cit., § 68.

<sup>307</sup> *Guzzardi c. Italia*, cit., § 97-98; v. anche HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 332.



**2.5.5. (Segue) La privazione della libertà personale al fine di impedire l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato, ovvero nel corso del procedimento d'espulsione o d'estradizione (lett. f).**

Da ultimo, la previsione della lett. f) del paragrafo in commento concerne il 'trattenimento' dello straniero quale misura di contenimento dei flussi migratori irregolari.

In particolare, ai sensi del sub paragrafo in esame, è consentito l'arresto o la detenzione regolare di una persona «*per impedirle di entrare illegalmente nel territorio*» dello Stato, ovvero di un soggetto nei cui confronti «*è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione*».

Si tratta di una scriminante che opera nel terreno accidentato delle politiche di contrasto all'immigrazione clandestina, oggi più che mai attuale e foriera di nuove prospettive di dibattito alla luce dell'odierno scenario socio-politico che caratterizza il fenomeno migratorio<sup>308</sup>.

In merito alla prima base legale prevista dalla norma – ossia il trattenimento volto ad impedire l'«*ingresso irregolare*» nel territorio statale – è da dire anzitutto che, secondo l'elaborazione giurisprudenziale di Strasburgo, fintanto che lo Stato non abbia autorizzato l'ingresso nel proprio territorio (ad esempio, mediante l'accoglimento di una domanda di protezione internazionale), qualsivoglia entrata è da reputarsi irregolare («*unauthorised*») ai sensi dell'art. 5, § 1, lett. f) CEDU, dunque suscettibile di scriminare l'adozione di una misura restrittiva della libertà personale nei confronti dell'interessato<sup>309</sup>.

Ciò vale non soltanto nei riguardi del migrante irregolare, ma anche nei confronti del richiedente asilo: posto che la presentazione di una domanda di asilo non implica *ipso facto* la regolarità dell'ingresso dell'istante nel territorio dello Stato, lo stesso – al pari del c.d. immigrato ordinario – può essere trattenuto ai sensi della lett. f) del paragrafo in commento<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> Sul tema v. *infra*, Capitolo II.

<sup>309</sup> *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 65, secondo cui «*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 distortion of language, to "prevent his effecting an unauthorised entry"*».

<sup>310</sup> *Ibidem*; v. anche JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 264.

Certo è che, qualora lo Stato membro – riconoscendo una tutela più ampia rispetto alle garanzie minime previste dal sistema convenzionale<sup>311</sup> – predisponga (*motu proprio* o in applicazione del diritto dell'Unione europea)<sup>312</sup> un regime giuridico che espressamente autorizzi l'ingresso (o il soggiorno) dei richiedenti asilo durante la procedura di evasione della domanda di protezione internazionale, il conseguente trattenimento *ex art. 5, § 1, lett. f)*, primo periodo, potrebbe sollevare una questione di legittimità della fattispecie privativa della libertà personale: in tale ipotesi, infatti, sarebbe arduo ritenere la misura strettamente connessa allo scopo perseguito (ossia impedire l'«ingresso irregolare» del soggetto), oltre che conforme al diritto interno<sup>313</sup>.

Oltretutto, secondo la Corte, la previsione di cui alla lett. f), primo periodo, non postula (almeno con riguardo al trattenimento di soggetti adulti)<sup>314</sup> un requisito di ragionevole necessità della misura restrittiva della libertà personale (ad esempio, subordinando la legittimità della detenzione al compimento di atti preordinati ad eludere le norme che regolano l'ingresso nel territorio statale): questo in quanto, nelle parole della Corte, «[t]o 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»<sup>315</sup>.

Nonostante tali premesse, particolarmente stringente risulta essere, in questo ambito, il requisito di legalità («*lawfulness*») della misura restrittiva, che deve essere

---

<sup>311</sup> Al riguardo, viene in rilievo il precetto di cui all'art. 53 CEDU, in virtù del quale «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi».

<sup>312</sup> L'art. 9 della Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (c.d. Direttiva Procedure), dispone infatti che «[i] richiedenti sono autorizzati a rimanere nello Stato membro, ai fini esclusivi della procedura, fintantoché l'autorità accertante non abbia preso una decisione».

<sup>313</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Suso Musa c. Malta* (ricorso n. 42337/12), 23 luglio 2013, § 97. V. anche C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 83.

<sup>314</sup> Diverso è il caso in cui si tratti della detenzione di minori di età, che avvenga all'interno di un centro 'chiuso' destinato al trattenimento di adulti e non consono a soddisfare i bisogni derivanti dal loro *status* di soggetti estremamente vulnerabili. V. in questi termini, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Muskhadzhiyeva e altri c. Belgio* (ricorso n. 41442/07), 19.01.2010, § 73. Per un approfondimento sul punto, v. K. TURKOVIC, *Challenges to the Application of the Concept of Vulnerability and the Principle of Best Interests of the Child in the Case Law of the ECtHR Related to Detention of Migrant Children*, in B. CALI, L. BIANKU e I. MOTOC (a cura di), *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 104-137.

<sup>315</sup> Come precisato dalla Corte EDU, «[s]uch 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 (...), 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»; *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 65.

applicata in conformità al diritto interno sostanziale e processuale rilevante, rispettosa del fine ultimo perseguito dall'art. 5 CEDU e non arbitraria.

Sotto quest'ultimo profilo – nell'insegnamento della Corte – affinché possa dirsi non arbitrario, il trattenimento deve rispettare una serie di criteri-principe: anzitutto deve essere eseguito in buona fede; deve risultare strettamente connesso al fine di prevenire l'ingresso non autorizzato (*rectius*, irregolare) del soggetto nel territorio dello Stato; il luogo e le condizioni di detenzione devono essere adeguate, tenendo bene a mente che la misura non si applica nei confronti di chi abbia commesso un reato, ma di migranti che spesso, temendo per la propria vita, sono fuggiti dal Paese di origine<sup>316</sup>; infine, la durata della detenzione non dovrebbe eccedere il tempo ragionevolmente necessario per raggiungere il fine perseguito<sup>317</sup>.

A titolo esemplificativo, nella celebre sentenza resa all'esito della controversia *Khlaifia e altri c. Italia*<sup>318</sup>, la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha riscontrato la violazione della norma in commento nella misura in cui il trattenimento dei ricorrenti (tre cittadini tunisini approdati sull'isola di Lampedusa nel quadro delle c.d. 'primavere arabe'), al fine di prevenirne l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, risultava privo di una precisa base legale nel diritto interno («*the provisions applying to the detention of irregular migrants were lacking in precision*»): ambiguità normativa, questa, che avrebbe dato origine a numerose fattispecie di privazione *de facto* della libertà personale. Oltretutto – ha proseguito la Corte – l'assenza di strumenti giuridici mediante i quali i ricorrenti (trattenuti all'interno di un Centro di Soccorso e di Prima Accoglienza – CSPA) avrebbero potuto contestare la legittimità della loro detenzione, non poteva, anche nel contesto di una crisi migratoria, risultare compatibile con lo scopo ultimo perseguito dall'art. 5 della Convenzione, ossia garantire che nessuno sia privato della libertà in modo arbitrario<sup>319</sup>.

Infine, l'ulteriore base giuridica prevista dal sub paragrafo in commento attiene alla detenzione del soggetto contro il quale «*è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione*» («*against whom action is being taken with a view to deportation or extradition*» nella versione inglese della norma).

Al proposito occorre precisare che, ai sensi del precetto convenzionale, è sufficiente che l'arresto o la detenzione dell'interessato avvengano in vista della sua espulsione o

---

<sup>316</sup> V. anche *Amuur c. Francia*, cit., § 43.

<sup>317</sup> *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 74.

<sup>318</sup> Sulla quale si tornerà profusamente *infra*, nel Capitolo II.

<sup>319</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 106.

estradizione («*with a view to deportation or extradition*») – ossia che sia effettivamente in essere un procedimento volto al suo allontanamento dal territorio dello Stato – a prescindere dal fatto che la decisione d’espulsione o di estradizione risulti giustificata in virtù del diritto nazionale o convenzionale<sup>320</sup>.

In altri termini, la disposizione in commento non presuppone che la restrizione della libertà personale in seno al procedimento d’espulsione o d’extradizione risulti ragionevolmente necessaria (ad esempio, al fine di impedire al soggetto di commettere un reato o di darsi alla fuga)<sup>321</sup>, ben potendo perseguire lo scopo di agevolare lo svolgimento del sotteso procedimento amministrativo<sup>322</sup>.

Tant’è che, in seno alla già citata pronuncia *Saadi c. Regno Unito*, i giudici europei, considerate le difficoltà amministrative allora affrontate dal Governo convenuto (correlate alla gestione di un numero sempre più elevato di richiedenti asilo), hanno reputato scriminata dalla disposizione di cui alla lett. f) la detenzione del ricorrente, protrattasi per un lasso temporale di sette giorni e in condizioni adeguate, al fine di consentire una rapida evasione della sua domanda di protezione internazionale («*to enable his claim to asylum to be processed speedily*»)<sup>323</sup>.

Sotto il profilo della legalità della misura restrittiva della libertà personale, è necessario che la stessa risulti pienamente rispettosa del diritto interno (ma anche europeo, ove recepito nell’ordinamento giuridico dello Stato membro), la cui ‘qualità’ è soggetta al sindacato della Corte di Strasburgo – soprattutto in termini di accessibilità, precisione e prevedibilità della normativa nazionale rilevante, nel rispetto del principio di certezza del diritto<sup>324</sup> – e non si riveli arbitraria<sup>325</sup>.

---

<sup>320</sup> *Chahal c. Regno Unito*, cit., § 112, secondo cui «*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), whether the underlying decision to expel can be justified under national or Convention law*». Del resto, i requisiti di regolarità del procedimento d’espulsione sono posti dall’art. 1 del Protocollo n. 7 alla Convenzione.

<sup>321</sup> «*In this respect Article 5 para. 1 (f) provides a different level of protection from Article 5 para. 1 (c)*». *Ibidem*.

<sup>322</sup> C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 83.

<sup>323</sup> *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 80.

<sup>324</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *J. N. c. Regno Unito* (ricorso n. 37289/12), 19 maggio 2016, § 77.

<sup>325</sup> V. in tal senso M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 136. Sul punto, v. *Z.A. e altri c. Russia*, cit., § 162-163, in materia di trattenimento di richiedenti asilo presso una zona di transito aeroportuale, ove è precisato che «*[t]he Court is fully conscious of the difficulties that member States may face during periods of massive arrivals of asylum-seekers at their borders. Subject to the prohibition of arbitrariness, the lawfulness requirement of that provision may be considered generally satisfied by a domestic legal regime that provides, for example, for no more than the name of the authority competent to order deprivation of liberty in a transit zone, the form of the order, its possible grounds and limits, the maximum duration of the confinement and, as required by Article 5 § 4, the applicable avenue of judicial appeal. Furthermore, Article 5 § 1 (f) does not prevent States from enacting domestic law provisions that formulate the grounds on which such confinement can be ordered with due regard to the practical realities of massive influx of asylum-seekers.*

Ai fini del vaglio di non arbitrarietà, la misura detentiva *ex art. 5, § 1, lett. f)*, secondo periodo – con evidente assonanza rispetto ai criteri che circoscrivono la legalità (o regolarità) del trattenimento al fine di impedire l’ingresso irregolare nel territorio statale – deve essere adottata in buona fede<sup>326</sup> e strettamente connessa alla ragione giustificatoria invocata dal Governo convenuto<sup>327</sup>; il luogo e le condizioni di detenzione devono risultare adeguati<sup>328</sup>; deve sussistere un nesso tra il motivo addotto dalle autorità statali e il luogo e regime di detenzione del soggetto; infine, la durata della misura detentiva non deve superare il tempo ragionevolmente necessario per raggiungere lo scopo perseguito<sup>329</sup>.

Sotto quest’ultimo profilo, secondo consolidata giurisprudenza europea, la privazione della libertà ai sensi del sub paragrafo in esame può reputarsi scriminata fintantoché sia in corso il procedimento d’espulsione o d’extradizione: sebbene non sia richiesto che il diritto interno fissi la durata massima della detenzione in pendenza del procedimento<sup>330</sup>, qualora tali procedure non vengano condotte con la ‘dovuta diligenza’ (c.d. «*due diligence*»)<sup>331</sup> – ivi inclusa la sollecitudine necessaria ad evitare un’eccessiva

---

*In particular, subparagraph 1(f) does not prohibit deprivation of liberty in a transit zone for a limited period on grounds that such confinement is generally necessary to ensure the asylum seekers’ presence pending the examination of their asylum claims or, moreover, on grounds that there is a need to examine the admissibility of asylum applications speedily and that, to that end, a structure and adapted procedures have been put in place at the transit zone».*

<sup>326</sup> V. *inter alia*, *Bozano c. Francia*, cit.; *Čonka c. Belgio*, cit..

<sup>327</sup> *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 74.

<sup>328</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. II, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia* (ricorso n. 25389/05), 26 aprile 2007, § 74. È da precisare che, qualora il procedimento d’espulsione interessi un soggetto minore d’età (anche se accompagnato da un genitore), le autorità procedenti sono tenute all’adozione di particolari cautele: una fra tutte, è necessario che le condizioni di detenzione risultino adeguate allo *status* di estrema vulnerabilità in cui versa il minore. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio* (ricorso n. 13178/03), 12 ottobre 2006, §103. V. anche C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 84.

<sup>329</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. II, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgio* (ricorso n. 10486/10), 20 dicembre 2011, § 117-119.

<sup>330</sup> «*The Court has unequivocally held that Article 5 § 1 (f) of the Convention does not lay down maximum time-limits for detention pending deportation; on the contrary, it has stated that the question whether the length of deportation proceedings could affect the lawfulness of detention under this provision will depend solely on the particular circumstances of each case (...). Consequently, even where domestic law does lay down time-limits, compliance with those time-limits cannot be regarded as automatically bringing the applicant’s detention into line with Article 5 § 1(f) of the Convention*». *J. N. c. Regno Unito*, cit., § 83.

<sup>331</sup> In dottrina si è precisato come, ai fini del ‘test’ di valutazione della «*due diligence*», rilevino tanto la condotta del soggetto interessato (che potrebbe cagionare un ritardo nella procedura), quanto quella delle autorità statali coinvolte, nonché le circostanze specifiche del caso e la complessità del procedimento. V. M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 138; HARRIS, O’BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, pp. 342-343.

protrazione nel tempo della misura restrittiva della libertà<sup>332</sup> – la detenzione cessa di essere giustificata ai sensi dell'art. 5, § 1, lett. f) della Convenzione<sup>333</sup>.

## **2.6. Le garanzie fondamentali riconosciute alle persone private della libertà: il diritto all'informazione (art. 5, § 2 CEDU).**

All'esito dell'elencazione tassativa delle ipotesi di privazione consentita della libertà personale, i successivi paragrafi dell'art. 5 CEDU fissano talune garanzie minime, operanti sotto il profilo procedurale, che devono essere assicurate al soggetto sottoposto alla misura restrittiva.

In primo luogo, si è già avuto modo di sottolineare come, in virtù del disposto dell'art. 5, § 2 della Convenzione, il soggetto privato della libertà personale debba essere informato, al più presto e in una lingua a lui comprensibile, «*dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico*» (quale 'garanzia elementare' di sistema)<sup>334</sup>.

La formulazione normativa – che astrattamente rievoca, per terminologia e contenuti, la c.d. informazione di garanzia vigente nel nostro ordinamento processual-penalistico<sup>335</sup> – richiede talune premesse terminologiche.

Circa la portata del termine 'arresto' – avente connotazione prettamente penalistica – la Corte di Strasburgo ha precisato che siffatto concetto, da interpretarsi in via autonoma alla luce dello scopo dell'art. 5 CEDU, si estende al di là del significato proprio della misura precautelare richiamata (ossia l'arresto in flagranza di reato *ex artt.* 380 e ss. c.p.p.), andando ad includere qualsiasi fattispecie privativa della libertà personale (ivi compresa l'ipotesi in cui un soggetto, dopo il rilascio, venga nuovamente arrestato)<sup>336</sup>.

Allo stesso modo, quanto al significato convenzionale del concetto di 'accusa' – anch'esso di derivazione processual-penalistica (ciò non sorprende, posto che la privazione della libertà personale è istituto di matrice intrinsecamente penale) – i giudici

---

<sup>332</sup> Per quanto concerne il procedimento d'extradizione 'processuale', v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Gallardo Sanchez c. Italia* (ricorso n. 11620/07), 24 marzo 2015, § 42 e ss., ove la detenzione a fini estradizionali del ricorrente (affinché fosse giudicato in uno Stato terzo) è stata ritenuta «not "lawful"» ai sensi dell'art. 5, § 1, lett. f) della Convenzione, a motivo degli «*unjustified delays in the Italian courts*» nello svolgimento della procedura; *ibidem*, § 51.

<sup>333</sup> *A. e altri c. Regno Unito*, cit., § 164; v. anche *Chahal c. Regno Unito*, cit., § 113.

<sup>334</sup> *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, cit., § 40, secondo cui «*[p]aragraph 2 of Article 5 contains the elementary safeguard that any person arrested should know why he is being deprived of his liberty*».

<sup>335</sup> Si tratta, tuttavia, di un'assonanza meramente concettuale, stante la portata maggiormente garantista dei precetti posti dall'art. 369 c.p.p.: difatti, il paragrafo 2 della disposizione in esame – a differenza della norma di rito italiana – non richiede che l'esposizione «*dei motivi dell'arresto*» rivesta una forma particolare, né tantomeno garantisce il diritto di accesso alla difesa tecnica. V. anche HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 344.

<sup>336</sup> *X c. Regno Unito*, cit., § 66.

europei hanno chiarito che «*the intention of the drafters was not to lay down a condition for its applicability, but to indicate an eventuality of which it takes account*»<sup>337</sup>.

D'altronde, la stretta connessione sussistente tra i § 2 e 4 della norma in commento induce a propendere per tale interpretazione estensiva della terminologia in discorso: il diritto al controllo giurisdizionale (c.d. *habeas corpus proceedings*) ex art. 5, § 4 risulterebbe infatti vano se non fosse previamente garantito al soggetto *in vinculis* – in termini di necessario presupposto logico-giuridico – il diritto ad essere tempestivamente e adeguatamente informato delle ragioni poste a fondamento della misura restrittiva applicata a suo carico<sup>338</sup>.

Per quanto concerne il contenuto precettivo del disposto in esame, sotto il profilo sostanziale, l'interessato (o il suo rappresentante)<sup>339</sup> – che può essere un soggetto arrestato, ma anche detenuto, internato<sup>340</sup>, trattenuto in un CSPA (a seguito del suo ingresso irregolare nel territorio statale)<sup>341</sup>, estradando<sup>342</sup> etc. – deve essere informato sia dell'imputazione formulata a suo carico, in termini di infrazione ascrittagli, sia degli elementi di fatto e di diritto che giustificano la restrizione della libertà personale<sup>343</sup>, in modo da poter, se lo ritiene opportuno, adire un tribunale per contestarne la legittimità ai sensi dell'art. 5, § 4 CEDU<sup>344</sup>. Peraltro, la mera indicazione della base giuridica dell'arresto, in assenza di ulteriori precisazioni, non è di per sé sufficiente a soddisfare il requisito posto dal § 2 della norma<sup>345</sup>.

In ottica comparata, è da dire che la previsione in esame presuppone un'informativa meno dettagliata e specifica rispetto a quella richiesta dall'art. 6, § 3, lett. a) CEDU<sup>346</sup>, posto che quest'ultima è funzionale alla predisposizione della strategia difensiva da adottare in giudizio: ai fini del disposto di cui all'art. 5, § 2, è invece sufficiente che

---

<sup>337</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Van Der Leer c. Paesi Bassi* (ricorso n. 11509/85), 21 febbraio 1990, § 27.

<sup>338</sup> *Ad abundantiam* – precisa la Corte EDU – «[p]aragraph 4 does not make any distinction as between persons deprived of their liberty on the basis of whether they have been arrested or detained. There are therefore no grounds for excluding the latter from the scope of paragraph 2»; *ibidem*, § 28.

<sup>339</sup> *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 84-85.

<sup>340</sup> *Van der Leer c. Paesi Bassi*, cit., § 27-28.

<sup>341</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 81.

<sup>342</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *Shamayev e altri c. Georgia e Russia* (ricorso n. 36378/02), 12 aprile 2005, § 414-415.

<sup>343</sup> Sul punto, v. anche F. ZACCHE', *op. cit.*, p. 152.

<sup>344</sup> *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, cit., § 40.

<sup>345</sup> *Ibidem*, § 41.

<sup>346</sup> In virtù del quale «ogni accusato ha diritto di essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico». Per un approfondimento sul precetto in esame, v. F. GAMBINI, R. CHENAL, A. TAMIETTI, *op. cit.*, p. 229-232.

l'interessato sia informato, in termini generali, delle ragioni della detenzione e di ogni accusa formulata a suo carico<sup>347</sup>.

Sotto il profilo cronologico, l'informativa deve essere resa «*al più presto*» («*promptly*») ovvero «*dans le plus court délai*»): come può evincersi dal dato testuale, non è richiesto che la stessa sia data in costanza di arresto dall'ufficiale *ivi* operante, ritenendosi ammissibile un ritardo di qualche ora (ad es., a motivo della necessità di reperire un interprete)<sup>348</sup>. Ad ogni modo, la Corte di Strasburgo è chiamata a valutare l'adeguatezza del contenuto dell'informativa e la tempestività della sua trasmissione alla luce delle peculiarità del caso concreto<sup>349</sup>.

Infine, circa il requisito formale di accessibilità al contenuto dell'informativa (in termini di sua piena conoscibilità), i giudici di Strasburgo hanno avuto modo di chiarire che l'interessato deve essere informato, in un linguaggio semplice, non tecnico e che possa comprendere («*in simple, non-technical language that he can understand*»), dei motivi essenziali, in fatto e in diritto, del suo 'arresto' «*so as to be able, if he sees fit, to apply to a court to challenge its lawfulness in accordance with paragraph 4*»<sup>350</sup>.

### **2.6.1. Il diritto ad essere tradotto «*al più presto*» innanzi all'autorità competente: la ragionevole durata della carcerazione preventiva (art. 5, § 3 CEDU).**

Nell'economia del disposto dell'art. 5 CEDU, la previsione posta dal § 3 riveste senz'altro un ruolo di preminente rilievo, a motivo della particolare sensibilità degli interessi sottesi alla tutela *ivi* predisposta.

---

<sup>347</sup> JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 267-268. In particolare, non è necessario che consista in un elenco completo «*of the charges held against the arrested person*». Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *Bordovskiy c. Russia* (ricorso n. 49491/99), 8 febbraio 2005, § 56. Oltretutto, «*[w]hen a person is arrested with a view to extradition, the information given may be even less complete*», ma comunque sufficienti a garantire l'esercizio del diritto al controllo giurisdizionale *ex art. 5, § 4 CEDU*. Council of Europe, *Guide on Article 5*, cit., p. 20.

<sup>348</sup> «*[T]he Court has stated in a number of cases that no more than a few hours should elapse, save in exceptional circumstances, such as the serious incapacity of the arrested person to comprehend the reasons that might have been given*». Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Zuyev c. Russia* (ricorso n. 16262/05), 19 febbraio 2013, § 83.

<sup>349</sup> *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, cit., § 40.

<sup>350</sup> *Čonka c. Belgio*, cit., § 50; v. anche *Fox, Campbell and Hartley c. Regno Unito*, cit., § 40; *Murray c. Regno Unito*, cit., § 72. Come rilevato in dottrina, non è richiesto che il provvedimento sia redatto in una lingua nota al soggetto *in vinculis*: ai fini del rispetto dell'articolo 5, § 2 CEDU, è sufficiente che il successivo interrogatorio abbia luogo in una lingua a lui comprensibile, ovvero che in quella sede sia garantita la presenza di un interprete, che traduca le contestazioni mossegli. V. in tal senso, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Delcourt c. Belgio* (ricorso n. 2689/65), 17 gennaio 1970; *Čonka c. Belgio*, cit., § 52. P. SPAGNOLO, *Commento all'art. 5 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, p. 143.



Il paragrafo in commento, infatti, funge da completamento alla tutela (sostanziale) già posta dall'art. 5, § 1, lett. c), «*which forms a whole with it*»<sup>351</sup>, operando in via integrativa sotto il profilo prettamente processuale.

Si tratta delle garanzie di ordine formale che interessano la detenzione *ante iudicium* in ambito penale (c.d. *pre-trial detention*), ossia la custodia cautelare in carcere, cui sono equiparati gli arresti domiciliari<sup>352</sup>: nelle parole della Corte di Strasburgo, «*[j]udicial control of interferences by the executive with the individual's right to liberty*», quale garanzia implicita nello Stato di Diritto, «*is an essential feature of the guarantee embodied in Article 5 para. 3, which is intended to minimise the risk of arbitrariness*»<sup>353</sup>.

In dottrina si è osservato come la norma sia preposta a garantire, in via doverosa ed automatica, il c.d. primo contatto del soggetto *in vinculis* con l'autorità giudiziaria procedente: diritto fondamentale della persona, quello di cui si tratta, che nel sistema giuridico anglosassone è espressione dell'istituto del '*writ of habeas corpus*'<sup>354</sup>, mentre nel nostro ordinamento processual-penalistico – estremamente garantista sotto questo peculiare profilo – è assicurato sia dalla disciplina del c.d. interrogatorio di garanzia *ex art. 294 c.p.p.*, che dall'udienza di convalida a seguito di arresto o fermo di indiziato di delitto, ai sensi dell'art. 391 c.p.p..

Fine ultimo della previsione in esame è quello di minimizzare il rischio di arbitrarietà (dell'esecutivo), assicurando che il soggetto detenuto *ex art. 5, § 1, lett. c)* CEDU possa beneficiare del controllo d'ufficio da parte di un'autorità indipendente, che si pronunci nel merito della sua detenzione, sulla base di criteri legali, e ne ordini il rilascio ove la protrazione della custodia cautelare risulti irragionevole<sup>355</sup>.

Ciò premesso, secondo il precetto in commento, il soggetto *in vinculis* ai sensi del disposto della lett. c) deve essere tradotto («*shall be brought*»), automaticamente e al più presto («*promptly*»), «*dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie*», dotato di poteri decisionali in ordine alla protrazione o meno dello stato custodiale: come precisato dalla Corte, «*[t]he initial automatic review of arrest and detention accordingly must be capable of examining lawfulness issues and whether or not there is a reasonable suspicion that the arrested person has committed an offence, in other words, that detention falls within the permitted exception set out in*

---

<sup>351</sup> *Ciulla c. Italia*, cit., § 38.

<sup>352</sup> *N.C. c. Italia*, cit., § 33.

<sup>353</sup> *Brogan e altri c. Regno Unito*, cit., § 58.

<sup>354</sup> V. P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 144.

<sup>355</sup> HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 347-348. Nei medesimi termini, v. anche F. ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 154.

Article 5 § 1 (c). *When the detention does not, or is unlawful, the judicial officer must then have the power to release*»<sup>356</sup>.

Circa la portata convenzionale del termine «*promptly*» («*al più presto*») – «*aussitôt*» nella versione francese (letteralmente, «*immediatamente*»), a conferma dell'esigua flessibilità che deve connotare l'interpretazione della nozione *de qua*, comunque ancorata alle peculiarità del caso specifico<sup>357</sup> – la giurisprudenza di Strasburgo, pur sottolineando l'esigenza di procedere ad un accertamento in concreto della celerità della presentazione del soggetto innanzi all'autorità competente, ha fissato il limite temporale ordinario (massimo) in quattro giorni dall'arresto dell'interessato<sup>358</sup>.

Non si tratta, peraltro, di un termine 'assoluto': ad esempio, in ragione delle particolari circostanze che connotavano la fattispecie sottoposta al suo vaglio – la misura custodiale concerneva minori, privi di rappresentanza legale – la Corte EDU ha riscontrato la violazione della disposizione in esame allorché la traduzione degli interessati avanti all'organo giudicante è avvenuta dopo tre giorni e nove ore dall'arresto<sup>359</sup>; ovvero dopo tre giorni, cinque ore e trenta minuti, allorché il soggetto *in vinculis* si trovava in stato di fragilità psicologica<sup>360</sup>.

Come poc'anzi precisato, l'organo deputato al controllo deve essere «*un giudice*» ovvero «*un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie*».

*Nulla quaestio* circa il richiamo alla nozione di «*giudice*», operato dalla norma in commento.

Al contrario, piuttosto ambiguo pare il riferimento al concetto di «*officer authorised by law to exercise judicial power*»: alla luce dell'intervento chiarificatore della giurisprudenza europea, può rilevarsi come l'autorità in questione (pur priva di carattere giurisdizionale in senso proprio), «*must satisfy certain conditions providing a guarantee to the person detained against any arbitrary or unjustified deprivation of liberty*».

---

<sup>356</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *McKay c. Regno Unito* (ricorso n. 543/03), 3 ottobre 2006, § 40.

<sup>357</sup> *Brogan e altri c. Regno Unito*, cit., § 59; v. anche *ibidem*, § 61, ove è ribadito che «*the scope for flexibility in interpreting and applying the notion of "promptness" is very limited*». HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 349.

<sup>358</sup> *McKay c. Regno Unito*, § 47. Tuttavia, adottando un approccio (per così dire) pragmatico, i giudici europei hanno parimenti precisato che, qualora ricorrano circostanze tali da ostacolare 'oggettivamente' la celere presentazione del prevenuto innanzi all'organo competente, il controllo giudiziale può essere ritardato (si pensi al caso in cui la detenzione preventiva concerna un arresto effettuato in alto mare). V. in tal senso P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 146.

<sup>359</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *İpek e altri c. Turchia* (ricorsi n. 17019/02 e n. 30070/02), 3 febbraio 2009, 36-37.

<sup>360</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Gutsanovi c. Bulgaria* (ricorso n. 34529/10), 15 ottobre 2013, § 154. F. ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 155-156.

In particolare, deve trattarsi di un organo indipendente dall'esecutivo ed imparziale rispetto alle parti della controversia, deputato ad «*ascoltare personalmente*» il prevenuto («*must hear the individual brought before him in person*») – nell'ambito di un'udienza fissata a tal fine, che offra le garanzie proprie di un procedimento giudiziario<sup>361</sup> – per verificare, sulla base di criteri legali, se la detenzione risulti o meno giustificata; in quest'ultima eventualità, deve altresì disporre del potere decisorio necessario per ordinare il rilascio del detenuto<sup>362</sup>.

È da dire che, ai fini della verifica circa la sussistenza dei requisiti di indipendenza e imparzialità richiesti dalla norma, rileva il *tempus* in cui l'autorità si è pronunciata in materia *de libertate*: qualora risulti che la stessa possa intervenire, nell'ambito del successivo procedimento penale, in veste di organo inquirente, l'effettiva sussistenza dei suddetti presupposti viene necessariamente meno. Con sguardo al diritto interno, è il caso in cui la decisione *de libertate* venga assunta dal Sostituto Procuratore della Repubblica, all'evidenza carente del requisito di terzietà imposto dal precetto in commento<sup>363</sup>.

Quanto alle garanzie procedurali, il dettato normativo non richiede espressamente la presenza del difensore all'udienza<sup>364</sup> (*ex adverso* obbligatoria in sede di interrogatorio di garanzia *ex art. 294, c. 4 c.p.p.*, a pena di nullità assoluta ed insanabile dell'atto *de quo* e correlata perdita di efficacia della misura cautelare disposta, trattandosi di c.d. atto garantito): tuttavia, le peculiari circostanze del caso di specie possono rendere 'necessaria' l'assistenza di un legale<sup>365</sup>.

Proseguendo nell'esegesi della norma, occorre precisare che il § 3 conferisce parimenti al soggetto *in vinculis* il diritto «*di essere giudicato entro un termine ragionevole*» o di essere posto in libertà durante il procedimento<sup>366</sup>.

---

<sup>361</sup> P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 147.

<sup>362</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Assenov e altri c. Bulgaria* (ricorsi n. 90/1997/874/1086), 28 ottobre 1998, § 146.

<sup>363</sup> *Ex multis*, v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Brincat c. Italia* (ricorso n. 13867/88), 26 novembre 1992, § 21. Sul punto, v. anche F. ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 154.

<sup>364</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Schiesser c. Svizzera* (ricorso n. 7710/76), 4 dicembre 1979, § 36, ove è riportato che «*[t]he applicant complains that his lawyer was not allowed to attend the interrogation (...) but the Court does not consider it to be incompatible with Article 5 para. 3 (art. 5-3) of the Convention, which does not make a lawyer's presence obligatory*».

<sup>365</sup> V. in tal senso, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Lebedev c. Russia* (ricorso n. 4493/04), 25 ottobre 2007, § 83 e ss. HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 351.

<sup>366</sup> Come chiarito dai giudici di Strasburgo, «*Article 5 § 3 is structurally concerned with two separate matters: the early stages following an arrest when an individual is taken into the power of the authorities and the period pending eventual trial before a criminal court during which the suspect may be detained or released with or without conditions. These two limbs confer distinct rights and are not on their face logically or temporally linked*»; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Ladent c. Polonia* (ricorso n. 11036/03), 18 marzo 2008, § 71.

Secondo l'insegnamento della Corte di Strasburgo, la rigida dicotomia che risulta dalla formulazione normativa – lungi dal riconoscere, in capo alle autorità giudiziarie nazionali, la 'libertà di scegliere' («*a freedom of choice*») <sup>367</sup> tra il (dovere di) garantire al prevenuto di essere processato in termini ragionevoli e disporre il rilascio durante il processo (eventualmente subordinato al rispetto di determinate condizioni) <sup>368</sup> – è volta ad assicurare la ragionevolezza («*reasonableness*») della detenzione *pendig-trial*: qualora la protrazione della custodia cautelare risulti non più giustificata (*rectius*, irragionevole), deve essere disposta l'immediata scarcerazione dell'interessato (in ossequio alla presunzione d'innocenza sino alla sentenza di condanna) <sup>369</sup>.

In altri termini, secondo la consolidata giurisprudenza europea, «*the presumption under Article 5 is in favour of release*» <sup>370</sup>: presunzione in favore del rilascio che opera allorquando la durata dello *status* custodiale non appare più ragionevole <sup>371</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, circa il vaglio inerente alla ragionevolezza della durata della detenzione preventiva, il controllo demandato alla Corte EDU si estrinseca in una valutazione *ex post* – da effettuarsi in concreto, sulla base delle peculiarità del caso di specie <sup>372</sup> – del lasso temporale intercorso tra l'applicazione della misura coercitiva (quale termine iniziale) e la sentenza di condanna di prime cure (quale termine finale), alla luce di una serie di criteri frutto dell'elaborazione giurisprudenziale di Strasburgo.

Anzitutto, la persistenza del 'ragionevole sospetto' a che l'interessato abbia commesso un reato è requisito imprescindibile, dai più definito quale *condicio sine qua non* ai fini della legalità della protrazione della custodia cautelare <sup>373</sup>. Tuttavia, la sussistenza del *fumus commissi delicti* – pur imprescindibile al momento dell'applicazione della misura coercitiva – trascorso un certo lasso di tempo, non è di per

---

<sup>367</sup> In questi termini, C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 87.

<sup>368</sup> Peraltro in spregio al fondamentale disposto di cui all'art. 6, § 1 CEDU, il cui *incipit* riconosce che «*[o]gni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale (...)*». V. anche M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 148.

<sup>369</sup> V., *ex multis*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Neumeister c. Austria* (ricorso n. 1936/63), 27 giugno 1968, § 4, secondo cui «*[t]he Court is of the opinion that this provision cannot be understood as giving the judicial authorities a choice between either bringing the accused to trial within a reasonable time or granting him provisional release even subject to guarantees. The reasonableness of the time spent by an accused person in detention up to the beginning of the trial must be assessed in relation to the very fact of his detention. Until conviction, he must be presumed innocent, and the purpose of the provision under consideration is essentially to require his provisional release once his continuing detention ceases to be reasonable*».

<sup>370</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Bykov c. Russia* (ricorso n.4378/02), 10 marzo 2009, § 61.

<sup>371</sup> La dottrina maggioritaria giunge sino a configurare un vero e proprio «*diritto al rilascio*» ex art. 5, § 3, secondo periodo CEDU. V., in questi termini, C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 87, il quale asserisce che la norma in commento «*grants the right to be released pending trial if the reasons given by national authorities are no longer relevant and sufficient so as to justify continued detention*».

<sup>372</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Labita c. Italia* (ricorso n. 26772/95), 6 aprile 2000, § 152 e ss.

<sup>373</sup> V. in questi termini, C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 88; M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 150.

sé sufficiente a giustificare il prolungamento della carcerazione preventiva, dovendo essere accompagnata da elementi rilevanti e sufficienti – le c.d. esigenze cautelari dell’ordinamento interno – atti a legittimarne la protrazione<sup>374</sup>.

Ma vi è di più: la Corte europea è giunta sino a riconoscere che la verifica circa la sussistenza di «*relevant and sufficient*» ragioni cautelari, in uno alla persistenza del ‘ragionevole sospetto’, «*applies already at the time of the first decision ordering detention on remand, that is to say “promptly” after the arrest*»<sup>375</sup>.

Tanto premesso, la giurisprudenza di Strasburgo ha precisato cosa debba intendersi per «*relevant and sufficient grounds*» tali da legittimare la decisione di protrarre la detenzione preventiva, individuando quattro possibili ‘ragioni cautelari’ («*four basic acceptable reasons for detaining a person before judgment when that person is suspected of having committed an offence*», nelle parole della Corte)<sup>376</sup>. Si tratta del pericolo di fuga («*the risk that the accused would fail to appear for trial*»)<sup>377</sup>, di inquinamento probatorio («*the risk that the accused, if released, would take action to prejudice the administration of justice*»)<sup>378</sup>, di reiterazione del reato («*or commit further offences*»)<sup>379</sup> ovvero, in circostanze eccezionali, l’esigenza di tutelare la sicurezza pubblica («*or [the risk that the accused, if released, would] cause public disorder*»)<sup>380</sup>.

A motivo della eccezionalità della fattispecie – che deroga alla presunzione a favore della libertà della persona, posta dall’art. 5 § 1 CEDU, ma anche e ancor più alla fondamentale presunzione di innocenza dell’indagato/imputato sancita dall’art. 6, § 2 CEDU – è necessario che tanto gli indizi di colpevolezza, quanto i bisogni cautelari siano *effettivamente* motivati dal Giudice *a quo*, il quale deve evitare di esprimersi «*in an abstract and stereotyped manner, without indicating any specific reasons as to why they*

---

<sup>374</sup> V., *inter alia*, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Muller c. Francia* (ricorso n. 21802/93), 17 marzo 1997, § 35, secondo la quale «*[t]he persistence of reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence is a condition sine qua non for the lawfulness of the continued detention, but after a certain lapse of time it no longer suffices: the Court must then establish whether the other grounds given by the judicial authorities continued to justify the deprivation of liberty. Where such grounds were “relevant” and “sufficient”, the Court must also ascertain whether the competent national authorities displayed “special diligence” in the conduct of the proceedings*».

<sup>375</sup> *Buzadji c. Moldavia*, cit., § 102. F. ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 157.

<sup>376</sup> V. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Piruzyan c. Armenia* (ricorso n. 33376/07), 26 giugno 2012, § 94.

<sup>377</sup> *Stögmüller c. Austria*, cit., § 15.

<sup>378</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Wemhoff c. Germania* (ricorso n. 2122/64), 27 giugno 1968, § 14.

<sup>379</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Matznetter c. Austria* (ricorso n. 2178/64), 10 novembre 1969, § 9.

<sup>380</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Letellier c. Francia* (ricorso n. 12369/86), 26 giugno 1991, § 51.

*considered those risks to be well-founded or trying to refute the applicant's arguments»<sup>381</sup>.*

Quanto al controllo demandato alla Corte EDU, in dottrina si è precisato come il vaglio del giudice europeo consti di due differenti fasi, tra loro complementari e susseguenti. In primo luogo, si tratta di verificare l'esistenza di valide e sufficienti ragioni poste a fondamento della protrazione della misura custodiale. Qualora i motivi addotti dalle autorità nazionali risultino congrui, occorre poi accertare la ragionevolezza dell'estensione temporale della misura, alla luce delle specificità del caso concreto<sup>382</sup>, nonché di una serie di criteri *ad hoc*, che concernono la complessità della vicenda, il contegno dell'imputato<sup>383</sup> e la condotta delle autorità nazionali, chiamate a condurre il procedimento con una «speciale diligenza»<sup>384</sup> (che viene meno nell'ipotesi di irragionevoli periodi di stasi)<sup>385</sup>.

È da dire che, in tale ambito, i giudici di Strasburgo godono di pregnanti poteri di accertamento: la valutazione della Corte – lungi dal realizzarsi *in abstracto* – deve fondarsi sulle peculiarità del singolo caso<sup>386</sup>, nel rispetto del fondamentale principio di diritto (frutto dell'elaborazione giurisprudenziale europea) in virtù del quale il prolungamento della carcerazione preventiva può giustificarsi «*only if there are specific indications of a genuine requirement of public interest which, notwithstanding the presumption of innocence, outweighs the rule of respect for individual liberty laid down in Article 5 of the Convention*»<sup>387</sup>.

Infine, occorre precisare che l'ultimo periodo del § 3 consente di subordinare il rilascio del soggetto *in vinculis* «*a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza*».

---

<sup>381</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Ghavalayan c. Armenia* (ricorso n. 50423/08), 22 ottobre 2020, § 69. V. anche F. ZACCHE', *op. cit.*, p. 157.

<sup>382</sup> Si tratta del c.d. modello bifasico. Sul punto, v. M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 149.

<sup>383</sup> Pur nel rispetto del c.d. diritto di mentire, così come del diritto al silenzio *ex art. 6 CEDU*.

<sup>384</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Kreps c. Polonia* (ricorso n. 34097/96), 26 luglio 2001, § 42 e ss..

<sup>385</sup> V., *inter alia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Kalashnikov c. Russia* (ricorso n. 47095/99), 15 luglio 2002, § 120.

<sup>386</sup> *Labita c. Italia*, *cit.*, § 152 e ss.

<sup>387</sup> In questi termini, v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Kudla c. Polonia* (ricorso n. 30210/96), 26 ottobre 2000, § 110, secondo la quale «*[i]t falls in the first place to the national judicial authorities to ensure that, in a given case, the pre-trial detention of an accused person does not exceed a reasonable time. To this end they must, paying due regard to the principle of the presumption of innocence, examine all the facts arguing for or against the existence of the above-mentioned requirement of public interest justifying a departure from the rule in Article 5 and must set them out in their decisions on the applications for release. It is essentially on the basis of the reasons given in these decisions and of the well-documented facts stated by the applicant in his appeals that the Court is called upon to decide whether or not there has been a violation of Article 5 § 3*».

Il riferimento immediato è all'istituto della 'cauzione' (c.d. «*bail*») previsto da taluni ordinamenti giuridici nazionali (ad esempio, nel quadro del sistema giuridico inglese e francese): quanto al suo ammontare, in ragione della finalità perseguita dalla garanzia – non già il risarcimento del danno, bensì la comparizione dell'interessato all'udienza – la stessa dovrà essere calcolata proporzionalmente, in rapporto al soggetto interessato, alle sue capacità economiche e ai suoi legami con eventuali garanti, al fine di scongiurare ogni rischio di fuga<sup>388</sup>.

Nondimeno, la Corte EDU ha attribuito a siffatto precetto portata più ampia, puntualizzando che, in virtù dello stesso, nel decidere se una persona debba essere rilasciata o detenuta le autorità nazionali sono tenute a verificare, *ex ante*, la possibilità di avvalersi di misure alternative alla detenzione, in grado di garantire la comparizione dell'interessato al processo<sup>389</sup>.

Dal disposto in esame discenderebbe dunque l'obbligo, avente portata generale – applicabile anche nel quadro degli ordinamenti giuridici che non prevedono l'istituto della cauzione – di ricorrere alla carcerazione preventiva in termini di *extrema ratio*, prima verificando la possibilità di applicare misure non custodiali, meno afflittive (ad esempio, incidenti sulla libertà di movimento o sull'obbligo di soggiorno), che risultino parimenti in grado di perseguire il fine ultimo previsto dalla norma.

## **2.6.2. Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo ex art. 5, § 4 CEDU.**

Ai sensi dell'art. 5, § 4 CEDU, il soggetto arrestato o detenuto «*ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima*».

Si tratta di una garanzia fondamentale, che rinviene le proprie radici nella dottrina anglosassone del c.d. *habeas corpus proceedings*<sup>390</sup> e trova applicazione nei confronti di

---

<sup>388</sup> «*The guarantee provided for by that Article (art. 5-3) is designed to ensure not the reparation of loss but rather the presence of the accused at the hearing. Its amount must therefore be assessed principally by reference to him, his assets and his relationship with the persons who are to provide the security, in other words to the degree of confidence that is possible that the prospect of loss of the security or of action against the guarantors in case of his non-appearance at the trial will act as a sufficient deterrent to dispel any wish on his part to abscond*». *Neumeister c. Austria*, cit., §14.

<sup>389</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Kulikowski c. Polonia* (ricorso n. 18353/03), 19 maggio 2009, § 48.

<sup>390</sup> Sul punto, v. S. TRECHSEL, *Human Rights in criminal proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 462; P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 158.

tutte le fattispecie privative disciplinate dal § 1 della norma (in tal senso depone il dato letterale, nella misura in cui fa riferimento ad «*ogni persona arrestata o detenuta*»)<sup>391</sup>.

Il soggetto a qualunque titolo privato della libertà personale ha diritto ad adire un organo giudiziario, al fine di contestare la liceità della sua detenzione: come precisato dalla Corte europea, la ‘legalità’ («*lawfulness*») o ‘regolarità’ della restrizione della libertà personale deve essere valutata non soltanto alla luce del diritto interno pertinente, sostanziale e processuale, ma anche dell’assetto convenzionale, dei principi generali *ivi* sanciti e dello scopo perseguito dalla fattispecie derogatoria prevista dall’art. 5, § 1 della Convenzione<sup>392</sup>.

Preliminarmente – come rilevato in dottrina – è da dire che la formulazione letterale della norma non esaurisce le modalità entro cui può legittimamente (*rectius*, compatibilmente al dettato convenzionale) estrinsecarsi il controllo *de quo*.

Può certo trattarsi di un ricorso *ex post*, che segue all’applicazione di una misura restrittiva della libertà a carico dell’interessato: qualora la decisione promani da un organo amministrativo, è senz’altro obbligato degli Stati parti riconoscere al soggetto detenuto il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo (successivo all’applicazione della misura)<sup>393</sup>.

Tuttavia, nell’ipotesi in cui l’incarcerazione dell’interessato sia stata disposta da un giudice – ad esempio, a seguito di una sentenza di condanna resa all’esito di un procedimento giurisdizionale *ex art. 5, § 1, lett. a)*, ovvero si tratti di soggetto in stato di custodia cautelare che abbia già fruito del rimedio ‘automatico’ di cui all’art. 5, § 3 – essendo stato il requisito di legalità della detenzione già oggetto di valutazione *sub iudice*, il controllo richiesto dal § 4 della norma risulta già incorporato nella decisione (si allude alla teoria del c.d. ‘controllo incorporato’)<sup>394</sup>.

In entrambe le ipotesi, occorre comunque riconoscere al soggetto *in vinculis* la facoltà di adire l’autorità giudiziaria, a intervalli ragionevoli, mediante la presentazione di richieste di revoca o di sostituzione della misura (sotto il profilo interno, *ex art. 299 c.p.p.*), ove sopravvengano nuovi fatti o circostanze<sup>395</sup>, suscettibili di determinare un mutamento dei presupposti (di fatto e di diritto) in virtù dei quali è stata adottata la misura coercitiva.

---

<sup>391</sup> I tratti distintivi rispetto alla garanzia procedurale prevista dal § 3 della norma risiedono, da un lato, nel carattere eventuale del ricorso di cui all’art. 5, § 4 (non si tratta infatti di un controllo automatico, come invece accade con riguardo al precetto di cui al § 3); dall’altro, nella portata autonoma dell’istituto in esame, che opera non soltanto nell’ipotesi di detenzione *ante iudicium*, ma nei confronti di tutte le tipologie di privazione della libertà personale regolate dal § 1.

<sup>392</sup> *Weeks c. Regno Unito*, cit., § 57. V. anche C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 92.

<sup>393</sup> *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, cit., § 76.

<sup>394</sup> F. ZACCHE, *op. cit.*, p. 160; P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 159.

<sup>395</sup> *Van Droogenbroeck c. Belgio*, cit., § 45.



Ciò premesso, la giurisprudenza di Strasburgo ha individuato una serie di principi-cardine che regolano *tout court* l'operatività della garanzia in esame (riepilogati nella oramai risalente pronuncia *Reinprecht c. Austria*)<sup>396</sup>:

a) anzitutto, l'art. 5, § 4 conferisce al soggetto arrestato o detenuto il diritto di instaurare un procedimento volto al vaglio delle condizioni procedurali e sostanziali richieste ai fini della legalità («*lawfulness*»), in termini convenzionali, della privazione della sua libertà<sup>397</sup>;

b) il procedimento deve avere carattere giudiziario e fornire garanzie adeguate al tipo di privazione della libertà in esame, benché non sia sempre necessario che sia accompagnato dalle stesse garanzie prescritte dall'art. 6 CEDU (in materia di controversie penali o civili)<sup>398</sup>;

c) il procedimento deve svolgersi nel contraddittorio («*must be adversarial*») e garantire la 'parità delle armi' tra le parti processuali. Nell'ipotesi in cui si tratti di detenzione *ante iudicium* ai sensi dell'art. 5, § 1, lett. c), è necessaria la fissazione di un'udienza<sup>399</sup>;

d) da ultimo, il soggetto in stato di custodia cautelare deve poter instaurare, a intervalli ragionevoli, procedimenti di verifica sulla persistente legalità della sua detenzione<sup>400</sup>.

Sotto il profilo procedurale, la norma prescrive come il ricorso in esame – avente i caratteri di un rimedio *de libertate* effettivo, certo nella sua formulazione normativa e pienamente accessibile<sup>401</sup> – debba essere rivolto a un «*tribunale*»<sup>402</sup>, vale a dire un organo giurisdizionale costituito *ex lege*, dotato dei necessari requisiti di indipendenza, imparzialità e terzietà, nonché del potere di esprimersi, «*entro breve termine*», sulla

---

<sup>396</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Reinprecht c. Austria* (ricorso n. 67175/01), 15 novembre 2005, § 31.

<sup>397</sup> *Brogan e altri c. Regno Unito*, cit., § 65.

<sup>398</sup> V. ad esempio, *Assenov e altri c. Bulgaria*, cit., § 162.

<sup>399</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Nikolova c. Bulgaria* (ricorso n. 31195/96), 25 marzo 1999, § 58.

<sup>400</sup> *Assenov e altri c. Bulgaria*, cit., § 162.

<sup>401</sup> F. ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 160; v. anche HARRIS, O'BOYLE AND WARBRICK (a cura di), *op. cit.*, p. 362.

<sup>402</sup> Al riguardo, si è precisato che «[a]rticle 5 § 4 provides a fundamental safeguard against arbitrary detention in requiring that an individual who is deprived of his liberty has the right to have the lawfulness of that detention reviewed by a court. The "court" referred to in this provision does not necessarily have to be a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country. The term denotes "bodies which exhibit not only common fundamental features, of which the most important is independence of the executive and the parties to the case ..., but also the guarantees" – "appropriate to the kind of deprivation of liberty in question" – "of a judicial procedure", the forms of which may vary but which must include the competence to "decide" the "lawfulness" of the detention and to order release if the detention is not lawful». Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Hutchison Reid c. Regno Unito* (ricorso n. 50272/99), 20 febbraio 2003, § 64.

legittimità della privazione della libertà personale, ordinando il rilascio ove la stessa risulti ingiustificata<sup>403</sup>.

Sebbene la norma *de qua* non imponga agli Stati di adottare un doppio grado di giurisdizione per l'esame delle istanze *de libertate*, ove lo Stato istituisca un siffatto sistema è tenuto ad assicurare le medesime garanzie, tanto in primo grado quanto in appello (ovvero in sede di ricorso per cassazione)<sup>404</sup>.

Il richiamo alla nozione di «*court*» implica *ex se* l'attrazione di una serie di garanzie di contesto, proprie del c.d. giusto processo («*fair trial*»)<sup>405</sup>: come sottolineato dalla Corte, «*a court examining an appeal against detention must provide guarantees of a judicial procedure*»<sup>406</sup>.

In particolare, il procedimento deve svolgersi nel contraddittorio<sup>407</sup> – qualora peculiari circostanze lo rendano necessario, sinanco mediante la citazione di testimoni<sup>408</sup> – e garantire la 'parità delle armi' («*equality of arms*») tra le parti, ossia il Pubblico Ministero e il soggetto detenuto<sup>409</sup>. La parità delle armi viene necessariamente meno ove al difensore venga negato l'accesso ai documenti investigativi, contenuti nel fascicolo dell'accusa (i c.d. atti di indagine), essenziali al fine di contestare efficacemente la legalità della detenzione, ovvero qualora il detenuto non disponga del tempo necessario per preparare la propria difesa<sup>410</sup>.

---

<sup>403</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Stafford c. Regno Unito* (ricorso n. 46295/99), 28 maggio 2002, § 88 e ss.

<sup>404</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Allen c. Regno Unito* (ricorso n. 18837/06), 30 marzo 2010, § 39.

<sup>405</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Schöps c. Germania* (ricorso n. 25116/94), 13 febbraio 2001, § 44.

<sup>406</sup> *Ibidem*.

<sup>407</sup> In virtù del quale ciascuna parte processuale deve avere la facoltà di contraddire alle conclusioni di parte avversa, nella piena conoscenza del materiale probatorio a carico e discarico.

<sup>408</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Waite c. Regno Unito* (ricorso n. 53236/99), 10 dicembre 2002, § 59. P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 164.

<sup>409</sup> Quanto al requisito del contraddittorio, dubbi di compatibilità con il disposto convenzionale potrebbero sollevarsi – e in tal senso si è espressa anche la dottrina penalistica – in ordine ad una peculiare fase del procedimento *de libertate* disciplinato a livello interno: in particolare, l'essenziale garanzia di parità delle parti, assicurata dall'operare del principio del contraddittorio anche e soprattutto in ambito cautelare, potrebbe risultare in certo modo svilita dalla prescrizione dell'art. 299, c. 3 *bis* c.p.p. che, in materia di revoca e sostituzione delle misure coercitive e interdittive, d'ufficio o a richiesta dell'imputato, impone al giudice di (interloquire con e) acquisire il parere del (solo) pubblico ministero, senza facoltà per l'imputato di esserne informato e presentare osservazioni sul punto. V., in questi termini, G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cassazione Penale*, 2005, p. 1097; P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 164.

<sup>410</sup> Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo (dec.), *Farmakopoulos c. Belgio* (ricorso n. 11683/85), 8 febbraio 1990; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, *Lutsenko c. Ucraina* (ricorso n. 6492/11), 3 luglio 2012, § 90 e 96.

Come anticipato, nell'ipotesi in cui il prevenuto si trovi in stato di detenzione *ante iudicium*, è necessaria la celebrazione di un'udienza<sup>411</sup>, che non deve necessariamente essere pubblica<sup>412</sup>. Non si tratta, tuttavia, della sola ipotesi in cui occorre procedersi alla presenza dell'interessato: la Corte di Strasburgo ha al proposito specificato che «*in matters of such crucial importance as the deprivation of liberty and where questions arise involving, for example, an assessment of the applicant's character or mental state, the Court's case-law indicates that it may be essential to the fairness of the proceedings that the applicant be present at an oral hearing*»<sup>413</sup>. Dunque, in tali ipotesi, la facoltà dell'interessato di essere sentito personalmente (o a mezzo di procuratore) rappresenta una garanzia fondamentale<sup>414</sup>, che trova il proprio fondamento giuridico nel disposto in esame<sup>415</sup>.

Circa il requisito dell'assistenza legale, in dottrina si è sostenuto come la norma *de qua* garantisca il diritto di avvalersi di un difensore<sup>416</sup>. Dal canto loro, i giudici di Strasburgo, pur precisando che «*detention proceedings require special expedition and Article 5 does not contain any explicit mention of a right to legal assistance in this respect*»<sup>417</sup>, generalmente subordinano la necessaria presenza del difensore alle peculiarità del caso concreto (ad esempio, qualora il rimedio *de libertate* interessi un individuo affetto da patologie mentali<sup>418</sup>, ovvero un soggetto minore di età<sup>419</sup>).

A ogni modo, le autorità statali – pur non gravando sulle stesse l'obbligo (positivo) di assicurare l'assistenza legale ai soggetti detenuti – sono tenute ad astenersi dall'ostacolare un'assistenza effettiva (ed efficace) da parte del difensore in sede di procedimento *de libertate*<sup>420</sup>. A quest'ultimo proposito, assume peculiare rilievo anche la tutela della confidenzialità del rapporto tra avvocato e cliente, essendo la stessa «*equally important in the context of both Article 6 §§ 1 and 3 (c) and Article 5 §§ 3 and 4 of the Convention*»<sup>421</sup>.

---

<sup>411</sup> *Ibidem*. V. anche, *inter alia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Nikolova c. Bulgaria* (ricorso n. 31195/96), 25 marzo 1999, § 58.

<sup>412</sup> Salvo ricorrano peculiari circostanze. V. *Reinprecht c. Austria*, cit., § 38 e ss.

<sup>413</sup> *Waite c. Regno Unito*, cit., § 59.

<sup>414</sup> P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 162.

<sup>415</sup> *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit., § 60.

<sup>416</sup> C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 95.

<sup>417</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Lebedev c. Russia* (ricorso n. 4493/04), 25 ottobre 2007, § 84.

<sup>418</sup> V., ad esempio, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Megyeri c. Germania* (ricorso n. 13770/88), 12 maggio 1992.

<sup>419</sup> *Bouamar c. Belgio*, cit., § 60.

<sup>420</sup> C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 95.

<sup>421</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Khodorkovskiy c. Russia* (ricorso n. 5829/04), 31 maggio 2011, § 198. V. inoltre, *mutatis mutandi*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Sakhnovskiy c. Russia* (ricorso n. 21272/03), 2 novembre 2010, § 97. Deve parimenti essere garantita la possibilità di

Sotto il profilo temporale, la pronuncia relativa allo *status libertatis* – necessariamente motivata dal giudice *a quo* – deve essere adottata «entro breve termine» («*speedly*», nella versione inglese della norma), che decorre dal momento del deposito dell’istanza, ovvero dell’impugnazione della decisione *de libertate* di primo grado (qualora sia previsto un doppio grado di giudizio).

In assenza di una definizione giuridica del concetto di «*breve termine*» fornita dal dettato convenzionale, la valutazione circa la celerità del procedimento, lungi dal potersi effettuare *in abstracto*, deve ancorarsi alle specificità del caso concreto, alla luce di una serie di criteri individuati in via giurisprudenziale – che richiamano quelli sviluppati *sub art. 5, § 3 CEDU*, anche se l’utilizzo dell’avverbio «*speedly*» pare implicare, in questa sede, maggiore celerità rispetto a quella richiesta *ex § 3* per la celebrazione del giudizio di merito<sup>422</sup>, stante la peculiare natura delle impugnazioni *de libertate* – attinenti alla complessità del procedimento, alla condotta dell’interessato e alla diligenza adottata dalle autorità nazionali nello svolgimento della procedura<sup>423</sup>.

Pu trattandosi di un termine «*flessibile*»<sup>424</sup>, poiché strettamente correlato alle peculiari circostanze della fattispecie considerata, si è ritenuto – per fornire qualche esempio – che periodi di diciassette<sup>425</sup> e ventitré<sup>426</sup> giorni per pronunciarsi sulla legittimità dello *status* custodiale del ricorrente fossero lesivi del disposto dell’art. 5, § 4 CEDU, sotto il profilo della tempestività della decisione. Ancora, e a maggior ragione, la decorrenza di un termine di quattro mesi tra il deposito dell’istanza e la pronuncia del giudice adito si è reputata non rispettosa del requisito di celerità della decisione posto dal paragrafo in esame<sup>427</sup>. Allo stesso modo, si è ravvisata una violazione del disposto normativo allorquando la decisione *de libertate* è stata assunta (in sede di appello) dopo due mesi e ventisette giorni dal deposito del ricorso, nonché (dalla Corte di Cassazione) dopo sette mesi e ventitré giorni e, in diversa occasione, dopo quattro mesi e dieci giorni<sup>428</sup>.

---

beneficiare del patrocinio a spese dello Stato; v. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Hood c. Regno Unito* (ricorso n. 27267/95), 18 febbraio 1999, § 65.

<sup>422</sup> P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 167.

<sup>423</sup> C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 93.

<sup>424</sup> V., in tal senso, P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 168.

<sup>425</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *Kadem c. Malta* (ricorso n. 55263/00), 9 gennaio 2003, § 44-45.

<sup>426</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *Rehbock c. Slovenia* (ricorso n.29462/95), 28 novembre 2000, § 82-86.

<sup>427</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. IV, *König c. Slovacchia* (ricorso n. 39753/98), 20 gennaio 2004, § 22.

<sup>428</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. III, *Rapacciuolo c. Italia* (ricorso n. 76024/01), 19 maggio 2005, § 31 e ss.

Ciò posto in punto di ricostruzione del portato di cui all'art. 5, § 4 CEDU, la disamina di una recente sentenza della Corte europea, resa all'esito del caso *Rizzotto c. Italia*<sup>429</sup>, offre interessanti spunti di riflessione in ordine alle possibili ripercussioni delle censure avanzate dai giudici di Strasburgo nei confronti dell'ordinamento penalistico italiano, in termini di compatibilità (*rectius*, incompatibilità nel caso di specie) dei rimedi di cui agli artt. 309, 299 e 175 c.p.p. con il disposto convenzionale in commento.

Certo è – questo non può tacersi – che, nel caso in esame, le critiche avanzate dalla giurisprudenza europea all'impianto processual-penalistico italiano in materia di rimedi *de libertate*, pur potendo risultare astrattamente fondate se gli istituti venissero esaminati singolarmente, perdono parte del loro rilievo nel momento in cui si considerino, in un'ottica più ampia, le specificità del sistema processuale interno.

Brevemente, in concreto: la Corte EDU, nella sentenza in commento, ha evidenziato le criticità – in termini di compatibilità con i parametri convenzionali di tutela – inerenti al rimedio del ricorso al Tribunale del Riesame *ex art. 309, c. 2 c.p.p.* presentato, prima dell'esecuzione della misura cautelare, dal difensore d'ufficio del soggetto latitante, con conseguente consumazione del potere di impugnazione<sup>430</sup>. La Corte ha altresì suggerito velatamente, quale possibile 'via' da percorrere ai fini dell'adeguamento del sistema interno all'assetto convenzionale, il superamento della ferrea applicazione del principio di unicità del diritto all'impugnazione anche in materia di misure cautelari (come già avvenuto, nel nostro Paese, in relazione al processo *in absentia*)<sup>431</sup>.

Anche prescindendo dalla considerazione in virtù della quale una simile evoluzione (per ora soltanto giurisprudenziale) parrebbe già in atto nell'ordinamento interno<sup>432</sup>, è da dire che la Corte europea, nel censurare l'effettivo *vulnus* al diritto di difesa dell'indagato derivante dal principio di unicità del diritto all'impugnazione in materia cautelare, omette

---

<sup>429</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. I, *Rizzotto c. Italia* (N. 2), 5 settembre 2019. Nella sentenza in commento, premessa l'enunciazione dei principi generali di diritto in tema *de libertate* elaborati dalla sua giurisprudenza, la Corte di Strasburgo, applicando tali principi al caso di specie, si è posta il quesito se l'ordinamento giuridico interno – segnatamente, i rimedi di cui agli artt. 309, 299 e 175, c. 1 c.p.p. – offrisse al ricorrente garanzie procedurali tali da assicurare che l'art. 5, § 4 CEDU fosse rispettato. Per poi concludere nel senso della violazione della norma in questione «à raison de l'impossibilité dans laquelle le requérant s'est trouvé d'être effectivement entendu par les juridictions compétentes pour contrôler la légalité de sa détention», quale insuperabile *vulnus* al diritto di difesa dell'indagato; *ibidem*, § 63.

<sup>430</sup> In virtù del principio di unicità del diritto all'impugnazione, vigente nell'ordinamento giuridico interno.

<sup>431</sup> *Rizzotto c. Italia* (N.2), cit. § 45, 54-55. Sul punto, v. D. CARDAMONE, *Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti delle misure privative della libertà (art. 5 § 4 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, p. 227.

<sup>432</sup> Si v. Cassazione Penale, Sez. V, 22 gennaio 2019, n. 20539 (pur relativa ad una fattispecie concreta diversa rispetto al caso del latitante).

di considerare come tale difetto di tutela possa rinvenire ‘equa compensazione’ nella pluralità dei rimedi *de libertate* offerti dall’ordinamento nazionale<sup>433</sup>.

Non è tutto: in punto di efficacia del rimedio di cui all’art. 299 c.p.p., la Corte ha stigmatizzato come non fosse previsto *ex lege* lo svolgimento di un’udienza, ove l’indagato potesse essere ascoltato direttamente dal Giudice per esporre le proprie ragioni. Tuttavia, alla luce di una visione complessiva dell’impianto processualistico interno, può rilevarsi come il Signor Rizzotto avrebbe potuto proporre appello *ex art.* 310 c.p.p. avverso l’ordinanza di rigetto della richiesta di revoca della misura coercitiva (pronunciata dal Giudice ai sensi dell’art. 299 c.p.p.) innanzi al Tribunale del Riesame, il cui provvedimento finale, emesso all’esito di un’*udienza* celebrata avanti all’organo collegiale, sarebbe stato ricorribile per Cassazione<sup>434</sup>.

Oltretutto, a nulla sembra rilevare che l’indagato Rizzotto, a seguito dell’esecuzione della misura cautelare, fosse stato tempestivamente sottoposto ad interrogatorio di garanzia innanzi al Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Roma (essendo detenuto in quel distretto), le cui modalità di esecuzione (ai sensi degli artt. 64 e 65 c.p.p.) consentono alla persona in stato di custodia cautelare in carcere di esporre quanto ritenuto utile alla propria difesa, nell’ottica della revoca della misura cautelare inflittale.

In altri termini, è la stessa visione d’insieme delle prerogative offerte dall’ordinamento processual-penalistico interno che potrebbe consentire il superamento di simili censure, avanzate nei confronti di un sistema processuale estremamente garantista.

### **2.6.3. Il diritto alla riparazione *ex art.* 5, § 5 CEDU.**

A completamento delle garanzie di contesto poste dalla norma in commento, l’ultimo paragrafo dell’art. 5 CEDU assicura il ‘diritto alla riparazione’ («*an enforceable right to compensation*», nella versione inglese) a qualsiasi soggetto che sia stato illegittimamente privato della libertà personale, in violazione dei § 1-4 del disposto normativo<sup>435</sup>.

Presupposto di operatività di questa garanzia è l’inosservanza di una delle prescrizioni poste dall’art. 5 della Convenzione, accertata dalle autorità nazionali, ovvero

---

<sup>433</sup> V. anche D. CARDAMONE, *op. cit.*, p. 228.

<sup>434</sup> D. CARDAMONE, *op. cit.*, p. 229.

<sup>435</sup> *Brogan e altri c. Regno Unito*, cit., § 67.

in sede di ricorso alla Corte di Strasburgo<sup>436</sup>, e dalla quale sia scaturito un danno patrimoniale o non patrimoniale sofferto dall'interessato<sup>437</sup>.

Alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale europea, può sostenersi come dal precetto in discorso discenda, a carico delle autorità statali, l'obbligo positivo di predisporre un meccanismo riparatorio, azionabile dal soggetto 'vittima' di una misura restrittiva adottata in violazione del dettato convenzionale<sup>438</sup>, che si traduca in uno strumento effettivo («*enforceable*») ed accessibile nella sua formulazione normativa<sup>439</sup>, oltre che ragionevolmente profittevole<sup>440</sup>. Pur residuando, in capo agli Stati parti, un certo margine di discrezionalità nella definizione dei presupposti per l'esercizio del diritto *de quo*<sup>441</sup>, è necessario che la relativa procedura risulti rispettosa dei principi posti dall'art. 6 CEDU in materia di equo processo (con particolare riguardo ai requisiti-cardine dell'assistenza legale, della pubblicità dell'udienza e dell'obbligo di motivazione del provvedimento decisorio reso dall'autorità adita)<sup>442</sup>.

---

<sup>436</sup> *N.C. c. Italia*, cit., § 49; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Nolan e K. c. Russia* (ricorso n. 2512/04), 12 febbraio 2009, § 102-103.

<sup>437</sup> C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 96. V. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Wassinik c. Paesi Bassi* (ricorso n. 12535/86), 27 settembre 1990, § 38, ove è sancito che «*[i]n the Court's view, paragraph 5 of Article 5 (art. 5-5) is complied with where it is possible to apply for compensation in respect of a deprivation of liberty effected in conditions contrary to paragraphs 1, 2, 3 or 4 (art. 5-1, art. 5-2, art. 5-3, art. 5-4). It does not prohibit the Contracting States from making the award of compensation dependent upon the ability of the person concerned to show damage resulting from the breach. In the context of Article 5 § 5 (art. 5-5), as for that of Article 25 (art. 25) (...), the status of "victim" may exist even where there is no damage, but there can be no question of "compensation" where there is no pecuniary or non-pecuniary damage to compensate*».

<sup>438</sup> *A. e altri c. Regno Unito*, cit., § 229; *Storck c. Germania*, cit., § 122.

<sup>439</sup> Nei medesimi termini, v. P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 168.

<sup>440</sup> Per quanto concerne la differenza tra il diritto alla riparazione *ex art. 5, § 5 CEDU* e il diritto ad un'equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 CEDU, v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Neumeister c. Austria – art. 50* (ricorso n. 1936/63), 7 maggio 1974, § 30, ove si chiarisce che «*Article 5 (5) and Article 50 [oggi, art. 41] are placed on different levels, although both Articles deal with questions of compensation under the Convention. The first lays down a rule of substance: placed among the "normative" provisions of Section I of the Convention, it guarantees an individual a right, the observance of which is obligatory in the first instance for the authorities of the Contracting States, as the use in the English text of the adjective "enforceable" confirms. Article 50 [art. 41], for its part, lays down a rule of competence: placed in Section IV of the Convention, it authorises the Court expressly to afford subject to certain conditions, just satisfaction to the "injured party". One of these conditions is the existence of a national decision or measure "in conflict with the obligations arising from the ... Convention", and there is nothing to show that a breach of one of the first four paragraphs of Article 5 (...) is not to be taken into account in this regard. While paragraph 5 of Article 5 carefully specifies that "everyone who has been the victim" of such a breach "shall have an enforceable right to compensation", it in no way follows therefrom that the Court cannot apply Article 50 [art. 41] when it has found that there has been a breach, for example, of paragraph 3*».

<sup>441</sup> Eventualmente subordinando il conseguimento dell'indennizzo alla prova del danno sofferto. Tuttavia, specie con riguardo al c.d. danno morale, la Corte di Strasburgo ha sottolineato come le autorità statali debbano evitare di subordinare l'accertamento del danno morale a rigidi ed eccessivi formalismi (negando il risarcimento qualora il soggetto non fornisca piena prova del danno subito), tali da svilire la portata del precetto in commento. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, *Danev c. Bulgaria* (ricorso n. 9411/05), 2 settembre 2010, § 34-35.

<sup>442</sup> P. SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 171-172.

In dottrina si è rilevato come il diritto in esame concerna esclusivamente le ipotesi di c.d. ingiustizia *ex ante*, ove difettino *ab origine* i requisiti di legittimità della misura restrittiva (a prescindere dall'esito finale del processo, assolutorio o di condanna): del resto, la stessa Corte di Strasburgo ha specificato che «*the Convention does not grant to a person "charged with a criminal offence" but subsequently acquitted a right either to reimbursement of costs incurred in the course of criminal proceedings against him, however necessary these costs might have been, or to compensation for lawful restrictions on his liberty*»<sup>443</sup>.

Una precisazione concettuale è d'obbligo: il meccanismo riparatorio *ex art. 5, § 5* può essere azionato tanto nell'ipotesi in cui la misura privativa della libertà personale non risulti conforme al diritto nazionale pertinente, quanto nel caso in cui la stessa, pur rispettosa dell'ordinamento interno, si ponga in contrasto con le previsioni di cui all'art. 5 CEDU<sup>444</sup>.

Sotto il profilo operativo, qualora la Corte di Strasburgo accerti la lesione del precetto in commento, può riconoscere al soggetto interessato una somma a titolo di indennizzo *ex art. 41 CEDU*, ovvero limitarsi a riscontrare *expressis verbis* la violazione dell'art. 5 (ove reputi – non senza sollevare talune perplessità al riguardo – che ciò sia sufficiente a soddisfare le pretese del ricorrente).

Tra gli spunti di riflessione che suscita l'analisi di questo paragrafo, un ruolo di prim'ordine occupa senz'altro la disamina dell'istituto della 'riparazione per ingiusta detenzione', letto alla luce dell'ordinamento convenzionale e interno (artt. 314 e 315 c.p.p.), come riformato dal c.d. diritto vivente in relazione alle cause ostative dell'indennizzo riparatore elaborate dalla giurisprudenza nazionale, di legittimità e di merito.

Come noto, gli artt. 314 e 315 c.p.p. disciplinano l'istituto della riparazione per ingiusta detenzione, prevedendo il diritto ad un equo indennizzo per le ipotesi di ingiustizia *ex post* (c.d. ingiustizia sostanziale, qualora l'imputato risulti, alla luce di una sentenza di proscioglimento definitiva, estraneo ai fatti addebitatigli – art. 314, c. 1 c.p.p.) ed *ex ante* (c.d. ingiustizia formale, allorché le decisioni *de libertate* siano state

---

<sup>443</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Masson e Van Zon c. Paesi Bassi* (ricorsi n. 15346/89 e n. 15379/89), 28 settembre 1995, § 49.

<sup>444</sup> *Ex multis*, v. *N.C. c. Italia*, cit., § 49; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Harkmann c. Estonia* (ricorso n. 2192/03), 11 luglio 2005, § 50, ove la Corte di Strasburgo ha precisato che l'art. 5, § 5 «*refers to arrest or detention "in contravention of the provisions of this Article". The arrest and detention may be lawful under domestic law, but still in breach of Article 5 § 3, in which case paragraph 5 of Article 5 is applicable (...). The right to compensation set forth in paragraph 5 therefore presupposes that a violation of one of the preceding paragraphs of Article 5 has been established, either by a domestic authority or by the Court*».



assunte *contra legem*, in assenza delle condizioni di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p. – art. 314, c. 2 c.p.p.); la sola, quest'ultima, a ricevere tutela a livello convenzionale.

In questa sede può farsi solo un cenno alle diverse pronunce europee di condanna dell'Italia per violazione dell'art. 5, § 5 CEDU<sup>445</sup>. Le ipotesi di riparazione previste all'art. 314, c. 2 c.p.p. (in materia di ingiustizia *formale*) non collimano infatti con la più estesa tutela riconosciuta dall'art. 5, § 5 CEDU, che sanziona qualsiasi privazione della libertà subita in violazione dei § 1-4 della norma (ad esempio, nell'ipotesi di misura adottata in assenza di esigenze cautelari, di superamento dei termini di durata massima della custodia cautelare, di trattenimento irregolare di soggetti contro i quali sono in corso procedimenti d'espulsione o d'extradizione) e non soltanto quelle motivate dall'insussistenza delle condizioni di applicabilità di cui agli artt. 273 e 280 del codice di rito.

In materia, peculiare interesse ha suscitato una recente pronuncia della Corte EDU, resa in occasione del caso *Fernandes Pedroso c. Portogallo*<sup>446</sup>, le cui ripercussioni potrebbero incidere anche sulla congruità, rispetto al dettato convenzionale, della consolidata giurisprudenza italiana, di merito e di legittimità, sviluppatasi in punto di cause ostative alla riparazione per ingiusta detenzione<sup>447</sup>.

Con l'espressione in esame si allude al dettato dell'art. 314 c. 1 c.p.p., ai sensi del quale il diritto all'equa riparazione per la custodia cautelare subita (in caso di ingiustizia *ex post*, sostanziale) è escluso qualora l'imputato «*vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave*»; tali limitazioni, in un secondo momento, sono state estese in via giurisprudenziale alle fattispecie previste dal c. 2 della norma in esame (ossia alle ipotesi di ingiustizia *ex ante*, formale).

*Nulla quaestio* sull'opportunità di introdurre limiti di tal genere in relazione alle ipotesi di ingiustizia *ex post*, che ben potrebbero trovare il proprio fondamento nel principio solidaristico che permea il tessuto sociale e giuridico nazionale: il soggetto che, con il proprio comportamento, induce in errore l'autorità giudiziaria, non può ragionevolmente pretendere un ristoro economico, pur a fronte della compressione di un proprio diritto fondamentale, quale è quello alla libertà personale, poi rivelatasi ingiustificata alla luce del proscioglimento definitivo.

---

<sup>445</sup> V. *N.C. c. Italia*, cit.; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Picaro c. Italia* (ricorso n. 42644/02), 09 giugno 2005; Sez. III, *Zeciri c. Italia* (ricorso n. 55764/00), 04 agosto 2005; Sez. II, *Seferovic c. Italia* (ricorso n. 12921/04), 08 febbraio 2011; Sez. I, *Richmond e altri c. Italia* (ricorsi n. 3342/11, n. 3391/11; n. 3408/11; n. 3447/11), 6 ottobre 2016.

<sup>446</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Fernandes Pedroso c. Portogallo* (ricorso n. 59133/2011), 12 giugno 2018.

<sup>447</sup> Sul punto, v. anche C. CANTONE, *Riparazione per ingiusta detenzione tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: a margine del caso Fernandes Pedroso c. Portogallo*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019.

Al contrario, pare non condivisibile l'estensione in via interpretativa di tali cause ostative all'indennizzo riparatorio con riguardo alle ipotesi di cui all'art. 314 c. 2 c.p.p., ossia ai casi di ingiustizia formale *ex ante* (che sanziona l'illegittimità *ex se* della misura), posto che il dettato convenzionale non prevede alcuna eccezione al diritto di conseguire un'equa riparazione in ipotesi di detenzione illegittima<sup>448</sup>.

Ciò posto, è soprattutto l'approccio giurisprudenziale, di merito e di legittimità, sviluppatosi a livello interno che suscita dubbi di non poco momento: l'interpretazione (eccessivamente) estensiva operata dai giudici italiani in ordine alle condotte sussumibili nelle categorie richiamate – in specie per quanto riguarda la 'colpa grave' – e la conseguente applicazione restrittiva dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione mal si conciliano con le garanzie convenzionali.

In tal senso può leggersi la pronuncia della Corte di Strasburgo nel caso *Fernandes Pedroso c. Portogallo*, ove è stata *inter alia* riconosciuta la violazione, da parte delle autorità portoghesi, dell'art. 5, § 5 CEDU, a motivo dell'interpretazione restrittiva («*interprétation restreinte*», nelle parole della Corte)<sup>449</sup> adottata dai giudici nazionali chiamati ad esprimersi sulla domanda di riparazione, i quali avevano respinto la richiesta riparatoria del ricorrente, affermando come il diritto alla riparazione fosse subordinato alla prova circa la «*manifesta*» irregolarità (o illegittimità) della detenzione cautelare subita<sup>450</sup>. In sintesi, il *dictum* della Corte è che qualora un individuo sia stato illegittimamente privato della libertà personale, poiché sottoposto ad una misura cautelare *contra legem*, l'ordinamento giuridico nazionale deve riconoscere allo stesso la facoltà di conseguire un indennizzo riparatore, senza frapporre espedienti od ostacoli alla sua concreta fruibilità.

È da dire che tali perplessità sono state parzialmente colte dal Legislatore italiano. Apprezzabile, in tal senso, è il recente intervento normativo (attuato dal D.lgs. n. 188/2021)<sup>451</sup> sul disposto del c. 1 dell'art. 314 c.p.p., che ha comportato l'introduzione di una nuova proposizione, secondo cui «*l'esercizio da parte dell'imputato della facoltà di cui all'articolo 64, comma 3, lettera b), non incide sul diritto alla riparazione di cui al primo periodo*». Il diritto al silenzio dell'indagato/imputato, corollario essenziale del

---

<sup>448</sup> Nei medesimi termini, anche C. CANTONE, *op. cit.*, p. 11.

<sup>449</sup> *Fernandes Pedroso c. Portogallo*, cit., § 139.

<sup>450</sup> «*Quant à l'impossibilité d'accéder à certaines pièces du dossier, même si elle a reconnu que les droits de défense du requérant eussent pu être affectés, la Cour suprême a jugé qu'une telle irrégularité n'était pas évidente, notoire ou manifeste comme l'exige l'article 225 § 1 du CPP*»; *ibidem*, § 136.

<sup>451</sup> D.lgs. 8 novembre 2021, n. 188 (in G.U. 29.11.2021, n. 284), contenente *Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*.

diritto di difesa, riceve ora espressa tutela anche in sede di riparazione per ingiusta detenzione, così delegittimando una precedente tendenza della Suprema Corte, orientata a ricondurre nella fattispecie di ‘colpa grave’ persino l’esercizio da parte dell’indagato della facoltà di non rispondere in sede di interrogatorio di garanzia.

## 2.7. Riflessioni conclusive.

L’analisi, in prospettiva critica, delle garanzie sostanziali e procedurali poste dall’art. 5 CEDU in materia di privazione della libertà personale, così come dei *principia iuris* che regolano l’operatività del disposto normativo in commento, consente di cogliere il rilievo assunto dalla salvaguardia della libertà della persona da arbitrarie ingerenze esterne nel sistema convenzionale eretto a presidio dei diritti fondamentali. Tanto più che il bene giuridico *ivi* tutelato risulta strettamente connesso, a vario titolo, con diversi e ulteriori diritti riconosciuti a livello pattizio, la cui concreta fruibilità è condizionata dall’effettiva possibilità di godere della libertà della persona.

Si pensi, ad esempio, al tempestivo controllo giurisdizionale *ex art. 5, § 3 CEDU*, volto a minimizzare il rischio di arbitrarietà nella detenzione *ante iudicium* e garantire la c.d. «*rule of law*», così ragionevolmente prevenendo il pericolo di subire trattamenti inumani o degradanti, cui il soggetto detenuto potrebbe altrimenti essere esposto<sup>452</sup>.

Senonché, alla preminenza del diritto riconosciuto dall’art. 5 CEDU non consegue – quale auspicato effetto logico-giuridico – una formulazione normativa ineccepibile sotto il profilo della chiarezza testuale: si è visto come molti dei concetti *ivi* racchiusi presentino un significato ‘fumoso’, per obsolescenza più che indeterminatezza, non immediatamente intellegibile (si allude al rimando al concetto di «*sicurezza della persona*» di cui al § 1; alle ambigue nozioni di «*obbligo prescritto dalla legge*» (lett. b), di «*persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, alienato, alcolizzato, tossicomane o vagabondo*» (lett. e), di «*magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie*» (§ 3), nonché alle locuzioni «*al più presto*» o «*nel breve termine*», più volte richiamate nel testo convenzionale, in assenza di precisazioni *ad horas* o a giorni).

L’intervento chiarificatore della giurisprudenza di Strasburgo si è rivelato dunque essenziale al fine di un corretto inquadramento dei diversi contenuti precettivi rilevanti,

---

<sup>452</sup> Ovvero all’individuo privato della libertà personale nell’ambito del fenomeno delle *unacknowledged detentions*, con correlato rischio di subire trattamenti inumani o degradanti cui lo stesso risulta inevitabilmente (e frequentemente) esposto.

nonché per circoscrivere il perimetro di operatività delle garanzie convenzionali *in subiecta materia*.

Tale elaborazione giurisprudenziale assume ancor più rilievo – come si vedrà nei capitoli a seguire – allorquando si tratti di garantire un'interpretazione 'evolutiva' del sistema convenzionale, saggiando la compatibilità con l'assetto normativo in questione di nuove e (per molti versi) inedite fattispecie privative della libertà personale.

### SEZIONE III

#### **Il “diritto alla libertà e alla sicurezza” ai sensi dell’art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea: il contributo esegetico fornito dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea**

##### **3. Il “diritto alla libertà e alla sicurezza” nell’ambito del Sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali: genesi e portata del disposto di cui all’art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea.**

Nell’ottica del perfezionamento del c.d. *ius commune europaeum* a salvaguardia dei diritti umani fondamentali, la proclamazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (di seguito, per brevità, CDFUE), avvenuta a Nizza il 7 dicembre 2000 – cui l’art. 6, § 1 del Trattato di Lisbona<sup>453</sup> ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi dell’Unione, riconoscendone dunque forza giuridica vincolante – ha segnato il punto di svolta nell’allora (per vero piuttosto farraginoso) percorso di tutela dei diritti fondamentali in seno all’ordinamento giuridico europeo<sup>454</sup>.

In effetti, la logica prettamente economica che aveva connotato gli albori del processo di integrazione europea aveva comportato il mancato espresso riferimento, in seno ai Trattati costitutivi, alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali. *Vulnus*, questo, cui ha funzionalmente sopperito l’intervento, per molti versi provvidenziale, della Corte di Giustizia (delle allora Comunità Europee), la cui giurisprudenza – muovendo dai principi generali del diritto comunitario<sup>455</sup>, derivanti tanto da fonti internazionali (*in primis*, la CEDU)<sup>456</sup>, quanto dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>457</sup> – ha fornito una prima pervicace tutela dei diritti umani nell’ambito del diritto dell’Unione.

Per poi giungere alla codificazione di tali diritti, libertà e principi fondamentali in una ‘Carta’, redatta da un organismo *ad hoc* (la c.d. «*Convention*») allora istituito dal Consiglio Europeo, in un primo momento concepita quale documento di *soft law*, ma che riveste, ad oggi, il rango di fonte del diritto primario dell’Unione Europea.

---

<sup>453</sup> Firmato in data 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

<sup>454</sup> Per un approfondimento al riguardo, v. M. GESTRI, S. SILINGARDI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in S. SONELLI (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e l’ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 29-94.

<sup>455</sup> Corte di Giustizia, *Stauder*, causa C-29/69, 12 novembre 1969, § 7.

<sup>456</sup> Corte di Giustizia, *Nold*, causa C-4/73, 14 maggio 1974, § 13.

<sup>457</sup> Corte di Giustizia, *Iternationale Handelsgesellschaft*, causa C-11/70, 17 dicembre 1970, § 4.

Ebbene, nel novero dei diritti elencati in seno alla Carta, in apertura del Titolo II, dedicato alla ‘*Libertà*’, figura – quale valore cardine del diritto dell’Unione – il ‘*diritto alla libertà e alla sicurezza*’, proclamato dall’art. 6, in virtù del quale «[o]gni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza»<sup>458</sup>.

Caposaldo, quest’ultimo, del Sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali, posto a protezione della libertà del singolo da arbitrarie ingerenze delle autorità statali (richeggia, in tal senso, il fine ultimo perseguito dall’art. 5 CEDU).

Non si tratta, a bene vedere, di un’enunciazione avente effetti particolarmente dirimenti nello scenario giuridico europeo, dal momento che il diritto *de quo* – oltre ad essere riconosciuto dal predetto art. 5 CEDU – figura a vario titolo in molteplici fonti del diritto, tanto internazionali quanto nazionali, che presidiano il panorama giuridico eretto a tutela dei diritti umani<sup>459</sup>.

Del resto, come sottolineato in dottrina, la Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, lungi dal rappresentare uno strumento giuridico innovatore, svolge una funzione dai più definita come «*ricognitiva*»<sup>460</sup>, essendo volta alla codificazione, nell’ambito di un sistema di garanzie coeso ed accessibile, di diritti, libertà e principi fondamentali già propri del patrimonio ‘*costituzionale*’ e socio-culturale europeo<sup>461</sup>, la cui tutela si pone quale «*principio fondatore dell’Unione europea e (...) presupposto indispensabile della sua legittimità*»<sup>462</sup>.

Circa il portato dell’art. 6 CDFUE, occorre anzitutto premettere che la norma rinviene la propria fonte nel disposto dell’art. 5 CEDU: ciò si desume, oltre che dal dato testuale – la disposizione riecheggia *expressis verbis* l’incipit dell’art. 5 della Convenzione europea – dalle note esplicative (o c.d. «*Spiegazioni*») redatte dalla

---

<sup>458</sup> Versione consolidata della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, GUCE C 326 del 26 ottobre 2012.

<sup>459</sup> Basti in questa sede citare, sul piano internazionalistico, l’art. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 10 dicembre 1948; l’art. 1 della Dichiarazione americana dei Diritti e Doveri dell’Uomo del 2 maggio 1948; l’art. 7 della Convenzione Americana dei Diritti dell’Uomo del 22 novembre 1969; l’art. 6 della Carta Africana dei Diritti dell’Uomo e dei Popoli del 27 giugno 1981 e l’art. 8 della Carta Araba dei Diritti dell’Uomo del 15 settembre 1994. Nonché, sotto il profilo interno, l’art. 13 della Costituzione della Repubblica italiana.

<sup>460</sup> Ciò emerge altresì dal dato testuale del Preambolo alla Carta, ove si legge che «[l]a presente Carta riafferma (...) i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull’Unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d’Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell’uomo».

<sup>461</sup> F. ROSSI DAL POZZO, *Commento all’art. 6 CDFUE*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 96.

<sup>462</sup> Consiglio Europeo, *Conclusioni della Presidenza, allegato IV – Decisione del Consiglio Europeo relativa all’elaborazione di una Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea*, Colonia, 3 e 4 giugno 1999.

Presidenza della Convenzione che ha collazionato il documento normativo (e aggiornate nel 2007)<sup>463</sup>, secondo le quali «[i] diritti di cui all'articolo 6 corrispondono a quelli garantiti dall'articolo 5 della CEDU, del quale, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta, hanno pari significato e portata. Ne consegue che le limitazioni che possono legittimamente essere apportate non possono andare oltre i limiti consentiti dall'articolo 5 della CEDU».

In altri termini, ai sensi del combinato disposto degli artt. 6 e 52, § 3 CDFUE, il 'diritto alla libertà e alla sicurezza', come concepito in seno all'ordinamento dell'Unione, ha il medesimo significato previsto dalla corrispondente norma convenzionale, ivi compresa l'operatività delle ipotesi (eccezionali e derogatorie) tassativamente previste in cui lo stesso può essere legittimamente compreso (si allude alle fattispecie di cui all'art. 5, § 1, lett. a-f).

Dunque, al fine di carpire tanto il significato, quanto la portata del diritto riconosciuto dall'art. 6 della Carta, occorre riferirsi non soltanto al testo dell'art. 5 CEDU – a partire dal contenuto semantico della nozione di 'libertà e sicurezza' ivi racchiusa<sup>464</sup> – ma anche (e soprattutto, come già rilevato *supra*) all'essenziale apporto giurisprudenziale della Corte di Strasburgo<sup>465</sup>, il cui contributo interpretativo risulta indispensabile per inquadrare correttamente l'ambito di operatività della tutela convenzionale.

Stante il sostanziale rimando all'assetto convenzionale di tutela del 'diritto alla libertà e alla sicurezza' – di cui si è già detto profusamente *supra* – in questa sede l'attenzione si soffermerà esclusivamente su taluni aspetti, per così dire 'innovativi', frutto della dialettica di Lussemburgo in materia di privazione della libertà personale.

Una prima riflessione riguarda la portata del rimando alla nozione di 'sicurezza' della persona *ex art. 6 CDFUE*.

Si è già avuto modo di sottolineare come, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, il duplice riferimento ai concetti di 'libertà e sicurezza' della persona contenuto nell'*incipit* dell'art. 5, § 1 CEDU – nonostante il carattere intrinsecamente ambiguo della

---

<sup>463</sup> Delle quali occorre tenere «debito conto» nell'interpretazione della Carta (*ex art. 6, § 1 del Trattato sull'Unione Europea*).

<sup>464</sup> V. *supra*, Sezione II, § 2.1.

<sup>465</sup> V., in tal senso, anche le note esplicative all'art. 52, § 3 CDFUE, secondo le quali «[i]l riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU». F. ROSSI DAL POZZO, *op. cit.*, p. 100.

nozione convenzionale di ‘sicurezza’ dell’individuo – debba interpretarsi in maniera organica, dando vita ad un ‘singolo diritto’ («*a unique right*»)<sup>466</sup>.

Tuttavia, taluna dottrina<sup>467</sup> ha rilevato come la Corte di Lussemburgo, in occasione di alcune pronunce giurisprudenziali dell’ultimo decennio, abbia riconosciuto all’espressione in parola una accezione diversa – alla luce di un’interpretazione espansiva del disposto letterale della norma *de qua* – segnatamente ‘autonoma’ rispetto al rimando al concetto di ‘libertà’ fisica della persona<sup>468</sup>.

In particolare, secondo tale filone giurisprudenziale<sup>469</sup>, parrebbe emergere dal testo dell’art. 6 della Carta un ‘nuovo’ diritto alla ‘sicurezza’, autonomo e indipendente nella sua portata (spiccatamente ‘securitaria’), autorevolmente definito in dottrina quale «*diritto del singolo alla protezione attraverso il diritto penale e le istituzioni di law enforcement dalle minacce provenienti dalla criminalità*»<sup>470</sup>: sinanco astrattamente idoneo, così come concepito, ad investire gli Stati membri di obblighi positivi (c.d. «*positive obligations*»)<sup>471</sup> di protezione dei singoli dalla criminalità, mediante gli strumenti propri del diritto penale<sup>472</sup>.

Certo è che, se così effettivamente fosse, l’art. 6 CDFUE perderebbe la sua connotazione prettamente «*ricognitiva*», assumendo portata *ex se* innovativa.

---

<sup>466</sup> Il disposto convenzionale dovrebbe infatti intendersi «*comme une notion monolithique*». In questi termini, J. MURDOCH, *Article 5 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme - Protection de la liberté et de la sûreté de la personne*, in *Dossiers sur les droits de l’Homme*, 12, Conseil de l’Europe, Strasbourg, 2003, p. 16. V. *supra*, Sezione II, § 2.1.

<sup>467</sup> V. S. LEUSHNER, *Es ist wieder da: Der EuGH bestätigt das Grundrecht auf Sicherheit*, *verfassungsblog.de*, 22 febbraio 2016; così M. GIALUZ, *Commento all’art. 6 CDFUE*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 105.

<sup>468</sup> Nella pronuncia del 15 febbraio 2016 – resa all’esito di un rinvio pregiudiziale avente ad oggetto, *inter alia*, l’interpretazione dell’art. 8, § 3, c.1, lett. e) della Direttiva 2013/33/UE (c.d. Direttiva accoglienza) – la Grande Sezione della Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare che «*la tutela della sicurezza nazionale e dell’ordine pubblico contribuisce parimenti alla tutela dei diritti e delle libertà altrui. A tal proposito, l’articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea enuncia il diritto di ogni persona non solo alla libertà, ma altresì alla sicurezza*»; Corte di Giustizia, *J.N.*, causa C-601/15 PPU, 15 febbraio 2016, § 53. Nei medesimi termini, v. anche Corte di Giustizia, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, cause C-293/12 e C-594/12, 8 aprile 2014, § 42.

<sup>469</sup> Per vero, non si tratta di un assunto rivoluzionario, poiché presente anche in un certo orientamento giurisprudenziale di Strasburgo, infine superato (anche alla luce della struttura complessiva dell’art. 5 CEDU). Sul punto, v. *supra*, Sezione II, § 2.1.

<sup>470</sup> M. GIALUZ, *op. ult. cit.*, p. 106.

<sup>471</sup> Al proposito, cfr. *supra*, Sezione II, § 2.2.

<sup>472</sup> M. GIALUZ, *op. ult. cit.*, p. 106-107. In prospettiva comparata, con particolare riguardo al portato dell’art. 2 CEDU in materia di «*diritto alla vita*», in virtù dell’interpretazione fornita dalla giurisprudenza di Strasburgo, deve rilevarsi, in termini pressoché analoghi – e in tal senso si è espressa autorevole dottrina – come sussista, a carico degli Stati, l’obbligo positivo di tutelare la vita dei soggetti sottoposti alla loro giurisdizione, «*mediante l’adozione di misure sia preventive che repressive*». Così M. GESTRI, *Obblighi internazionali di protezione dello straniero e tutela dei diritti ‘universali’ della persona*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAL, F. CASOLARI (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 305.



Una seconda riflessione deve necessariamente concernere i riflessi pratici della tutela posta dalla disposizione in commento, in termini di operatività della stessa nel quadro giuridico-normativo del diritto europeo.

### **3.1. L'operatività della tutela riconosciuta dall'art. 6 della Carta nella cornice giuridica dell'ordinamento dell'Unione.**

Al fine di definire e circoscrivere l'ambito di operatività (*rectius*, di applicazione normativa) del 'diritto alla libertà e alla sicurezza' sancito dall'art. 6 CDFUE, occorre in primo luogo soffermarsi sul disposto dell'art. 51 della Carta – posto in apertura del Titolo VII, dedicato all'interpretazione e all'applicazione del documento normativo – il cui § 1 statuisce che «*[l]e disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*».

Talché, il disposto dell'art. 6 CDFUE vincola *in primis* le Istituzioni, gli organi ed organismi dell'UE: al proposito, le note esplicative al dettato normativo in commento specificano ulteriormente che «*[i] diritti di cui all'articolo 6 devono essere in particolare rispettati quando il Parlamento europeo e il Consiglio adottano atti legislativi nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale in base agli articoli 82, 83 e 85 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, segnatamente per la definizione di disposizioni minime comuni in materia di qualificazione delle infrazioni e delle sanzioni e di taluni aspetti del diritto processuale*».

Va da sé che, in virtù di quanto appena esposto, l'ottemperanza al fondamentale diritto proclamato dall'art. 6 della Carta interessa precipuamente gli atti legislativi adottati dalle Istituzioni dell'Unione in ambito penale<sup>473</sup>: ciò discende dalla natura del bene giuridico tutelato – la libertà fisica della persona da arbitrarie ingerenze esterne – suscettibile di essere indebitamente compresso mediante l'impiego di strumenti di matrice penalistica.

Tuttavia, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, i recenti sviluppi che hanno interessato il terreno delle politiche migratorie europee hanno comportato un largo (e per molti versi smisurato) impiego di mezzi di natura penalistica al fine di regolare il complesso 'fenomeno migratorio', da ultimo sfociato nell'affermazione, su larga scala, della c.d. «*crimmigration*»: vale a dire un indirizzo politico dominato dalla commistione

---

<sup>473</sup> M. GIALUZ, *op. ult. cit.*, p. 107.

(o vera e propria sovrapposizione) del diritto penale (sia sostanziale che processuale) e del diritto dell'immigrazione, con tutte le ripercussioni che possono derivarne in punto di (mancata) tutela dei diritti fondamentali dei soggetti migranti<sup>474</sup>.

Ebbene, anche in ambito europeo, molteplici strumenti normativi che interessano il c.d. Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA) inibiscono il (pieno) godimento del 'diritto alla libertà e alla sicurezza' riconosciuto dall'art. 6 della Carta.

Basti pensare, per fare qualche esempio, all'art. 15 della Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri)<sup>475</sup> che disciplina la detenzione amministrativa dei migranti il cui soggiorno è irregolare ai fini del rimpatrio; ovvero al trattenimento di cui agli artt. 8 e ss. della Direttiva 2013/33/UE (c.d. Direttiva accoglienza)<sup>476</sup>, in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale<sup>477</sup>.

La compatibilità di siffatte politiche con l'attuale assetto del Sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali, anche e soprattutto in virtù dell'essenziale apporto giurisprudenziale delle Corti Europee di Strasburgo e Lussemburgo, sarà oggetto di approfondita analisi nei capitoli a seguire.

---

<sup>474</sup> Sul punto, v. profusamente *infra*, Capitolo II.

<sup>475</sup> Direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*.

<sup>476</sup> Direttiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale*.

<sup>477</sup> M. GIALUZ, *op. ult. cit.*, p. 108-109.

## CAPITOLO II

### Profili problematici e sfide in atto in punto di violazione della libertà personale nel quadro della recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo

**SOMMARIO: SEZIONE I. Premessa – 1. *Is it a crime to be a foreigner?* La c.d. ‘*questione migratoria*’ al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e della Corte di Giustizia dell’UE. – SEZIONE II. La controversa qualificazione della nozione di ‘*privazione della libertà personale*’ alla luce della recente giurisprudenza europea (delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo) – 2. *Quo vadis* tutela della libertà della persona nelle zone ‘di frontiera’? Le recenti posizioni assunte dalle Grandi Camere delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo in materia di trattenimento dei richiedenti asilo ai margini dello Spazio europeo. – 2.1. La pronuncia della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo all’esito della controversia *Ilias e Ahmed c. Ungheria*. – 2.1.1. La nozione di ‘*privazione della libertà personale*’ ex art. 5 CEDU in relazione al trattenimento di richiedenti asilo nell’ambito di una zona di transito terrestre: il forzato (e a tratti contraddittorio) percorso argomentativo elaborato dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo. – 2.2. La sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea nel caso *FMS e altri*: verso un rafforzamento delle garanzie alle frontiere esterne dell’Unione? – 2.2.1. Sul collocamento dei ricorrenti nella zona di transito di *Röszke*. – 2.2.2. Sulla legittimità del «*trattenimento*» dei ricorrenti presso la struttura di *Röszke*. – 2.3. Riflessioni conclusive. – SEZIONE III. Il contributo offerto dalla Corte di Strasburgo alle problematiche sottese alla ‘*questione migratoria*’: recenti pronunce giurisprudenziali e nuove prospettive – 3. Migrazioni e diritti umani fondamentali in Europa. – 3.1. Sul ‘*trattenimento*’ di migranti irregolari nei centri di identificazione ed espulsione: le risultanze del caso *Richmond Yaw e altri c. Italia*. – 3.2. Sul ‘*trattenimento*’ di migranti irregolari nei Centri di Soccorso e Prima Accoglienza e a bordo di navi: la sentenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*. – 3.2.1. Sulla violazione dell’art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU. – 3.2.2. Sulla dedotta violazione dell’art. 3 CEDU. – 3.2.3. Sulla dedotta violazione dell’art. 4 Protocollo n. 4 CEDU in materia di ‘*espulsioni collettive di stranieri*’. – 3.2.4. Sulla dedotta violazione dell’art. 13 CEDU, in relazione all’art. 3 CEDU e all’art.4 del Protocollo n. 4 alla CEDU. – 3.3. (*Segue*) Sul ‘*trattenimento*’ dei migranti irregolari e richiedenti asilo negli *hotspots* greci: la sentenza *Kaak e altri c. Grecia* del 3 ottobre 2019. – 4. Riflessioni conclusive: quali *prospettive future* per la detenzione dei migranti nello spazio giuridico europeo?**

#### SEZIONE I

##### Premessa

## 1. *Is it a crime to be a foreigner?*<sup>478</sup> La c.d. ‘*questione migratoria*’ al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e della Corte di Giustizia dell’UE.

Ormai da diversi anni, la gestione del complesso fenomeno migratorio<sup>479</sup> è al centro del dibattito politico, giuridico e socio-economico nazionale ed europeo.

Certo, l’imponenza dei flussi migratori in entrata verso il continente europeo – in particolare, l’Italia – registratasi negli ultimi decenni, e la conseguente impellente necessità di predisporre efficaci strategie di *governance* del fenomeno, permeano di attualità i termini della ‘problemativa’<sup>480</sup>.

Problemativa, quest’ultima, da più parti e in diverse sedi definita quale vera e propria «*crisi migratoria*»<sup>481</sup>, la cui terminologia invoca l’esigenza di adottare pronti strumenti di ‘contrasto’: in presenza di una situazione di ‘crisi’ – sia essa economica, finanziaria, sociale, morale etc. – è necessario porvi tempestivamente rimedio, costi quel che costi (richeggia, in tal senso, il celebre «*whatever it takes*» del Presidente Draghi all’indomani della crisi del debito sovrano europeo).

All’evidenza è proprio questa la *forma mentis* che ha permeato le iniziative delle Istituzioni nazionali e sovranazionali, trovatesi ad affrontare il fenomeno in questione: la gestione, in prospettiva emergenziale e securitaria, dei flussi migratori in Europa pare rinvenire la propria scriminante giustificazione nella necessità di contrastare una situazione di crisi ‘*senza precedenti*’<sup>482</sup>.

Talché, al fine di regolare (o meglio, *inibire*) l’ingresso nel territorio nazionale di soggetti migranti, nell’espletamento di una strategia spiccatamente preventiva (il c.d. «*preventive rationale*» coniato dalla dottrina anglosassone) fondata *inter alia* sulla

---

<sup>478</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Saadi c. Regno Unito* (ricorso n. 13229/03), 29 gennaio 2008, *Opinione Parzialmente Dissenziente dei Giudici Rozakis, Tulkens, Kpvlter, Hajiyev, Spielmann and Hirvela*.

<sup>479</sup> Un fenomeno, questo, che rinvia le sue radici agli albori della società umana, quale tratto costante della storia dei popoli. Si v., al proposito, L. LOEB ADLER, U. P. GIELEN (a cura di), *Migration: Immigration and Emigration in International Perspective*, Praeger Publishers, Westport, 2003.

<sup>480</sup> Per un approfondimento sul punto, v. M. G. MANIERI, *Current Trends, Numbers and Routes in EU Migrations. Is Existing Legislation Creating More Irregularity?*, in G. L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 101-116.

<sup>481</sup> Dal dibattito politico interno ed europeo, ai *mass media* ed alle principali testate giornalistiche nazionali e sovranazionali. In questi termini, v. anche Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Ilias e Ahmed c. Ungheria* (ricorso n. 47287/15), 21 novembre 2019, § 228. M. MARCHEGIANI, L. MAROTTI, *Crisi migratoria e crisi d’identità dell’Unione europea*, in M. MARCHEGIANI (a cura di), *Antico mare e identità migranti: un itinerario interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 24-46; G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell’emergenza?*, XXII Convegno SIDI, Trento, 8-9 giugno 2017.

<sup>482</sup> Cfr., al riguardo, in termini critici, H. DE HAAS, *Myths of migration: Much of what we think we know is wrong*, in *heindehaas.blogspot*, 29 marzo 2017; v. anche L. IMPERATORE, *Migrazioni e diritti umani. Lo straniero nella giurisprudenza Cedu*, Milano, Key Editore, 2019, p. 16-17.

«*criminalisation of irregular entry, transit and residence per se*»<sup>483</sup>, diversi Stati europei hanno iniziato a ricorrere a misure privative della libertà personale – rientranti nell’alveo della c.d. detenzione amministrativa dello straniero<sup>484</sup> – quali strumenti di implementazione delle normative poste in materia di immigrazione e asilo<sup>485</sup>.

Al proposito, una precisazione terminologica risulta opportuna: con l’espressione in esame<sup>486</sup> si allude all’istituto mediante il quale un soggetto straniero può essere privato della libertà personale, in virtù dell’emanazione di un provvedimento motivato da parte dell’autorità di Pubblica Sicurezza, al fine di garantire una ordinata ed efficace gestione dei flussi migratori<sup>487</sup>, in presenza di determinati requisiti tassativamente previsti (ad esempio, qualora sussista un concreto rischio di fuga)<sup>488</sup>.

Prassi *ab origine* sviluppatasi entro i confini degli Stati nazionali, in un secondo momento oggetto di regolamentazione da parte delle Istituzioni dell’Unione, intervenute al fine di fissare *standards* europei, in termini di condizioni sostanziali e garanzie procedurali, in materia di detenzione di soggetti migranti e richiedenti asilo.

Come noto, a livello europeo, l’istituto della «*immigration detention*» è oggetto di regolamentazione in diversi atti di diritto derivato, emanati nel quadro del c.d. Sistema europeo comune di asilo<sup>489</sup>: in particolare, vengono in rilievo il Regolamento ‘Dublino

---

<sup>483</sup> V. MITSILEGAS, *The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union. Challenging the Preventive Paradigm*, in G. L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 25.

<sup>484</sup> *Genus* piuttosto ampio, che al suo interno ricomprende le categorie di «*cittadino di Paese terzo*», «*migrante*» e «*richiedente protezione internazionale*»; in termini generici, con l’espressione *de qua* si allude al soggetto che non possiede la cittadinanza dell’Unione ex art. 20, § 1 TFUE, ovvero che non gode della libertà di movimento prevista dall’art. 2, c. 5 del Regolamento 399/2016/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (c.d. Codice Frontiere Schengen). In questi termini, v. L. BERNARDINI, «*Libertà va cercando...*». *Una detenzione “atipica”, uno “scontro” tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?*, in *Legislazione Penale*, 3 dicembre 2020, p. 1.

<sup>485</sup> J. N. STEFANELLI, *Detention as a Tool of Immigration and Asylum Enforcement in the EU*, in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 211. Sul punto, v. anche I. MAJCHER, M. FLYNN, M. GRANGE, *Immigration Detention in the European Union: In the Shadow of the “Crisis”*, Springer, 2020.

<sup>486</sup> Come sottolineato in dottrina, nella società contemporanea «*immigration detention has become a large-scale instrument – almost punitive in character – that explicitly targets categories of persons (...) increasingly presented as a logical and inevitable part of the fight against unwanted migration*». G. CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 24-26.

<sup>487</sup> L. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 2.

<sup>488</sup> Per un commento, v. G. CAMPESI, *Lo statuto della detenzione amministrativa degli stranieri. Una prospettiva teorico-giuridica*, in *Ragion pratica*, Fascicolo 2, dicembre 2014, p. 471-487.

<sup>489</sup> Per un approfondimento in merito alla strutturazione e agli obiettivi perseguiti dal c.d. *Common European Asylum System* (CEAS), v. M. GESTRI, *La protezione internazionale*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 77- 116.

III' (604/2013)<sup>490</sup>, la Direttiva 2013/32/UE (c.d. Direttiva procedure), la Direttiva 2013/33/UE (c.d. Direttiva accoglienza) e la Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri).

*In primis*, nell'ambito del Regolamento 'Dublino III' – che individua i criteri e meccanismi per la determinazione dello Stato membro competente all'esame di una domanda di protezione internazionale – l'art. 28 disciplina nel dettaglio le condizioni e modalità del «*trattenimento*» del richiedente asilo, al fine di assicurare l'espletamento delle procedure di trasferimento, «*ove sussista un notevole rischio di fuga*» (c.d. «*risk of absconding*»)<sup>491</sup>.

In secondo luogo, assume rilievo la c.d. Direttiva procedure (Direttiva 2013/32/UE) – che stabilisce procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale – il cui art. 26 regola il «*trattenimento*» del richiedente asilo, nell'ambito dello Stato membro competente ad esaminare la relativa domanda di protezione<sup>492</sup>, in conformità alle garanzie sostanziali e procedurali poste dalla c.d. Direttiva accoglienza.

In particolare, in pendenza della procedura di esame di una domanda di protezione, l'art. 8, § 3 della c.d. Direttiva accoglienza (Direttiva 2013/33/UE) consente il

---

<sup>490</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide.

<sup>491</sup> Ai sensi della norma in esame, «1. *Gli Stati membri non possono trattenere una persona per il solo motivo che sia oggetto della procedura stabilita dal presente regolamento.* 2. *Ove sussista un rischio notevole di fuga, gli Stati membri possono trattenere l'interessato al fine di assicurare le procedure di trasferimento a norma del presente regolamento, sulla base di una valutazione caso per caso e solo se il trattenimento è proporzionale e se non possano essere applicate efficacemente altre misure alternative meno coercitive.* 3. *Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile e non supera il tempo ragionevolmente necessario agli adempimenti amministrativi previsti da espletare con la dovuta diligenza per eseguire il trasferimento a norma del presente regolamento. Qualora una persona sia trattenuta a norma del presente articolo, il periodo per presentare una richiesta di presa o di ripresa in carico non può superare un mese dalla presentazione della domanda. Lo Stato membro che esegue la procedura a norma del presente regolamento chiede una risposta urgente in tali casi. Tale risposta è fornita entro due settimane dal ricevimento della richiesta. L'assenza di risposta entro due settimane equivale all'accettazione della richiesta e comporta l'obbligo di prendere in carico o di riprendere in carico la persona, compreso l'obbligo di adottare disposizioni appropriate all'arrivo della stessa. Qualora una persona sia trattenuta a norma del presente articolo, il trasferimento di tale persona dallo Stato membro richiedente verso lo Stato membro competente deve avvenire non appena ciò sia materialmente possibile e comunque entro sei settimane dall'accettazione implicita o esplicita della richiesta da parte di un altro Stato membro di prendere o di riprendere in carico l'interessato o dal momento in cui il ricorso o la revisione non hanno più effetto sospensivo ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 3.* 4. *Per quanto riguarda le condizioni per il trattenimento delle persone e le garanzie applicabili alle persone trattenute, al fine di assicurare le procedure di trasferimento verso lo Stato membro competente, si applicano gli articoli 9, 10 e 11 della direttiva 2013/33/UE». V. J. N. STEFANELLI, op. cit., p. 215-216.*

<sup>492</sup> La norma *de qua* dispone che «1. *Gli Stati membri non trattengono una persona per il solo motivo che si tratta di un richiedente. I motivi e le condizioni del trattenimento e le garanzie per i richiedenti trattenuti sono conformi alla direttiva 2013/33/UE.* 2. *Qualora un richiedente sia trattenuto, gli Stati membri provvedono affinché sia possibile un rapido controllo giurisdizionale a norma della direttiva 2013/33/UE».*

«trattenimento» del richiedente asilo, «ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso», qualora non possano applicarsi «misure alternative meno coercitive» (§ 2), nelle seguenti tassative ipotesi: «a) per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza; b) per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente; c) per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; d) quando la persona è trattenuta nell'ambito di una procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE [c.d. Direttiva rimpatri] (...), al fine di preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento e lo Stato membro interessato può comprovare, in base a criteri obiettivi, tra cui il fatto che la persona in questione abbia già avuto l'opportunità di accedere alla procedura di asilo, che vi sono fondati motivi per ritenere che la persona abbia manifestato la volontà di presentare la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione della decisione di rimpatrio; e) quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; f) conformemente all'articolo 28 del regolamento (UE) n. 604/2013 [Regolamento 'Dublino III']».

Da ultimo, l'art. 15 della c.d. Direttiva rimpatri (Direttiva 2008/115/CE) disciplina le modalità – ivi comprese le garanzie sostanziali e procedurali da riconoscersi all'interessato – del «trattenimento» del cittadino di un Paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio<sup>493</sup>, «soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento», in presenza di due condizioni (tassative): ove sussista un rischio di fuga, ovvero qualora l'interessato eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento<sup>494</sup>.

---

<sup>493</sup> Per un approfondimento in materia, v. F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 149-184; V. MITSILEGAS, *Immigration Detention, Risk and Human Rights in the Law of the European Union. Lessons from the Returns Directive*, in M.J. GUIA, R. KOULISH, V. MITSILEGAS (a cura di), *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime*, New York, Springer, 2016, p. 25-45.

<sup>494</sup> Secondo il disposto della norma *de qua*, «1. Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un Paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga o b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio. 2. Il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative o giudiziarie. Il trattenimento è disposto per iscritto ed è motivato in fatto e in diritto. Quando il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative, gli Stati membri: a) prevedono un pronto riesame giudiziario della legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'inizio del trattenimento stesso, b) oppure accordano al cittadino di un Paese terzo interessato il diritto di presentare ricorso per sottoporre ad un pronto riesame giudiziario la legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'avvio del relativo procedimento. In tal caso gli Stati membri informano immediatamente il cittadino del Paese terzo in merito alla possibilità di presentare tale ricorso. Il cittadino di un Paese terzo interessato è liberato immediatamente se il trattenimento non è legittimo. 3. In ogni caso, il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un Paese terzo interessato o d'ufficio.

Ebbene, il quadro normativo appena delineato, senz'altro pregevole nel dichiarato intento di fissare, a livello europeo, garanzie minime – in punto di auspicata tutela dei diritti fondamentali e di rispetto del principio di *non refoulement*<sup>495</sup> – in grado di vincolare gli Stati membri nella gestione, in prospettiva securitaria, delle rispettive politiche migratorie, rivela l'indissolubile nesso che sussiste tra lo *ius migrandi* e il ricorso a misure restrittive della libertà personale, al fine di contenere il fenomeno migratorio.

Si tratta del medesimo substrato politico-giuridico nel cui ambito si è sviluppata, oramai quasi un ventennio fa, la c.d. «*crimmigration*»: espressione coniata dalla dottrina statunitense<sup>496</sup>, ad oggi utilizzata nello scenario internazionalistico per indicare una tendenza politica volta alla commistione tra diritto dell'immigrazione e strumenti (e misure sanzionatorie) propri dell'ordinamento giuridico penalistico (qualificata in termini di «*criminalisation of immigration law*»)<sup>497</sup>.

In dottrina, si è rilevato come questa tendenza politica si sviluppi essenzialmente lungo tre diverse linee direttrici<sup>498</sup>, tra loro intrinsecamente correlate, nel cui ambito figurano il ricorso a sanzioni penali per reprimere violazioni della normativa nazionale in materia di immigrazione (come avviene, *inter alia*, in Italia)<sup>499</sup>; la previsione di sanzioni amministrative proprie del diritto dell'immigrazione (ad esempio, il diniego all'ingresso nel territorio dello Stato<sup>500</sup>, ovvero la revoca del permesso di soggiorno<sup>501</sup>) che seguono alla condanna per la commissione di determinati illeciti penali; nonché, da ultimo, l'utilizzo di misure (e correlate procedure) tipiche dell'ordinamento penalistico – quali le

---

*Nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo di un'autorità giudiziaria. 4. Quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1, il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata. 5. Il trattenimento è mantenuto finché perdurano le condizioni di cui al paragrafo 1 e per il periodo necessario ad assicurare che l'allontanamento sia eseguito. Ciascuno Stato membro stabilisce un periodo limitato di trattenimento, che non può superare i sei mesi. 6. Gli Stati membri non possono prolungare il periodo di cui al paragrafo 5, salvo per un periodo limitato non superiore ad altri dodici mesi conformemente alla legislazione nazionale nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa: a) della mancata cooperazione da parte del cittadino di un Paese terzo interessato, o b) dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi». V. J. N. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 222-223.*

<sup>495</sup> Sul punto, v. *infra*, nel prosieguo della trattazione.

<sup>496</sup> V., in questi termini, J. STUMPF, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review*, Vol. 56, n. 2, 2006, p. 367.

<sup>497</sup> G. L. GATTA, *Global Trends in 'Crimmigration' Policies. From EU to the USA*, in G. L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 47.

<sup>498</sup> In questi termini, v. G. L. GATTA, *op. cit.*, p. 48-70.

<sup>499</sup> Si pensi al reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato introdotto dalla Legge 15.07.2009, n. 94.

<sup>500</sup> V., per quanto riguarda l'Italia, l'art. 4, § 3 del D.lgs. n. 286/1998 (c.d. Testo Unico sull'Immigrazione).

<sup>501</sup> V. art. 5, § 5 del D.lgs. n. 286/1998.



misure coercitive custodiali – per perseguire finalità proprie della normativa in materia di immigrazione<sup>502</sup>.

A ben vedere, tuttavia, il *corpus* legislativo mediante il quale l'Unione Europea ha inteso regolare il trattenimento dello straniero nelle zone di frontiera – le cui radici affondano, si è visto, nella dottrina politica della c.d. «*crimmigration*» – presta il fianco a talune critiche, non di poco momento stante la preminenza del bene giuridico intaccato dalle misure in questione, che costituiscono «*un'ingerenza di particolare gravità nel (...) diritto fondamentale alla libertà garantito dall'articolo 6 della Carta*»<sup>503</sup>.

Si tratta, per vero, di un istituto avente natura 'ibrida' e confini assai labili, frutto di una commistione tra caratteristiche proprie dell'ordinamento amministrativo e di quello penalistico – tra loro assai diversi per contenuti e finalità perseguite – da più parti definito quale strumento «*extra ordinem*»<sup>504</sup>.

In particolare – ma sul punto si tornerà profusamente nel prosieguo della trattazione<sup>505</sup> – a fronte dell'impiego *in subiecta materia* di misure, strumenti e procedure mutate dal sistema giuridico penalistico, non è seguita la (doverosa) implementazione delle garanzie, pur previste in sede penale, a tutela dei diritti fondamentali dello straniero, «*essentially giving rise to a universal issue of insufficient guarantees of the foreigner's fundamental rights*»<sup>506</sup>.

È in siffatto contesto politico-giuridico che si inseriscono talune recenti pronunce delle Corti Europee di Strasburgo e Lussemburgo – che in questa sede saranno oggetto di approfondita analisi, al fine di delineare l'attuale stato dell'arte in seno alla pertinente giurisprudenza europea – intervenute a più riprese in materia migratoria, le cui risultanze rivelano la tensione ad oggi sussistente tra le esigenze di tutela dei diritti umani fondamentali e la necessità di garantire una gestione *efficace* del fenomeno in commento, mediante il controllo delle frontiere e della pressione migratoria che le interessa, nell'esercizio del diritto sovrano di definizione delle rispettive politiche nazionali<sup>507</sup>.

---

<sup>502</sup> V. *supra*, quanto esposto in relazione al «*trattenimento*» previsto dalla c.d. Direttiva rimpatri. Con riferimento all'Italia, si pensi altresì al dilagante fenomeno della detenzione *de facto* dei migranti irregolari nei centri 'hotspot' (sulla quale v. *infra*, nel prosieguo della trattazione).

<sup>503</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Saugmandsgaard Øe, *Al Chodor*, causa C-528/15, 10 novembre 2016, § 46.

<sup>504</sup> V. L. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 6; I. MAJCHER, *The Effectiveness of the EU Return Policy at All Costs: The Punitive Use of Administrative Pre-removal Detention*, in N. KOGOVŠEK ŠALAMON (a cura di), *Causes and Consequences of Migrant Criminalization*, Londra, Springer, 2020, p. 125.

<sup>505</sup> V. *infra*, Capitolo III.

<sup>506</sup> V., in questi termini, G. L. GATTA, *Global Trends in 'Crimmigration' Policies*, cit., p. 48; S. H. LEGOMSKY, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 64, n. 2, 2007, p. 472 e ss.

<sup>507</sup> Per un'analisi del nesso tra '*immigration detention*' e tutela dei diritti umani fondamentali, v. E. VALENTINI, *Detenzione Amministrativa dello Straniero e Diritti Fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018;

## SEZIONE II

**La controversa qualificazione della nozione di ‘privazione della libertà personale’ alla luce della recente giurisprudenza europea (delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo)**

### **2. *Quo vadis* tutela della libertà della persona nelle zone ‘di frontiera’? Le recenti posizioni assunte dalle Grandi Camere delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo in materia di trattenimento dei richiedenti asilo ai margini dello Spazio europeo.**

La compatibilità delle politiche statali di controllo delle frontiere, nonché di gestione delle correnti migratorie che le attraversano, con il Sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali è stata al vaglio di due recenti pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (*Ilias e Ahmed c. Ungheria* del 21 novembre 2019)<sup>508</sup> e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (*FMS e altri* del 14 maggio 2020)<sup>509</sup>, intervenute, pressoché contestualmente – pur nell’ambito delle rispettive procedure giurisdizionali<sup>510</sup> e dei relativi sistemi giuridici di riferimento – a dirimere la medesima *quaestio iuris*, inerente alla possibilità di *qualificare* il trattenimento di richiedenti asilo presso una zona di transito terrestre, istituita da uno Stato membro alla frontiera esterna dell’Unione, in termini di privazione della libertà personale, tale da attrarre le garanzie sostanziali e di contesto poste dagli artt. 5 CEDU e 6 CDFUE.

In particolare, è da dire che la pronuncia della Corte di Strasburgo si inserisce nel quadro dell’accidentato filone giurisprudenziale europeo relativo alla progressiva ricostruzione – operata dal diritto ‘vivente’, in assenza di disposizioni poste dal dettato convenzionale<sup>511</sup> – di un quadro di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti migranti, a

---

R. PALLADINO, *La Detenzione dei Migranti: Regime Europeo, Competenze Statali e Diritti Umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

<sup>508</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Ilias e Ahmed c. Ungheria* (ricorso n. 47287/15), 21 novembre 2019.

<sup>509</sup> Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, 14 maggio 2020.

<sup>510</sup> Da un lato, il ricorso individuale alla Corte EDU ex art. 34 CEDU; dall’altro, il rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE).

<sup>511</sup> In termini critici, per una puntuale ricostruzione della (lenta) evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in materia di elevazione di *standards* di protezione a tutela dei diritti dei migranti, v. M. B. DEMBOUR, *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights. Critique and Way Forward*, in G. L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 19 e ss.

fronte del sempre più esteso ricorso, da parte delle autorità statali, a politiche di rafforzamento dei confini esterni, in prospettiva securitaria<sup>512</sup>.

Si tratta per vero di un compito piuttosto gravoso, essendo la Corte chiamata a contemperare, in tale ambito, esigenze opposte: da un lato, il doveroso rispetto dei diritti umani fondamentali, riconosciuti (*in primis*, ma non solo) dal sistema convenzionale, cui deve poter beneficiare ciascun individuo, a prescindere dal proprio *status* giuridico, conformemente ai principi che permeano lo Stato di Diritto; dall'altro, l'esercizio del potere (sovrano) di definire le politiche migratorie nazionali<sup>513</sup>, spesso fondate su azioni di contrasto all'immigrazione irregolare.

Come si vedrà, la vicenda sottoposta al vaglio delle Corti Europee risulta in tal senso emblematica: i richiedenti asilo, infatti, erano stati trattenuti presso la zona di transito terrestre di *Röszke*, istituita al confine serbo-ungherese al fine di controllare l'ingresso dei migranti lungo la c.d. rotta dei Balcani occidentali (ossia una delle principali vie di migrazione verso il vecchio Continente).

Un luogo di frontiera, quest'ultimo, eretto dalle autorità ungheresi a presidio del confine esterno dell'Unione con la Serbia, ove i richiedenti asilo sono trattenuti durante la procedura di esame della domanda di protezione, ovvero in attesa dell'esecuzione del provvedimento di espulsione<sup>514</sup>, da più parti definito con l'epiteto di «*zona grigia*»<sup>515</sup>, spesso sottratta alla '*rule of law*' e, alla pari di diverse altre zone 'di confine' (una fra tutte, l'isola di Lampedusa), scenario di sistematiche violazioni dei diritti umani fondamentali.

Tanto premesso, l'aspetto certo più sconcertante che emerge dall'analisi delle sentenze in commento risiede nel fatto che, a fronte di presupposti di fatto pressoché identici, le due Corti hanno raggiunto soluzioni radicalmente opposte. La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU – che, lo si anticipa sin da ora, non ha riconosciuto la sussistenza di un'effettiva privazione della libertà personale dei ricorrenti, trattenuti nella zona di transito – pare ergersi a preludio di un (malaugurato) rafforzamento dell'orientamento giurisprudenziale volto alla fissazione di un doppio livello di tutela, a

---

<sup>512</sup> Per un approfondimento sul punto, v. HUNGARIAN HELSINKI COMMITTEE (HHC), *Crossing a Red Line. How EU Countries Undermine the Rights to Liberty by Expanding the Use of Detention of Asylum Seekers upon Entry*, 2019 (www.helsinki.hu).

<sup>513</sup> In questi termini, v. S. PENASA, *Le politiche migratorie "al confine": la Corte EDU tra nozione di "paese terzo sicuro" e di restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo. Il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2020, p. 388.

<sup>514</sup> S. PENASA, *op. cit.*, p. 388.

<sup>515</sup> F. L. GATTA, *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo scontro tra le corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito. Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite c-924/19 PPU e C-925/19 PPU, FMS e altri*, in *Osservatorio Costituzionale*, 5/2020, p. 100.

scapito dei diritti dei soggetti migranti, che sembra riconoscere «*a lower level of protection as regards asylum and immigration*», il cui germe era già da tempo insito nella giurisprudenza di Strasburgo in materia migratoria<sup>516</sup>.

## **2.1. La pronuncia della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo all'esito della controversia *Ilias e Ahmed c. Ungheria*.**

Il caso traeva origine dal ricorso presentato da due cittadini bengalesi, *Ilias* e *Ahmed*, i quali erano stati trattenuti per ventitré giorni presso la zona di transito ungherese di *Röszke*, in pendenza del procedimento di appello avverso la dichiarazione di inammissibilità delle rispettive domande di protezione internazionale, ed infine espulsi verso la Serbia, a seguito del definitivo rigetto delle loro domande di asilo<sup>517</sup>.

Segnatamente, i ricorrenti lamentavano la violazione degli artt. 3, 5 e 13 CEDU, a motivo del *rischio effettivo* di subire trattamenti inumani o degradanti cui erano stati esposti in ragione della loro espulsione verso la Serbia<sup>518</sup>; delle *condizioni* concrete della loro permanenza nella zona di transito, suscettibili di integrare trattamenti contrari all'art. 3 CEDU<sup>519</sup>; nonché della *natura* del trattenimento subito, in tesi qualificabile alla stregua di una privazione della libertà personale *ex art. 5 CEDU*, peraltro perpetrata in violazione dei § 1 (per l'assenza di una base legale che giustificasse la restrizione della loro libertà)

---

<sup>516</sup> Si v., in questi termini, l'*Opinione Parzialmente Dissenziente dei Giudici Rozakis, Tulkens, Kvyler, Hajiyev, Spielmann and Hirvela*, in calce alla citata pronuncia *Saadi c. Regno Unito*, ove già si leggeva: «*are we now also to accept that Article 5 of the Convention, which has played a major role in ensuring controls of arbitrary detention, should afford a lower level of protection as regards asylum and immigration which, in social and human terms, are the most crucial issues facing us in the years to come? Is it a crime to be a foreigner? We do not think so*».

<sup>517</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 8-40. In particolare, i ricorrenti, provenienti dalla Serbia, il 15 settembre 2015 avevano fatto ingresso in Ungheria, accendendo alla zona di transito di *Röszke*, situata al confine serbo-ungherese, ove avevano presentato domanda di protezione internazionale. Le rispettive domande d'asilo venivano in breve tempo dichiarate inammissibili dalle competenti autorità, a motivo dell'inclusione della Serbia nella lista governativa dei 'Paesi terzi sicuri' (soltanto poiché candidata all'adesione all'Unione Europea), e ne veniva ordinata l'espulsione verso quel Paese. Talché i ricorrenti, dopo aver impugnato le deliberazioni delle autorità amministrative ungheresi, trascorrevano 23 giorni presso la zona di transito, in attesa della decisione finale sulle rispettive domande di asilo. Infine, in data 8 ottobre 2015 i richiedenti asilo, a seguito della definitiva dichiarazione di inammissibilità delle domande di protezione dagli stessi avanzate, venivano scortati al di fuori della zona di transito di *Röszke* dalla polizia di frontiera: quest'ultima intimava loro di recarsi 'volontariamente' al confine con la Serbia e di attraversarlo 'irregolarmente', («*[t]he police told them to cross into Serbia via the forest and not through the official checkpoint*»), poiché le autorità di quel Paese non avrebbero concesso loro di rientrare legalmente nel proprio territorio (in assenza di validi documenti).

<sup>518</sup> «*The applicants alleged that their removal to Serbia exposed them to a real risk of treatment contrary to Article 3, because (a) there was a risk that they would not be admitted to Serbia or would not be allowed access to an asylum procedure, (b) there was a risk of chain-refoulement, and (c) there was no prospect of access to adequate reception facilities or to adequate protection taking account of their vulnerability*»; *ibidem*, § 100 e ss.

<sup>519</sup> *Ibidem*, § 180 e ss.

e 4 (per la mancata possibilità di presentare un ricorso giurisdizionale effettivo avverso la misura restrittiva) della norma<sup>520</sup>; da ultimo, eccepivano l'assenza di rimedi esperibili per contestare le condizioni del loro trattenimento presso la zona di transito, nonché la legittimità della loro espulsione verso il territorio serbo (ai sensi dell'art. 13 CEDU, in combinato disposto con l'art. 3 della Convenzione).

Come anticipato, l'elemento di maggiore interesse di questa pronuncia concerne il percorso logico-argomentativo elaborato dalla Grande Camera in punto di qualificazione (o meglio, mancata qualificazione) del trattenimento dei ricorrenti all'interno della zona di transito alla stregua di una vera e propria privazione della libertà personale *ex art. 5 CEDU*, ovvero di una mera limitazione della loro libertà di circolazione<sup>521</sup>.

Circa le ulteriori doglianze, in questa sede basti rilevare che la sentenza – nel confermare la violazione dell'art. 3 CEDU in relazione all'allontanamento dei ricorrenti verso la Serbia, già riscontrata all'unanimità in primo grado<sup>522</sup> – rafforza il principio di diritto secondo cui sussiste, in capo agli Stati, il dovere avente natura procedurale («*procedural duty*», che opera «*of their own motion*», vale a dire d'ufficio)<sup>523</sup> di valutare in concreto l'esistenza di un rischio effettivo per il richiedente asilo di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti, quale conseguenza diretta (ossia nel Paese di destinazione) o indiretta (si allude al c.d. respingimento indiretto o 'a catena') dell'espulsione dal proprio territorio<sup>524</sup>, in violazione al principio di *non refoulement*<sup>525</sup>.

In altri termini, la Corte ribadisce come la natura di 'Paese terzo sicuro' («*safe third Country*») non possa presumersi unicamente *in abstracto* (ad esempio, mediante la mera

---

<sup>520</sup> *Ibidem*, § 195 e ss.

<sup>521</sup> Che, come noto, rinviene la propria disciplina giuridica nell'ambito dell'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione. Sul *discrimen* tra effettiva privazione della libertà personale *ex art. 5 CEDU* e mera restrizione della libertà di movimento ai sensi dell'art. 2 del Protocollo n. 4 alla CEDU, v. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.3.1.

<sup>522</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Ilias e Ahmed c. Ungheria* (ricorso n. 47287/15), 14 marzo 2017.

<sup>523</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 141. Come precisato dalla Corte, tale obbligo sussiste anche nell'ipotesi in cui le autorità statali non abbiano esaminato nel merito la domanda di protezione internazionale, come verificatosi nel caso in commento.

<sup>524</sup> Secondo la Corte, «*[i]n cases where the authorities choose to remove asylum seekers to a third country, (...) this leaves the responsibility of the Contracting State intact with regard to its duty not to deport them if substantial grounds have been shown for believing that such action would expose them, directly (i.e., in that third country) or indirectly (for example, in the country of origin or another country), to treatment contrary to, in particular, Article 3 (see M.S.S. v. Belgium and Greece, cited above, §§ 342, 343 and 362-68, with the references therein)*»; *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 129.

<sup>525</sup> La garanzia di *non refoulement* rinviene la propria fonte normativa nel disposto dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo *status* dei rifugiati. Per un approfondimento, v. *ex multis* M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dell'individuo straniero*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 237- 287; F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 487 e ss.

adozione, a livello normativo, di una lista di ‘Paesi terzi sicuri’, pur trattandosi di facoltà prevista dagli artt. 33 e 39 della c.d. Direttiva procedure)<sup>526</sup>, ma debba valutarsi in concreto, analizzando le peculiarità, in punto di accessibilità ed affidabilità («*reliability*»), del Sistema di accoglienza dello Stato di destinazione<sup>527</sup>, anche al fine di evitare che gli interessati possano essere ivi esposti al rischio concreto di respingimento verso altri Paesi, le cui condizioni di accoglienza non soddisfano gli *standards* fissati dalla giurisprudenza di Strasburgo (nel caso di specie, la Repubblica della Macedonia del Nord e la Grecia)<sup>528</sup>.

Al contrario, tanto la Camera quanto la Grande Camera della Corte di Strasburgo non hanno riscontrato la violazione dell’art. 3 CEDU in relazione alle condizioni cui sono stati sottoposti i ricorrenti durante la permanenza nella zona di transito di *Röszeke*: in particolare, secondo il massimo consesso, «*taking into consideration (...) the material conditions at the zone, the length of the applicants’ stay there, and the possibilities for human contact with other asylum-seekers, UNHCR representatives, NGOs and a lawyer, the Court finds that the situation complained of did not reach the minimum level of severity necessary to constitute inhuman treatment within the meaning of Article 3 of the Convention*»<sup>529</sup>.

### **2.1.1. La nozione di ‘privazione della libertà personale’ ex art. 5 CEDU in relazione al trattenimento di richiedenti asilo nell’ambito di una zona di transito terrestre: il forzato (e a tratti contraddittorio) percorso argomentativo elaborato dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo.**

Nella pronuncia in commento – sovvertendo il convincimento raggiunto, in primo grado, dalla Camera della Corte EDU – la Grande Camera ha negato l’applicabilità dell’art. 5 CEDU al caso sottoposto al suo vaglio, stante l’insussistenza di una situazione

---

<sup>526</sup> Come avvenuto nel caso di specie: al proposito, la Grande Camera ha infatti precisato che «*in the applicants’ case the Hungarian authorities relied on a list of “safe third countries” established by Government decree no. 191/2015. (VII.21.) (...). The effect of this list was to put in place a presumption that the listed countries were safe*»; *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 151.

<sup>527</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 134-137. Sul punto, v. S. PENASA, *op. cit.*, p. 390-391.

<sup>528</sup> *Ibidem*, § 158, ove si legge che «*at the relevant time asylum-seekers returned to Serbia ran a real risk of summary removal to the Republic of North Macedonia and then to Greece and, therefore, of being subjected to conditions incompatible with Article 3 in Greece*». Per un approfondimento sul tema, v. C. PITTA, *La Corte Edu compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi “sicuri” e un preoccupante salto all’indietro sulla detenzione di migranti al confine. A margine della sentenza della Grande Camera sul caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo n. 3/2020, p. 195-199.

<sup>529</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 194. Parimenti, Camera e Grande Camera hanno reputato irricevibile la doglianza basata sugli artt. 3 e 13 CEDU, poiché tardiva.

qualificabile in termini di ‘*privazione della libertà personale*’, dichiarando il ricorso sul punto irricevibile per incompatibilità *ratione materiae*.

Preliminarmente, è da rilevare il carattere inedito della questione oggetto della deliberazione in esame: per la prima volta, infatti, i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a pronunciarsi sulla natura giuridica della permanenza di richiedenti asilo presso una zona di transito situata al confine terrestre tra due Stati parti della Convenzione, in attesa della decisione delle autorità nazionali sulla ricevibilità delle rispettive domande di protezione<sup>530</sup>.

Ebbene, come poc’anzi anticipato, la Camera della Corte di Strasburgo, investita *ab origine* della controversia, aveva risolto positivamente la *quaestio iuris* sottoposta, ritenendo (peraltro all’unanimità) che la situazione concreta cui erano stati assoggettati i ricorrenti integrasse una fattispecie privativa della libertà personale, in particolare una detenzione *de facto* dei richiedenti asilo; così riconoscendo l’operatività, nel caso di specie, del precetto di cui all’art. 5 CEDU.

Tanto premesso, riscontrava altresì la violazione del § 1 della norma in commento, dal momento che la detenzione subita dai ricorrenti non poteva reputarsi ‘legittima’ («*lawful*»), «*as the underlying domestic rules were not sufficiently precise and foreseeable and the detention had occurred de facto, as a matter of practical arrangement, without a formal decision and therefore without providing reasons*»<sup>531</sup>; inoltre, la Corte rilevava la violazione del § 4 della stessa, poiché – in assenza di una decisione formale avverso la quale i richiedenti asilo avrebbero potuto proporre impugnazione – i ricorrenti non ebbero modo di presentare un ricorso giurisdizionale effettivo, al fine di contestare la legittimità della loro detenzione<sup>532</sup>.

A fronte di una simile presa di posizione, oltretutto assunta senza particolari dubbi o incertezze<sup>533</sup>, stupisce non poco il successivo *overruling* della Grande Camera di

---

<sup>530</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 219. In passato, la Corte EDU si era più volte pronunciata in materia di privazione della libertà personale di richiedenti asilo trattenuti in zone di transito aeroportuali [si v., *inter alia*: *Amuur c. Francia*, cit., § 43; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. III, *Shamsa c. Polonia* (ricorsi n. 45355/99 e 45357/99), 27 novembre 2003, § 47; Sez. III (dec.), *Mogoş c. Romania* (ricorso n. 20420/02), 6 maggio 2004; Sez. III (dec.), *Mahdid e Haddar c. Austria* (ricorso n. 74762/01), 8 dicembre 2005; Sez. I, *Riad e Idiab c. Belgio* (ricorso n. 29787/03), 24 gennaio 2008, § 68; Sez. I, *Nolan e K. c. Russia* (ricorso n. 2512/04), 12 febbraio 2009, § 93-96; Sez. I (dec.), *Gahramanov c. Azerbaigian* (ricorso n. 26291/06), 15 ottobre 2013, § 35-47], così come all’interno di centri di accoglienza per l’identificazione e la registrazione dei migranti, situati sulle isole e lungo le coste italiane e greche [cfr. *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 65-72, in materia di trattenimento di migranti irregolari; Sez. I, *J.R. e altri c. Grecia* (ricorso n. 22696/16), 25 gennaio 2018, che riguarda richiedenti asilo]; *ibidem*, § 214-216.

<sup>531</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 196.

<sup>532</sup> *Ibidem*. V. altresì Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. IV, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., § 48-77.

<sup>533</sup> Come risulta dall’adozione all’unanimità della decisione in esame.

Strasburgo, chiamata a pronunciarsi a seguito del ricorso del Governo ungherese avverso la sentenza della Camera: convincimento, quest'ultimo, fondato su un percorso logico-argomentativo che, come si vedrà, ha fomentato diverse critiche<sup>534</sup>, in punto di incoerenza (o sinanco illogicità) della motivazione sottesa alla sentenza in commento.

Dalla lettura delle pronunce della Corte, rispettivamente di primo e secondo grado – in particolare, dall'analisi dei capitoli dedicati alla descrizione della zona di transito (e del regime giuridico ivi operante), nonché alle presunte violazioni dell'art. 5, § 1 e 4 della Convenzione – può cogliersi come l'opposto convincimento cui sono pervenuti i due consessi non dipenda da una diversa concezione del diritto convenzionale alla 'libertà e alla sicurezza' ex art. 5 CEDU, né tantomeno da un differente orientamento giurisprudenziale in merito al *discrimen* che sussiste tra vera e propria 'privazione della libertà personale' e mera limitazione della libertà di movimento.

In effetti, in entrambe le pronunce i giudici di Strasburgo ribadiscono il granitico principio di diritto secondo cui «*[t]he difference between deprivation and restriction of liberty is one of degree or intensity, and not one of nature or substance*»<sup>535</sup>: quindi, al fine di verificare se sussista un'effettiva privazione della libertà, rilevante ai sensi dell'art. 5 della Convenzione, «*the starting-point must be his or her specific situation in reality and account must be taken of a whole range of factors such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question*»<sup>536</sup>.

Per quanto concerne poi il profilo fattuale, le soluzioni opposte cui sono pervenute Camera e Grande Camera non paiono neppure correlate ad una diversa descrizione della zona di transito di *Rösztke*, né ad una differente ricostruzione dei fatti di causa: tali aspetti sono, nelle due pronunce, sostanzialmente coincidenti.

---

<sup>534</sup> Si v., in dottrina, i contributi di S. ZIRULIA, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema Penale*, 25 maggio 2020; S. PENASA, *op. cit.*, p. 391-393; F. L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: la Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, gennaio 2020; V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v. Hungary: Immigration Detention and how the Ground Beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, 23 dicembre 2019.

<sup>535</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 212. V. anche *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.3.1.

<sup>536</sup> *Ibidem*. V. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., § 53, ove si precisa che «*[i]n order to determine whether someone has been "deprived of his liberty" within the meaning of Article 5, the starting-point must be his or her specific situation and account must be taken of a whole range of factors (...). The notion of deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1 contains both an objective element of a person's confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time, and an additional subjective element in that the person has not validly consented to the confinement in question (...). The objective elements include the type, duration, effects, and manner of implementation of the measure in question, the possibility to leave the restricted area, the degree of supervision and control over the person's movements and the extent of isolation (...). The difference between deprivation of and restriction upon liberty is one of degree or intensity, and not of nature or substance*».



In particolare, all'epoca dei fatti sottesi alla controversia in esame, la zona di transito terrestre di *Röszke* si presentava come un'area chiusa verso l'esterno, circondata ai lati da una recinzione alta circa quattro metri e filo spinato, sorvegliata da forze di polizia e guardie armate. Il complesso si componeva di una decina di *containers* (di 2,5 per 5,5 metri ciascuno) che ospitavano i richiedenti asilo, dotati di tre o cinque letti e riscaldamento elettrico; agli stessi si aggiungevano due ulteriori *containers*, l'uno adibito ai servizi igienici, l'altro alla somministrazione dei pasti. L'area all'aperto che ospitava i *containers* era infine circondata da un corridoio, largo due metri e mezzo e lungo all'incirca 50 metri<sup>537</sup>.

Ciò che muta è la *forma mentis* con cui i giudici di Strasburgo valutano gli elementi fattuali posti alla base della controversia: un differente apprezzamento delle circostanze concrete, che comporta inevitabilmente un 'mutamento di prospettiva' nel giudizio circa la sussistenza o meno di una fattispecie privativa della libertà personale dei ricorrenti<sup>538</sup>.

In primo grado, la Camera della Corte EDU aveva enfatizzato il fatto che i ricorrenti fossero stati confinati – si noti l'utilizzo (eloquente) del verbo «*to be confined*», ad indicare una situazione di costrizione fisica in un determinato luogo – per più di tre settimane, all'interno di una zona chiusa, cui non poteva accedersi senza autorizzazione (ciò valeva anche per i legali)<sup>539</sup>, senza la possibilità di fare ingresso nel territorio ungherese: di modo che – non avendo i richiedenti asilo scelto di soggiornare nella zona di transito – non poteva ragionevolmente affermarsi che essi avessero «*validly consented to being deprived of their liberty*»<sup>540</sup>.

Oltretutto, nel respingere l'obiezione del governo ungherese, secondo la quale i richiedenti asilo avrebbero potuto abbandonare *volontariamente* la zona di transito per ritornare in Serbia, la Camera precisava che quest'ultimo Paese non aveva acconsentito al loro rientro; ma – anche prescindendo da ciò – tale circostanza non poteva *ex se* escludere una indebita compressione del loro diritto alla libertà personale, occorsa durante la permanenza presso la zona di transito. Per poi aggiungere che, in virtù della normativa ungherese sul diritto d'asilo, se i ricorrenti avessero lasciato il territorio nazionale, le rispettive domande di protezione internazionale sarebbero state automaticamente respinte. Di modo che, alla luce delle circostanze concrete, i ricorrenti non si sarebbero potuti allontanare dalla zona di transito, facendo reingresso in Serbia, senza subire

---

<sup>537</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 15-19.

<sup>538</sup> In questi termini, v. anche S. ZIRULIA, *op. cit.*, p. 3.

<sup>539</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., § 54.

<sup>540</sup> *Ibidem*.

conseguenze gravi e pregiudizievoli: segnatamente, l'automatica decadenza della loro richiesta di asilo presentata in Ungheria e il rischio di subire respingimenti (c.d. 'a catena') da parte delle autorità serbe<sup>541</sup>.

In virtù di tali considerazioni, la Camera aveva concluso nel senso che il confinamento dei ricorrenti nella zona di transito di *Röszke* avesse comportato una privazione della loro libertà personale, con conseguente applicabilità dell'art. 5 CEDU: ragionando diversamente, la tutela offerta dalla norma in esame sarebbe stata, di fatto, esautorata nel suo contenuto precettivo, ponendo i ricorrenti di fronte alla scelta 'obbligata' tra la libertà, da un lato, e la ricerca di una procedura finalizzata a scongiurare il rischio di subire trattamenti contrari all'art. 3 della Convenzione, dall'altro<sup>542</sup>.

La Grande Camera della Corte di Strasburgo ha capovolto il convincimento raggiunto in primo grado, valorizzando una serie di elementi fattuali – tra i quali, le peculiarità fisiche e giuridiche della zona di transito, così come lo scopo perseguito dalle autorità ungheresi mediante la sua costituzione – che, secondo il massimo consenso, porterebbero ad escludere l'operatività, nel caso di specie, delle garanzie previste dall'art. 5 CEDU.

È da dire che, prima di affrontare il nocciolo duro della *quaestio iuris* sottoposta al suo esame, la Grande Camera ha ritenuto opportuno porre talune premesse<sup>543</sup>, che già prefigurano la (discutibile) *forma mentis* dalla stessa assunta nella soluzione del caso in commento.

In specie, i giudici di Strasburgo hanno precisato che, in relazione al trattenimento di richiedenti asilo, nell'individuare il *discrimen* tra privazione della libertà personale e semplice limitazione della libertà di movimento (*ex art. 2* Protocollo n. 4 alla CEDU) occorre adottare un approccio pratico e realistico («*practical and realistic*»), che tenga conto delle condizioni e sfide attuali<sup>544</sup>; per poi enfatizzare l'importanza di riconoscere, in capo agli Stati, il diritto sovrano di controllare i propri confini, nonché di adottare

---

<sup>541</sup> *Ibidem*, § 55.

<sup>542</sup> *Ibidem*, § 56. Giungendo, si è già detto, sino a riscontrare la violazione della disposizione in commento – strettamente connessa al mancato rispetto dell'art. 3 CEDU in relazione all'allontanamento dei ricorrenti verso la Serbia – a motivo dell'assenza, nel diritto interno, di una base legale sufficientemente accessibile e precisa nella sua formulazione normativa, nonché della impossibilità per i ricorrenti di esercitare il diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo, al fine di contestare la legittimità della loro detenzione. *Ibidem*, § 58-69.

<sup>543</sup> Per vero, analoghe a quelle in precedenza poste nel già citato caso *Z.A. e altri c. Russia* (§ 135).

<sup>544</sup> Queste le parole della Corte: «*in drawing the distinction between a restriction on liberty of movement and deprivation of liberty in the context of the situation of asylum seekers, its approach should be practical and realistic, having regard to the present-day conditions and challenges*». *Ibidem*, § 213.

provvedimenti nei confronti degli stranieri che tentino di eludere le misure nazionali di controllo migratorio<sup>545</sup>.

All'esito di tale (pur opinabile) premessa, entrando nel merito della questione sottoposta, la Grande Camera – nel passare al vaglio la situazione individuale e le scelte dei ricorrenti («[t]he applicants' individual situation and choices») – ha anzitutto sottolineato come i richiedenti asilo avessero fatto ingresso nella zona di transito di propria iniziativa («of their own initiative»), al fine di avanzare domanda di protezione internazionale in Ungheria<sup>546</sup>, attraversando il confine con la Serbia senza che fossero mossi dalla volontà di fuggire da una situazione di pericolo diretto e imminente (per la loro vita o incolumità fisica) in quel Paese<sup>547</sup>.

In secondo luogo, soffermandosi sul regime giuridico interno relativo alla zona di transito e sullo scopo da essa perseguito, la Corte ha precisato come la permanenza dei ricorrenti presso la struttura *de qua*<sup>548</sup>, da intendersi quale «*waiting area*»<sup>549</sup>, fosse necessaria e funzionale all'esame della domanda di asilo avanzata in Ungheria, al fine di decidere in ordine all'ammissione dei ricorrenti nel territorio nazionale. Talché, le autorità ungheresi non intendevano privare i richiedenti della loro libertà<sup>550</sup>, essendo il loro collocamento presso la zona di transito (che pure comportava una restrizione significativa della loro libertà di movimento)<sup>551</sup> semplicemente preordinato e funzionale all'espletamento delle verifiche strettamente necessarie, nell'ambito dell'esame delle rispettive domande di protezione. Come sottolineato dai giudici europei, «*absent other significant factors, the situation of an individual applying for entry and waiting for a short period for the verification of his or her right to enter cannot be described as deprivation of liberty imputable to the State, since in such cases the State authorities have undertaken vis-à-vis the individual no other steps than reacting to his or her wish to enter by carrying out the necessary verifications*»<sup>552</sup>.

---

<sup>545</sup> «It is important in particular to recognise the States' right, subject to their international obligations, to control their borders and to take measures against foreigners circumventing restrictions on immigration»; *ibidem*. In questi termini, v. anche F. L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti*, cit., p. 3.

<sup>546</sup> *Ibidem*, § 220-222.

<sup>547</sup> *Ibidem*, § 223.

<sup>548</sup> Si noti la differente terminologia impiegata («*the applicants' stay*»), ben diversa rispetto a quella utilizzata dalla Camera (che si è espressa in termini di «*confinement*» dei richiedenti asilo). Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., § 54.

<sup>549</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 224.

<sup>550</sup> Siffatto assunto della Grande Camera si pone in insanabile contrasto con il consolidato principio di diritto, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale europea, relativo all'autonomia della nozione di privazione della libertà personale *ex art. 5 CEDU* rispetto al diritto interno.

<sup>551</sup> *Ibidem*, § 233.

<sup>552</sup> *Ibidem*, § 225.

Oltretutto, alla luce del diritto interno, il soggiorno dei richiedenti asilo nella zona di transito era soggetto a garanzie procedurali (ivi compresa la possibilità di esperire ricorsi in sede amministrativa e giudiziaria), *in primis* in punto di durata massima della permanenza (segnatamente, quattro settimane)<sup>553</sup>. Garanzie rispettate nel caso di specie, dal momento che i ricorrenti trascorsero ventitré giorni presso la struttura di *Röszke*, durante i quali le loro richieste di asilo furono esaminate sia a livello amministrativo, che giudiziario<sup>554</sup>.

Quanto al requisito del ‘tempo’, la Corte ha poi precisato che, «*in situations generally similar to those in the present case*»<sup>555</sup>, fintantoché la permanenza dei richiedenti nelle strutture *de quibus* non ecceda significativamente il tempo necessario per la valutazione delle rispettive richieste di protezione (e non sussistano circostanze eccezionali), la durata del collocamento non sarebbe dirimente ai fini del vaglio in merito all’operatività dell’art. 5 CEDU; d’altra parte, nel caso in commento, anche il relativo procedimento di esame delle domande non si era protratto per un periodo di tempo eccessivo<sup>556</sup>.

Emblematico, in quel frangente, è altresì il riferimento – effettuato forse in ottica scriminante – alla situazione di ‘crisi migratoria’ che le autorità ungheresi erano chiamate a fronteggiare, dal momento che le stesse operavano «*in conditions of a mass influx of asylum-seekers and migrants at the border, which necessitated rapidly putting in place measures*»<sup>557</sup>.

Da ultimo, la Grande Camera, nell’esaminare la natura e il grado delle restrizioni cui i ricorrenti erano stati assoggettati (*rectius*, le condizioni concrete della loro permanenza nella zona di transito), ha valorizzato il fatto che i richiedenti asilo – pur essendo loro inibito l’ingresso nel territorio ungherese<sup>558</sup> – avessero la ‘concreta e reale’ possibilità di fare ritorno in Serbia (in termini di libertà di movimento verso quel Paese)<sup>559</sup>.

In altre parole, rilievo dirimente assume, nel ragionamento della Corte, la possibilità per i ricorrenti di allontanarsi dalla zona di transito di *Röszke*: possibilità non ‘teorica o

---

<sup>553</sup> Al proposito, cfr. *ibidem*, § 41 (sulla normativa interna in materia di asilo - *Act no. LXXX of 2007 on Asylum*) e 205, ove si legge che «*[a]s a guarantee against arbitrariness, the law limited border procedure and stay in the transit zone to four weeks: according to § 4 of section 71/A, failing a decision within four weeks, entry to the territory of Hungary was to be granted*».

<sup>554</sup> *Ibidem*, § 226.

<sup>555</sup> *Ibidem*, § 227.

<sup>556</sup> In questi termini, S. ZIRULIA, *op. cit.*, p. 4.

<sup>557</sup> *Ibidem*, § 228.

<sup>558</sup> *Ibidem*, § 231.

<sup>559</sup> *Ibidem*, § 234 e ss.

illusoria’, ma ‘concreta ed effettiva’, potendo essi attraversare il confine terrestre con la Serbia in qualunque momento.

Al fine di supportare siffatta tesi, la Grande Camera ha richiamato un proprio noto precedente giurisprudenziale, assai simile per presupposti fattuali e giuridici, operando rispetto allo stesso una ‘distinzione’ (il c.d. *distinguishing* tipico degli ordinamenti di *common law*). Il richiamo esplicito è al caso *Amuur c. Francia*, relativo al trattenimento di quattro richiedenti asilo somali, giunti in territorio francese dalla Siria, presso la zona di transito internazionale dell’aeroporto di Parigi-Orly, nella qual occasione la Corte EDU aveva espressamente riconosciuto come i ricorrenti fossero stati effettivamente privati della libertà personale (peraltro in violazione al disposto dell’art. 5 CEDU)<sup>560</sup>.

Questa l’argomentazione dei giudici di Strasburgo: a differenza di quanto accade nell’ipotesi di trattenimento di richiedenti asilo presso zone di transito aeroportuali, il cui regime impedisce ai soggetti di allontanarsi dall’aeroporto senza la preventiva autorizzazione delle autorità competenti (in termini di necessità di un biglietto aereo, di validi documenti etc.)<sup>561</sup>, nel caso in commento, essendo il territorio serbo immediatamente adiacente alla zona di transito di *Rösztke*<sup>562</sup>, i ricorrenti avrebbero potuto raggiungerlo in qualsiasi momento, attraversando il confine a piedi («*it was practically possible for the applicants to walk to the border and cross into Serbia*»)<sup>563</sup>.

Secondo la Corte, dunque, per i ricorrenti sussisteva – quantomeno *de facto*, in assenza di un’esplicita autorizzazione delle autorità serbe al reingresso nel loro territorio – la possibilità concreta («*not only in theory but also in practice*»)<sup>564</sup> di lasciare la zona di transito, in ragione dell’assenza, in Serbia, di un pericolo immediato e diretto per la loro vita e/o incolumità fisica: si trattava infatti di un Paese vincolato al rispetto di un accordo di riammissione con l’Unione Europea<sup>565</sup>, oltreché firmatario della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato<sup>566</sup>.

Circa le ulteriori doglianze sollevate dai ricorrenti in merito alle conseguenze pregiudizievoli connesse al loro rientro in Serbia – a motivo delle carenze nel funzionamento del Sistema d’asilo serbo, con correlato rischio di *refoulement* verso altri

---

<sup>560</sup> *Amuur c. Francia*, cit., § 37-54.

<sup>561</sup> Nel caso *Amuur c. Francia*, infatti, per lasciare la zona di transito aeroportuale i richiedenti asilo avrebbero dovuto imbarcarsi in un volo diretto in Siria, Paese oltretutto non firmatario della Convenzione di Ginevra del 1951. *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 240.

<sup>562</sup> *Ibidem*, § 236.

<sup>563</sup> *Ibidem*, § 241.

<sup>564</sup> *Ibidem*, § 237.

<sup>565</sup> *Ibidem*. Si allude all’*Accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare fra la Comunità europea e la Repubblica di Serbia* (in GUUE 19.12.2007 L 334).

<sup>566</sup> *Ibidem*, § 241.

Paesi (in particolare, la Repubblica della Macedonia del Nord e la Grecia) noti per le inefficienze dei rispettivi sistemi di asilo e accoglienza<sup>567</sup>, nonché dell'automatica decadenza dalla domanda di protezione presentata in Ungheria<sup>568</sup> – la Grande Camera ha ritenuto che siffatti timori, pur fondati<sup>569</sup>, non incidendo sulla possibilità materiale di allontanarsi dalla zona di transito («*did not render the applicants' possibility of leaving the transit zone in the direction of Serbia merely theoretical*»)<sup>570</sup>, non fossero di per sé sufficienti ad attrarre la fattispecie nel capo di operatività dell'art. 5 CEDU. Diversamente, nelle parole della Corte, «*[s]uch an interpretation of the applicability of Article 5 would stretch the concept of deprivation of liberty beyond its meaning intended by the Convention*»<sup>571</sup>.

All'esito della ricostruzione del percorso giuridico-argomentativo sotteso alla motivazione della sentenza della Grande Camera, preme soffermarsi, in prospettiva critica, su taluni passaggi chiave, la cui lettura – anche alla luce della decisione assunta in punto di violazione dell'art. 3 CEDU (in relazione all'allontanamento dei ricorrenti verso la Serbia) – rivela una certa contraddittorietà insita nel ragionamento della Corte, in termini di mancata coerenza interna (o finanche illogicità) della motivazione, che inevitabilmente svilisce la forza persuasiva dell'impianto argomentativo.

Una prima riflessione concerne il rilievo assunto dalle premesse poste dalla Grande Camera in apertura della trattazione relativa alle presunte violazioni dell'art. 5 CEDU: nella misura in cui afferma che, ai fini del vaglio circa la possibilità di qualificare il collocamento dei richiedenti asilo nelle zone di transito in termini di privazione della libertà personale, il suo approccio debba essere 'pratico e realistico', «*having regard to the present-day conditions and challenges*»<sup>572</sup>, la Corte preannuncia l'adozione di un metodo interpretativo *ad hoc*, altro e diverso rispetto a quello storicamente utilizzato dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Mentre, sin dagli inizi della sua elaborazione giurisprudenziale, la Corte si è avvalsa di un approccio 'pratico ed effettivo' («*practical and effective*»)<sup>573</sup> nell'interpretazione del dettato convenzionale<sup>574</sup>, che privilegia l'esigenza di garantire una tutela effettiva dei

---

<sup>567</sup> *Ibidem*, § 242.

<sup>568</sup> *Ibidem*, § 247.

<sup>569</sup> La Grande Camera della Corte EDU ha infatti confermato la violazione dell'art. 3 CEDU in relazione all'allontanamento dei ricorrenti verso la Serbia.

<sup>570</sup> *Ibidem*, § 248.

<sup>571</sup> *Ibidem*, § 243.

<sup>572</sup> *Ibidem*, § 213.

<sup>573</sup> V. *ex multis Airey c. Irlanda*, cit., § 24.

<sup>574</sup> In ossequio al principio di effettività nell'applicazione dei diritti umani, sancito dal Preambolo della Convenzione, in virtù del quale la stessa ha lo scopo di proteggere diritti «*non teorici e illusori, ma concreti ed efficaci*». Del resto, come precisato dalla risalente giurisprudenza di Strasburgo, «*[i]n interpreting the*

diritti fondamentali, a fronte di interessi statali diversi e concorrenti, nella pronuncia in commento il massimo consesso di Strasburgo adotta un differente approccio, definito ‘realista’ – in sé non nuovo, ma per la prima volta compiutamente utilizzato quale metodo interpretativo – ove le priorità di tutela (diritti umani - interessi statali) paiono sovvertite<sup>575</sup>.

Ciò trova conferma nell’ulteriore riferimento alle «*present-day (...) challenges*»: sfide attuali, quelle cui allude la Grande Camera, che – in assenza di ulteriori specificazioni – devono ragionevolmente ricondursi al fenomeno dell’elusione delle misure restrittive all’immigrazione irregolare. Così di fatto legittimando la necessità, da parte delle autorità statali, di implementare pronte strategie ‘di contrasto’, nel quadro delle politiche securitarie di contenimento dei flussi migratori (i cui effetti pregiudizievoli sulla possibilità di esercitare appieno il diritto d’asilo sono evidenti).

Peraltro, a quest’ultimo riguardo, fatica a comprendersi la pertinenza, nel caso di specie, del richiamo alla prerogativa statale di adottare misure di contrasto a fronte di tentativi di elusione dei controlli alle frontiere<sup>576</sup>: laddove i ricorrenti, *Ilias e Ahmed*, avevano fatto ingresso nel territorio ungherese, accedendo alla zona di transito *Rösztke*, al solo fine di presentare domanda d’asilo in Ungheria. In altre parole, il loro ingresso – lungi dall’essere occorso mediante elusione di misure di contenimento dell’immigrazione – era funzionale all’esercizio di un diritto, ossia quello di avanzare richiesta di asilo in Ungheria<sup>577</sup>.

Ciò che stupisce non è la portata del principio enunciato dalla Corte – peraltro fondato e riconosciuto in ambito internazionalistico – quanto piuttosto le finalità perseguite dalla Grande Camera mediante il suo richiamo (si è visto, del tutto inutile nel caso in commento)<sup>578</sup>: salvo voler intendere siffatta enunciazione in termini di ulteriore rafforzamento di quell’approccio restrittivo – come si vedrà, già insito nella

---

*Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms (see the Ireland v. the United Kingdom judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 90, § 239). Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (see, inter alia, the Artico judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, p. 16, § 33). In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with “the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society”»;* Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Soering c. Regno Unito* (ricorso n. 14038/88), 7 luglio 1989, § 87.

<sup>575</sup> Così C. PITEA, *op. cit.*, p. 204.

<sup>576</sup> Come già sottolineato, posto in apertura del giudizio circa la presunta violazione dell’art. 5 CEDU. V. *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, *cit.*, § 213.

<sup>577</sup> In questi termini, v. F. L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti*, *cit.*, p. 4.

<sup>578</sup> *Ibidem*.

giurisprudenza di Strasburgo<sup>579</sup> – volto a prediligere una «*visione sovranista*»<sup>580</sup> nel giudizio di bilanciamento tra prerogative statali e tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, nel quadro della *governance* del fenomeno migratorio<sup>581</sup>.

In secondo luogo, i giudici di Strasburgo hanno valorizzato la natura volontaria dell'ingresso dei ricorrenti nella zona di transito<sup>582</sup>, senza considerare che, in virtù del diritto interno, l'entrata nel territorio ungherese tramite la frontiera di *Rösztke* (e quella di *Tompa*) costituiva la sola modalità mediante la quale poteva accedersi alla procedura di protezione internazionale in Ungheria: procedimento che, come sottolineato dai giudici Bianku e Vucinic nella loro opinione parzialmente dissenziente, «*concerns a necessity, not a choice*»<sup>583</sup>.

Peraltro, anche prescindendo da ciò, è da dire che nella pronuncia in commento la Grande Camera si discosta dal proprio consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale «*the right to liberty is too important in a “democratic society” within the meaning of the Convention for a person to lose the benefit of the protection of the Convention for the sole reason that he gives himself up to be taken into detention*», talché

---

<sup>579</sup> V. *infra*, Sezione III.

<sup>580</sup> In questi termini, v. C. PITEA, *op. cit.*, p. 194.

<sup>581</sup> *Modus operandi*, quest'ultimo, che ha caratterizzato *ab origine* la giurisprudenza della Corte in materia migratoria: ad esempio, nella nota pronuncia resa dalla Grande Camera all'esito della controversia *Üner c. Paesi Bassi*, l'enunciazione del principio della 'sovranità statale' («*principle of State control*») si è posta in apertura della disquisizione della Corte in materia di art. 8 CEDU; v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Üner c. Paesi Bassi* (ricorso n. 47410/99), 18 ottobre 2006, § 54, ove si legge che «*[t]he Court reaffirms at the outset that a State is entitled, as a matter of international law and subject to its treaty obligations, to control the entry of aliens into its territory and their residence there (...). The Convention does not guarantee the right of an alien to enter or to reside in a particular country and, in pursuance of their task of maintaining public order, Contracting States have the power to expel an alien convicted of criminal offences. However, their decisions in this field must, in so far as they may interfere with a right protected under paragraph 1 of Article 8, be in accordance with the law and necessary in a democratic society, that is to say, justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued*». Principio, quest'ultimo, già affermato dalla Corte in occasione della prima pronuncia resa in materia d'immigrazione, nel caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, nei termini che seguono: «*although the essential object of Article 8 (art. 8) is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective "respect" for family life (...). However, especially as far as those positive obligations are concerned, the notion of "respect" is not clear-cut: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion's requirements will vary considerably from case to case. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention with due regard to the needs and resources of the community and of individuals (...). In particular, in the area now under consideration, the extent of a State's obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the particular circumstances of the persons involved. Moreover, the Court cannot ignore that the present case is concerned not only with family life but also with immigration and that, as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory*». Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito* (ricorsi n. 9214/80, n. 9473/81 e n. 9474/81), 28 maggio 1985, § 67. In questi termini, v. M. B. DEMBOUR, *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights. Critique and Way Forward*, cit., p. 29-30.

<sup>582</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 220.

<sup>583</sup> V. S. PENASA, *op. cit.*, p. 391.



«[d]etention might violate Article 5 even though the person concerned might have agreed to it»<sup>584</sup>. In altri termini, la ‘volontarietà’ della consegna alle autorità non risulta affatto dirimente al fine di escludere la sussistenza di una fattispecie privativa della libertà personale, a motivo dell’assoluta preminenza del bene giuridico tutelato dall’art. 5 CEDU<sup>585</sup>.

Parimenti, anche la precisazione della Corte circa la ‘durata’ della permanenza dei ricorrenti nella zona di transito suscita non poche perplessità: al proposito, la Grande Camera si è limitata a puntualizzare che «*the applicants spent only twenty-three days in the zone, a period which (...) did not exceed what was strictly necessary to verify whether the applicants’ wish to enter Hungary to seek asylum there could be granted*»<sup>586</sup>.

Come opportunamente rilevato dai giudici Bianku e Vucinic nella loro opinione parzialmente dissenziente, in occasione di altre pronunce rese in materia di *pre-admittance detention*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il trattenimento protrattosi per periodi di tempo anche sensibilmente più contenuti – segnatamente, venti giorni<sup>587</sup>, quattordici giorni<sup>588</sup>, undici e quindici giorni<sup>589</sup>, sette giorni<sup>590</sup> e nove ore<sup>591</sup> – integrasse una privazione della libertà personale rilevante ai sensi dell’art. 5 CEDU. Emblematico, in tal senso, è il proprio precedente giurisprudenziale reso all’esito della controversia *Khlaifia e altri c. Italia*, ove i ricorrenti erano stati trattenuti dalle autorità di frontiera, in un primo momento presso il Centro di soccorso e prima accoglienza di Lampedusa, successivamente a bordo di navi della marina militare italiana, per un lasso temporale compreso tra nove e dodici giorni<sup>592</sup>. In quella occasione, la Grande Camera non solo ha ritenuto operante il disposto di cui all’art. 5 CEDU, essendo stati i ricorrenti effettivamente privati della loro libertà, ma ne ha altresì riconosciuto la violazione da parte delle autorità italiane<sup>593</sup>.

---

<sup>584</sup> *Buzadji c. Moldavia*, cit., § 107. Nei medesimi termini, v. *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, cit., § 65; *Storck c. Germania*, cit., § 75.

<sup>585</sup> S. PENASA, *op. cit.*, p. 207.

<sup>586</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 233.

<sup>587</sup> *Amuur c. Francia*, cit., § 44.

<sup>588</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. III, *Shamsa c. Polonia* (ricorsi n. 45355/99 e n. 45357/99), 27 novembre 2003, § 47.

<sup>589</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *Riad e Idiab c. Belgio* (ricorso n. 29787/03 e n. 29810/03), 24 gennaio 2008.

<sup>590</sup> *Saadi c. Regno Unito*, cit..

<sup>591</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *Nolan e K. Russia* (ricorso n. 2512/04), 12 febbraio 2009, § 93-96.

<sup>592</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 70.

<sup>593</sup> S. ZIRULIA, *op. cit.*, p. 8. Sul punto, v. profusamente *infra*, Sezione III, § 3.2.

Il principale *vulnus* che affligge la pronuncia in commento concerne però il decisivo rilievo attribuito dalla Grande Camera di Strasburgo alla possibilità, per i ricorrenti, di allontanarsi dalla zona di transito di *Rösztke*, facendo volontariamente ritorno in Serbia.

Possibilità definita ‘concreta e reale’<sup>594</sup>, da tradursi nella libertà fisica di lasciare la zona di transito, facendo ingresso a piedi nel territorio serbo («*physical liberty to move out of the transit zone by walking into Serbian territory*»)<sup>595</sup>. Quest’ultimo ragionamento indurrebbe l’interprete ad una conclusione del tutto paradossale, così provocatoriamente riassunta dai giudici Bianku e Vucinic nella loro opinione parzialmente dissenziente: «*the applicability of Article 5 also depends on the means of transport chosen by the asylum-seeker to reach the border!*»<sup>596</sup>.

Per vero, nel suo (a dir poco) artificioso ragionamento, la Grande Camera mal interpreta il principio di diritto enunciato in occasione del proprio precedente giurisprudenziale nel caso *Amuur c. Francia*, richiamato dalla Corte in sede di ‘*distinguishing*’ al fine di corroborare il proprio convincimento. Secondo tale *dictum*, «*[t]he mere fact that it is possible for asylum-seekers to leave voluntarily the country where they wish to take refuge cannot exclude a restriction on liberty, the right to leave any country, including one’s own, being guaranteed, moreover, by Protocol No. 4 to the Convention (P4). Furthermore, this possibility becomes theoretical if no other country offering protection comparable to the protection they expect to find in the country where they are seeking asylum is inclined or prepared to take them in*»<sup>597</sup>.

Non si tratterebbe – come sostenuto dal massimo consesso di Strasburgo nella pronuncia in commento – di un assunto da intendersi in stretta correlazione al contesto fattuale e giuridico proprio del caso *Amuur*, «*which concerned a situation where the applicants could not leave the airport zone, neither in theory nor in practice*»<sup>598</sup>, ma di un principio avente portata più ampia.

Conformemente a un’interpretazione convenzionalmente orientata del *dictum* giurisprudenziale, mossa da un approccio teleologico e dinamico – come quello che normalmente contraddistingue l’operato della Corte<sup>599</sup>, tale da estendere, piuttosto che circoscrivere, la portata dei singoli precetti convenzionali – il vaglio circa la possibilità per i richiedenti asilo di allontanarsi dal Paese ove hanno avanzato domanda di protezione,

---

<sup>594</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 237.

<sup>595</sup> *Ibidem*, § 248.

<sup>596</sup> V. l’opinione parzialmente dissenziente dei giudici *Bianku e Vucinic*, p. 79.

<sup>597</sup> *Amuur c. Francia*, cit., § 48.

<sup>598</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, § 240.

<sup>599</sup> In questi termini, v. anche S. ZIRULIA, *op. cit.*, p. 9.

lungi dal concernere la mera libertà fisica di spostarsi materialmente in un altro Stato, presuppone che tale Paese sia effettivamente disposto ad accoglierli, offrendo una protezione equivalente a quella che speravano di ottenere nello Stato ove hanno presentato domanda di asilo, così scongiurando il rischio che gli stessi possano ivi incorrere in trattamenti contrari all'art. 3 CEDU<sup>600</sup>.

Ciò nonostante, la Grande Camera ha reputato 'realistica e concreta' la possibilità per i ricorrenti di allontanarsi volontariamente dalla zona di transito, facendo ritorno in Serbia, senza attribuire il giusto peso alle conseguenze giuridiche che – si è già visto – sarebbero scaturite da una simile scelta<sup>601</sup>.

Il compiuto apprezzamento degli effetti pregiudizievoli che avrebbero fatto seguito all'abbandono del territorio ungherese – in termini di bilanciamento tra libertà di allontanarsi, da un lato, e tutela dei diritti dei richiedenti asilo, dall'altro – avrebbe dovuto orientare il giudizio della Corte verso conclusioni opposte: la (pur effettiva) possibilità fisica di allontanarsi, attraversando il confine serbo-ungherese, a fronte delle conseguenze gravi e negative cui i richiedenti asilo sarebbero stati inevitabilmente esposti qualora avessero deciso di lasciare la zona di transito di *Rösztke*, riduce sensibilmente (*rectius*, azzera) il margine di 'libertà' di scelta da riconoscersi in capo agli stessi.

Più che di 'libera scelta', dovrebbe parlarsi di 'scelta obbligata' a scapito della libertà.

Di tanto è consapevole la Grande Camera, nel momento in cui afferma che «*it is probable that the applicants had no legal right to enter Serbia*»<sup>602</sup>. Tuttavia, posto che il rischio cui erano esposti i ricorrenti non concerneva «*a direct threat to their life or health*»<sup>603</sup>, ma risultava connesso alle carenze del Sistema d'asilo serbo e al correlato pericolo di subire respingimenti 'a catena' verso altri Paesi membri «*without a proper examination of their asylum claims*»<sup>604</sup>, ad avviso della Corte non può trovare applicazione il disposto di cui all'art. 5 CEDU.

Ebbene, proprio questo passaggio rivela l'incoerenza interna alla pronuncia in commento, sotto il profilo logico e giuridico, in termini di raffronto con quanto sostenuto dalla Grande Camera in relazione all'art. 3 CEDU: se, da un lato, la Corte di Strasburgo

---

<sup>600</sup> V. l'opinione parzialmente dissenziente dei giudici *Bianku e Vucinic*, p. 79.

<sup>601</sup> Come già rilevato, da un lato, l'abbandono del territorio ungherese avrebbe comportato l'automatica decadenza dalla domanda di protezione internazionale presentata in Ungheria; dall'altro, il rientro in Serbia, in assenza di un'esplicita autorizzazione in tal senso da parte delle autorità nazionali, avrebbe esposto i ricorrenti al rischio di subire sanzioni.

<sup>602</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 237.

<sup>603</sup> *Ibidem*, § 242.

<sup>604</sup> *Ibidem*.

afferma che il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti non rileva al fine di attrarre l'operatività delle garanzie poste dall'art. 5 della Convenzione, dall'altro, la sussistenza di un siffatto potenziale rischio risulta dirimente nel sancire la violazione dell'art. 3 CEDU da parte delle autorità ungheresi, ree di non aver valutato in concreto il pericolo, per i ricorrenti, di essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, quale conseguenza diretta o indiretta del loro allontanamento dal territorio nazionale, verso la Serbia<sup>605</sup>.

*In nuce* il risultato paradossale cui è pervenuta la Grande Camera della Corte di Strasburgo: i ricorrenti, *Ilias e Ahmed*, avrebbero avuto la possibilità 'concreta e reale' di fare ritorno in Serbia, ove tuttavia sarebbero stati esposti al rischio di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU<sup>606</sup>.

Con ciò contravvenendo ad uno dei principi (*rectius*, criteri generali) che governano l'interpretazione dei Trattati (il c.d. criterio sistematico), più volte richiamato dalla Corte EDU nella propria giurisprudenza, secondo il quale «*the Convention must be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions*»<sup>607</sup>. Di conseguenza, la riconosciuta violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione all'allontanamento verso la Serbia, ben avrebbe potuto esplicitare i propri effetti sulla configurabilità del trattenimento dei ricorrenti in termini di privazione della libertà personale *ex art. 5 CEDU*: d'altra parte, come precisato dalla Camera della Corte di Strasburgo, «*[t]o hold otherwise would void the protection afforded by Article 5 of the Convention by compelling the applicants to choose between liberty and the pursuit of a procedure ultimately aimed to shelter them from the risk of exposure to treatment in breach of Article 3 of the Convention*»<sup>608</sup>. 'Vuoto di tutela', quello preannunciato dalla Camera in primo grado, poi verificatosi all'esito della posizione assunta dalla Grande Camera nel caso in commento.

Non stupisce come le risultanze della pronuncia in esame abbiano fomentato un acceso dibattito nell'ambito della dottrina internazionalistica: sostanzialmente *legittimando* la normativa ungherese in materia di *pre-admittance detention*, in termini di compatibilità con il dettato convenzionale del regime giuridico che disciplina la permanenza forzata dei richiedenti protezione internazionale nelle zone di transito terrestri, con correlato esautoramento delle garanzie sostanziali e di contesto *ex art. 5*

---

<sup>605</sup> Nei medesimi termini, v. S. PENASA, *op. cit.*, p. 392.

<sup>606</sup> Così anche l'opinione parzialmente dissenziente dei giudici *Bianku e Vucinic*.

<sup>607</sup> *Rantsev c. Cipro e Russia*, cit., § 274.

<sup>608</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., 14 marzo 2017, § 56.

CEDU, che presidiano l'*habeas corpus* in siffatto ambito, la Grande Camera della Corte EDU ha compiuto un significativo passo indietro nel processo di progressiva erezione di un sistema di garanzie minime da riconoscersi ai migranti<sup>609</sup> – per vero, già piuttosto limitate nella loro portata – prediligendo un approccio cautelativo della sovranità statale in materia migratoria.

Dunque, una domanda sorge spontanea: se non ora, quando? Ma soprattutto: se non la Corte EDU, quale istituzione sovranazionale sarà in grado di adottare un approccio effettivamente ‘garantista’, a fronte delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali delle persone migranti ai margini dello Spazio europeo?

## **2.2. La sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea nel caso *FMS e altri*: verso un rafforzamento delle garanzie alle frontiere esterne dell’Unione?**

Come anticipato in premessa, a distanza di pochi mesi dalla pronuncia della Grande Camera della Corte di Strasburgo, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea è stata chiamata a esprimersi nell’ambito di una vicenda che, sotto il profilo fattuale, presenta tratti del tutto analoghi rispetto a quelli poc’anzi esaminati: si allude alla sentenza del 14 maggio 2020, resa dalla Grande Sezione in seno alle cause riunite C-924/19 e C-925/19, decise con procedura d’urgenza, avente anch’essa ad oggetto il trattenimento di richiedenti asilo presso la zona di transito ungherese di *Röszke*<sup>610</sup>.

In particolare, la pronuncia della Grande Sezione della Corte di Lussemburgo è scaturita dalla trattazione congiunta di due rinvii pregiudiziali *ex art. 267 TFUE*, sollevati il 18 dicembre 2019 dal Tribunale Amministrativo e del Lavoro di *Szeged*, in Ungheria (*Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság*), il quale era stato investito dei ricorsi presentati da due coniugi di nazionalità afgana (*FMS e FNZ*) e due cittadini iraniani (*SA e SA junior*), avverso i provvedimenti di rigetto delle rispettive domande di protezione internazionale adottati dalle autorità ungheresi, con conseguente allontanamento verso la Serbia.

---

<sup>609</sup> In questi termini, v. altresì C. PITEA, *op. cit.*, p. 200 e ss.

<sup>610</sup> Per un commento alla sentenza, v. L. MARIN, *La Corte di Giustizia riporta le “zone di transito” ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, 30 maggio 2020; F.L. GATTA, *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo “scontro” tra le corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito. Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, FMS e altri*, cit., p. 116.

Quanto ai fatti di causa, è bene premettere che, tra la fine del 2018 e i primi mesi del 2019, i ricorrenti, provenienti dalla Serbia, facevano ingresso nel territorio ungherese, accedendo alla zona di transito di *Rösztke*, ove avanzavano domanda d’asilo. A seguito del rigetto delle rispettive domande, poiché ritenute inammissibili (con decisione del 25 aprile 2019)<sup>611</sup>, le competenti autorità ungheresi disponevano l’allontanamento dei richiedenti asilo in Serbia, unitamente al divieto di ingresso e soggiorno nel territorio ungherese per la durata di un anno<sup>612</sup>. Contestualmente, l’autorità di polizia degli stranieri (*Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*), con decisione del 17 maggio 2019, ne imponeva il collocamento nel settore della zona di transito di *Rösztke* riservato ai cittadini di Paesi terzi la cui domanda di asilo era stata respinta<sup>613</sup>.

Tuttavia, le autorità serbe rifiutavano di riammettere i ricorrenti nel proprio territorio, lamentando l’insussistenza, nel caso di specie, dei requisiti di operatività dell’Accordo di riammissione concluso con l’Unione Europea (posti dall’art. 3, § 1)<sup>614</sup>. In data 3-6 giugno 2019, l’autorità ungherese di polizia degli stranieri procedeva dunque a modificare le decisioni di rimpatrio, già assunte dall’autorità competente in materia di asilo (senza che quest’ultima esaminasse nel merito le rispettive domande di protezione internazionale), limitatamente al Paese di destinazione, sostituendo alla Serbia, rispettivamente, l’Afghanistan e l’Iran (ossia i Paesi di origine dei richiedenti asilo). I ricorrenti proponevano opposizione avverso le predette decisioni di modifica del Paese di

---

<sup>611</sup> Senza esame nel merito, in virtù del criterio del c.d. “Paese di transito sicuro” posto dall’art. 51, § 2, lett. f) della Legge ungherese sul diritto di asilo, «con la motivazione che questi ultimi erano giunti in Ungheria attraversando un Paese in cui non erano esposti a persecuzioni che giustificassero il riconoscimento dello status di rifugiato né al rischio di un danno grave che giustificasse la concessione della protezione sussidiaria, e che, nel Paese dal quale gli stessi erano transitati per giungere in Ungheria, era garantita loro una protezione adeguata. Con questa stessa decisione, tale autorità ha affermato che il principio di non respingimento non si applicava nel caso di tali ricorrenti in relazione all’Afghanistan e ha disposto il loro allontanamento verso la Serbia»; Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, 14 maggio 2020, § 51.

<sup>612</sup> I ricorrenti proponevano ricorso avverso la decisione dell’autorità competente in materia di asilo innanzi al Tribunale amministrativo e del lavoro di Budapest, in Ungheria (*Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság*), che veniva respinto senza alcuna pronuncia sul merito delle loro domande di protezione internazionale.

<sup>613</sup> Ai sensi del disposto dell’art. 62, § 3 bis della Legge ungherese sull’ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi. *Ibidem*, § 53 e 86. Come precisato dall’Avvocato Generale *Priit Pikamäe* nelle sue conclusioni, «[s]tando al giudice del rinvio, i motivi che giustificano una siffatta decisione non sono ivi menzionati e il diritto di impugnare tale decisione dinanzi ad un giudice è limitato, poiché solo l’inosservanza dell’obbligo di fornire informazioni, imposto a detta autorità di polizia dalla normativa, può essere contestata dinanzi al giudice ordinario sotto forma di eccezione». Conclusioni dell’Avvocato Generale *Priit Pikamäe*, presentate il 23 aprile 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, § 24.

<sup>614</sup> Segnatamente il fatto che i ricorrenti, provenienti dalla Serbia, non fossero entrati illegalmente nel territorio ungherese; Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., § 55. Si v. la Decisione del Consiglio 2007/819/CE dell’8 novembre 2007 relativa alla conclusione dell’accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare fra la Comunità europea e la Repubblica di Serbia (OJ 2007 L 334, p. 45).

destinazione (o rimpatrio) innanzi all'autorità competente in materia di asilo, operante in qualità di autorità di polizia degli stranieri, che veniva respinta (con ordinanza del 28 giugno 2019) senza possibilità di ulteriore gravame<sup>615</sup>.

I ricorrenti adivano quindi il Giudice del rinvio, chiedendo l'annullamento delle ordinanze di rimpatrio e la conseguente apertura di una nuova procedura di esame delle rispettive domande di asilo, lamentando parimenti l'illegittimità del loro trattenimento presso la zona di transito di *Röszke*<sup>616</sup>.

In seno al procedimento così incardinato, il Tribunale Amministrativo e del Lavoro di *Szeged* sollevava rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, domandando che la causa fosse decisa con procedura d'urgenza, ai sensi dell'art. 107 del regolamento della Corte, alla luce delle circostanze del caso concreto. *In primis* poiché i ricorrenti erano, ancora in quel momento, privati *de facto* della loro libertà (trovandosi ristretti presso la struttura di *Röszke*)<sup>617</sup>; in secondo luogo, in ragione dell'età e delle condizioni di salute dei richiedenti asilo afgani (rispettivamente, di 63 e 58 anni), nonché a motivo della minore età del ricorrente iraniano *SA junior*, accompagnato dal padre, «*la cui salute mentale e fisica [era] peggiorata da quando soggiorna[va], con il padre, nel settore della zona di transito di Röszke riservato ai cittadini di Paesi terzi la cui domanda di asilo [fosse] stata respinta*»<sup>618</sup>.

In sede di rinvio, il giudice *a quo* ha sottoposto alla Corte di Giustizia cinque questioni pregiudiziali, a loro volta suddivise in diverse sotto-questioni, aventi ad oggetto l'interpretazione delle Direttive 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri), 2013/32/UE (c.d. Direttiva procedure) e 2013/33/UE (c.d. Direttiva accoglienza) in relazione alla normativa ungherese sul diritto d'asilo e sul rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare<sup>619</sup>.

---

<sup>615</sup> In virtù del disposto dell'articolo 65, § 3 *ter* della Legge ungherese sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, infatti, non è possibile ricorrere avverso la decisione che statuisce sull'opposizione. Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., § 58 e 91.

<sup>616</sup> Nella misura in cui l'autorità ungherese di polizia degli stranieri non aveva disposto il loro collocamento al di fuori della struttura di *Röszke*; *ibidem*, § 59-60 e § 92.

<sup>617</sup> *Ibidem*, § 95.

<sup>618</sup> *Ibidem*, § 96.

<sup>619</sup> In particolare, il giudice del rinvio ha individuato diversi profili di incompatibilità della normativa (e prassi) ungherese in materia di asilo e rimpatrio con il rilevante assetto europeo, sottoponendo alla Corte di Giustizia i seguenti quesiti pregiudiziali (ulteriormente sviluppati in diverse sotto-questioni): con la prima questione, ha chiesto se l'art. 33 della Direttiva 2013/32/UE debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che consente di respingere una domanda di protezione internazionale, poiché ritenuta inammissibile, a motivo del fatto che il richiedente sia arrivato nel territorio dello Stato membro interessato attraverso uno Stato ove non è esposto a persecuzioni o a un rischio di danno grave, ai sensi della disposizione nazionale che recepisce l'art. 15 della Direttiva 2011/95/UE, o in cui è garantito un adeguato livello di protezione [c.d. criterio del «Paese terzo sicuro»] (§ 148); con la seconda questione, se gli artt. 6 e 38, § 4 della Direttiva 2013/32/UE, così come il suo considerando 34, che impone l'obbligo di procedere a un esame rigoroso delle domande di protezione internazionale, in combinato disposto con l'art.

### 2.2.1. Sul collocamento dei ricorrenti nella zona di transito di *Röszke*.

Tra i quesiti sottoposti alla Corte, spicca per rilevanza ed effetti pratici<sup>620</sup> quello inerente alla qualificazione giuridica del collocamento dei ricorrenti presso la zona di transito di *Röszke*<sup>621</sup> – non per niente, è proprio in tale ambito che si è consumato il ‘contrasto’ tra le Corti Europee – declinato nei termini che seguono: «*se l’articolo 2, lettera h), della direttiva 2013/33 e l’articolo 16 della direttiva 2008/115 debbano essere interpretati nel senso che l’obbligo per un cittadino di un Paese terzo di soggiornare in modo permanente in una zona di transito, situata alla frontiera esterna di uno Stato membro che lo stesso non può legalmente abbandonare di sua iniziativa, qualunque sia la sua direzione, configuri un “trattenimento”, ai sensi di tali direttive*»<sup>622</sup>.

In altre parole, la Grande Sezione della Corte di Lussemburgo è stata chiamata a chiarire se, alla luce dell’art. 2, lett. h) della c.d. Direttiva accoglienza e dell’art. 16 della c.d. Direttiva rimpatri, da leggersi in combinato disposto con gli artt. 6 e 52, § 3 della Carta, il collocamento del cittadino di un Paese terzo all’interno di una zona di transito terrestre, situata alla frontiera esterna di uno Stato membro, senza che lo stesso abbia la possibilità di allontanarsi volontariamente, debba qualificarsi in termini di «*trattenimento*» ai sensi delle citate norme di diritto derivato, con conseguente operatività delle garanzie ivi previste.

---

18 della Carta, debbano essere interpretati nel senso che l’autorità competente in materia di asilo di uno Stato membro debba garantire al richiedente la possibilità di instaurare la procedura di asilo, nel caso in cui la stessa non abbia effettuato un esame nel merito della relativa domanda, facendo valere il motivo di inammissibilità menzionato nella prima questione, disponendo in seguito il rimpatrio del richiedente in un Paese terzo, che tuttavia si sia rifiutato di accoglierlo nel suo territorio (§ 79); con la terza e la quarta questione, il giudice del rinvio si è interrogato sull’interpretazione, rispettivamente, delle disposizioni delle Direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE relative al trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, nonché delle disposizioni della Direttiva 2008/115/CE inerenti al trattenimento dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, nell’ambito dell’esame della legittimità del trattenimento dei ricorrenti nei procedimenti principali nel settore della zona di transito di *Röszke* riservato ai cittadini di Paesi terzi la cui domanda di asilo sia stata respinta (§ 204); infine, con la quinta questione, ha domandato se l’art. 13 della Direttiva 2008/115/CE, in combinato disposto con l’art. 47 della Carta, debba essere interpretato nel senso che, da un lato, esso osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale la modifica, da parte di un’autorità amministrativa, del Paese di destinazione figurante in una decisione di rimpatrio anteriore, possa essere impugnata dal cittadino di un Paese terzo interessato solo mediante un ricorso presentato dinanzi a un’autorità amministrativa, le cui decisioni non sono impugnabili in sede giurisdizionale; nonché, dall’altro, nel senso che impone a tale giudice, in siffatte circostanze, di riconoscersi competente a statuire sul ricorso proposto dinanzi al medesimo, diretto a contestare la legittimità di una siffatta modifica (§ 109). Per un approfondimento sul punto, v. *ibidem*, § 79.

<sup>620</sup> Si ricorda che, al momento della pronuncia della Corte di Lussemburgo, i ricorrenti erano trattenuti presso la zona di transito di *Röszke*: sicché, a seguito della sentenza *de qua* – che, come si vedrà, ha rilevato la sussistenza di una vera e propria privazione della libertà personale dei ricorrenti – l’Ungheria ha rilasciato all’incirca trecento persone ristrette presso la zona di transito, annunciandone l’imminente smantellamento.

<sup>621</sup> Sul quale – stante l’oggetto dell’elaborato di tesi – si intende concentrare la presente trattazione. Sul trattenimento di richiedenti asilo nell’Unione, v. C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35, n. 1, marzo 2016, p. 47-73.

<sup>622</sup> Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit, § 215.



Preliminarmente, è da dire che il Governo ungherese, nelle osservazioni depositate in sede di giudizio innanzi alla Grande Sezione, ha espressamente invocato la pronuncia resa dalla Grande Camera di Strasburgo all'esito della controversia *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, adducendo la stessa a sostegno della propria argomentazione difensiva, secondo la quale il collocamento dei ricorrenti nella zona di transito di *Rösztke* non sarebbe suscettibile di integrare un «*trattenimento*» ai sensi dell'art. 2, lett. h) della Direttiva 2013/33/UE.

Nell'ottica del Governo magiaro, se la permanenza dei ricorrenti presso la zona di transito non costituisce una privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 CEDU – come accertato dal massimo consesso di Strasburgo nella sentenza *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, pur concernente diverse persone fisiche – ne discende, quale conseguenza logico-giuridica, che la stessa non può parimenti qualificarsi come «*trattenimento*»: ciò in quanto tale fattispecie implica la sussistenza di una privazione della libertà *ex art. 6 CDFUE*<sup>623</sup>.

Al proposito, si è già avuto modo di precisare come l'art. 5 CEDU corrisponda, nel suo contenuto precettivo, all'art. 6 CDFUE<sup>624</sup>: il «*diritto alla libertà e alla sicurezza*», in seno all'ordinamento giuridico dell'Unione, assume la medesima portata della corrispondente norma convenzionale, da leggersi anche alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo (in tal senso dispone il già menzionato art. 52, § 3 CDFUE).

Nondimeno, come autorevolmente osservato dall'Avvocato Generale Priit Pikamäe nelle sue conclusioni, è bene ricordare che, in difetto di un'adesione formale dell'Unione Europea alla CEDU, quest'ultima non costituisce uno strumento giuridico formalmente incorporato nell'ordinamento dell'Unione<sup>625</sup>: ragion per cui la coerenza sistematica perseguita dall'art. 52, § 3 CDFUE – pur pregevole nel suo intento di creare, a livello europeo, un sistema integrato di tutela dei diritti umani fondamentali – non può intaccare (*rectius*, restringere) l'autonomia del diritto dell'Unione, né quella della Corte di Giustizia nello svolgimento delle sue funzioni istituzionali<sup>626</sup>.

Di conseguenza, secondo l'Avvocato Generale, la Corte di Giustizia ha la facoltà di interpretare in via autonoma («*autonomously*») le disposizioni della Carta –

---

<sup>623</sup> In questi termini, v. le Conclusioni dell'Avvocato Generale *Priit Pikamäe*, cit., § 146-147.

<sup>624</sup> V. *supra*, Capitolo I, Sezione III.

<sup>625</sup> *Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe*, cit., § 148. In tal senso si è espressa a più riprese la stessa Corte di Lussemburgo (v. *inter alia*, Corte di Giustizia, *N.*, C-601/15 PPU, 15 febbraio 2016, § 45; *K.*, C-18/16, 14 settembre 2017, § 32).

<sup>626</sup> *Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe*, cit., § 148.

segnatamente, per quanto interessa in questa sede, l'art. 6 in materia di 'diritto alla libertà e alla sicurezza', nonché l'art. 52, § 3 CDFUE – le sole operanti nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione<sup>627</sup>. Essa può quindi prescindere dalla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo, interpretando le questioni pregiudiziali sottoposte alla luce della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, purché «l'interpretazione da essa data ai diritti ivi figuranti e il cui contenuto sia simile a quelli sanciti nella CEDU dia luogo ad un livello di protezione più elevato rispetto a quello garantito da quest'ultima»<sup>628</sup>. In tal senso depone altresì l'ultimo periodo dell'art. 52, § 3 della Carta, nella misura in cui riconosce che il meccanismo di coerenza sistematica ivi predisposto «non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

Entrando nel merito del ragionamento logico-giuridico effettuato dai giudici di Lussemburgo al fine di sciogliere la *quaestio iuris* loro sottoposta in materia di privazione della libertà personale, la Grande Sezione si è *in primis* soffermata sulla nozione di «trattenimento» ai sensi dell'art. 2, lett. h) della Direttiva 2013/33/UE<sup>629</sup>: ove, con l'espressione in esame, si intende «il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione»<sup>630</sup>. Il trattenimento implicherebbe dunque una vera e propria privazione della libertà di circolazione dell'interessato («una privazione, e non una mera restrizione, della libertà di circolazione»), idonea a isolare il soggetto dal resto della popolazione, confinandolo entro un luogo circoscritto<sup>631</sup>.

A sostegno di questa interpretazione, la Grande Sezione ha inteso ripercorrere la genesi della disposizione in esame, richiamando le fonti internazionali che hanno ispirato il regime giuridico del «trattenimento» dei richiedenti asilo, istituito dalla c.d. Direttiva accoglienza: da un lato, la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa *sulle misure di detenzione dei richiedenti asilo* del 16 aprile 2003<sup>632</sup>; nonché, dall'altro, le Linee Guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati

---

<sup>627</sup> *Ibidem*, § 149.

<sup>628</sup> *Ibidem*.

<sup>629</sup> Da valutarsi, nelle parole dell'Avvocato Generale *Priit Pikamäe*, alla luce del solo art. 6 CDFUE, secondo il quale «[o]gni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza». Difatti, in virtù del disposto del considerando n. 35 della Direttiva 2013/33/UE – secondo cui «[l]a presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea» – le esigenze di tutela del 'diritto alla libertà e alla sicurezza' poste dall'art. 6 della Carta confluiscono nella nozione di 'trattenimento' ex art. 2, lett. h) della Direttiva c.d. accoglienza. Conclusioni dell'Avvocato Generale *Priit Pikamäe*, cit., § 151.

<sup>630</sup> Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., § 216.

<sup>631</sup> *Ibidem*, § 217.

<sup>632</sup> Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Raccomandazione R 5 sulle misure di detenzione dei richiedenti l'asilo*, 16 aprile 2003.

(UNHCR) *sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo* del 26 febbraio 1999<sup>633</sup>.

Per vero, ai sensi dell'art. 1 della predetta Raccomandazione, con l'espressione «*measures of detention of asylum seekers*» si intende il confinamento di richiedenti asilo «*within a narrowly bounded or restricted location, where they are deprived of liberty*»<sup>634</sup>. Dal loro canto, le stesse Linee Guida ONU specificano che il termine 'trattenimento' («*detention*» nella versione inglese) «*refers to the deprivation of liberty or confinement in a closed place which an asylum-seeker is not permitted to leave at will, including, though not limited to, prisons or purpose-built detention, closed reception or holding centres or facilities*»<sup>635</sup>. Esse precisano ulteriormente – in conformità all'orientamento in tal senso consolidato della giurisprudenza di Strasburgo in relazione all'art. 5 CEDU<sup>636</sup> – che la distinzione tra privazione della libertà personale e mera restrizione della libertà di movimento è di grado e di intensità, non di natura o di essenza<sup>637</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, la Grande Sezione della Corte di Lussemburgo ha ritenuto che il trattenimento di un richiedente protezione internazionale, ai sensi dell'art. 2, lett. h) della Direttiva 2013/33/UE, costituisca *ex se* una misura coercitiva, tale da privare il soggetto della sua libertà di movimento ed isolarlo dal resto della popolazione, costringendolo a soggiornare in modo permanente entro un luogo circoscritto e ristretto<sup>638</sup>. Poi precisando che siffatta nozione di «*trattenimento*» opera anche con riguardo alla Direttiva 2008/115/CE, in difetto di disposizioni definitorie ivi racchiuse, nonché di elementi dai quali possa desumersi che il Legislatore europeo abbia inteso attribuire alla stessa, nel contesto della c.d. Direttiva rimpatri, un significato differente<sup>639</sup>.

Ciò posto *in abstracto*, il giudice europeo ha applicato tali principi al caso sottoposto al suo vaglio, descrivendo brevemente le condizioni di trattenimento dei

---

<sup>633</sup> Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), *Linee Guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo*, 26 febbraio 1999 (oggi sostituite dalle *Linee Guida sui criteri e gli standard applicabili relativi alla detenzione dei richiedenti asilo e sulle misure alternative alla detenzione*, 2012); Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., § 218.

<sup>634</sup> Con la precisazione che «*[p]ersons who are subject to restrictions on domicile or residence are not generally considered to be subject to detention measures*».

<sup>635</sup> Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), *Linee Guida*, cit., punto 5. Oltretutto, secondo quanto disposto al punto 7, «*detention can take place in a range of locations, including at land and sea borders, in the "international zones" at airports, on islands, on boats, as well as in closed refugee camps, in one's own home (house arrest) and even extraterritorially. Regardless of the name given to a particular place of detention, the important questions are whether an asylum-seeker is being deprived of his or her liberty de facto and whether this deprivation is lawful according to international law*».

<sup>636</sup> V. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.3.1.

<sup>637</sup> *Ibidem*, punto 6.

<sup>638</sup> Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., § 223.

<sup>639</sup> *Ibidem*, § 224-225.

ricorrenti e le peculiarità della zona di transito di *Röszke*: enfatizzando, in particolar modo, la presenza di un'alta recinzione con filo spinato, la limitata superficie dei *containers* destinati ad accogliere i ricorrenti (non superiore a 13 m<sup>2</sup>), l'impossibilità per i soggiornanti di ricevere visite non autorizzate e il fatto che fossero sottoposti a costante sorveglianza armata<sup>640</sup>.

Elementi tutti, questi ultimi, tali da far ritenere – nelle parole dell'Avvocato generale Priit Pikamäe – che una simile restrizione della libertà di movimento dei ricorrenti fosse comparabile «*ad un regime carcerario pressoché ordinario*»<sup>641</sup>.

In particolare, dirimente risulta essere la posizione assunta dalla Corte di Giustizia a fronte dell'obiezione sollevata dal Governo ungherese – già affrontata in sede di giudizio innanzi alla Corte EDU, nella controversia *Ilias e Ahmed c. Ungheria*<sup>642</sup> – secondo la quale i ricorrenti avrebbero potuto allontanarsi dalla zona di transito di *Röszke* e fare ritorno in Serbia.

Mentre la Corte di Strasburgo, adottando un approccio 'pratico e realistico', aveva ritenuto che la possibilità (in termini di «*physical liberty*»)<sup>643</sup> per i richiedenti asilo *Ilias* e *Ahmed* di lasciare la struttura di *Röszke*, facendo ingresso a piedi nel territorio serbo, dovesse reputarsi 'concreta e reale'<sup>644</sup>, i giudici di Lussemburgo hanno assunto, nel caso in commento, una posizione diametralmente opposta, valorizzando i seguenti argomenti<sup>645</sup>: da un lato, il fatto che un eventuale reingresso dei ricorrenti nel territorio serbo sarebbe stato ritenuto illegale dalle autorità di quel Paese, esponendoli al rischio di sanzioni; dall'altro, e a maggior ragione, che l'allontanamento dal territorio ungherese avrebbe comportato la rinuncia alla possibilità di ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato in Ungheria<sup>646</sup>.

Pertanto, secondo la Corte di Giustizia, i ricorrenti non hanno avuto la possibilità 'effettiva' di lasciare la zona di transito di *Röszke*<sup>647</sup>. Risolvendo il quesito pregiudiziale sottopostole, la Grande Sezione ha concluso nel senso che l'obbligo imposto a un cittadino di un Paese terzo di soggiornare in via permanente in una zona di transito, avente un perimetro ristretto e circoscritto, al cui interno i movimenti sono limitati e sorvegliati,

---

<sup>640</sup> *Ibidem*, § 226.

<sup>641</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, cit., § 163.

<sup>642</sup> V. *supra*, Capitolo II, Sezione II, § 2.1.1.

<sup>643</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 248.

<sup>644</sup> *Ibidem*, § 237.

<sup>645</sup> Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., § 228.

<sup>646</sup> Difatti, in virtù della normativa ungherese sul diritto d'asilo, l'allontanamento del richiedente protezione internazionale dalle zone di transito terrestri di *Röszke* e di *Tompa* (le sole nel cui ambito può presentarsi domanda di asilo) conferisce all'autorità competente la facoltà di chiudere la procedura di protezione internazionale, senza che tale decisione possa essere contestata in sede giurisdizionale. *Ibidem*, § 229-230.

<sup>647</sup> *Ibidem*, § 229.

senza che lo stesso possa legalmente allontanarsi *motu proprio*, in qualsiasi direzione, configura una privazione della libertà, tale da integrare un «trattenimento» ai sensi delle Direttive 2013/33/UE e 2008/115/CE<sup>648</sup>.

## 2.2.2. Sulla legittimità del «trattenimento» dei ricorrenti presso la struttura di *Röszke*.

Dopo aver accertato che il collocamento dei ricorrenti presso la zona di transito di *Röszke* integra un «trattenimento» ai sensi dell'art. 2, lett. h) della Direttiva 2013/33/UE e dell'art. 16 della Direttiva 2008/115/CE, la Grande Sezione si è soffermata sulla legittimità di tale misura, in termini di compatibilità della stessa con il quadro giuridico posto dalle rilevanti fonti del diritto derivato dell'Unione<sup>649</sup>.

Alla luce dell'assetto normativo ivi delineato dai giudici di Lussemburgo, può evincersi – senza particolare sorpresa per l'attento lettore – come il trattenimento *de facto* dei ricorrenti all'interno della zona di transito sia stato posto in essere dalle autorità ungheresi in spregio ai criteri, *in primis* procedurali, fissati a livello europeo *in subiecta materia*.

Nello sciogliere le questioni pregiudiziali sottopostele circa i requisiti di legittimità della misura in esame<sup>650</sup>, la Grande Sezione della Corte di Giustizia ha avuto modo di

---

<sup>648</sup> *Ibidem*, § 231.

<sup>649</sup> Ossia, come noto, le Direttive 2013/32/UE (c.d. Direttiva procedure), 2013/33/UE (c.d. Direttiva accoglienza) e 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri). Per un approfondimento al riguardo, v. anche L. TSOURDI, *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, in *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35, n. 1, 2016, p. 7-28.

<sup>650</sup> Segnatamente, per quanto interessa in questa sede, la Corte di Giustizia è stata chiamata a chiarire: [terza questione] a) se l'art. 43 della Direttiva 2013/32/UE debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro che consente il trattenimento del richiedente in una zona di transito per oltre quattro settimane;

c) se sia conforme all'art. 8 della Direttiva 2013/33/UE, applicabile in forza dell'art. 26 della Direttiva 2013/32/UE, il fatto che si procede al trattenimento del richiedente per un periodo superiore alle quattro settimane, previsto all'art. 43 della Direttiva 2013/32/UE, solo perché lo stesso non può soddisfare le proprie necessità (in termini di vitto e di alloggio) in mancanza dei mezzi di sussistenza a tal fine;

d) se sia compatibile con gli artt. 8 e 9 della Direttiva 2013/33/UE, applicabili in forza dell'art. 26 della Direttiva 2013/32/UE, il fatto che il collocamento costituente un trattenimento *de facto* per un periodo superiore alle quattro settimane, previsto all'art. 43 della Direttiva 2013/32/UE, non è stato disposto mediante un provvedimento di trattenimento, non è garantito un ricorso al fine di impugnare la legittimità del trattenimento e del mantenimento del medesimo, il trattenimento *de facto* è effettuato senza un esame della relativa necessità e proporzionalità, o di possibili alternative allo stesso, e la durata esatta del trattenimento non è definita, ivi compresa la sua scadenza;

e) se l'art. 47 della Carta possa essere interpretato nel senso che quando un giudice di uno Stato membro ravvisa un evidente trattenimento illegittimo può, con un provvedimento provvisorio, imporre all'autorità, fino alla conclusione del procedimento giurisdizionale amministrativo, di stabilire a favore del cittadino di uno Stato terzo un luogo di soggiorno ubicato fuori dal territorio di transito, che non sia un luogo di trattenimento;

[quarta questione] b) se sia compatibile con il considerando 16 e con l'art. 15, § 1 della Direttiva 2008/115/CE, in combinato disposto con l'art. 6 e con l'art. 52, § 3 della Carta, il fatto che il trattenimento

precisare che, ai sensi del disposto degli artt. 8 e 9 della Direttiva 2013/33/UE e degli artt. 15 e 16 della Direttiva 2008/115/CE, un richiedente protezione internazionale e, rispettivamente, un cittadino di un Paese terzo, destinatario di una decisione di rimpatrio, non possano essere trattenuti per il solo fatto di non poter sovvenire alle proprie necessità di sostentamento (in termini di vitto e alloggio)<sup>651</sup>, come verificatosi nel caso di specie; nonché, sotto il profilo prettamente formale, in assenza della previa adozione di una decisione motivata che disponga il loro trattenimento, assunta all'esito di una puntuale disamina in merito alla necessità e proporzionalità di tale misura coercitiva<sup>652</sup>.

A quest'ultimo proposito, come rilevato dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni – e parimenti precisato dal giudice *a quo* in sede di rinvio – difetta, nel caso di specie, il predetto requisito essenziale, posto dall'art. 9, § 2 della Direttiva 2013/33/UE, consistente nell'adozione, da parte della competente autorità amministrativa o giurisdizionale, di un provvedimento scritto («*detention order issued in due form*»), ove risultino precisate le motivazioni, in fatto e in diritto, poste a fondamento del trattenimento dei richiedenti asilo, da rinvenirsi tra quelle tassativamente elencate dall'art. 8, § 3 della citata Direttiva<sup>653</sup>.

Questo *vulnus* non può peraltro essere colmato dal mero richiamo alla decisione, adottata dall'autorità competente in materia di asilo, di collocare i ricorrenti nella struttura di *Röske*: tale atto non può infatti assurgere a idonea base legale del trattenimento, poiché

---

di un cittadino di un paese terzo sia effettuato unicamente in quanto è oggetto di un provvedimento di rimpatrio e non dispone di mezzi di sussistenza per soddisfare le proprie necessità (in termini di vitto e di alloggio);

c) se sia compatibile con il considerando 16 e con l'art. 15, § 2 della Direttiva 2008/115/CE, in combinato disposto con l'art. 6, l'art. 47 e l'art. 52, § 3 della Carta, il fatto che il collocamento costituente un trattenimento *de facto* non è stato disposto mediante un provvedimento di trattenimento, non è garantito un ricorso al fine di impugnare la legittimità del trattenimento e del mantenimento del medesimo, il trattenimento *de facto* è effettuato senza un esame della relativa necessità e proporzionalità, né sono contemplate possibili alternative allo stesso;

d) se l'art. 15, § 1, 4, 5 e 6 e il considerando 16 della Direttiva 2008/115/CE, in combinato disposto con gli artt. 1, 4, 6 e 47 della Carta, possano essere interpretati nel senso che ostano a che il trattenimento sia effettuato senza che ne sia stata determinata la sua durata esatta, *ivi* compresa la sua scadenza;

e) se il diritto dell'Unione possa essere interpretato nel senso che quando un giudice di uno Stato membro ravvisa un evidente trattenimento illegittimo può, con un provvedimento provvisorio, imporre all'autorità, fino alla conclusione del procedimento giurisdizionale amministrativo, di stabilire a favore del cittadino di uno Stato terzo un luogo di soggiorno ubicato fuori dal territorio di transito, che non sia un luogo di trattenimento. Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., § 79.

<sup>651</sup> Al riguardo, la Corte di Giustizia ha specificato che al richiedente asilo che non dispone di mezzi di sostentamento deve essere concesso un sussidio economico ovvero un alloggio in uno dei luoghi di cui all'art. 18 della c.d. Direttiva accoglienza, «*quali non possono essere confusi con i centri di trattenimento previsti all'articolo 10 della stessa direttiva. Pertanto, la concessione al richiedente protezione internazionale che non dispone di mezzi di sostentamento di un alloggio in natura, ai sensi di tale articolo 18, non può avere come effetto di privarlo della sua libertà di circolazione*». *Ibidem*, § 254.

<sup>652</sup> *Ibidem*, § 249-281.

<sup>653</sup> Ove non figura il trattenimento a motivo dell'incapacità del soggetto di soddisfare le proprie esigenze di sostentamento. Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, cit., § 181.

privo dei requisiti formalmente richiesti al fine di assicurare l'osservanza delle garanzie previste in materia dal diritto dell'Unione.

Non si tratta, a ben vedere, della sola carenza procedurale da ascrivere alle autorità ungheresi nel caso in commento, risultando parimenti inadempiti, da un lato, l'obbligo di svolgere un previo esame della situazione individuale dei ricorrenti, anche volto alla verifica in merito alla possibilità di applicare efficacemente misure alternative meno afflittive (*ex art. 8, § 2 della Direttiva 2013/33/UE*); dall'altro, quello di informare i richiedenti asilo, immediatamente e per iscritto, in una lingua a loro comprensibile, delle ragioni del trattenimento e delle procedure previste dal diritto nazionale per contestare il provvedimento dispositivo della misura, della possibilità di accedere all'assistenza e alla rappresentanza legale (*ex art. 9, § 4 della Direttiva 2013/33/UE*), nonché del regime giuridico in vigore nel centro di trattenimento, *ivi* compresi i diritti e gli obblighi da riconoscersi in capo agli stessi<sup>654</sup>.

Sotto il peculiare profilo della durata del trattenimento – nel risolvere il quesito pregiudiziale concernente la compatibilità, con le pertinenti fonti di diritto derivato<sup>655</sup>, della omessa indicazione della 'durata esatta' del trattenimento *de facto* dei ricorrenti presso la struttura di *Rösztke*, *ivi* incluso il suo termine finale<sup>656</sup> – la Grande Sezione ha altresì chiarito che, con riguardo al trattenimento dei richiedenti asilo, l'art. 9 della Direttiva 2013/33/UE non impone agli Stati membri di fissare un limite temporale massimo per la protrazione della misura, a condizione che il diritto interno pertinente ne garantisca la prosecuzione soltanto sino a quando perduri il motivo posto a fondamento della stessa (*ex art. 8, § 3 della Direttiva in commento*) e che le relative procedure amministrative siano espletate diligentemente<sup>657</sup>. Al contrario, quanto al trattenimento dei cittadini di Paesi terzi destinatari di una decisione di rimpatrio, l'art. 15 della Direttiva 2008/115/CE prescrive che il loro trattenimento non superi i diciotto mesi (*ivi* incluso il computo di eventuali proroghe) e che lo stesso possa essere mantenuto solo fintantoché le procedure di allontanamento siano in corso e vengano eseguite con la dovuta diligenza<sup>658</sup>.

Ancora, nel rispondere alla terza questione, lett. a) – ossia se l'art. 43 della Direttiva 2013/32/UE, rubricato «*procedure di frontiera*», debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro che preveda il trattenimento del richiedente

---

<sup>654</sup> *Ibidem*, § 182.

<sup>655</sup> In particolare, l'art. 9 della Direttiva 2013/33/UE e l'art. 15 della Direttiva 2008/115/CE.

<sup>656</sup> Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., § 249.

<sup>657</sup> *Ibidem*, § 266.

<sup>658</sup> *Ibidem*, § 281.

asilo in una zona di transito per un lasso temporale superiore alle quattro settimane (come verificatosi nel caso in commento)<sup>659</sup> – i giudici di Lussemburgo si sono soffermati sulla portata del precetto in esame, che disciplina il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell’ambito delle procedure di frontiera. Pur riconoscendo come tale disposizione consenta agli Stati membri, in seno ai procedimenti ivi disciplinati (le c.d. procedure di frontiera), di trattenere i richiedenti asilo alla frontiera o in una zona di transito, prima del loro ingresso nel territorio statale, al fine di decidere sull’ammissibilità (o, in alcuni peculiari casi, sul merito)<sup>660</sup> della domanda di protezione presentata<sup>661</sup> – purché tali procedure rispettino «*i principi fondamentali e le garanzie di cui al capo II della stessa direttiva*»<sup>662</sup> – la Grande Camera ha precisato che tale trattenimento non può superare il termine, da intendersi perentorio, di quattro settimane dalla data di presentazione della domanda (entro il quale deve svolgersi la procedura di frontiera)<sup>663</sup>: decorso inutilmente siffatto periodo, il richiedente asilo potrà (*rectius*, dovrà) fare ingresso nel territorio statale.

---

<sup>659</sup> V. Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., § 79.

<sup>660</sup> In uno dei casi espressamente previsti dall’art. 31, § 8 della Direttiva 2013/32/UE, ai sensi del quale «*[g]li Stati membri possono prevedere che una procedura d’esame sia accelerata e/o svolta alla frontiera o in zone di transito a norma dell’articolo 43 se: a) nel presentare domanda ed esporre i fatti il richiedente ha sollevato soltanto questioni che non hanno alcuna pertinenza per esaminare se attribuirgli la qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE; oppure b) il richiedente proviene da un paese di origine sicuro a norma della presente direttiva; o c) il richiedente ha indotto in errore le autorità presentando informazioni o documenti falsi od omettendo informazioni pertinenti o documenti relativi alla sua identità e/o alla sua cittadinanza che avrebbero potuto influenzare la decisione negativamente; o d) è probabile che, in mala fede, il richiedente abbia distrutto o comunque fatto sparire un documento d’identità o di viaggio che avrebbe permesso di accertarne l’identità o la cittadinanza; o e) il richiedente ha rilasciato dichiarazioni palesemente incoerenti e contraddittorie, palesemente false o evidentemente improbabili che contraddicono informazioni sufficientemente verificate sul paese di origine, rendendo così chiaramente non convincente la sua asserzione di avere diritto alla qualifica di beneficiario di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE; o f) il richiedente ha presentato una domanda reiterata di protezione internazionale inammissibile ai sensi dell’articolo 40, paragrafo 5; o g) il richiedente presenta la domanda al solo scopo di ritardare o impedire l’esecuzione di una decisione anteriore o imminente che ne comporterebbe l’allontanamento; o h) il richiedente è entrato illegalmente nel territorio dello Stato membro o vi ha prolungato illegalmente il soggiorno e, senza un valido motivo, non si è presentato alle autorità o non ha presentato la domanda di protezione internazionale quanto prima possibile rispetto alle circostanze del suo ingresso; o i) il richiedente rifiuta di adempiere all’obbligo del rilievo dattiloscopico a norma del regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce «Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l’efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e sulle richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto (12); o j) il richiedente può, per gravi ragioni, essere considerato un pericolo per la sicurezza nazionale o l’ordine pubblico dello Stato membro o il richiedente è stato espulso con efficacia esecutiva per gravi motivi di sicurezza o di ordine pubblico a norma del diritto nazionale».*

<sup>661</sup> Trattandosi di misura che rinviene la propria giustificazione nel motivo di cui all’art. 8, § 3, lett. c) della Direttiva 2013/33/UE, ossia «*per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio*».

<sup>662</sup> Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., § 235.

<sup>663</sup> *Ibidem*, § 232-248.



Ciò, anche qualora un afflusso massiccio di richiedenti protezione internazionale impedisca l'operatività della procedura di frontiera sopra delineata: in tali ipotesi eccezionali, nelle parole della Corte, «*tali procedure possono continuare a essere applicate nei luoghi e per il periodo in cui i richiedenti protezione internazionale interessati sono normalmente accolti nelle immediate vicinanze di tali frontiere o di tali zone di transito*»<sup>664</sup>.

Decisivo è, in particolare, quanto sancito dalla Corte di Giustizia in punto di violazione, da parte delle autorità magiare, del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo avverso il collocamento e la permanenza dei ricorrenti presso la struttura di *Röszke*. Come rilevato dal Giudice del rinvio, infatti, non potevano essere oggetto di un controllo giurisdizionale tanto la decisione amministrativa che aveva ordinato il loro collocamento nel settore della zona di transito di *Röszke* riservato ai richiedenti asilo, quanto quella che, a seguito del rigetto delle rispettive domande di protezione internazionale, ne aveva disposto la permanenza nel reparto di tale zona di transito riservato ai cittadini di Paesi terzi la cui domanda di asilo era stata respinta<sup>665</sup>.

Al proposito, la Grande Sezione della Corte di Lussemburgo ha ribadito che la legittimità («*lawfulness*») di una misura di trattenimento – quale è il collocamento del soggetto nell'ambito di una zona di transito – debba essere oggetto di controllo giurisdizionale, nonché di riesame a intervalli ragionevoli, ai sensi dell'art. 9 della Direttiva 2013/33/UE e dell'art. 15 della Direttiva 2008/115/CE<sup>666</sup>. Secondo i giudici di Lussemburgo, una normativa nazionale che non garantisce alcun controllo giurisdizionale sulla legittimità di una decisione amministrativa che dispone il trattenimento di un richiedente protezione internazionale, ovvero di un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare, non solo costituisce una violazione dell'art. 9, § 3 della Direttiva 2013/33/UE, nonché dell'art. 15, § 2, c. 3 della Direttiva 2008/115/CE, «*ma non tiene neanche conto del contenuto essenziale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, garantito all'articolo 47 della Carta, nella misura in cui impedisce, in maniera assoluta, che un giudice statuisca sul rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione al cittadino di un paese terzo trattenuto*»<sup>667</sup>.

Nell'ipotesi in cui tale prerogativa non sia garantita a livello nazionale, il principio del primato del diritto dell'Unione, in uno al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva

---

<sup>664</sup> *Ibidem*, § 242.

<sup>665</sup> *Ibidem*, § 283.

<sup>666</sup> *Ibidem*, § 260 e § 276. Sul punto, v. anche F.L. GATTA, *op. cit.*, p. 116.

<sup>667</sup> Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., § 290.

garantito dall'art. 47 CDFUE, impongono al giudice nazionale adito – nel caso in commento, il Giudice del rinvio – di dichiarare la propria competenza a pronunciarsi sulla legittimità di tale trattenimento, ordinando l'immediato rilascio degli interessati qualora egli ritenga che la misura sia contraria al diritto dell'Unione<sup>668</sup>. Così ripristinando il ruolo di garante dei diritti fondamentali anche dei soggetti migranti, da riconoscersi in capo ai magistrati ungheresi, esautorati in tale ambito dalle riforme che avevano previamente interessato il sistema giuridico di quel Paese<sup>669</sup>.

Una pronuncia dirompente, quella della Corte di Giustizia, che – nel solco dei 'grands arrêts' della giurisprudenza di Lussemburgo – interviene per colmare le lacune, o meglio i veri e propri 'vuoti di tutela', ravvisabili all'interno di un ordinamento giuridico (quello ungherese) sempre più distante dai principi cardine che informano il sistema europeo, quali il rispetto della 'rule of law', la tutela dei diritti umani fondamentali e l'accesso alla giustizia, mediante l'implementazione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva<sup>670</sup>.

Tanto che, proprio all'esito della pronuncia in commento, il Governo ungherese si è visto costretto a ricondurre la propria politica migratoria (sia pur parzialmente e con riluttanza) entro i binari della legalità europea, *in primis* procedendo alla 'liberazione' dei soggetti migranti illegittimamente trattenuti all'interno della zona di transito di *Röszke* (all'incirca trecento persone) e annunciando l'imminente chiusura di tale zona, unitamente alla struttura di *Tompa*.

### 2.3. Riflessioni conclusive.

Dalle considerazioni che precedono, risulta come l'approccio adottato dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia nella pronuncia in commento, fondato sull'interpretazione delle rilevanti fonti di diritto derivato in ottica 'garantista' – anche alla luce del substrato normativo posto dagli artt. 6, 47 e 52, § 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea – sia volto ad assicurare un'effettiva tutela dei diritti fondamentali dei soggetti migranti: ciò, a fronte della dilagante prassi improntata alla

---

<sup>668</sup> *Ibidem*, § 291-293.

<sup>669</sup> In questi termini, v. anche F.L. GATTA, *op. cit.*, p. 118.

<sup>670</sup> In materia di 'rule of law', v. ampiamente, F. CASOLARI, *Respect for the rule of law in a time of economic and financial crisis: the role of regional international organizations in the Hungarian affaire*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2014, 23, p. 219-242; IDEM, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo Online*, 2016, 7, p. 135-171; IDEM, *Novembre. Lo Stato di diritto preso sul serio*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, Wolters Kluwer - CEDAM, 2021, p. 285-314.

gestione, in prospettiva emergenziale e securitaria, dei flussi migratori in Europa, di cui la normativa ungherese sul diritto d'asilo e sul rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare rappresenta un esempio emblematico.

Normativa, quest'ultima, già oggetto di aspre critiche in sede europea, a motivo della dubbia compatibilità della stessa con il diritto dell'Unione in materia migratoria<sup>671</sup>. Per vero, sin dal 2017 il Parlamento europeo aveva espresso forti dubbi circa la conformità, con il rilevante assetto giuridico europeo, della nuova normativa ungherese in materia di asilo, sottolineando che gli «sviluppi in Ungheria (...) negli ultimi anni hanno portato a un grave deterioramento dello Stato di diritto, della democrazia e dei diritti fondamentali», ivi inclusi «i diritti umani dei migranti, dei richiedenti asilo e dei rifugiati»<sup>672</sup>, tali da porre in pericolo i valori su cui si fonda l'Unione, sanciti dall'art. 2 TUE<sup>673</sup>.

Si tratta di timori pienamente condivisi dalla Commissione europea, tanto da condurla a instaurare procedure d'infrazione nei confronti dell'Ungheria innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>674</sup>. Tra le stesse, peculiare rilievo assume il ricorso per inadempimento *ex art. 258 TFUE*, proposto il 21 dicembre 2018 nella causa C-808/18<sup>675</sup>, conclusosi con la pronuncia resa dalla Grande Sezione il 17 dicembre 2020 (di poco successiva alla sentenza *FMS e altri*): in quella sede, i giudici di Lussemburgo hanno confermato come l'Ungheria sia venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in

---

<sup>671</sup> Si fa riferimento alla Legge CXL del 2015 (*Magyar Közlöny* 2015/124), adottata dalle autorità magiare a fronte della 'crisi migratoria' e del correlato incremento dell'arrivo di richiedenti protezione internazionale sul territorio ungherese, che aveva previsto l'istituzione delle zone di transito di *Röszke* e di *Tompa*, situate al confine serbo-ungherese, ivi instaurando un regime di trattenimento generalizzato dei richiedenti asilo; nonché introdotto norme derogatorie applicabili in una «*situazione di crisi causata da un'immigrazione di massa*», che poteva essere dichiarata dal governo magiaro. La successiva Legge XX del 2017 (*Magyar Közlöny* 2017/39) aveva altresì ampliato i casi in cui poteva essere dichiarata l'esistenza di una simile situazione di crisi.

<sup>672</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 17 maggio 2017 sulla situazione in Ungheria (2017/2656(RSP), § 2. Preoccupazioni reiterate in occasione della Risoluzione del 15 settembre 2022 sulla proposta di decisione del Consiglio in merito alla constatazione, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2018/0902R(NLE), § CZ-DO.

<sup>673</sup> Ai sensi dell'art. 2 TUE, «[l]'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

<sup>674</sup> V., *inter alia*, European Commission, *Hungary: Commission takes next step in the infringement procedure for non-provision of food in transit zones*, Brussels, 10 October 2019; Corte di Giustizia, *Commissione europea c. Ungheria*, causa C-821/19, 16 novembre 2021; Corte di Giustizia, *Commissione europea c. Ungheria*, causa C-823/21, 22 giugno 2023.

<sup>675</sup> Corte di Giustizia, *Commissione europea c. Ungheria*, causa C-808/18, 17 dicembre 2020. V. inoltre il comunicato della Corte (n. 161/20), Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *L'Ungheria è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del diritto dell'Unione in materia di procedure di riconoscimento della protezione internazionale e di rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, Lussemburgo, 17 dicembre 2020.

forza del diritto dell'Unione – *ex multis*, per quanto di interesse ai fini del presente elaborato – istituendo un sistema di trattenimento 'generalizzato' dei richiedenti protezione internazionale nelle zone di transito di *Röszke* e *Tompa*, senza rispettare le garanzie previste dall'art. 24, § 3 e dall'art. 43 della Direttiva 2013/32/UE e dagli artt. 8, 9 e 11 della Direttiva 2013/33/UE<sup>676</sup>.

In specie, nella pronuncia in esame, dopo aver riaffermato che l'obbligo, imposto ai richiedenti asilo, di soggiornare in modo permanente presso tali zone di transito nel corso dell'intera procedura di esame delle rispettive domande di protezione<sup>677</sup> integra un «trattenimento» ai sensi dell'art. 2, lett. h) della Direttiva 2013/33/UE<sup>678</sup>, la Corte ha ribadito come siffatto sistema di trattenimento, generalizzato e automatico, dei richiedenti asilo – disciplinato dall'art. 80/J, § 5 della Legge ungherese sul diritto di asilo – sia stato instaurato al di fuori dei casi tassativamente previsti dall'art. 8, § 3, c. 1 della Direttiva 2013/33/UE, nonché in spregio alle garanzie poste in materia dal diritto dell'Unione.

A quest'ultimo riguardo, infatti, i giudici di Lussemburgo hanno riscontrato la violazione, da parte delle autorità ungheresi, dell'art. 43 della c.d. Direttiva procedure, che (come già osservato) disciplina il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito delle «*procedure di frontiera*», al fine di verificare, prima di autorizzarne l'ingresso nel territorio statale, l'ammissibilità o (in alcuni specifici casi) la fondatezza della domanda di protezione dagli stessi presentata<sup>679</sup>; nonché delle garanzie procedurali rispettivamente poste dall'art. 9, § 2 della c.d. Direttiva accoglienza, in termini di previa predisposizione di un provvedimento scritto e motivato che disponga il trattenimento; dall'art. 24, § 3 della c.d. Direttiva procedure, in virtù del quale sussiste, a carico dello Stato membro, l'obbligo di tenere in debita considerazione le peculiari esigenze dei richiedenti che siano stati identificati quali soggetti 'vulnerabili', in quanto tali meritevoli di garanzie procedurali particolari, in grado di assicurare loro un 'sostegno adeguato'<sup>680</sup>; e, da ultimo, dall'art. 11, § 2 della c.d. Direttiva accoglienza, ai sensi del quale i soggetti minori possono essere trattenuti «*solo come ultima risorsa*»<sup>681</sup>.

---

<sup>676</sup> In occasione della predetta pronuncia, la Grande Sezione ha preliminarmente precisato che la chiusura delle zone di transito di *Röszke* e di *Tompa*, avvenuta a seguito della sentenza *FMS e altri* del 14 maggio 2020 (cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU), dovesse reputarsi irrilevante nell'ambito dell'esame del ricorso sottoposto, poiché «*l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, ossia, nel caso di specie, l'8 febbraio 2018*». *Ibidem*, § 156.

<sup>677</sup> Ovvero nel corso del procedimento giurisdizionale avente ad oggetto l'esame del ricorso diretto a contestare un'eventuale decisione di rigetto delle stesse.

<sup>678</sup> *Ibidem*, § 166.

<sup>679</sup> V. *supra*, Capitolo II, Sezione II, § 2.2.2.

<sup>680</sup> *Ibidem*, § 192.

<sup>681</sup> *Ibidem*, § 201.

Peculiare interesse suscita il passaggio in cui la Corte respinge l'obiezione del Governo ungherese, secondo cui il disposto dell'art. 72 TFUE<sup>682</sup> consentirebbe agli Stati membri di derogare alle norme di diritto derivato adottate in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea ex art. 78 TFUE, qualora il rispetto delle stesse osti alla gestione adeguata di una situazione di emergenza «*caratterizzata da un afflusso in massa di richiedenti protezione internazionale*»<sup>683</sup>. Talché, secondo il Governo convenuto, la normativa ungherese che regolamentava le procedure condotte nelle zone di transito di *Röszke e Tompa* avrebbe potuto derogare al disposto degli artt. 24, § 3 e 43 della Direttiva 2013/32/UE, in ragione della crisi migratoria che le autorità ungheresi erano chiamate a fronteggiare.

Nel rigettare l'obiezione sollevata dal Governo magiaro, la Corte di Lussemburgo, dopo aver precisato che l'art. 72 TFUE deve essere oggetto di un'interpretazione restrittiva<sup>684</sup>, ha rilevato come l'Ungheria, nel caso di specie, abbia omesso di dimostrare, in modo sufficientemente adeguato, le ragioni in virtù delle quali fosse necessario derogare alle citate norme di diritto derivato, limitandosi ad invocare, in termini generici, «*i rischi di turbative dell'ordine pubblico e della sicurezza interna che un afflusso in massa di richiedenti protezione internazionale potrebbe causare*»<sup>685</sup>. Per poi concludere sottolineando che il Legislatore europeo, in seno alle Direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE, ha debitamente contemplato l'ipotesi in cui uno Stato membro debba far fronte ad un significativo aumento delle domande di protezione internazionale, ivi dettando una disciplina specifica che consente di derogare parzialmente alla normativa generale<sup>686</sup>.

---

<sup>682</sup> Tale norma sancisce che le disposizioni contenute nel Titolo V del TFUE, dedicato allo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia – ivi incluse le norme dettate in materia di protezione internazionale – non ostano all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

<sup>683</sup> *Ibidem*, § 213.

<sup>684</sup> Ragion per cui il disposto in esame «*non può essere interpretato nel senso che conferisce agli Stati membri il potere di derogare alle disposizioni del diritto dell'Unione mediante un mero richiamo a responsabilità che incombono sui medesimi per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna*»; *ibidem*, § 215. Nei medesimi termini, v. Corte di Giustizia, *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca*, cause C-715/17, C-718/17 e C-719/17, 2 aprile 2020, § 144-145.

<sup>685</sup> *Ibidem*, § 217.

<sup>686</sup> Vengono in rilievo, da un lato, gli artt. 10, § 1 e 18 § 9 della Direttiva 2013/33/UE, che consentono di derogare parzialmente alla disciplina generale, posta dalla c.d. Direttiva accoglienza, nell'ipotesi in cui non sia più possibile collocare i richiedenti asilo in centri di permanenza temporanea, ovvero disporne l'alloggio in centri di accoglienza. Dall'altro lato, l'art. 43, § 3 della Direttiva 2013/32/UE che, come specificato dalla Corte, «*consente, in caso di afflusso in massa di richiedenti protezione internazionale alle frontiere di uno Stato membro o nelle zone di transito di quest'ultimo, di proseguire le procedure di frontiera previste da tale articolo 43 al di là del termine di quattro settimane previsto al paragrafo 2 di quest'ultimo, limitando al contempo la libertà di movimento di tali richiedenti a una zona situata nelle immediate vicinanze delle frontiere o delle zone di transito di tale Stato membro, conformemente all'articolo 7 della direttiva 2013/33*». *Ibidem*, § 222-224.

Certo, anche alla luce di tali osservazioni, la posizione assunta dalla Grande Camera della Corte EDU nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria* un poco sconcerata: l'importanza, sottolineata dai giudici di Strasburgo, di adottare un approccio 'pratico e realistico' – che poi tanto realistico non è, come illustrato *supra*<sup>687</sup> – nella risoluzione della *quaestio iuris* concernente la natura giuridica della permanenza di richiedenti asilo presso una zona di transito terrestre, che consideri le difficoltà affrontate dagli Stati nella gestione del fenomeno migratorio e, ancor più, che riconosca loro, in ottica scriminante, la possibilità di adottare provvedimenti nei confronti degli stranieri che tentino di eludere le misure nazionali di contrasto all'immigrazione irregolare, lasciando di fatto 'mano libera' alle autorità di frontiera ivi operanti, mal si concilia con l'antitetica conclusione cui è pervenuta la Grande Sezione della Corte di Giustizia nella trattazione delle predette controversie (*in primis*, la sentenza *FMS e altri* del 14 maggio 2020). Così snaturando la funzione storicamente svolta dalla Corte di Strasburgo nel panorama giurisdizionale europeo, che pare quasi volersi sottrarre al proprio ruolo istituzionale di garante dei diritti umani fondamentali. Finanche giungendo sino a rendere il diritto tutelato dall'art. 5 CEDU 'teorico ed illusorio', piuttosto che 'concreto ed effettivo'<sup>688</sup>.

Un risultato paradossale, quello raggiunto a Strasburgo, che – nel contraddire l'essenza di «*living instrument*»<sup>689</sup> che sin dalle origini ha connotato la Convenzione europea, in virtù dell'interpretazione evolutiva dell'assetto normativo convenzionale garantita dalla giurisprudenza della Corte EDU (almeno sino ad oggi)<sup>690</sup> – ha inevitabilmente condotto ad un ulteriore affievolimento delle garanzie dei soggetti migranti nel complesso scenario dell'implementazione delle misure coercitive di gestione dei flussi migratori al confine, ossia in quei luoghi di 'non diritto' ove l'intervento del massimo consesso di Strasburgo risulterebbe essenziale al fine di preservare lo 'spirito' della Convenzione.

Ebbene, con la sentenza resa all'esito della controversia *FMS e altri* – i cui principi di diritto in materia di trattenimento di richiedenti asilo sono stati reiterati nella successiva pronuncia della Corte di Giustizia del 17 dicembre 2020<sup>691</sup> – la Grande Sezione della Corte di Lussemburgo è riuscita ove la Corte EDU ha fallito: ripristinare il rispetto dei principi chiave sui quali si fonda l'integrazione europea (e, più in generale, del suo

---

<sup>687</sup> V. *supra*, Capitolo II, Sezione II, § 2.1.1.

<sup>688</sup> In questi termini, S. ZIRULIA, *op. cit.*, p. 9.

<sup>689</sup> JACOBS, WHITE AND OVEY, *op. cit.*, p. 4.

<sup>690</sup> V. *supra*, Capitolo I, Sezione I, § 1.

<sup>691</sup> Corte di Giustizia, *Commissione europea c. Ungheria*, causa C-808/18, cit., § 155 e ss.

«patrimonio costituzionale» comune)<sup>692</sup> – tra i quali spicca l’intangibilità del diritto alla libertà personale *ex art. 6 CDFUE* – nelle c.d. ‘*zone d’ombra*’ ai margini dello Spazio europeo, ossia i luoghi ‘di frontiera’ situati al confine esterno dell’Unione, teatro di ripetute violazioni dei diritti fondamentali dei soggetti migranti.

Anche tali luoghi non possono ritenersi sottratti all’egida del diritto dell’Unione, tanto primario (anzitutto, la Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE), quanto secondario (le rilevanti Direttive europee in materia migratoria): così ponendo un freno alla diffusa prassi del trattenimento *de facto* dei migranti, perpetrato in spregio ai requisiti e alle garanzie sostanziali e procedurali operanti in materia di privazione della libertà personale.

---

<sup>692</sup> Sul punto, v. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002; v. anche V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione Europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., p. 8.

## SEZIONE III

### Il contributo offerto dalla Corte di Strasburgo alle problematiche sottese alla “*questione migratoria*”: recenti pronunce giurisprudenziali e nuove prospettive

#### 3. Migrazioni e diritti umani fondamentali in Europa.

Nello scenario internazionalistico, il fenomeno migratorio e le correlate esigenze di tutela dei diritti dello ‘straniero’<sup>693</sup> – in particolare, *sub specie* di soggetto beneficiario di forme di protezione internazionale<sup>694</sup> – rinvencono il proprio regime giuridico in diverse Carte o Trattati internazionali<sup>695</sup>, che fissano *standards* minimi di tutela e assistenza dei c.d. «*migranti forzati*»<sup>696</sup> a livello sovranazionale, oltre che – con specifico riguardo al contesto europeo – nell’ambito del c.d. Sistema Europeo Comune di Asilo<sup>697</sup>.

Senonché, all’interno di tale *corpus* normativo fatica ad includersi, quantomeno per specificità dei contenuti, la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali: il dettato convenzionale, infatti, non contiene

---

<sup>693</sup> Sul concetto di ‘straniero’ nel diritto internazionale e sulle categorie giuridiche che lo interessano, v. B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2013. Più in generale, sulla gestione del fenomeno migratorio a livello internazionale, v. I. AWAD, *The Multiple Levels of Governance of International Migration: Understanding Disparities and Disorder*, in *American Journal of International Law Unbound*, Vol. 111, 2017, p. 153-158. In merito all’impatto sulla questione migratoria del movimento a tutela dei diritti umani fondamentali, v. H. LAMBERT, *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, n. 3, 1999, p. 515-544.

<sup>694</sup> Si fa peculiare riferimento allo *status* di rifugiato, al beneficiario di ‘protezione sussidiaria’ e di ‘protezione temporanea’ – nonché, prima della sua abrogazione, all’istituto della ‘protezione umanitaria’ – così come alla discussa categoria del c.d. migrante economico. Al riguardo, v. M. GESTRI, *La protezione internazionale*, cit., p. 77 e ss.; C. FAVILLI, *La protezione internazionale nell’ordinamento dell’Unione europea*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, CEDAM, 2011, p. 121-146.

<sup>695</sup> Tra le fonti internazionali che interessano in modo specifico la materia migratoria, occorre richiamare la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, adottata il 10 dicembre 1948 dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite (che, pur avendo natura di atto giuridicamente non vincolante, contiene diverse disposizioni dedicate allo *status* dello straniero: si v. gli artt. 2, 4, 13 § 2, 14 e 15); la Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e il Protocollo addizionale di New York del 31 gennaio 1967 relativi allo *status* dei rifugiati; la Dichiarazione sull’asilo territoriale, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 14 dicembre 1967; la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 ed entrata in vigore il 26 giugno 1987; la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1990 ed entrata in vigore il 1 luglio 2003; nonché, più recentemente, la Dichiarazione di New York per i rifugiati e i migranti, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 19 settembre 2016 (UN Doc A/RES/71/1).

<sup>696</sup> V. M. GESTRI, *op. cit.*, p. 79, secondo il quale con tale espressione si fa riferimento a «*coloro che siano costretti a fuggire per salvarsi la vita o evitare gravi lesioni ai propri diritti umani essenziali*».

<sup>697</sup> Per quanto di interesse ai fini del presente elaborato, v. *supra*, Capitolo II, sezione I, § 1. Per un inquadramento generale della materia, v. M. GESTRI, *op. cit.*, p. 80-82; F. CHERUBINI, *L’asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell’Unione europea*, Bari, Cacucci Editore, 2012; G. MORGESE, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell’ordinamento italiano*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 4/2013, p. 15 ss.



alcuna previsione specificamente dedicata alla questione migratoria (*ivi* compreso il diritto di asilo)<sup>698</sup>.

Per vero, l'assenza di un riferimento esplicito alla materia *de qua* nell'assetto convenzionale deve ragionevolmente ricondursi al contesto storico entro cui è sorta la Convenzione: all'indomani della Seconda guerra mondiale, il fine primario perseguito dai suoi redattori era quello di garantire «*un'unione più stretta*» tra gli Stati parti, fondata sul rispetto dei valori comuni al c.d. 'patrimonio costituzionale' europeo, quali la giustizia, la pace, la democrazia e la tutela dei diritti dell'uomo<sup>699</sup>.

Priorità altre e diverse che, per lungo tempo, hanno relegato le necessità di tutela connesse allo *ius migrandi* ai margini del Sistema convenzionale<sup>700</sup>, salvo talune (pur circoscritte) eccezioni<sup>701</sup>: in particolare, si allude al disposto dell'art. 5, § 1, lett. f) CEDU, che – si è già visto – consente l'arresto o la detenzione regolare di una persona «*per impedirle di entrare illegalmente nel territorio*» dello Stato, ovvero di un soggetto nei cui confronti «*è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione*», subordinandone la legittimità al rispetto delle garanzie procedurali poste dai § 2 e seguenti della norma<sup>702</sup>; all'art. 16 CEDU in materia di «*restrizioni all'attività politica degli stranieri*»<sup>703</sup>; al

---

<sup>698</sup> In questi termini, B. ÇALI, L. BIANKU, I. MOTOC, *Migration and the European Convention on Human Rights*, in B. ÇALI, L. BIANKU E I. MOTOC (a cura di), *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 11. *Ex adverso*, in ottica comparata, si deve precisare che, sul piano regionale, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea prevede specifiche disposizioni in materia di diritto di asilo: segnatamente, gli artt. 18 (rubricato «*diritto di asilo*») e 19 (rubricato «*protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione*»). Sul punto, v. P. DE PASQUALE, *Commento all'art. 18 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 349-367; B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *Commento all'art. 19 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 367-385.

<sup>699</sup> Si v., in tal senso, il Preambolo alla Convenzione, nella parte in cui afferma che «*il fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri, e che uno dei mezzi per conseguire tale fine è la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; [r]iaffermato il loro profondo attaccamento a tali libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si fonda essenzialmente, da una parte, su un regime politico effettivamente democratico e dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei diritti dell'uomo di cui essi si valgono*».

<sup>700</sup> Non senza fomentare preoccupazioni e critiche anche tra i commentatori dell'epoca: v., ad esempio, H. LAUTERPACHT, *An International Bill of the Rights of Man*, Columbia University Press, 1945. Per un approfondimento al riguardo, v. B. SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 690; M. B. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 57.

<sup>701</sup> In questi termini, v. B. ÇALI, L. BIANKU, I. MOTOC, *op. cit.*, p. 11.

<sup>702</sup> V. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.5.5.

<sup>703</sup> V. S. GRANATA MENGHINI, *Commento all'art. 16 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012, p. 564-570.

precetto di cui all'art. 4 del Protocollo Addizionale n. 4 alla CEDU<sup>704</sup>, che pone il «*divieto di espulsioni collettive di stranieri*»<sup>705</sup>; nonché, da ultimo, all'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 7 alla CEDU<sup>706</sup>, che prevede specifiche garanzie procedurali nei casi di espulsione individuale.

Nonostante tale 'vuoto normativo', sin dagli albori del sistema convenzionale i giudici di Strasburgo – in un primo momento la Commissione Europea dei Diritti Umani, successivamente la Corte EDU – furono investiti di molteplici questioni che interessavano, a vario titolo, lo *status* dei soggetti migranti<sup>707</sup>: in effetti, pur in assenza di precetti a ciò specificamente dedicati, era evidente come il 'nocciolo duro' dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, da riconoscersi in capo all'individuo in quanto tale, fosse suscettibile di trovare applicazione (anche) in materia d'immigrazione.

In tal senso depone *expressis verbis* l'art. 1 CEDU<sup>708</sup>, nella misura in cui afferma che i diritti ivi sanciti sono da riconoscersi in capo a «*ogni persona*» sottoposta alla giurisdizione degli Stati parti: è oggi pacifico che in siffatta nozione rientrino tanto i cittadini, quanto gli stranieri o gli apolidi<sup>709</sup>.

Eppure, tali tentativi si rivelarono a lungo infruttuosi<sup>710</sup>. Le sistematiche pronunce di inammissibilità dei ricorsi presentati *in subiecta materia*, ad opera dell'allora Commissione<sup>711</sup>, si frapposero agli iniziali sforzi che miravano a promuovere il progressivo sviluppo, in via giurisprudenziale, di un sistema di tutela dei diritti fondamentali dei migranti. Tanto che, come rilevato in dottrina<sup>712</sup>, le prime pronunce giurisprudenziali foriere di un simile orientamento giunsero soltanto alla fine degli anni

---

<sup>704</sup> Adottato il 16 settembre 1963 ed entrato in vigore il 2 maggio 1968.

<sup>705</sup> V. C. FAVILLI, *Commento all'art. 4 Protocollo n. 4 alla CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012, p. 866-872.

<sup>706</sup> Adottato il 22 novembre 1984 ed entrato in vigore il 1 novembre 1988.

<sup>707</sup> Sul punto, v. M. B. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants*, cit., p. 161-249; C. COSTELLO, *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored*, *Human Rights Law Review*, Vol.12, issue 2, 2012, p. 287-339.

<sup>708</sup> R. SAPIENZA, A. COSSIRI, *Commento all'art. 1 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012, p. 13-35.

<sup>709</sup> V. anche M. GESTRI, *Obblighi internazionali di protezione dello straniero e tutela dei diritti 'universali' della persona*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 296.

<sup>710</sup> Forse perché, come precisato in dottrina, «*European citizens were conceived as the Convention's natural beneficiaries*»; in questi termini, M. B. DEMBOUR, *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights*, cit., p. 21.

<sup>711</sup> Che all'epoca svolgeva una funzione 'filtro', essendo deputata al vaglio circa l'ammissibilità dei ricorsi presentati all'organo di Strasburgo, sino all'entrata in vigore del Protocollo n. 11 alla CEDU (il 1 novembre 1998).

<sup>712</sup> M. B. DEMBOUR, *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights*, cit., p. 20-21.

‘80 del secolo scorso (ossia, dopo più di trent’anni dall’entrata in vigore della Convenzione)<sup>713</sup>.

Vero è che, a partire da quel momento, la giurisprudenza di Strasburgo ha fornito un considerevole impulso al riconoscimento di *standards* di tutela a beneficio dei soggetti migranti, progressivamente estendendo la portata dei singoli precetti convenzionali alle problematiche sottese al fenomeno in commento, in virtù di un’interpretazione evolutiva dell’assetto normativo convenzionale, inteso «*as a ‘constitutional instrument of European public order’*»<sup>714</sup>, giungendo – sia pure per certi versi – sino a trasformare la Convenzione «*into a convention for migrants in Europe*»<sup>715</sup>.

Tra i diritti convenzionali interessati da tale processo di interpretazione ‘dinamica’ del dettato normativo – in dottrina si è parlato, al proposito, di «*interpretive creativity*»<sup>716</sup> – hanno assunto peculiare rilievo il «*diritto alla vita*» ex art. 2 CEDU<sup>717</sup>; la «*proibizione della tortura*» ex art. 3 CEDU, più volte al vaglio della Corte in relazione alle condizioni di trattenimento di migranti o richiedenti asilo, in particolare a motivo del sovraffollamento dei centri di detenzione o trattenimento, delle condizioni igienico-sanitarie *ivi* in essere e della mancata fornitura di cibo e acqua ai soggetti trattenuti<sup>718</sup>; il «*diritto alla libertà e alla sicurezza*» ex art. 5 CEDU<sup>719</sup>; il «*diritto al rispetto della vita privata e familiare*» ex art. 8 CEDU<sup>720</sup> e quello alla «*libertà di pensiero, di coscienza e*

---

<sup>713</sup> V. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Berrehab c. Paesi Bassi* (ricorso n. 10730/84), 21 giugno 1988 (in materia di mancato rinnovo del permesso di soggiorno e conseguente espulsione in violazione del «*diritto al rispetto della vita privata e familiare*» posto dall’art. 8 CEDU); *Soering c. Regno Unito* (ricorso n. 14038/88), 7 luglio 1989 (in materia di estradizione e correlato rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, in violazione dell’art. 3 CEDU).

<sup>714</sup> B. ÇALI, L. BIANKU, I. MOTOC, *op. cit.*, p. 12.

<sup>715</sup> *Ibidem.*

<sup>716</sup> *Ibidem.*

<sup>717</sup> Si v. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. II, *Bader e Kanbor c. Svezia* (ricorso n. 13284/04), 8 novembre 2005; Grande Camera, *F.G. c. Svezia* (ricorso n. 43611/11), 23 marzo 2016.

<sup>718</sup> V. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Saadi c. Regno Unito* (ricorso n. 13229/03), 29 gennaio 2008; Sez. I, A.A. c. *Grecia* (ricorso n. 12186/08), 22 luglio 2010; Grande Camera, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* (ricorso n. 30696/09), 21 gennaio 2011; Sez. I, *F.H. c. Grecia* (ricorso n. 78456/11), 31 luglio 2014; Grande Camera, *Khlaifia e altri c. Italia* (ricorso n. 16483/12), 15 dicembre 2016; Sez. II, *Babajanov c. Turchia* (ricorso n. 49867/08), 10 maggio 2016. Più recentemente, v. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. IV, *M.A. e altri c. Lituania* (ricorso n. 59793/17), 11 dicembre 2018.

<sup>719</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Amuur c. Francia* (ricorso n. 19776/92), 25 giugno 1996; Grande Camera, *Chahal c. Regno Unito* (ricorso n. 22414/93), 15 novembre 1996; Grande Camera, *A. e altri c. Regno Unito* (ricorso n. 3455/05), 19 febbraio 2009; Sez. IV, *M. e altri c. Bulgaria* (ricorso n. 41416/08), 26 luglio 2011; Grande Camera, *Khlaifia e altri c. Italia* (ricorso n. 16483/12), 15 dicembre 2016. Più recentemente, v. Sez. I, *S.Z. c. Grecia* (ricorso n. 66702/13), 21 giugno 2018; Grande Camera, *Z.A. e altri c. Russia* (ricorsi n. 61411/15, n. 61420/15, n. 61427/15 e n. 3028/16), 21 novembre 2019.

<sup>720</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Berrehab c. Paesi Bassi* (ricorso n. 10730/84), 21 giugno 1988; Sez. I, *Sen c. Paesi Bassi* (ricorso n. 31465/96), 21 dicembre 2001; Sez. II, *Boultif c. Svizzera* (ricorso n. 54273/00), 2 agosto 2001; Grande Camera, *Biao c. Danimarca* (ricorso n. 38590/10), 24 maggio 2016.

di religione» ex art. 9 CEDU<sup>721</sup>; il «diritto a un ricorso effettivo» ex art. 13 CEDU<sup>722</sup>, così come il «divieto di discriminazione» ex art. 14 CEDU<sup>723</sup> e il «divieto di espulsioni collettive di stranieri» ex art. 4 Protocollo n. 4 alla CEDU<sup>724</sup>.

Tuttavia, non si tratta di un assunto da intendersi in termini assoluti. A fronte delle conquiste pur raggiunte in occasione di diverse pronunce della Corte di Strasburgo<sup>725</sup>, si è giustamente rilevato come l'esperienza giurisprudenziale europea in materia migratoria appaia fortemente eterogenea, nella misura in cui consta di altrettante decisioni nel cui ambito la Corte, adottando un approccio 'restrittivo' nell'interpretazione del testo convenzionale (c.d. «*interpretive restraint*»)<sup>726</sup>, ha di fatto privilegiato interessi connessi al principio di 'sovranità statale' («*state sovereignty*») a scapito delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dello straniero<sup>727</sup>.

Nel sancire, in molteplici occasioni, la non violazione (o addirittura l'inapplicabilità) delle disposizioni convenzionali di volta in volta interessate dalle problematiche connesse allo *status* di migrante – ad esempio, in materia di permesso di soggiorno<sup>728</sup>, di diritto all'unità familiare<sup>729</sup>, ovvero del (non) diritto di 'migrare' o di ottenere 'asilo', a fronte del rischio di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU nel Paese di rimpatrio<sup>730</sup> – la Corte EDU ha inevitabilmente cagionato un *deficit* di protezione che mal si concilia con la sua '*raison d'être*' istituzionale<sup>731</sup>.

---

<sup>721</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Jakóbski c. Polonia* (ricorso n. 18429/06), 7 dicembre 2010; Grande Camera, *S.A.S. c. Francia* (ricorso n. 43835/11, 1 luglio 2014; Sez. II, *Lachiri c. Belgio* (ricorso n. 3413/09), 18 settembre 2018.

<sup>722</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *R.U. c. Grecia* (ricorso n. 2237/08), 7 giugno 2011; Sez. IV, *M.A. e altri c. Lituania* (ricorso n. 59793/17), 11 dicembre 2018.

<sup>723</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Gaygusuz c. Austria* (ricorso n. 17371/90), 16 settembre 1996; Sez. IV, *Niedzwiecki c. Germania* (ricorso n. 58453/00), 25 ottobre 2005; Grande Camera, *Andrejeva c. Lituania* (ricorso n. 55707/00), 18 febbraio 2009; Sez. III, *Novruk e altri c. Russia* (ricorsi n. 31039/11, n. 48511/11, n. 76810/12, n. 14618/13 e n. 13817/14), 15 marzo 2016.

<sup>724</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Čonka c. Belgio* (ricorso n. 51564/99), 5 febbraio 2002; Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (ricorso n. 27765/09), 23 febbraio 2012; Sez. II, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia* (ricorso n. 16643/09), 21 ottobre 2014.

<sup>725</sup> In materia di trattenimento di migranti, v. altresì Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Benham c. Regno Unito* (ricorso n. 19380/92), 10 giugno 1996; Sez. II, *Marturana c. Italia* (ricorso n. 63154/00), 4 marzo 2008.

<sup>726</sup> B. ÇALI, L. BIANKU, I. MOTOC, *Migration and the European Convention on Human Rights*, cit., p. 12.

<sup>727</sup> M. B. DEMBOUR, *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights*, cit., p. 19.

<sup>728</sup> V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Bonger c. Paesi Bassi* (ricorso n. 10154/04), 15 settembre 2005.

<sup>729</sup> V., in particolare, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Regno Unito*, cit.

<sup>730</sup> V., al riguardo, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito* (ricorsi n. 13163/87, n. 13164/87, n. 13165/87, n. 13447/87 e n. 13448/87), 30 ottobre 1991.

<sup>731</sup> In termini assai critici si è espressa in dottrina *Marie-Bénédicte Dembour*, allorché afferma provocatoriamente che «[s]ince the mid-1980's, the ECtHR had adopted a number of principles regarding migrants' rights, or rather non rights. In particular, (...) the Court had established that non-nationals have no right to choose the country where they wish to live, no right not to be separated from their families, no right to be able to rely on social protection systems, and no right to be granted a particular residence permit». M. B. DEMBOUR, *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights*, cit., p. 25. Sul punto, v. diffusamente IDEM, *op. cit.*, p. 19-40.

Per dare il segno di ciò di cui si tratta, basti qui richiamare la pronuncia della Corte di Strasburgo resa all'esito della controversia *Maaouia c. Francia*, ove la *quaestio iuris* concerneva l'applicabilità delle garanzie poste dall'art. 6, § 1 CEDU, in materia di 'giusto processo' («*fair trial*»), alle procedure di espulsione degli stranieri: in tale occasione, la Grande Camera ha negato l'operatività della norma *de qua* nel caso sottoposto al suo vaglio, sostenendo che le decisioni concernenti «*the entry, stay and deportation of aliens do not concern the determination of an applicant's civil rights or obligations or of a criminal charge against him, within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention*»<sup>732</sup>.

Orbene, proprio in questo *corpus* giurisprudenziale permeato da 'luci e ombre' si inseriscono talune pronunce della Corte EDU che, negli ultimi anni, hanno interessato specificamente la materia del trattenimento (e dell'espulsione) di stranieri irregolari (anche e soprattutto in relazione alle politiche migratorie dell'Italia): il vaglio delle stesse consente di cogliere la *ratio* sottesa agli ultimi sviluppi cui è pervenuta la giurisprudenza europea<sup>733</sup>, che si inseriscono nel quadro di un indirizzo giurisprudenziale *ab origine* piuttosto 'cauto', ma ad oggi progressivamente meno scrupoloso in materia di tutela dei diritti dei migranti e richiedenti asilo, a fronte della gestione, in prospettiva securitaria, dei flussi migratori in entrata verso il continente europeo.

### **3.1. Sul 'trattenimento' di migranti irregolari nei centri di identificazione ed espulsione: le risultanze del caso *Richmond Yaw e altri c. Italia*.**

Sul finire del 2016, la Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi – lo si anticipa sin da ora, in termini assolutamente condivisibili – in merito ai profili di legalità 'convenzionale' del trattenimento (o c.d. «*detenzione amministrativa*») di migranti irregolari all'interno di centri di identificazione ed espulsione (CIE), disciplinato, a livello interno, dagli artt. 13 e 14 del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico sull'Immigrazione)<sup>734</sup>.

Una sentenza, quella assunta all'esito della controversia *Richmond Yaw e altri c. Italia*<sup>735</sup>, che assume peculiare rilievo in virtù dei principi di diritto ivi enunciati (*rectius*,

---

<sup>732</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Maaouia c. Francia* (ricorso n. 39652/98), § 40. Così M. B. DEMBOUR, *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights*, cit., p. 22.

<sup>733</sup> Si fa precipuo riferimento alla sentenza *Ilias e Amhed c. Ungheria* del 21 novembre 2019.

<sup>734</sup> D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 recante il *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* (in G.U. 18.08.1998, n. 191) e successive modificazioni.

<sup>735</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Richmond Yaw e altri c. Italia* (ricorsi n. 3342/11, n. 3391/11, n. 3408/11 e n. 3447/11), 6 ottobre 2016. Per un commento alla pronuncia, v. G. MENTASTI, *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte EDU: illegittimità della proroga del trattenimento adottata de plano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 3/2018, p. 295-298; A. G. LANA, *Migranti irregolari e Corte di Strasburgo: verso un*

ribaditi) dalla Corte – *in primis*, i principi di legalità e di controllo giurisdizionale – il cui rispetto deve necessariamente permeare l’operato delle autorità nazionali (tanto giurisdizionali, quanto amministrative e di polizia) nel quadro della detenzione amministrativa dei migranti irregolari.

Circa i fatti sottesi alla pronuncia in commento, il procedimento originava da quattro ricorsi proposti nei confronti dell’Italia da altrettanti cittadini ghanesi (*Taky Berko Richmond Yaw, Yaw Ansu Matthew, Darke Isaac Kwadwo e Dominic Twumasi*), i quali lamentavano l’illegittima privazione della libertà personale, subita nelle more del procedimento di esecuzione delle rispettive misure di espulsione.

In particolare, i ricorrenti erano fuggiti dal loro Paese di origine a causa dei violenti scontri religiosi ivi allora in essere, giungendo in Italia nel giugno 2008, ove venivano assistiti da associazioni di volontariato che operavano nel casertano.

Il 20 novembre 2008 la Prefettura di Caserta notificava loro un decreto di espulsione, in virtù del quale, all’esito della convalida da parte del Giudice di Pace, sarebbero stati accompagnati alla frontiera e conseguentemente espulsi dal territorio nazionale.

Lo stesso giorno, stante la mancata convalida del decreto di espulsione da parte della competente autorità giudiziaria, la Prefettura disponeva il collocamento dei ricorrenti presso il centro di identificazione ed espulsione (CIE) di Ponte Galeria, a Roma, affinché fosse possibile procedere alla loro compiuta identificazione.

In data 24 novembre 2008 il Giudice di Pace di Roma convalidava il provvedimento di trattenimento presso il CIE, senza che il relativo decreto di convalida fosse notificato (o altrimenti comunicato) ai ricorrenti.

Successivamente, su istanza della Questura, il 17 dicembre 2008 il Giudice di Pace di Roma disponeva, ai sensi dell’art. 14, c. 5 D.lgs. n. 286/1998<sup>736</sup>, la proroga del

---

*affievolimento delle tutele? (artt. 5 e 8 CEDU), in A. DI STASI (a cura di), CEDU E ORDINAMENTO ITALIANO. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2016-2020), Milano, Wolters Kluwer, 2020, p. 242-246.*

<sup>736</sup> Che recita: «[l]a convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi tre mesi. Qualora l’accertamento dell’identità e della nazionalità ovvero l’acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà, il giudice, su richiesta del questore, può prorogare il termine di ulteriori tre mesi. Anche prima di tale termine, il questore esegue l’espulsione o il respingimento, dandone comunicazione senza ritardo al giudice. Il termine complessivo di sei mesi può essere prorogato dal giudice, su richiesta del questore, per ulteriori periodi di tre mesi e per una durata complessiva non superiore ad altri dodici mesi, nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l’operazione di allontanamento sia durata più a lungo a causa della mancata cooperazione da parte dello straniero o dei ritardi nell’ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi. Lo straniero che sia già stato trattenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a quello di sei mesi può essere trattenuto presso il centro alle condizioni e per la durata indicati nel periodo precedente. Nei confronti dello straniero a qualsiasi titolo detenuto, la direzione della struttura penitenziaria richiede al questore del luogo le informazioni sull’identità e sulla nazionalità dello stesso. Nei medesimi casi il questore avvia la procedura di

trattenimento dei ricorrenti all'interno del predetto CIE per ulteriori 30 giorni (fino al 23 gennaio 2009), poiché la loro procedura di identificazione non era stata completata: siffatta decisione veniva adottata *de plano*, senza la previa fissazione di un'udienza camerale, in assenza dei ricorrenti e del loro legale. Questi ultimi, infatti, non erano stati avvisati della richiesta di proroga della misura, né avevano potuto interloquire sul punto innanzi all'autorità giudiziaria, nel contraddittorio delle parti.

È da dire che, nel frattempo, i ricorrenti avevano avanzato domanda di protezione internazionale (il 15 dicembre 2008), a seguito della quale, in data 14 gennaio 2009, venivano rilasciati dal CIE di Ponte Galeria. Alcuni giorni più tardi, i richiedenti venivano convocati in Questura, al fine di formalizzare le rispettive richieste di protezione internazionale, con fissazione dell'udienza innanzi alla competente Commissione territoriale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (al 19 marzo 2009).

Il 16 febbraio 2009 i ricorrenti adivano la Corte di Cassazione, chiedendo l'annullamento della decisione del Giudice di Pace mediante la quale era stato prorogato il loro trattenimento presso il centro di identificazione ed espulsione: lamentando, in particolare, l'illegittimità del provvedimento per violazione dei diritti, costituzionalmente garantiti, al contraddittorio e alla difesa.

Con sentenza dell'8 giugno 2010<sup>737</sup>, la Suprema Corte accoglieva il ricorso dei richiedenti protezione internazionale, annullando la decisione impugnata e dichiarando la nullità del provvedimento di proroga del trattenimento, in quanto adottato *de plano*, senza che fosse stata fissata un'udienza da svolgersi nel contraddittorio delle parti<sup>738</sup>. Per vero, alla luce del *dictum* della Suprema Corte, tanto il provvedimento di convalida del trattenimento, quanto la decisione di proroga della misura avrebbero dovuto soggiacere ai principi cardine che permeano il giusto processo (*ex art. 111 della Costituzione*), ivi

---

*identificazione interessando le competenti autorità diplomatiche. Ai soli fini dell'identificazione, l'autorità giudiziaria, su richiesta del questore, dispone la traduzione del detenuto presso il più vicino posto di polizia per il tempo strettamente necessario al compimento di tali operazioni. A tal fine il Ministro dell'interno e il Ministro della giustizia adottano i necessari strumenti di coordinamento».*

<sup>737</sup> Corte di Cassazione, Sez. I civile, 08 giugno 2010, n. 13767.

<sup>738</sup> In tal senso depongono i principi posti dall'art. 14, c. 5 e 6 del D.lgs. n. 286/1998, che trovano applicazione anche nell'ipotesi di proroga della misura che impone il trattenimento. Al proposito, la Suprema Corte ha rammentato che «già con sentenza n. 4544 del 2010 la Prima Sezione di questa Corte ha chiarito che un'interpretazione costituzionalmente orientata del D. Lgs. n. 286 del 1998, art. 14, comma 5 e 6, consente di ritenere applicabile alla proroga di cui alle menzionate disposizioni le garanzie ed i termini procedurali di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, comma 4 e con i limiti cennati al capoverso che precede, con la conseguente nullità – per violazione del principio del contraddittorio – del decreto emesso *de plano* dal giudice di pace».

incluso il rispetto del diritto di difesa, costituzionalmente tutelato dall'art. 24 della Costituzione<sup>739</sup>.

In virtù della predetta pronuncia della Suprema Corte, i quattro ricorrenti intentavano altrettante azioni civili nei confronti dello Stato italiano (in particolare, i Ministeri dell'Interno e della Giustizia), innanzi al Tribunale di Roma, al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti a motivo della loro ingiusta detenzione. Sennonché, il Giudice nazionale adito respingeva le richieste risarcitorie, adducendo in particolare che, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione, la legittimità della detenzione iniziale non poteva essere inficiata dal mero fatto che la decisione di proroga del trattenimento, adottata dal Giudice di Pace, fosse stata successivamente annullata<sup>740</sup>.

Sulla base di tali premesse fattuali, i ricorrenti adivano la Corte di Strasburgo, lamentando anzitutto di essere stati privati della loro libertà in violazione dei requisiti posti dall'art. 5, § 1 CEDU<sup>741</sup>; con il secondo motivo, denunciavano altresì la violazione del § 4 della norma, in ragione dell'assenza di vie di ricorso interne effettivamente praticabili al fine di contestare la legittimità della loro detenzione, in uno all'eccessiva durata del giudizio svoltosi innanzi alla Corte di Cassazione (protrattosi per oltre diciotto mesi)<sup>742</sup>; infine, con il terzo motivo rilevavano la violazione del successivo § 5, a motivo dell'insussistenza, nell'ordinamento interno, di alcuno strumento cui avrebbero potuto ricorrere per ottenere un'equa riparazione a fronte delle violazioni subite<sup>743</sup>.

In via preliminare, la Corte di Strasburgo si è soffermata sulle eccezioni sollevate dal Governo convenuto, concernenti il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne,

---

<sup>739</sup> Nella sentenza in commento, la Suprema Corte si è uniformata ad una precedente pronuncia della Corte Costituzionale italiana (la sentenza n. 222 dell'8-15.07.2004), in seno alla quale la Consulta aveva dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 5-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), introdotto dall'art. 2 del decreto-legge 4 aprile 2002, n. 51 (Disposizioni urgenti recanti misure di contrasto all'immigrazione clandestina e garanzie per soggetti colpiti da provvedimenti di accompagnamento alla frontiera), convertito, con modificazioni, nella legge 7 giugno 2002, n. 106, nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa»; Corte Costituzionale Italiana, 8 luglio 2004 (dep. il 15 luglio 2004), n. 222. Per un approfondimento sul punto, v. A. RAUTI, *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2004; G. BASCHERINI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge Bossi-Fini*, in Costituzionalismo.it, 20 luglio 2004; E. ZIMBELLI, *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, in Forum di Quaderni costituzionali, 20 febbraio 2005; M. MENGOZZI, *Le recenti vicende del testo unico sull'immigrazione tra Corte Costituzionale e legislazione d'urgenza*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2004.

<sup>740</sup> *Richmond Yaw e altri c. Italia*, cit., § 5-19.

<sup>741</sup> *Ibidem*, § 34.

<sup>742</sup> *Ibidem*, § 79-84.

<sup>743</sup> *Ibidem*, § 85 e ss.



nonché la perdita della qualità di ‘vittima’ ex art. 34 CEDU da parte dei ricorrenti: eccezioni, quelle di cui si tratta, rigettate dai giudici europei senza particolari dubbi o incertezze.

Per quanto concerne la prima eccezione<sup>744</sup> – fondata *inter alia* sulla circostanza che i ricorrenti non avessero interposto appello avverso le predette decisioni di rigetto del Tribunale di Roma – la Corte EDU ha invero ricordato che spetta al Governo che rileva il mancato previo esaurimento delle vie di ricorso interne dimostrare *per tabulas* la sussistenza, nel caso concreto, di un mezzo di impugnazione effettivo ed accessibile, tale da presentare «*des perspectives raisonnables de succès*»<sup>745</sup>. Mentre, nel caso di specie, l’efficacia di un appello avverso le decisioni *de quibus* appariva, agli occhi della Corte, «*pour le moins incertaine*»<sup>746</sup>.

Circa la seconda questione<sup>747</sup> – in virtù della quale il Governo italiano eccepiva la perdita della qualità di ‘vittima’ dei ricorrenti, a motivo dell’avvenuto riconoscimento, da parte della Corte di Cassazione italiana, delle irregolarità che inficiavano la decisione di proroga della misura del trattenimento – la Corte di Strasburgo ha precisato che la sentenza della Suprema Corte non possa integrare una «*une réparation suffisante*», anche perché i ricorrenti non avevano avuto modo di fruire di forme di risarcimento appropriate<sup>748</sup>.

Entrando nel merito delle questioni poste al suo vaglio, in primo luogo la Corte di Strasburgo ha richiamato alcuni principi-cardine della sua elaborazione giurisprudenziale in materia di privazione della libertà personale, ricordando come l’art. 5 CEDU sancisca «*un droit fondamental, la protection de l’individu contre toute atteinte arbitraire de l’État à son droit à la liberté*»<sup>749</sup>. Tale diritto può essere legittimamente compresso soltanto in presenza di una delle ipotesi tassativamente previste al § 1 della norma, lett. a-f) – che, come già sottolineato, devono essere oggetto di interpretazione restrittiva<sup>750</sup> – tra le quali rientra espressamente la privazione della libertà dello straniero «*dans le cadre du contrôle de l’immigration*» (art. 5, § 1, lett. f)<sup>751</sup>.

---

<sup>744</sup> *Ibidem*, § 36-45.

<sup>745</sup> *Ibidem*, § 41. In questi termini, v. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *V. c. Regno Unito* (ricorso n. 24888/94), 16 dicembre 1999, § 57.

<sup>746</sup> *Richmond Yaw e altri c. Italia*, cit., § 42.

<sup>747</sup> *Ibidem*, § 46-51.

<sup>748</sup> *Ibidem*, § 50.

<sup>749</sup> *Ibidem*, § 67.

<sup>750</sup> V. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.4.

<sup>751</sup> *Ibidem*, § 68. Nei medesimi termini, v. *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 43; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *A. e altri c. Regno Unito* (ricorso n. 3455/05), 19 febbraio 2009, § 162-163; *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia* (ricorso n. 30471/08), 22 settembre 2009, § 128.

Tuttavia, la riconducibilità della fattispecie concreta ad uno dei motivi elencati dalla norma in commento non è *ex se* sufficiente a garantirne la legittimità ai sensi dell'assetto convenzionale: la stessa deve parimenti risultare 'regolare' («*régulière*»)<sup>752</sup>, ossia conforme alla pertinente normativa nazionale, sia sostanziale sia procedurale, che a sua volta – sotto il peculiare profilo della 'qualità del diritto' – deve esplicitarsi nel rispetto del sistema convenzionale, inclusi i principi generali *ivi* espressi o impliciti (*in primis*, il principio di certezza del diritto)<sup>753</sup>. La misura restrittiva deve altresì rivelarsi necessaria, alla luce delle circostanze del caso di specie, secondo il criterio della c.d. «*extrema ratio*», in virtù del quale può ricorrersi alla privazione della libertà del soggetto solo qualora altre misure, meno severe, non siano sufficienti a soddisfare il fine perseguito<sup>754</sup>.

In quella sede, la Corte EDU ha richiamato il proprio consolidato orientamento giurisprudenziale in merito alla distinzione tra provvedimenti detentivi manifestamente invalidi (quali, ad esempio, «*ceux qui sont émis par un tribunal en dehors de sa compétence*»)<sup>755</sup> e provvedimenti *prima facie* validi ed efficaci, sino alla pronuncia di annullamento da parte del giudice di secondo grado<sup>756</sup>. Ebbene, un provvedimento mediante il quale viene irrogata una misura detentiva deve reputarsi *ex facie* invalido se il vizio che lo inficia si traduce in una 'irregolarità grave e manifesta' («*irrégularité grave et manifeste*»)<sup>757</sup>, alla luce della casistica elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo<sup>758</sup>.

Applicando tali principi al caso di specie, la Corte EDU ha rilevato che, pur essendo la giurisprudenza interna oramai consolidata circa la necessità di rispettare il principio del contraddittorio anche nell'ipotesi di proroga di una misura detentiva, in data 17 dicembre 2008 il Giudice di Pace di Roma ha adottato *de plano* il provvedimento di proroga del trattenimento, senza rispettare «*les principes déjà fixés par la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation en 2002 et 2004*»<sup>759</sup>. Pertanto, l'omessa convocazione dei migranti e del loro legale, in uno alla mancata fissazione di un'udienza, costituiscono una «*irrégularité grave et manifeste*»<sup>760</sup>, con conseguente illegittimità (o irregolarità) della

---

<sup>752</sup> *Richmond Yaw e altri c. Italia*, cit., § 69.

<sup>753</sup> V. anche *Amuur c. Francia*, cit., § 50; *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, cit., § 130.

<sup>754</sup> *Richmond Yaw e altri c. Italia*, cit., § 71. Nei medesimi termini, v. *Witold Litwa c. Polonia*, cit., § 78; *Stanev c. Bulgaria*, cit., § 143.

<sup>755</sup> *Richmond Yaw e altri c. Italia*, cit., § 72.

<sup>756</sup> Sul punto, v. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.5.

<sup>757</sup> *Richmond Yaw e altri c. Italia*, cit., § 73.

<sup>758</sup> V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Liu c. Russia* (ricorso n. 42086/05), 6 dicembre 2007, § 81; Sez. I, *Garabayev c. Russia* (ricorso n. 38411/02), 7 giugno 2007, § 89; Sez. II, *Marturana c. Italia* (ricorso n. 63154/00), 4 marzo 2008, § 79; Grande Camera, *Mooren c. Germania* (ricorso n. 11364/03, 9 luglio 2009, § 75.

<sup>759</sup> *Richmond Yaw e altri c. Italia*, cit., § 74.

<sup>760</sup> *Ibidem*, § 76.

protrazione del trattenimento dei ricorrenti (dal 17 dicembre 2008 al 14 gennaio 2009) ai fini della loro espulsione.

Per questi motivi, a giudizio della Corte, le autorità nazionali hanno agito in violazione dell'art. 5, § 1, lett. f) CEDU<sup>761</sup>.

Quanto alla seconda doglianza, relativa all'asserita violazione dell'art. 5, § 4 CEDU in materia di diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo<sup>762</sup>, si deve precisare che la Corte di Strasburgo ne ha rilevato l'incompatibilità *ratione materiae* con le disposizioni convenzionali, con conseguente rigetto della stessa, in quanto trattasi di precetto applicabile soltanto alle persone in stato di detenzione, che non può essere invocato «*par une personne en liberté pour faire constater la prétendue illégalité d'une détention antérieure*»<sup>763</sup>.

Nel caso di specie, infatti, i ricorrenti avevano adito la Corte di Cassazione (al fine di contestare la legittimità del provvedimento di proroga del trattenimento) il 16 febbraio 2009, dopo esser stati già rilasciati dal CIE di Ponte Galeria (il 14 gennaio 2009). Per contro – come precisato dalla Corte di Strasburgo – avrebbero ben potuto esperire il suddetto ricorso durante il periodo di detenzione, dal momento che «*rien ne les empêchait de se prévaloir d'un tel recours*»<sup>764</sup>.

Da ultimo, la Corte EDU ha affrontato il quesito concernente la dedotta violazione dell'art. 5, § 5 della Convenzione: come noto, il sub paragrafo in commento riconosce il «*droit à réparation*»<sup>765</sup> in capo al soggetto illegittimamente privato della libertà personale, in violazione dei § 1-4 del disposto normativo in esame, a condizione che la relativa violazione sia accertata in sede nazionale ovvero dalle Istituzioni della Convenzione<sup>766</sup>.

In particolare, i ricorrenti sostenevano di non disporre, nell'ordinamento interno, di alcun rimedio esperibile al fine di ottenere un'equa riparazione per le violazioni subite (e dedotte in sede di ricorso *ex art. 34 CEDU*). Al fine di corroborare la propria tesi, richiamavano precedenti giurisprudenziali delle Corti Europee (la stessa Corte EDU<sup>767</sup>, da un lato, e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>768</sup>, dall'altro), ove i massimi

---

<sup>761</sup> *Ibidem*, § 78.

<sup>762</sup> V. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.6.2.

<sup>763</sup> *Richmond Yaw e altri c. Italia*, cit., § 82.

<sup>764</sup> *Ibidem*, § 83.

<sup>765</sup> *Ibidem*, § 85.

<sup>766</sup> *Ibidem*, § 91. Sul punto, v. anche *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.6.3.

<sup>767</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, *Zečiri c. Italia* (ricorso n. 55764/00), 4 agosto 2005; Sez. II, *Seferovic c. Italia* (ricorso n. 12921/04), 8 febbraio 2011.

<sup>768</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A. c. Italia*, causa C-173/03, 13 giugno 2006.

consessi avevano riconosciuto che tanto il rimedio disciplinato dall'art. 314 c.p.p. (in materia di riparazione per ingiusta detenzione), quanto l'azione di responsabilità civile dei magistrati non costituissero rimedi effettivi («*des remèdes effectifs*»)<sup>769</sup>, a fronte del trattenimento *contra legem* del migrante irregolare.

Ebbene la Corte EDU, dopo aver ribadito l'irregolarità della proroga del trattenimento dei ricorrenti<sup>770</sup> – oggetto di declaratoria di nullità, in sede nazionale, da parte Corte di Cassazione<sup>771</sup> – nonché la mancata operatività, nel caso in commento, del precetto di cui all'art. 314 c.p.p. («*qui est censé fournir un remède en cas de privation de liberté “injuste”*»)<sup>772</sup> – posto che lo stesso non trova applicazione nell'ipotesi di detenzione amministrativa del migrante irregolare, trattandosi di istituto avulso dalla materia processual-penalistica – ha accolto la doglianza in commento, concludendo nel senso che i ricorrenti «*ne disposaient d'aucun moyen pour obtenir, à un degré suffisant de certitude, réparation pour la violation de l'article 5 § 1 f) de la Convention*»<sup>773</sup>, con conseguente violazione dell'art. 5, § 5 CEDU<sup>774</sup>.

A ben vedere, i principi di diritto enunciati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza in commento, tanto in punto di doveroso rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa anche in materia di proroga del trattenimento all'interno di un CIE, quanto in merito all'assenza di un rimedio effettivo ed idoneo a garantire il risarcimento del danno a seguito di ingiusta detenzione, che risulti fruibile anche nel contesto della detenzione amministrativa di stranieri irregolari, hanno spiegato i loro effetti sulla giurisprudenza interna, determinando un'inversione di tendenza nell'operato dei magistrati nazionali, chiamati a conformarsi a quelli che sono gli assunti – per vero, ineludibili – provenienti dalla Corte EDU<sup>775</sup>.

Emblematica, in tal senso, l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 27076 del 23 ottobre 2019, nel cui ambito la Suprema Corte non solo ha confermato l'operatività delle garanzie proprie del c.d. 'giusto processo' – *in primis*, il diritto di difesa e al contraddittorio, tutelati, sotto il profilo interno, dagli artt. 24 e 111 Cost. e, a livello europeo, dagli artt. 47 e 48 CDFUE – nell'ambito del procedimento di convalida della proroga del trattenimento presso un CIE, ma ne ha altresì esteso l'applicazione al riesame

---

<sup>769</sup> *Richmond Yaw e altri c. Italia*, cit., § 88.

<sup>770</sup> *Ibidem*, § 78-79.

<sup>771</sup> *Ibidem*, § 16.

<sup>772</sup> *Ibidem*, § 93.

<sup>773</sup> *Ibidem*, § 95.

<sup>774</sup> *Ibidem*, § 96.

<sup>775</sup> V. Cassazione Civile, Sez. I, 23 ottobre 2019, n. 27076.

del provvedimento di proroga ex art. 15 della Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri), norma che esplica ‘effetto diretto’ nell’ordinamento interno<sup>776</sup>.

Nell’ambito della giurisprudenza di merito, lo stesso Tribunale di Roma – che, si è visto poc’anzi, in occasione delle decisioni del 2014 e del 2016 aveva respinto le richieste risarcitorie avanzate dai ricorrenti nei confronti del Ministero dell’Interno e del Ministero della Giustizia, onde ottenere il risarcimento dei danni subiti a motivo della loro ingiusta detenzione<sup>777</sup> – all’esito della sentenza *Richmond Yaw e altri c. Italia* ha sovvertito il proprio orientamento giurisprudenziale, giungendo sino a riconoscere il diritto al risarcimento nell’ipotesi in cui il trattenimento *de quo* risulti illegittimo<sup>778</sup>.

Ciò ad ulteriore conferma del preminente ruolo rivestito dall’organo giurisdizionale in commento sul piano regionale, nonché del rilievo che le relative pronunce assumono al fine di orientare ‘convenzionalmente’ l’operato delle autorità giurisdizionali (ma anche legislative ed amministrative) interne, sempre più spesso chiamate a raffrontarsi con l’(ambiguo) istituto della c.d. detenzione amministrativa dei migranti irregolari.

### **3.2. Sul ‘trattenimento’ di migranti irregolari nei Centri di Soccorso e Prima Accoglienza e a bordo di navi: la sentenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*.**

Nel quadro delle recenti pronunce della Corte europea in materia migratoria, una posizione di assoluto rilievo è senz’altro occupata dalla sentenza resa dalla Grande Camera il 15 dicembre 2016 all’esito della controversia *Khlaifia e altri c. Italia*<sup>779</sup>, nel cui ambito i giudici di Strasburgo si sono pronunciati in merito alla compatibilità della normativa e prassi italiana sul trattenimento (e respingimento) di stranieri sbarcati irregolarmente sul territorio nazionale con gli *standards* di tutela fissati dal sistema convenzionale<sup>780</sup>.

---

<sup>776</sup> V. Corte di Giustizia, *Hassen El Dridi*, causa C-61/11 PPU, 28 aprile 2011. Secondo la Corte di Cassazione, infatti, «il riesame del trattenimento dello straniero nel CIE, in attesa dell’attuazione del provvedimento di espulsione, pur in assenza di un procedimento ad hoc» deve essere effettuato nel rispetto delle garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio, ed essere introdotto, «in mancanza di apposita disciplina normativa al riguardo, con lo strumento del procedimento camerale ex art. 737 c.p.c.»; *ibidem*.

<sup>777</sup> *Richmond Yaw e altri c. Italia*, cit., § 17-19.

<sup>778</sup> Tribunale di Roma, Sez. II, 17 gennaio 2017, n. 660. V. in materia A. G. LANA, *op. cit.*, p. 260-262.

<sup>779</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Khlaifia e altri c. Italia* (ricorso n. 16483/12), 15 dicembre 2016.

<sup>780</sup> Per un commento alla sentenza, v. M. R. MAURO, *A Step Back in the Protection of Migrant’s Rights: the Grand Chamber Judgment in Khlaifia v. Italy*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 26, 1, 2017, p. 287-317; S. ZIRULIA, S. PEERS, *A template for protecting human rights during the ‘refugee crisis’? Immigration detention and the expulsion of migrants in a recent ECtHR Grand Chamber ruling*, in *EU Law Analysis*, 05.01.2017; F. DE SANTIS, *Trattenimento di migranti in CSPA e “respingimento differito” alla*

Sotto il profilo fattuale, occorre brevemente premettere che, nel settembre 2011, tre cittadini tunisini (*Ben Mohamed Ben Ali Khlaifia, Fakhreddine Ben Brahim Ben Mustapha Tabal e Mohamed Ben Habib Ben Jaber Sfar*) lasciavano il proprio Paese d'origine per fuggire alle rivolte *ivi* in essere – sorte nel quadro della c.d. 'primavera araba' – dirigendosi, a bordo di imbarcazioni di fortuna, verso le coste italiane.

Intercettati dalla Guardia Costiera italiana, venivano scortati al porto di Lampedusa e condotti nel Centro di Soccorso e Prima Accoglienza (di seguito, per brevità, CSPA) situato in Contrada Imbriacola (il 17-18 settembre 2011), oggi divenuto *hotspot*, ove le competenti autorità procedevano alla loro identificazione.

Dopo esser stati trattenuti all'interno del predetto CSPA per alcuni giorni (sino al 20 settembre 2011), in condizioni dagli stessi definite disumane e degradanti, a seguito di un incendio che aveva danneggiato buona parte del centro di accoglienza – scoppiato in occasione di una violenta protesta condotta dai migranti, che si era poi estesa per le vie dell'isola di Lampedusa – i ricorrenti venivano imbarcati (la mattina del 22 settembre 2011) su un volo diretto a Palermo: giunti in città, venivano trasferiti a bordo di navi (*Vincent e Audacia*) ormeggiate nel porto di Palermo, ove erano confinati per ulteriori giorni, insieme a centinaia di altre persone.

Infine, i migranti venivano condotti all'aeroporto di Palermo (rispettivamente, il 27 e 29 settembre 2011), per essere rimpatriati nel Paese d'origine<sup>781</sup>, alla presenza del Console tunisino<sup>782</sup>.

Così ricostruiti i fatti di causa, la Grande Camera ha altresì precisato che risultavano agli atti i rispettivi decreti di respingimento (emessi il 27 e 29 settembre 2011) – che indicavano, quale base giuridica del respingimento con accompagnamento alla frontiera, l'art. 10, c. 2 D.lgs. n. 286/1998<sup>783</sup> – e che i relativi verbali di notifica recavano l'indicazione del rifiuto alla sottoscrizione opposto dai destinatari<sup>784</sup>.

---

*prova della CEDU*, in Giurisprudenza italiana, n. 11/2015, p. 2311 e ss.; F. CANCELLARO, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *Questione Giustizia*, 11.01.2017.

<sup>781</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, GC, cit., § 11-18.

<sup>782</sup> Prima di essere imbarcati sull'aereo diretto in Tunisia, i migranti furono ricevuti dal Console tunisino, il quale – secondo la ricostruzione fornita dai ricorrenti – si sarebbe limitato a registrare i loro dati anagrafici, in conformità all'accordo italo-tunisino concluso, nell'aprile 2011, per il controllo dei flussi migratori provenienti da quel Paese.

<sup>783</sup> A mente del quale «[i]l respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo [c.d. respingimento diretto; n.d.r.]; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso [c.d. respingimento differito; n.d.r.]».

<sup>784</sup> *Ibidem*, § 19-20.

Ciò premesso circa i fatti sottesi alla vicenda in commento, i ricorrenti adivano la Corte di Strasburgo, lamentando, con il primo motivo di ricorso, la violazione dell'art. 5, § 1 CEDU, per esser stati privati della libertà personale in assenza dei presupposti sostanziali cui la norma subordina la legittimità del trattenimento; dell'art. 5, § 2, per non esser stati informati, al più presto e in una lingua loro comprensibile, delle ragioni del trattenimento; nonché dell'art. 5, § 4, per non aver avuto la facoltà di adire l'autorità giudiziaria al fine di contestare la legittimità della loro detenzione.

Con il secondo motivo di ricorso, rilevavano la violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione alle condizioni di trattenimento (da essi definite inumane e degradanti) cui erano stati sottoposti sia presso il CSPA di Lampedusa, sia a bordo delle navi ormeggiate nel porto di Palermo.

Con il terzo motivo, denunciavano la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU, per esser stati vittime di un'espulsione collettiva ad opera delle autorità italiane.

Infine, con il quarto motivo di ricorso, deducevano la violazione dell'art. 13 CEDU, in ragione dell'assenza, nell'ordinamento interno, di un rimedio giurisdizionale effettivo per contestare la dedotta violazione dei loro diritti fondamentali.

È da dire che, in primo grado, la Camera della Corte EDU aveva accolto le doglianze avanzate dai ricorrenti, assumendo una posizione di dura condanna nei confronti della gestione, da parte del Governo italiano, degli ingenti flussi migratori provenienti, in quel periodo, dal Nord Africa (segnatamente, dalla Tunisia e dalla Libia)<sup>785</sup>.

In particolare, in occasione della sentenza del 1 settembre 2015<sup>786</sup>, la Seconda Sezione della Corte aveva riconosciuto – peraltro, all'unanimità – la violazione dell'art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU, a motivo dell'illegittimità del trattenimento dei ricorrenti, tanto presso il centro di accoglienza, quanto a bordo delle navi *Vincent* e *Audacia*. A maggioranza dei suoi membri, la Corte aveva altresì riscontrato la violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione alle condizioni di trattenimento cui erano stati assoggettati i ricorrenti durante il periodo di detenzione; nonché dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU, essendo stati i ricorrenti oggetto di espulsione collettiva, in mancanza di garanzie sufficienti che dimostrassero che la situazione individuale di ciascuno degli interessati fosse stata effettivamente presa in considerazione dalle autorità operanti. Infine, dell'art. 13 della Convenzione, letto in

---

<sup>785</sup> La c.d. 'emergenza sbarchi' che, nel 2011, aveva profondamente scosso il sud dell'Europa.

<sup>786</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *Khlaifia e altri c. Italia* (ricorso n. 16483/12), 1 settembre 2015. Per un approfondimento, v. A. GILIBERTO, *Lampedusa: la Corte EDU condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 ottobre 2015.

combinato disposto con l'art. 3 CEDU e con l'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU, a motivo dell'assenza, nel diritto interno, di un rimedio giurisdizionale effettivo cui gli interessati avrebbero potuto ricorrere, al fine di far valere le loro doglianze ai sensi delle summenzionate disposizioni convenzionali.

Senonché, la Grande Camera della Corte di Strasburgo, chiamata a pronunciarsi su richiesta del Governo convenuto (ai sensi degli artt. 43 CEDU e 73 del Regolamento della Corte), con la sentenza in commento ha parzialmente sovvertito il convincimento raggiunto in primo grado – nei termini che seguiranno – con un *modus operandi* non difforme da quello riscontrato *supra*, allorquando si è trattato di analizzare la pronuncia *Ilias e Ahmed c. Ungheria*.

### **3.2.1. Sulla violazione dell'art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU.**

Quanto alla dedotta alla violazione dell'art. 5, § 1 CEDU, dopo aver ribadito i *principia iuris* che governano l'operatività del disposto convenzionale, la Grande Camera ha respinto l'eccezione di inapplicabilità della norma in esame, sollevata dal Governo convenuto, fondata sull'assenza, nel caso di specie, di una situazione qualificabile in termini di 'privazione della libertà personale'.

In particolare, il Governo italiano aveva rilevato come i ricorrenti fossero stati 'accolti' («*had been received*») all'interno del CSPA di Lampedusa e, successivamente, a bordo delle navi *Vincent* e *Audacia* – da intendersi «*as the “natural extension of the CSPA” of Lampedusa*» – che, lungi dall'essere centri di detenzione, dovevano qualificarsi alla stregua di strutture di primo soccorso e accoglienza per i migranti giunti in Italia nel 2011, per il tempo strettamente necessario alla loro identificazione, in conformità alla rilevante normativa nazionale e sovranazionale, e in funzione del loro successivo respingimento<sup>787</sup>. Per poi precisare che le competenti autorità nazionali, «*faced with a humanitarian and logistical emergency*», erano state costrette ad individuare nuovi 'luoghi' di accoglienza che, a giudizio del Governo, «*could not be regarded as places of detention or arrest*»<sup>788</sup>.

Dal canto loro, i ricorrenti – pur *in abstracto* concordando con il Governo convenuto in merito alla qualificazione giuridica dei suddetti luoghi, alla luce della normativa interna pertinente – avevano sostenuto di essere stati, in concreto, privati della libertà personale. I migranti, infatti, erano stati trattenuti (per un lasso temporale

---

<sup>787</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, GC, cit., § 58.

<sup>788</sup> *Ibidem*, § 59.



compreso tra i nove e i dodici giorni) all'interno di strutture chiuse, poste sotto la costante sorveglianza armata delle forze di polizia, senza possibilità di allontanarsi né di comunicare con l'esterno<sup>789</sup>.

Ebbene, come anticipato poc'anzi, nel rigettare l'eccezione *de qua* la Grande Camera ha anzitutto richiamato il proprio consolidato orientamento giurisprudenziale in virtù del quale, al fine di stabilire se un soggetto sia stato effettivamente privato della libertà personale, è necessario partire dalla disamina della situazione concreta, avvalendosi di una serie di criteri di indagine tipizzati (o criteri-principe), quali la tipologia, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura concretamente considerata<sup>790</sup>.

Ciò posto, i giudici di Strasburgo hanno rilevato come, da un lato, le condizioni concrete di trattenimento dei ricorrenti all'interno del CSPA di Lampedusa e a bordo delle navi *Vincent* e *Audacia* non fossero state contestate dal Governo convenuto; dall'altro, risultassero sinanco confermate tanto nel rapporto della sottocommissione *ad hoc* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE), quanto in quello della commissione straordinaria del Senato (ossia un'Istituzione nazionale)<sup>791</sup>. In aggiunta, il semplice fatto che i ricorrenti, dopo essere fuggiti dal centro di accoglienza (il 21 settembre 2011), fossero stati ricondotti (o meglio, riaccompagnati coattivamente) dalle forze dell'ordine all'interno del predetto CSPA, corrobora la tesi attorea secondo la quale i migranti «*were being held at the CSPA involuntarily*»<sup>792</sup>.

Alla luce di tali considerazioni fattuali, la Grande Camera ha concluso nel senso che, a prescindere dalla qualificazione giuridica del trattenimento *de quo* operata dal diritto interno, gli interessati dovessero reputarsi 'trattenuti' all'interno del CSPA di Lampedusa e a bordo delle navi *Vincent* e *Audacia*, dunque privati della loro libertà personale ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione<sup>793</sup>.

Entrando nel merito della doglianza sollevata con il primo motivo di ricorso, i ricorrenti avevano rilevato come la privazione della libertà cui erano stati assoggettati non rinvenisse alcuna base giuridica nel diritto interno. Per vero, è da dire che, alla luce dell'ordinamento nazionale, l'unica forma lecita di trattenimento cui può essere sottoposto uno straniero che sia entrato illegalmente nel territorio italiano deve individuarsi nel trattenimento all'interno di un Centro di Identificazione ed Espulsione

---

<sup>789</sup> *Ibidem*, § 61-62.

<sup>790</sup> *Ibidem*, § 64. V. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.3.1.

<sup>791</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, GC, cit., § 65-67.

<sup>792</sup> *Ibidem*, § 68.

<sup>793</sup> *Ibidem*, § 71-72.

(CIE), disciplinato – come visto *supra*, nell’ambito della pronuncia *Richmond Yaw e altri c. Italia* – dall’art. 14 del D.lgs. n. 286/1998 (Testo Unico sull’Immigrazione). Detenzione, quest’ultima, che prevede un controllo giurisdizionale (ossia il provvedimento di convalida della decisione amministrativa di trattenimento, adottato dal competente Giudice di Pace), funzionale al vaglio circa la legalità del trattenimento, conformemente al disposto dell’art. 5 CEDU<sup>794</sup>.

*Ex adverso*, il trattenimento all’interno del CSPA di Lampedusa e a bordo delle navi ormeggiate nel porto di Palermo – da qualificarsi, secondo il diritto interno, alla stregua di strutture di accoglienza ‘aperte’ – era sottratto a qualsivoglia forma di controllo giurisdizionale (non essendo richiesta la convalida della misura da parte dell’autorità giudiziaria)<sup>795</sup>.

D’altro canto, i ricorrenti avevano parimenti osservato come il loro trattenimento non potesse rinvenire idonea base legale nel disposto dell’art. 10, c. 2 D.lgs. n. 286/1998, posto che tale norma, pur legittimando i c.d. respingimenti differiti (che si verificano allorquando lo straniero sia stato temporaneamente ammesso nel territorio nazionale «*per necessità di pubblico soccorso*»), non consente alcuna forma di privazione della libertà del soggetto interessato<sup>796</sup>.

Circa l’argomentazione sollevata dal Governo convenuto, secondo la quale, all’epoca dei fatti, le autorità nazionali erano state chiamate ad operare in una situazione di emergenza – avendo dovuto gestire un flusso imprevedibile ed eccezionale di migranti («*an unforeseeable and exceptional arrival of migrants*»)<sup>797</sup> – i ricorrenti avevano ritenuto che non si trattasse di un contesto emergenziale tale da consentire l’adozione di provvedimenti limitativi della libertà, peraltro in assenza di controllo giurisdizionale.

Vero è che, sotto il profilo interno, l’art. 13 Cost. legittima l’autorità di pubblica sicurezza, «*in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge*», ad adottare provvedimenti provvisori, idonei a privare il soggetto della libertà personale. Tuttavia, tali provvedimenti devono essere comunicati entro quarantotto ore all’autorità giudiziaria, nonché dalla stessa convalidati nelle successive quarantotto ore. Nel caso di specie, i migranti erano stati privati della loro libertà «*without any decision by an administrative authority and without validation by a judicial authority*»<sup>798</sup>.

---

<sup>794</sup> *Ibidem*, § 74-75.

<sup>795</sup> *Ibidem*, § 76.

<sup>796</sup> *Ibidem*, § 77.

<sup>797</sup> *Ibidem*, § 79.

<sup>798</sup> *Ibidem*, § 78.

Peraltro, sul piano regionale, lo Stato italiano non si era avvalso – né aveva notificato alcuna intenzione in tal senso – della deroga prevista dall'art. 15 CEDU in caso di stato d'urgenza<sup>799</sup>. Per contro, a giudizio dei ricorrenti, l'operato delle autorità italiane integrava una violazione sistematica e strutturale del diritto fondamentale sancito dall'art. 5 CEDU («*a systemic and structural violation of the fundamental right to liberty of migrants*»), ancora perpetrata, nonostante le ripetute critiche formulate da diverse istituzioni nazionali e internazionali, al momento del deposito del ricorso in commento<sup>800</sup>.

Il Governo aveva invece sostenuto come il soggiorno dei ricorrenti a Lampedusa non fosse sussumibile nell'ambito di applicazione dell'art. 5, § 1, lett. f) CEDU, dal momento che i migranti non erano stati oggetto di alcun provvedimento di espulsione o di estradizione. Al contrario, i ricorrenti erano stati temporaneamente ammessi sul territorio nazionale, identificati all'interno del CSPA ed infine respinti con accompagnamento alla frontiera, senza che la procedura dovesse soggiacere a controllo giurisdizionale, previsto unicamente in caso di espulsione<sup>801</sup>.

All'udienza svoltasi innanzi alla Corte, il Governo aveva altresì dedotto che l'accordo bilaterale tra Italia e Tunisia, firmato nell'aprile 2011, potesse integrare la base giuridica della permanenza dei ricorrenti sull'isola di Lampedusa, trattandosi di atto funzionale al potenziamento dei controlli alla frontiera, nonché all'agevolazione delle misure di rimpatrio dei migranti irregolari tramite procedure semplificate<sup>802</sup>.

Orbene, la Grande Camera, dopo aver riconosciuto che le misure assunte nei confronti dei ricorrenti dovevano reputarsi incluse nell'alveo di operatività dell'art. 5, § 1, lett. f) – dal momento che i migranti avevano fatto ingresso nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, dunque '*irregolarmente*' – ha riscontrato l'assenza, nell'ordinamento giuridico interno, di un'idonea base legale che giustificasse il trattenimento dei ricorrenti.

---

<sup>799</sup> Secondo il disposto in esame, infatti, «1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7. 3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione».

<sup>800</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, GC, cit., § 80.

<sup>801</sup> *Ibidem*, § 81-82.

<sup>802</sup> *Ibidem*, § 83.

Ciò in quanto non sussiste, nel diritto italiano, alcuna norma giuridica che autorizzi (o tantomeno disciplini) il trattenimento di migranti irregolari all'interno di un Centro di Soccorso e Prima Accoglienza. Da un lato, l'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 consente, su ordine del Questore e «*per il tempo strettamente necessario*», il trattenimento dello straniero presso un Centro di Identificazione ed Espulsione («*quando non è 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*»); dall'altro, l'art. 10, c. 2 D.lgs. n. 286/1998 disciplina il respingimento con accompagnamento alla frontiera dello straniero irregolare «*temporaneamente ammess[o] nel territorio per necessità di pubblico soccorso*», senza prevedere la possibilità di adottare alcuna misura restrittiva della libertà personale nei riguardi dei migranti interessati<sup>803</sup>.

Secondo la Grande Camera della Corte, nemmeno il dedotto accordo italo-tunisino dell'aprile 2011 poteva fungere da idonea base legale per la privazione della libertà dei ricorrenti, dal momento che non assolveva ai requisiti posti dal sistema convenzionale (*in primis*, il principio di certezza del diritto): nella misura in cui il testo integrale di tale accordo non era stato reso pubblico, esso non era accessibile ai migranti, i quali non avrebbero potuto prevedere le conseguenze della sua applicazione<sup>804</sup>.

In altri termini, i ricorrenti erano stati detenuti *de facto* all'interno del Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa e a bordo delle navi ormeggiate nel porto di Palermo<sup>805</sup>. Come perentoriamente precisato dalla Corte, l'ambiguità legislativa che connotava la normativa italiana in materia di trattenimento («*detention*») di migranti irregolari «*has given rise to numerous situations of de facto deprivation of liberty and the fact that placement in a CSPA is not subject to judicial supervision cannot, even in the context of a migration crisis, be compatible with the aim of Article 5 of the Convention: to ensure that no one should be deprived of his or her liberty in an arbitrary fashion*»<sup>806</sup>. Con conseguente violazione del disposto dell'art. 5, § 1 CEDU.

Quanto alla dedotta violazione dell'obbligo informativo posto dall'art. 5, § 2 della Convenzione, i ricorrenti avevano lamentato l'assenza di qualsivoglia comunicazione, da parte delle competenti autorità nazionali, in merito ai motivi del trattenimento, durante

---

<sup>803</sup> *Ibidem*, § 97-101.

<sup>804</sup> *Ibidem*, § 102.

<sup>805</sup> In particolare, la Grande Camera ha ritenuto che i ricorrenti «*were not only deprived of their liberty without a clear and accessible legal basis, they were also unable to enjoy the fundamental safeguards of habeas corpus, as laid down, for example, in Article 13 of the Italian Constitution*»; *ibidem*, § 105.

<sup>806</sup> *Ibidem*, § 106.

l'intero periodo di permanenza sul territorio nazionale<sup>807</sup>. Segnatamente – come dagli stessi precisato in sede di ricorso – i decreti di respingimento non solo erano stati adottati al momento del rimpatrio, dunque all'esito del periodo di trattenimento, ma oltretutto non menzionavano, nemmeno in maniera implicita, le ragioni della loro detenzione<sup>808</sup>. Per di più, alla luce del precetto convenzionale, le informazioni e notizie ricevute da membri di Organizzazioni non governative circa il loro *status* non avrebbero potuto supplire all'obbligo informativo posto a carico delle autorità nazionali<sup>809</sup>.

Per contro, il Governo italiano aveva specificato come i ricorrenti fossero stati informati del loro *status* giuridico, in una lingua loro comprensibile e con l'assistenza di interpreti, dalle forze dell'ordine presenti sull'isola al momento dello sbarco<sup>810</sup>.

A fronte di ciò, la Grande Camera, nel richiamare la propria consolidata giurisprudenza in merito al disposto in commento – peraltro funzionale (in termini di *condicio sine qua non*) all'esercizio del diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo in ordine alla legittimità della detenzione, garantito dall'art. 5, § 4 CEDU – ha *in primis* osservato che la rilevata assenza, nel diritto interno, di una base giuridica chiara ed accessibile circa il trattenimento dei ricorrenti ha inevitabilmente impedito l'assolvimento, da parte delle autorità nazionali, dell'obbligo informativo posto dal sub paragrafo in esame, essendo di fatto implausibile che le stesse abbiano potuto comunicare agli interessati le ragioni giuridiche e fattuali delle misure restrittive loro imposte, a fronte dell'insussistenza di un fondamento giuridico cui richiamarsi.

In secondo luogo, a giudizio della Corte, è ragionevole ritenere che i migranti fossero consapevoli dell'irregolarità del loro ingresso sul territorio italiano, nonché verosimile che i ricorrenti fossero stati informati, dalle autorità di polizia operanti sull'isola, del loro *status* giuridico, che implicava l'eventualità di un loro allontanamento. Tuttavia, come precisato dalla Corte, «*information about the legal status of a migrant or about the possible removal measures that could be implemented cannot satisfy the need for information as to the legal basis for the migrant's deprivation of liberty*»<sup>811</sup>.

Peraltro, in merito alla dedotta notificazione ai ricorrenti dei relativi decreti di respingimento, la Corte ha osservato che, anche se gli stessi avessero fornito informazioni circa il fondamento giuridico del trattenimento – come non è avvenuto nel caso di specie – la tardività delle rispettive notifiche non avrebbe soddisfatto il requisito di tempestività

---

<sup>807</sup> *Ibidem*, § 109.

<sup>808</sup> *Ibidem*, § 111.

<sup>809</sup> *Ibidem*, § 112.

<sup>810</sup> *Ibidem*, § 113.

<sup>811</sup> *Ibidem*, § 118.

dell'informativa («*the requirement of promptness*»)<sup>812</sup>, posto dal sub paragrafo in commento.

Alla luce delle suesposte considerazioni, la Grande Camera della Corte EDU ha altresì riscontrato la violazione dell'art. 5, § 2 CEDU.

Con il terzo motivo di ricorso, i ricorrenti avevano conseguentemente dedotto la violazione del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo *ex art. 5, § 4* della Convenzione: in effetti, l'assenza di un provvedimento formale che giustificasse il trattenimento avrebbe loro impedito di contestare, in sede giurisdizionale, la legittimità della detenzione.

Dal suo canto, il Governo convenuto aveva osservato che i ricorrenti avrebbero potuto esperire un ricorso innanzi al Giudice di Pace di Agrigento avverso i rispettivi decreti di respingimento, così soddisfacendo i requisiti posti dal sub paragrafo in esame.

A giudizio della Grande Camera, dalla violazione dell'obbligo informativo è derivata, quale conseguenza logico-sistematica, la correlata inosservanza del precetto posto dal § 4 della norma *de qua*: qualora l'interessato non sia stato informato delle ragioni della propria detenzione, il diritto di adire l'autorità giudiziaria al fine di contestare la legittimità della stessa viene inevitabilmente privato della sua sostanza (nelle parole della Corte, «*their right to appeal against their detention was deprived of all effective substance*»)<sup>813</sup>.

Inoltre, nel respingere l'argomentazione sollevata dal Governo italiano – in virtù della quale, si è visto, la facoltà di impugnare i decreti di respingimento avrebbe in certo modo potuto riverberare i propri effetti sullo *status detentionis* – la Corte ha sottolineato che, da un lato, i predetti decreti non contenevano alcun riferimento al fondamento giuridico e fattuale del trattenimento dei ricorrenti; dall'altro, erano stati agli stessi (tardivamente) notificati al momento del rimpatrio. Dunque, siffatto rimedio giurisdizionale risultava *ex se* incapace di soddisfare i requisiti di legittimità posti dall'art. 5, § 4 CEDU<sup>814</sup>. Con correlata violazione della norma in commento<sup>815</sup>.

### **3.2.2. Sulla dedotta violazione dell'art. 3 CEDU.**

---

<sup>812</sup> *Ibidem*, § 120

<sup>813</sup> *Ibidem*, § 132.

<sup>814</sup> Nelle parole della Grande Camera, «*the orders in question cannot be regarded as the decisions on which the applicants' detention was based, and the lodging of an appeal against them with the Justice of the Peace could not, in any event, have taken place until after the applicants' release on their return to Tunisia*»; *ibidem*, § 134.

<sup>815</sup> *Ibidem*, § 133-135.

Ciò detto in punto di accertata violazione dei precetti di cui all'art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU<sup>816</sup>, si deve precisare che, in occasione della pronuncia in commento, la Grande Camera di Strasburgo – qui discostandosi dai *dicta* assunti, in primo grado, dalla Seconda Sezione della Corte – non ha riconosciuto la violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU, né tantomeno quella dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU, pur inizialmente ravvisate dalla Camera.

In primo grado, infatti, la Camera della Corte EDU si era già pronunciata in merito alla presunta violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione alle condizioni concrete di trattenimento dei ricorrenti all'interno del centro di Lampedusa, nonché a bordo delle navi *Vincent e Audacia* ormeggiate nel porto di Palermo.

Segnatamente, a fronte delle diverse doglianze sollevate dai migranti ai sensi dell'art. 3 CEDU, *inter alia* concernenti il sovraffollamento della struttura di accoglienza e delle navi, l'inadeguatezza delle condizioni igienico-sanitarie ivi in essere<sup>817</sup>, così come le sofferenze psicologiche patite in ragione della mancanza di informazioni circa il loro *status* giuridico e la durata del trattenimento, nonché a motivo dell'impossibilità di comunicare con l'esterno<sup>818</sup>, la Camera aveva preliminarmente sottolineato come, all'epoca dei fatti, l'isola di Lampedusa avesse dovuto far fronte ad una situazione eccezionale («*an exceptional situation*»)<sup>819</sup>.

Tanto che, a causa degli ingenti flussi migratori *ivi* giunti via mare, il Governo italiano si era visto costretto a dichiarare lo stato di emergenza umanitaria sul territorio

---

<sup>816</sup> In sostanziale continuità con quanto riconosciuto, in primo grado, dalla Camera della Corte.

<sup>817</sup> I ricorrenti avevano infatti riferito di esser stati costretti a dormire sul pavimento e, stante l'assenza di una mensa fruibile dai migranti, a consumare i pasti a terra.

<sup>818</sup> V. *Khlaifia e altri c. Italia*, 1 settembre 2015, cit., § 105-109, ove si legge che «[t]he applicants alleged that the CSPA was overcrowded and that at the material time it housed over 1,200 persons, that is, three times its normal capacity (...) and more than its maximum capacity in case of necessity (...). In addition, the conditions of hygiene and sanitation were unacceptable in the applicants' view: owing to a lack of space in the rooms, they had been obliged to sleep outside, directly on the concrete floor to avoid the stench from the mattresses. The CSPA had no canteen and the bathrooms were overcrowded and often unusable. In the applicants' opinion, their statements on these points had not been contradicted by the Government (...). [T]hey had endured mental distress on account of the lack of information about their legal status, the duration of their detention and their inability to communicate with the outside world. They referred in this connection to the report of the Senate's Special Commission (...). As to their confinement on the vessels *Vincent and Audace*, the applicants asserted that they had been placed in an overcrowded lounge, that they had not had proper access to bathroom and toilet facilities, that meals had been distributed by throwing the food on the floor, that they had only been allowed outside in the open air for a few minutes each day, that they had not received any information or pertinent explanations, and that the security forces had sometimes ill-treated or insulted them. In the applicants' view, those conditions were the logical consequence of the events on Lampedusa. They argued that their allegations could not be ruled out by the 1 June 2012 decision of the preliminary investigations judge of Palermo (...), asserting that the ships had suitable facilities, with hot water and electricity, and that the migrants had been provided with full assistance in terms of health and hygiene. They pointed out that the judge had based his decisions on, among other things, the statements of an MP who had visited the ships accompanied by the authorities».

<sup>819</sup> *Ibidem*, § 124.

nazionale<sup>820</sup>, chiedendo l'intervento, in prospettiva solidale, dell'Unione europea e dei suoi Stati membri.

In siffatto contesto, la Camera della Corte aveva certamente tenuto in debita considerazione le problematiche che gli Stati parti erano chiamati ad affrontare «*when faced with exceptional waves of immigration such as that which underlies the present case*»<sup>821</sup>.

Tuttavia, secondo i giudici di Strasburgo, tali fattori non potevano esonerare lo Stato convenuto dall'obbligo (in sé inderogabile) di garantire che ogni persona privata della libertà venisse trattata secondo *standards* compatibili con il fondamentale principio del rispetto della dignità umana, tutelato dall'art. 3 CEDU, che rappresenta uno dei valori fondamentali del sistema convenzionale<sup>822</sup>.

Ebbene, come anticipato, la Seconda Sezione della Corte EDU aveva riscontrato la violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU in relazione alle condizioni di accoglienza (*rectius*, trattenimento) dei ricorrenti all'interno del CSPA di Lampedusa, ma non rispetto al trattenimento a bordo delle navi *Vincent* e *Audacia* (stante l'insussistenza di una situazione concreta qualificabile in termini di trattamento *inumano o degradante*)<sup>823</sup>.

Sovvertendo il convincimento raggiunto in primo grado, la Grande Camera della Corte di Strasburgo, all'esito della disamina (per vero, piuttosto articolata) dei diversi profili di rilievo che, alla luce della propria salda giurisprudenza in materia di art. 3 CEDU, devono orientare l'operato della Corte<sup>824</sup>, ha ritenuto che le doglianze sollevate dai ricorrenti in merito alle condizioni di trattenimento all'interno del CSPA di

---

<sup>820</sup> D.P.C.M. 12 febbraio 2011 recante la *Dichiarazione dello stato di emergenza umanitaria nel territorio nazionale in relazione all'eccezionale flusso di cittadini appartenenti ai Paesi del Nord Africa* (in G.U. 21 febbraio 2011, n. 42). Per una riflessione al riguardo, v. M. VRENNI, F. BIONDI DAL MONTE, *L'emergenza "strutturale". Alcune riflessioni a margine degli sbarchi dei migranti provenienti dal Nord Africa*, in Associazioni Studi Giuridici sull'Immigrazione, 21 aprile 2011.

<sup>821</sup> *Ibidem*, § 124.

<sup>822</sup> *Ibidem*, § 128.

<sup>823</sup> La Corte aveva escluso la violazione della norma in esame in relazione alle condizioni di trattenimento dei migranti a bordo delle navi ormeggiate nel porto di Palermo, accogliendo la ricostruzione offerta al proposito dal Governo convenuto, secondo la quale – almeno in questo secondo momento – i ricorrenti avrebbero beneficiato di un minor grado di affollamento dei locali adibiti alla loro accoglienza, di condizioni igieniche e sanitarie più consone alla loro permanenza sulle imbarcazioni, oltre che dell'accesso a cibo ed acqua. In particolare, secondo i giudici di Strasburgo, quanto affermato dai ricorrenti in sede di ricorso era stato (almeno parzialmente) smentito da una ordinanza, prodotta in giudizio dal Governo italiano, adottata dal Giudice per le Indagini Preliminari di Palermo il 1 giugno 2012, in virtù della quale l'organo giurisdizionale in commento aveva disposto l'archiviazione di un procedimento penale istaurato, su impulso di associazioni non governative, per i medesimi fatti al vaglio della Corte (ossia la detenzione dei migranti, *ivi* inclusi i ricorrenti, a bordo delle navi ormeggiate nel porto di Palermo), in relazione ai delitti di abuso d'ufficio *ex art.* 323 c.p. e arresto illegale ai sensi dell'art. 606 c.p.. Per un approfondimento sul punto, v. *ibidem*, § 137-144.

<sup>824</sup> Suddivisi nelle seguenti macro-categorie: a) «*whether the treatment falls within Article 3 of the Convention*»; b) «*protection of vulnerable persons and detention of potential immigrants*»; c) «*conditions of detention in general and prison overcrowding in particular*» e d) «*evidence of ill-treatment*».



Lampedusa – i quali, non rientrando nella categoria dei richiedenti asilo, non beneficiavano dello *status* di soggetti particolarmente vulnerabili, in quanto tali meritevoli di peculiari forme di tutela – non abbiano raggiunto la soglia di gravità necessaria (c.d. soglia minima) al fine di poter rientrare nell'alveo di operatività del disposto in esame («*does not exceed the level of severity required for it to fall within Article 3 of the Convention*») <sup>825</sup>.

Nei medesimi termini, la Grande Camera ha parimenti escluso la violazione della norma *de qua* in relazione alla permanenza dei ricorrenti a bordo delle navi *Vincent* e *Audacia* (in ciò uniformandosi alla pronuncia di primo grado) <sup>826</sup>.

A ben vedere, ciò che desta maggiori perplessità alla lettura del passaggio in commento è la *ratio* sottesa al suo convincimento. Prima di procedere alla disamina dei profili di illiceità sollevati dai ricorrenti in relazione all'art. 3 CEDU, infatti, la Grande Camera si è soffermata sull'argomentazione avanzata dal Governo italiano, secondo la quale i giudici europei avrebbero dovuto tenere debitamente conto del contesto di emergenza umanitaria («*humanitarian emergency*») nel cui ambito sono occorsi i fatti per cui è causa <sup>827</sup>.

Nell'affrontare tale questione – a differenza di quanto avvenuto in occasione della sentenza di primo grado – il massimo consesso pare assumere un approccio piuttosto 'indulgente' nei confronti dello Stato convenuto <sup>828</sup>, quasi comprendendo le difficoltà in cui lo stesso è incorso nella gestione della c.d. 'emergenza sbarchi' del 2011.

Pur ribadendo il carattere assoluto dell'art. 3 CEDU, in virtù del quale le problematiche legate a un crescente flusso di migranti non possono dispensare gli Stati parti dagli obblighi derivanti dal precetto in esame – *in primis*, il dovere di garantire, ad ogni persona privata della libertà, condizioni di trattenimento compatibili con il rispetto della dignità umana <sup>829</sup> – la Grande Camera ha enfatizzato l'importanza di esaminare le

---

<sup>825</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, GC, cit., § 199. In particolare, pur riconoscendo che il centro di accoglienza in questione non fosse adatto ad accogliere i soggiornanti per periodi prolungati, la Grande Camera ha enfatizzato, da un lato, come poco dopo l'arrivo dei ricorrenti, il CSPA fosse stato parzialmente distrutto da un incendio, scoppiato a seguito di accese proteste dei migranti: ragion per cui i ricorrenti avevano soggiornato all'interno del centro soltanto per un breve periodo (dal 17-18 settembre al 20 settembre 2011); dall'altro lato, che i ricorrenti non avessero denunciato maltrattamenti ad opera delle autorità ivi operanti, né tantomeno che non fosse stato loro fornito cibo od acqua a sufficienza, durante la permanenza presso il centro.

<sup>826</sup> *Ibidem*, § 202-211. Al proposito, il massimo consesso di Strasburgo ha constatato come la ricostruzione fattuale operata dai ricorrenti circa le condizioni di detenzione a bordo delle navi *de quibus* non presentasse alcun riscontro oggettivo esterno: valorizzando, per converso, le risultanze dell'ordinanza del GIP di Palermo del 1 giugno 2012 (di cui *supra*), prodotta in giudizio dal Governo italiano, che si ponevano in insanabile contrasto con quanto riferito dai ricorrenti in corso di causa.

<sup>827</sup> *Ibidem*, § 178.

<sup>828</sup> In questi termini, vedi anche A.G. LANA, *op. cit.*, p. 264.

<sup>829</sup> *Ibidem*, § 184.

doglianze avanzate dai ricorrenti alla luce del generale contesto di eccezionale crisi che si era venuto a delineare in quel periodo<sup>830</sup>.

Giungendo sino a riconoscere che tanto le difficoltà, quanto i disagi sofferti dai ricorrenti erano derivati, in misura significativa, dalla situazione di estrema difficoltà che le autorità nazionali avevano dovuto fronteggiare in quel particolare frangente («*from the situation of extreme difficulty confronting the Italian authorities at the relevant time*»)<sup>831</sup>.

Riecheggia, in questi termini, il rilievo assunto dalle premesse poste dalla Grande Camera della Corte, in apertura della trattazione relativa alle presunte violazioni dell'art. 5 CEDU, in occasione della recente pronuncia *Ilias e Ahmed c. Ungheria*: anche in quel contesto, la dedotta necessità di ricorrere ad un approccio 'pratico e realistico', «*having regard to the present-day conditions and challenges*»<sup>832</sup>, rivela l'intento di assumere una *forma mentis* comprensiva e tollerante a fronte dell'operato delle autorità nazionali, pur chiamate ad agire in contesti di crisi, la cui compatibilità con i dettami convenzionali risulta a dir poco dubbia.

### **3.2.3. Sulla dedotta violazione dell'art. 4 Protocollo n. 4 CEDU in materia di 'espulsioni collettive di stranieri'.**

---

<sup>830</sup> Sul punto, cfr. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., § 223; *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., § 122 e 176.

<sup>831</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, GC, cit., § 185. Il ragionamento della Grande Camera ha fomentato un acceso dibattito in dottrina, nel cui ambito diversi autori si sono espressi in termini fortemente critici rispetto all'operato della Corte (sino a ravvisare, in tali assunti, una sorta di esautoramento del carattere assoluto della garanzia sostanziale posta dall'art. 3 CEDU). V., ad esempio, A. SACCUCCI, *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive "alla prova" delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 100, n. 2, 2017, p. 552-565; in senso favorevole al giudizio della Grande Camera della Corte di Strasburgo, v. invece M. GESTRI, *Obblighi internazionali di protezione dello straniero*, cit., p. 303-304; M. GESTRI, *Conclusioni*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, XXII Convegno SIDI, Trento, 8-9 giugno 2017, p. 665 e ss., secondo il quale «[l']interpretazione della Corte è stata oggetto di aspre critiche da parte della dottrina, la quale vi ha ravvisato un vulnus rispetto al principio del carattere assoluto del divieto di cui all'art. 3 CEDU, norma che, si è sottolineato, non è derogabile neppure ai sensi dell'art. 15 CEDU. A mio parere tali affermazioni sembrano tuttavia risultare da un'inversione logica, una sorta di hysteron proteron, rispetto all'articolazione delle argomentazioni esaminate in successione dalla Grande Camera. A ben vedere, nel caso in questione, non si trattava affatto di esaminare possibili deroghe alla norma alla luce della situazione di emergenza. Il giudizio della Corte si inserisce in una fase anteriore, in cui occorre valutare se il concreto comportamento tenuto dalle autorità italiane integrasse la soglia dell'inflizione di un trattamento inumano o degradante. Si noti che nella specie, in assenza di situazioni di deliberata provocazione di sofferenze ai ricorrenti, il comportamento imputato allo Stato consisteva, in definitiva, nel non aver preso le misure necessarie e adeguate alle circostanze, cioè nella violazione di obblighi di fare. Ora, come sarebbe possibile procedere ad un giudizio di adeguatezza di quanto fatto, nel caso in esame, dall'Italia, senza tener conto delle concrete circostanze? In particolare, del fatto che lo Stato accusato si è trovato a dover prendere provvedimenti per assicurare, al tempo stesso, il salvataggio in mare, la salute e l'accoglienza di decine di migliaia di migranti, nonché il mantenimento dell'ordine pubblico sull'isola di Lampedusa?» (ibidem, p. 666-667).

<sup>832</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 213.

Come già sottolineato, la Grande Camera della Corte – anche qui sovvertendo il convincimento raggiunto in primo grado – ha escluso la violazione, nel caso di specie, dell’art. 4 Protocollo n. 4 alla CEDU, che come noto pone il divieto di espulsioni collettive di stranieri, che siano effettuate «*as a group*»<sup>833</sup>, in assenza di un obiettivo e ragionevole esame delle specificità di ciascun individuo<sup>834</sup>.

È da dire che, in primo grado, la Seconda Sezione della Corte, nel riconoscere la violazione della disposizione in esame, aveva valorizzato, da un lato, il fatto che i decreti di respingimento notificati ai ricorrenti – pur ‘individuali’ nella loro strutturazione – non contenessero alcun riferimento alla situazione specifica (personale) dei destinatari del provvedimento<sup>835</sup>; dall’altro, che il Governo convenuto non avesse fornito documentazione atta a dimostrare che si fossero effettivamente tenuti colloqui individuali, a riprova del previo svolgimento di un esame dei casi specifici di ciascun ricorrente. Inoltre, pur essendo stati i ricorrenti oggetto di procedure di identificazione<sup>836</sup>, la Camera aveva ricordato che l’accordo italo-tunisino dell’aprile 2011 – peraltro non pubblico, ma operante nel caso di specie – prevedeva il rimpatrio dei migranti irregolari di nazionalità tunisina attraverso procedure semplificate, che si fondavano sulla mera identificazione del soggetto interessato da parte delle autorità consolari tunisine: senonché, a giudizio della Corte, la semplice messa in atto di una procedura di identificazione non era di per sé sufficiente ad escludere l’esistenza di una espulsione collettiva<sup>837</sup>.

Pronunciandosi sulla dedotta *quaestio iuris* in termini radicalmente opposti, la Grande Camera si è *in primis* soffermata sulla natura giuridica dell’istituto in esame, precisando che, per espulsione collettiva, debba intendersi «*any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group*»<sup>838</sup>.

Ciò premesso, dopo aver ripercorso i principi di diritto enunciati nella propria giurisprudenza, nonché rilevato la sussistenza, nel caso di specie, di una fattispecie

---

<sup>833</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. III, *Sultani c. Francia* (ricorso n. 45223/05), 20 settembre 2007, § 81.

<sup>834</sup> Per un approfondimento, v. C. FAVILLI, Commento all’art. 4 Protocollo n. 4 CEDU, cit., p. 866-872.

<sup>835</sup> Al contrario, tali provvedimenti «*contained identical wording and the only differences were to be found in the migrants’ identities*»; *Khlaifia e altri c. Italia*, 1 settembre 2015, cit., § 153.

<sup>836</sup> A differenza di quanto verificatosi, ad esempio, nella causa *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. V. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (ricorso n. 27765/09), 23 febbraio 2012, § 185.

<sup>837</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, 1 settembre 2015, cit., § 156.

<sup>838</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, GC, cit., § 237. Per poi precisare che «*[t]he purpose of Article 4 of Protocol No. 4 is to prevent States from being able to remove a certain number of aliens without examining their personal circumstances*»; *ibidem*, § 238.

sussumibile nel concetto (lato) di ‘espulsione’ *ex art. 4 del Protocollo n. 4*<sup>839</sup>, al fine di risolvere il quesito sottoposto – ossia se quell’espulsione dovesse qualificarsi come ‘collettiva’<sup>840</sup> – la Corte ha constatato come i ricorrenti fossero stati soggetti ad identificazione in due diverse occasioni: una prima volta, al momento dell’arrivo al CSPA di Lampedusa, da parte delle autorità nazionali; nonché, in una seconda occasione, all’aeroporto di Palermo, prima del loro imbarco sul volo diretto a Tunisi, ad opera del Console tunisino<sup>841</sup>.

Per quanto riguarda la prima identificazione, sebbene i ricorrenti avessero riferito che le competenti autorità nazionali si fossero limitate a registrare i loro nominativi (e le rispettive impronte digitali), senza soffermarsi sulla loro situazione personale, la Corte ha sostanzialmente accolto la ricostruzione operata dal Governo convenuto, in virtù della quale i migranti sarebbero stati sottoposti a colloquio individuale, effettuato in presenza di un interprete (o di un mediatore culturale), all’esito del quale le autorità operanti presso il CSPA avrebbero redatto una ‘scheda informativa’, ove erano specificati i dati personali e le eventuali peculiarità relative alla situazione di ciascun migrante; ritenendo parimenti plausibile la spiegazione fornita dalle autorità nazionali circa l’assenza di evidenze documentali in merito, essendo andati i documenti distrutti in occasione dell’incendio che aveva parzialmente devastato il centro di accoglienza<sup>842</sup>. Evidenza oltretutto corroborata, secondo la Corte, dalla presenza, all’interno del centro, di personale qualificato («*ninety-nine “social operators”, three social workers, three psychologists, and eight interpreters and cultural mediators worked at the CSPA*»), ragionevolmente intervenuto al fine di agevolare «*communication and mutual understanding between the migrants and the Italian authorities*»<sup>843</sup>.

Al proposito, peculiare rilievo assume altresì la precisazione, effettuata dalla Grande Camera, secondo cui la disposizione in commento non implica la sussistenza di un vero e proprio ‘diritto ad un colloquio individuale’ («*the right to an individual interview*»)<sup>844</sup>, da riconoscersi, in ogni circostanza, in capo all’interessato. Il fine dalla stessa perseguito può reputarsi soddisfatto anche qualora l’interessato abbia avuto la possibilità, reale ed effettiva, di invocare gli argomenti ritenuti opportuni al fine di opporsi

---

<sup>839</sup> Così respingendo la tesi avanzata dal Governo convenuto, secondo la quale la norma *de qua* non poteva operare nel caso in commento, dal momento che i ricorrenti erano stati oggetto di un ‘respingimento’ (differito *ex art. 10, c. 2 D.lgs. n. 286/1998*) e non di una ‘espulsione’ in senso stretto; v. *ibidem*, § 226.

<sup>840</sup> *Ibidem*, § 244.

<sup>841</sup> *Ibidem*, § 245.

<sup>842</sup> *Ibidem*, § 246.

<sup>843</sup> *Ibidem*.

<sup>844</sup> *Ibidem*, § 248.

all'espulsione, e che gli stessi siano stati adeguatamente esaminati dalle competenti autorità nazionali<sup>845</sup>. Condizioni, queste ultime, soddisfatte nel caso di specie, dal momento che – come rilevato dalla Corte – i ricorrenti avrebbero avuto la possibilità di confrontarsi sia con le autorità nazionali (durante il periodo di permanenza nel centro di accoglienza di Lampedusa), che con lo stesso Console tunisino (in occasione dell'incontro all'aeroporto di Palermo, che ha preceduto il loro rimpatrio)<sup>846</sup>.

Da ultimo, ripercorrendo gli elementi che la Seconda Sezione aveva posto a fondamento della propria decisione – tra i quali rientravano, si è detto, la sostanziale omogeneità dei decreti di respingimento, nonché il massiccio numero di migranti respinti in quel particolare momento storico – la Grande Camera ha concluso nel senso che gli stessi non possono reputarsi decisivi («*those two facts cannot in themselves be decisive*»), al fine di riscontrare una violazione del precetto in esame<sup>847</sup>.

Pertanto, nell'escludere la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 4 CEDU, la Grande Camera poggia il proprio convincimento sulla finalità perseguita dal disposto in esame (e in ciò deve cogliersi la *ratio* del ragionamento sotteso alla pronuncia *de qua*): nella misura in cui i ricorrenti hanno avuto la possibilità, reale ed effettiva («*genuine and effective*»), di esporre le proprie ragioni avverso i provvedimenti adottati dall'autorità competente, così scongiurando respingimenti arbitrari, la norma in commento non può reputarsi violata<sup>848</sup>.

### **3.2.4. Sulla dedotta violazione dell'art. 13 CEDU, in relazione all'art. 3 CEDU e all'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU.**

Infine, con il quarto motivo di ricorso i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 13 CEDU in materia di 'diritto a un ricorso effettivo'<sup>849</sup>, a motivo dell'insussistenza, nell'ordinamento interno, di un mezzo di impugnazione cui ricorrere al fine di censurare

---

<sup>845</sup> *Ibidem*.

<sup>846</sup> *Ibidem*, § 249-250. Tanto che, come osservato dal Governo convenuto – senza che i ricorrenti sollevassero contestazioni al riguardo – a seguito (e in ragione) dei particolari emersi nel corso degli incontri con il Console tunisino (concernenti l'età piuttosto che la cittadinanza degli interessati), alcuni dei migranti trattenuti all'interno del predetto centro non erano stati rimpatriati.

<sup>847</sup> *Ibidem*, § 251. Del resto, secondo la Corte, l'utilità, nel caso di specie, di un colloquio individuale non era stata sufficientemente provata dai ricorrenti, i quali avevano omesso di fornire elementi (in fatto o in diritto) tali da poter giustificare la loro permanenza sul territorio nazionale (così ostacolando il loro rimpatrio); *ibidem*, § 253.

<sup>848</sup> *Ibidem*, § 254.

<sup>849</sup> Per un approfondimento in materia, v. A. DI STEFANO, *Commento all'art. 13 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012, p. 474-518.

la violazione, da parte delle autorità nazionali, degli artt. 5 e 3 CEDU, così come dell'art. 4 Protocollo n. 4<sup>850</sup>.

Sulla dedotta violazione dell'art. 13 CEDU, in combinato disposto con l'art. 3 CEDU, Camera e Grande Camera hanno concordato nel ritenere che il Governo italiano non avesse indicato alcun rimedio giurisdizionale interno, in virtù del quale i ricorrenti avrebbero potuto contestare la legittimità delle condizioni di accoglienza nel CSPA di Contrada Imbriacola, ovvero a bordo delle navi *Vincent* e *Audacia*. In effetti, la possibilità di impugnare i rispettivi decreti di respingimento – peraltro (tardivamente) adottati all'esito del periodo di trattenimento degli interessati – innanzi al competente Giudice di Pace avrebbe concesso loro di censurare unicamente la legittimità del rimpatrio, non anche le condizioni concrete di trattenimento. Alla luce di ciò, è stata riscontrata la violazione del precetto in esame<sup>851</sup>.

Per contro, quanto alla violazione dell'art. 13 della Convenzione, in combinato disposto con l'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU, si è consumato un ulteriore contrasto interno alla Corte di Strasburgo, sul quale preme brevemente soffermarsi.

In primo grado, la Camera della Corte EDU aveva concluso per la violazione del precetto in commento poiché, pur sussistendo, nell'ordinamento interno, uno specifico rimedio giurisdizionale esperibile avverso il decreto di respingimento (da individuarsi nel ricorso al Giudice di Pace di Agrigento), siffatto rimedio non era dotato di effetto sospensivo automatico, in ciò contravvenendo ai requisiti posti da un noto precedente giurisprudenziale reso dalla Grande Camera della Corte (ossia la sentenza *De Souza Ribeiro c. Francia* del 13 dicembre 2012, § 82)<sup>852</sup>, al cui rispetto è subordinato il giudizio di 'effettività' (o efficacia) del ricorso in concreto esperibile.

---

<sup>850</sup> Con particolare riguardo alla dedotta violazione dell'art. 13 CEDU, in combinato disposto con l'art. 5 della Convenzione, Camera e Grande Camera hanno ritenuto che la doglianza in commento fosse stata assorbita nelle conclusioni cui i predetti organi sono pervenuti sotto il profilo dell'art. 5, § 4 CEDU, che rappresenta una *lex specialis* rispetto alla tutela offerta dall'art. 13 CEDU. *Khlaifia e altri c. Italia*, GC, cit., § 257 e 266.

<sup>851</sup> *Ibidem*, § 270-271.

<sup>852</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *De Souza Ribeiro c. Francia* (ricorso n. 22689/07), 13 dicembre 2012, § 82, secondo la quale «[w]here a complaint concerns allegations that the person's expulsion would expose him to a real risk of suffering treatment contrary to Article 3 of the Convention, in view of the importance the Court attaches to that provision and given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised, the effectiveness of the remedy for the purposes of Article 13 requires imperatively that the complaint be subject to close scrutiny by a national authority (...), independent and rigorous scrutiny of a claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 (...), and reasonable promptness (...). In such a case, effectiveness also requires that the person concerned should have access to a remedy with automatic suspensive effect (...). The same principles apply when expulsion exposes the applicant to a real risk of a violation of his right to life safeguarded by Article 2 of the Convention. Lastly, the requirement that a remedy should have automatic suspensive effect has been confirmed for complaints under Article 4 of Protocol No. 4 (see *Čonka*, cited above, §§ 81-83, and *Hirsi Jamaa and Others*, cited above, § 206)».

In riforma della pronuncia di primo grado, la Grande Camera ha escluso la violazione dell'art. 13 CEDU, in relazione all'art. 4 Protocollo n. 4, proprio fondando il suo convincimento su un diverso apprezzamento circa la necessità del requisito *de quo*.

Certa l'esistenza, nell'ordinamento nazionale, di un mezzo d'impugnazione esperibile al fine di contestare la legittimità dei decreti di respingimento, peraltro 'in principio' (o potenzialmente) effettivo – nelle parole del massimo consesso, «*[t]here is no evidence before the Court to cast doubt on the effectiveness of that remedy in principle*»<sup>853</sup> – si è trattato di verificare se l'assenza di efficacia sospensiva sia *ex se* costitutiva di una violazione del precetto convenzionale in commento.

Nel risolvere tale quesito, la Grande Camera si è soffermata sul citato paragrafo della sentenza *De Souza Ribeiro c. Francia* (§ 82), puntualizzando che – alla luce di una lettura d'insieme dello stesso – la necessità di prevedere un ricorso dotato di effetto sospensivo, lungi dall'essere 'assoluta', è subordinata alla ricorrenza, nel caso concreto, di un rischio 'reale' «*of ill-treatment in breach of Article 3 of the Convention or of a violation of his or her right to life under Article 2*»<sup>854</sup> a carico dell'interessato, derivanti dal rimpatrio.

Nel caso di specie, i ricorrenti non avevano lamentato la possibilità di esser esposti ad alcun rischio concreto per la propria vita o integrità fisica nell'ipotesi in cui, in pendenza del ricorso, fossero stati rimpatriati in Tunisia<sup>855</sup>: ragion per cui non era necessario che il rimedio *de quo* avesse efficacia sospensiva della misura impugnata.

Le risultanze cui è pervenuta la Grande Camera della Corte EDU all'esito della controversia *Khlaifia e altri c. Italia* forniscono una rappresentazione 'plastica' del già richiamato quadro di 'luci e ombre' delineato dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia migratoria: innegabili conquiste giurisprudenziali si contrappongono, all'interno della medesima pronuncia, ad arresti (piuttosto che veri e propri 'passi indietro') nel processo di progressiva erezione di *standards* di tutela – *sub specie* di garanzie procedurali minime – a beneficio dei soggetti interessati dal fenomeno migratorio.

Di primario rilievo è senz'altro il passaggio della sentenza incentrato sulla riconosciuta violazione del precetto di cui all'art. 5 CEDU: l'assenza di una base giuridica

---

<sup>853</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, GC, cit., § 272. Al riguardo, al fine di corroborare la propria posizione, la Grande Camera ha aggiunto che «*the Government adduced two decisions of the Agrigento Justice of the Peace showing that, on an appeal by two migrants, the judge examined the procedure followed for the issuance of the refusal-of-entry orders in question and assessed the lawfulness of that procedure in the light of domestic law and the Constitution. The Justice of the Peace decided, in particular, that the orders should be declared null and void on the ground that an excessive length of time had elapsed between the identification of each irregular migrant and the adoption of the order*».

<sup>854</sup> *Ibidem*, § 276.

<sup>855</sup> *Ibidem*, § 281.

che giustificasse la detenzione *de facto* dei migranti irregolari, piuttosto che l'inosservanza dell'obbligo informativo e del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo – che connotano *tout court* il c.d. approccio 'hotspot' italiano – sono state duramente censurate dalla Corte di Strasburgo nella pronuncia in commento, che si è posta quale preludio di una riforma del sistema, attuata in sede di esecuzione della sentenza, tramite una serie di interventi legislativi che hanno interessato le c.d. procedure di frontiera<sup>856</sup>.

Tuttavia, nel valorizzare la situazione di estrema difficoltà in cui le autorità statali versavano nella gestione di ingenti flussi migratori, sotto il peculiare profilo della non violazione dell'art. 3 CEDU, ma soprattutto nell'attenuare il rilievo degli obblighi procedurali tradizionalmente vigenti a carico degli Stati in virtù del divieto posto dall'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU, il *reasoning* della Grande Camera ha rivelato diversi elementi di criticità, che tendono ad affievolire le garanzie (sostanziali e) procedurali operanti *in subiecta materia*<sup>857</sup>.

Da una parte, infatti, il consolidato 'diritto ad un colloquio individuale'<sup>858</sup> – «*indispensable (...) to fulfil the aim of the provision*», come sottolineato dal Giudice *Serghides* nella sua opinione parzialmente dissenziente<sup>859</sup> – ha lasciato il passo al mero espletamento di una procedura di identificazione<sup>860</sup>, peraltro semplificata (frutto dell'accordo bilaterale con la Tunisia), mediante la quale ha avuto luogo il rimpatrio dei ricorrenti («*on the basis of nationality alone, without further formalities or a substantial personal interview and excluding the assistance of a lawyer*»)<sup>861</sup>. Dall'altra, sotto il profilo dell'art. 13 CEDU (in relazione all'art. 4 Protocollo n. 4), condizionando la necessità di predisporre un rimedio giurisdizionale dotato di efficacia sospensiva al rischio (concreto) di subire, in caso di rimpatrio, trattamenti in violazione dei diritti sostanziali tutelati dagli artt. 2 e 3 CEDU – la cui salvaguardia è già insita nel principio di *non refoulement* – la pronuncia in commento pare svuotare di significato proprio il precetto posto dall'art. 4 Protocollo n. 4<sup>862</sup>, che integra una garanzia di tipo procedurale

---

<sup>856</sup> Sul punto, v. ampiamente *infra*, Capitolo III.

<sup>857</sup> Così sollevando numerose perplessità in dottrina, peraltro autorevolmente colte dal Giudice *Serghides* (sotto il peculiare profilo della non violazione dell'art. 4, Protocollo n. 4) nella sua opinione parzialmente dissenziente. V. *Opinione parzialmente dissenziente* del Giudice *Serghides*, p. 101 e ss.

<sup>858</sup> V. *Čonka c. Belgio*, cit.; *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit..

<sup>859</sup> *Opinione parzialmente dissenziente* del Giudice *Serghides*, p. 104.

<sup>860</sup> In questi termini, v. anche A.G. LANA, *op. cit.*, p. 251.

<sup>861</sup> *Opinione parzialmente dissenziente* del Giudice *Serghides*, p. 104.

<sup>862</sup> In dottrina si è parlato di *interpretatio abrogans* della disposizione *de qua*, così ridotta «*a inutile replica del divieto di refoulement già discendente dagli articoli 2 e 3 CEDU*». F. CANCELLARO, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, cit..



avverso il rischio di espulsioni arbitrarie<sup>863</sup>, così inevitabilmente riducendo gli *standards* di tutela previamente fissati in materia dalla stessa giurisprudenza della Corte<sup>864</sup>.

### **3.3. (Segue) Sul ‘trattenimento’ dei migranti irregolari e richiedenti asilo negli ‘hotspots’ greci: la sentenza *Kaak e altri c. Grecia* del 3 ottobre 2019.**

In tempi più recenti, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi in materia di trattenimento e condizioni di accoglienza dei migranti irregolari e richiedenti asilo all’interno dei c.d. ‘punti di crisi’ (o ‘hotspots’) situati in Grecia – in specie il centro di *Vial*, sull’isola di *Chios* – all’indomani dell’attuazione del ben noto *EU-Turkey Statement*<sup>865</sup> del 18 marzo 2016<sup>866</sup>, che ha ridisegnato i rapporti tra l’Unione europea e la Turchia nella gestione dei flussi migratori irregolari provenienti da quel Paese<sup>867</sup>.

Al dichiarato fine di contrastare la c.d. ‘crisi migratoria’ iniziata nel 2015<sup>868</sup>, l’accordo UE-Turchia si è formalmente posto quale ‘innovativo’ modello di cooperazione

---

<sup>863</sup> V. in questi termini, l’*Opinione parzialmente dissenziente* del Giudice *Serghides*, p. 126.

<sup>864</sup> V. *ex multis*, *Čonka c. Belgio*, cit., § 79, ove la Corte (nel riscontrare la violazione dell’art. 13 CEDU, in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 4) ha precisato che «*the notion of an effective remedy under Article 13 requires that the remedy may prevent the execution of measures that are contrary to the Convention and whose effects are potentially irreversible (...). Consequently, it is inconsistent with Article 13 for such measures to be executed before the national authorities have examined whether they are compatible with the Convention, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision*». Sul punto, v. anche A. DI STEFANO, *op. cit.*, p. 496.

<sup>865</sup> European Council, *EU-Turkey Statement*, Press release 144/16, 18 March 2016 ([www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu)). Per un commento, v. C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 10, n. 2, 2016, p. 405 ss.; F. CASOLARI, *La crisi siriana, l’esodo dei rifugiati e la Dichiarazione UE-Turchia*, in N. RONZITTI, E. SCISO (a cura di), *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 219-242; sulla controversa natura giuridica dell’accordo, v. M. DEN HEIJER, T. SPIJHERBOER, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in *EU Law Analysis*, 7 aprile 2016.

<sup>866</sup> È da dire che la pronuncia in esame si inserisce nel filone giurisprudenziale inaugurato dalle sentenze rese dalla Corte EDU all’esito delle controversie *J.R. e altri c. Grecia* e *O.S.A. e altri c. Grecia*, aventi ad oggetto il medesimo contesto storico-politico e la stessa *quaestio iuris*. Cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *J.R. e altri c. Grecia* (ricorso n. 22696/16), 25 gennaio 2018; Sez. I, *O.S.A. e altri c. Grecia* (ricorso n. 39065/16), 21 marzo 2019. Al riguardo, v. A. LIGUORI, *Violazioni conseguenti all’attuazione della Dichiarazione UE-Turchia e giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sugli hotspots greci: la sentenza Kaak*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 14, n. 1, 2020, p. 246 e ss.

<sup>867</sup> Si deve precisare che, in virtù del predetto accordo, a partire dal 20 marzo 2016 «*all new irregular migrants crossing from Turkey into Greek islands (...) will be returned to Turkey*»; «*migrants arriving in the Greek islands will be duly registered and any application for asylum will be processed individually by the Greek authorities in accordance with the Asylum Procedures Directive, in cooperation with UNHCR*»; «*migrants not applying for asylum or whose application has been found unfounded or inadmissible in accordance with the said directive will be returned to Turkey*»; «*[f]or every Syrian being returned to Turkey from Greek islands, another Syrian will be resettled from Turkey to the EU taking into account the UN Vulnerability Criteria*». European Council, *EU-Turkey Statement*, cit..

<sup>868</sup> In particolare, nell’accordo si legge che «*in order to break the business model of the smugglers and to offer migrants an alternative to putting their lives at risk, the EU and Turkey today decided to end the irregular migration from Turkey to the EU*».

con Paesi Terzi non sicuri nella lotta all'immigrazione irregolare, pur salutato, da più parti, con un certo 'sfavore'<sup>869</sup>.

In dottrina, infatti, si è enfatizzato come tale politica segni «una pericolosa accelerazione dell'Unione europea verso pratiche di esternalizzazione delle frontiere (...) esponendo migranti e richiedenti asilo a gravi violazioni dei diritti umani»<sup>870</sup>, cagionando seppur indirettamente un notevole peggioramento nelle condizioni di accoglienza (*rectius*, trattenimento) dei migranti e richiedenti asilo negli *hotspots* situati sulle isole dell'Egeo<sup>871</sup>, già assai critiche negli anni recenti, come mostrano le diverse pronunce di condanna della Corte EDU nei confronti della Grecia, una fra tutte quella resa in occasione della celebre sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*<sup>872</sup>.

Ebbene, proprio in questo contesto si inserisce la sentenza *Kaak e altri c. Grecia* del 3 ottobre 2019<sup>873</sup> – sulla quale preme brevemente soffermarsi in questa sede – nel cui ambito i giudici europei hanno assunto una *forma mentis* che, per certi versi, potrebbe ben iscriversi in quel processo di progressivo affievolimento delle garanzie convenzionali da riconoscersi in capo ai soggetti migranti.

Il ricorso interessava 51 cittadini afgani, siriani e palestinesi (tra i quali rientravano 6 minori non accompagnati), giunti irregolarmente sull'isola greca di *Chios*, tra il 20 marzo e il 25 aprile 2016. Dopo lo sbarco, i ricorrenti erano stati arrestati dalle forze di polizia e condotti nell'*hotspot* di *Vial* («une ancienne usine d'aluminium transformée en centre d'accueil, d'identification et d'enregistrement des migrants»)<sup>874</sup>; successivamente, alcuni di essi venivano trasferiti nel campo di *Souda* (ossia una struttura aperta, «*créée comme lieu d'accueil provisoire de migrants qui devaient partir, après leur enregistrement, sur la Grèce continentale*»)<sup>875</sup>. Pressoché tutti i migranti – ad eccezione

---

<sup>869</sup> Per un commento, v. C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, cit., p. 405-426.

<sup>870</sup> A. LIGUORI, *op. cit.*, p. 247-248.

<sup>871</sup> Una preoccupazione in tal senso era stata espressa, all'indomani dell'adozione dell'accordo in esame, dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) nel suo comunicato del 22 marzo 2016. *UNHCR redefines role in Greece as EU-Turkey deal comes into effect*, Briefing notes, 22 March 2016 (www.unhcr.org). V. A. LIGUORI, *op. cit.*, p. 251.

<sup>872</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* (ricorso n. 30696/09), 21 febbraio 2011. V. anche, *inter alia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *A.A. c. Grecia* (ricorso n. 12186/08), 22 luglio 2010; Sez. I, *S.D. c. Grecia* (ricorso n. 53541/07), 11 giugno 2009. Con specifico riguardo all'ordinamento giuridico dell'Unione europea, v. Corte di Giustizia, *NS*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, 21 dicembre 2011. Condanne, queste ultime, che hanno sinanco condotto alla sospensione dei c.d. trasferimenti Dublino verso la Grecia (ripresi soltanto a seguito della raccomandazione UE 2016/2256 della Commissione dell'8 dicembre 2016 agli Stati membri *sulla ripresa dei trasferimenti verso la Grecia a norma del regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio*). A. LIGUORI, *op. cit.*, p. 250.

<sup>873</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *Kaak e altri c. Grecia* (ricorso n. 34215/16), 3 ottobre 2019.

<sup>874</sup> *Ibidem*, § 6.

<sup>875</sup> *Ibidem*.

di tre minori e un adulto, ritenuti soggetti vulnerabili – erano destinatari di un ordine di espulsione (loro notificato in lingua greca), in virtù del quale sarebbero stati trattenuti ai fini dell'imminente rimpatrio verso la Turchia (in esecuzione del predetto *EU-Turkey Statement*). Come precisato dalla Corte, i provvedimenti indicavano altresì (sempre in lingua greca) che gli interessati avevano la facoltà di adire il Direttore generale della polizia della regione dell'Egeo, nonché di presentare opposizione avverso la sua decisione innanzi al Tribunale amministrativo di *Mytilène*<sup>876</sup>. Successivamente, dal momento che alcuni ricorrenti avevano avanzato domanda di protezione internazionale in Grecia, i rispettivi provvedimenti di espulsione venivano revocati dall'autorità competente<sup>877</sup>, in pendenza del procedimento volto all'esame delle domande di asilo, senza che ciò inficiasse il loro trattenimento all'interno dell'*hotspot* di *Vial*.

Quanto alle doglianze sollevate dai ricorrenti, essi lamentavano la violazione dell'art. 3 CEDU in relazione alle condizioni di trattenimento («*conditions de détention*») all'interno dell'*hotspot* di *Vial* e del centro di *Souda*<sup>878</sup>, nonché la violazione dell'art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU stante l'asserita illegittimità della privazione della libertà personale dagli stessi sofferta.

Con particolare riguardo al profilo relativo alla presunta violazione dell'art. 5 della Convenzione, i migranti denunciavano l'arbitrarietà del trattenimento cui erano stati sottoposti, fondato su «*une décision administrative non motivée*»<sup>879</sup>, il fatto di non aver ricevuto alcuna informazione circa le ragioni sottese alla loro detenzione, nonché di non aver potuto esperire alcun ricorso giurisdizionale al fine di contestare la legalità della stessa.

In via preliminare, nel soffermarsi sull'applicabilità, al caso di specie, del precetto di cui all'art. 5 CEDU<sup>880</sup> – in termini di sussistenza di una fattispecie concreta qualificabile alla stregua di una vera e propria 'privazione della libertà personale' – la Corte EDU ha risolto positivamente la *quaestio iuris* soltanto con riguardo ai migranti trattenuti all'interno dell'*hotspot* di *Vial*<sup>881</sup>, nel solo periodo antecedente al 21 aprile 2016: in quella data, infatti, il centro era stato trasformato in una struttura semi-aperta e «*les requérants avaient la possibilité de quitter les lieux en journée pour ensuite y revenir*

---

<sup>876</sup> *Ibidem*, § 8.

<sup>877</sup> *Ibidem*, § 9.

<sup>878</sup> *Ibidem*, § 52 e ss.

<sup>879</sup> *Ibidem*, § 82.

<sup>880</sup> Richiamando il proprio precedente reso nel caso *J.R. e altr c. Grecia*, cit., § 83-84.

<sup>881</sup> *Nulla quaestio* con riguardo ai ricorrenti collocati all'interno del campo di *Souda*, dato che lo stesso – come precisato dal Governo contenuto (e non contestato dai ricorrenti) – era una 'struttura aperta'. *Kaak e altri c. Grecia*, cit., § 85-86.

*pour la nuit*», risultando così soggetti ad una mera ‘restrizione’ della libertà di movimento<sup>882</sup>.

In altri termini, i soli ricorrenti trattenuti nell’*hotspot* per il solo lasso temporale intercorrente tra il 21 marzo e il 21 aprile 2016 erano stati effettivamente privati della libertà personale, con conseguente operatività delle garanzie, sostanziali e procedurali, poste dall’art. 5 CEDU.

Tuttavia, come sottolineato da più parti in dottrina, anche con riguardo al periodo di ‘trattenimento’ successivo al 21 aprile 2016 non sarebbe venuta meno la possibilità di sussumere la fattispecie concreta entro i confini della nozione di ‘privazione della libertà personale’: ciò poiché, alla luce della normativa interna adottata in attuazione della Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016<sup>883</sup>, i migranti *ivi* collocati potevano sì allontanarsi dall’*hotspot*, ma non lasciare l’isola di Chios<sup>884</sup>. Sicché, secondo alcuni autori, tale vincolo (si allude alla c.d. «restrizione geografica» ex art. 41, § 1, lett. d) iii della Legge greca n. 4375/2016)<sup>885</sup> avrebbe comportato una privazione *de facto* della libertà personale dei ricorrenti<sup>886</sup>.

Entrando nel merito delle questioni poste al suo vaglio, la Corte EDU ha anzitutto escluso il carattere arbitrario della detenzione dei ricorrenti: applicando i criteri-principe frutto della propria elaborazione giurisprudenziale in materia di art. 5, § 1, lett. f)<sup>887</sup>, i giudici europei hanno infatti concluso nel senso che il trattenimento dei ricorrenti rinvenisse un fondamento giuridico nel diritto interno<sup>888</sup>, fosse finalizzato ad impedirne il soggiorno irregolare sul territorio nazionale, nonché a garantire la loro identificazione ed eventuale espulsione nel quadro dell’accordo UE-Turchia; oltretutto, nel caso di specie, la durata del trattenimento non era apparsa eccessiva, a fronte dell’esigenza di svolgere le necessarie formalità amministrative<sup>889</sup>.

---

<sup>882</sup> *Ibidem*, § 89.

<sup>883</sup> Ossia la Legge n. 4375/2016 del 3 aprile 2016.

<sup>884</sup> A. LIGUORI, *op. cit.*, p. 253.

<sup>885</sup> *Ibidem*. V. anche M. CASTIGLIONE, *La (il)legittimità della detenzione negli hotspot greci*, in ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, ottobre 2019, p. 6.

<sup>886</sup> V. in questi termini, A. LIGUORI, *op. cit.*, p. 253; I. MAJCHER, *The EU Hotspot Approach: Blurred Lines between Restriction on and Deprivation of Liberty*, in *Border Criminologies*, 6 aprile 2018.

<sup>887</sup> Secondo i quali, affinché possa reputarsi non arbitraria, la misura detentiva deve essere adottata in buona fede e strettamente connessa allo scopo perseguito; inoltre, il luogo e le condizioni di detenzione devono risultare appropriati, tenendo bene a mente che la misura *de qua* non si applica nei confronti di chi abbia commesso un reato, ma di stranieri che, spesso temendo per la propria vita, sono fuggiti dal proprio Paese di origine; infine, la durata della detenzione non deve superare il tempo ragionevolmente necessario per raggiungere lo scopo perseguito. V. *J.R. e altri c. Grecia*, cit., § 110. Per un approfondimento, v. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.5.5.

<sup>888</sup> Dato dal combinato disposto dell’art. 76 della Legge n. 3386/2005, degli artt. 7 e 11, § 5 e 13 della Legge n. 3907/2011 e degli artt. 9 e 14 della Legge n. 4375/2016.

<sup>889</sup> *Kaak e altri c. Grecia*, cit., § 101-111. In termini fortemente critici, v. M. CASTIGLIONE, *op. cit.*, p. 4-6.

Al tempo stesso, i giudici di Strasburgo hanno invece riscontrato la violazione dell'art. 5, § 4 CEDU, dal momento che i ricorrenti non avevano potuto fruire di un effettivo ed accessibile rimedio giurisdizionale, non essendo stati informati, in una lingua loro comprensibile, circa le ragioni del trattenimento, né in merito ai rimedi concretamente esperibili<sup>890</sup>.

Quanto, poi, alla dedotta violazione dell'art. 3 CEDU in relazione alle condizioni di trattenimento nell'*hotspot* di *Vial* e nel centro di *Souda*, i ricorrenti avevano denunciato l'eccessivo sovraffollamento dei luoghi, le carenze alimentari *ivi* in essere, le critiche condizioni igienico-sanitarie, l'inadeguatezza delle cure mediche fornite, così come la mancata predisposizione di misure *ad hoc* nei confronti dei minori non accompagnati<sup>891</sup>.

Pronunciandosi nel merito della questione, la Corte di Strasburgo ha *in primis* ribadito il proprio consolidato orientamento giurisprudenziale in virtù del quale, alla luce del carattere assoluto de divieto posto dall'art. 3 CEDU, «*les facteurs liés à un afflux croissant de migrants ne peuvent pas exonérer les États contractants de leurs obligations au regard de cette disposition (...) qui exige que toute personne privée de sa liberté puisse jouir de conditions compatibles avec le respect de sa dignité humaine*»<sup>892</sup>.

Tuttavia, i giudici europei non hanno mancato di enfatizzare – al pari di quanto già avvenuto in passato<sup>893</sup> – come i fatti sottesi alla controversia si fossero verificati «*dans une période pendant laquelle la Grèce a connu une augmentation exceptionnelle et brutale des flux migratoires*»: tanto che le autorità greche si erano trovate a fronteggiare

---

<sup>890</sup> *Ibidem*, § 119-125. In particolare, secondo la Corte, «*les décisions d'expulsion, qui indiquaient la possibilité d'introduire des recours, étaient rédigées en grec. En outre, à supposer même qu'ils eussent reçu la brochure d'information mentionnée par le Gouvernement, il n'est pas certain que les requérants, n'étant assistés par un avocat dans le camp de VIAL ou le camp de SOUDA, avaient suffisamment de connaissances juridiques pour comprendre le contenu de ladite brochure, et notamment tout ce qui avait trait aux différentes possibilités de recours qui leur étaient offertes par le droit interne pertinent en l'espèce. La Cour note en deuxième lieu que la brochure se réfère de manière générale à un tribunal administratif sans préciser lequel: sur ce point, force est de constater qu'il n'y a pas de tribunal administratif sur l'île de Chios, où les requérants étaient détenus, et qu'il y en a un seulement sur l'île de Mytilène*» (§ 122). Da ultimo, in merito alla doglianza relativa alla violazione dell'art. 5, § 2 CEDU, la Corte ha precisato che «*[e]u égard au constat relatif à l'article 5 § 4 (...) il n'y a pas lieu d'examiner s'il y a eu, en l'espèce, violation de la disposition invoquée*»; *ibidem*, § 126.

<sup>891</sup> *Ibidem*, § 12-21. Per vero, tali circostanze rinvenivano una conferma 'esterna' in diversi rapporti redatti da Istituzioni internazionali (*in primis*, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa) e da Organizzazioni non governative intervenute in qualità di soggetti terzi (il *Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés*, l'associazione *Migreurop*, l'*Association Européenne des Droits de l'Homme*, *EuroMeds Droits*, l'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione e il *Greek Council for Refugees*).

<sup>892</sup> «*[M]ême un traitement infligé sans l'intention d'humilier ou de rabaisser la victime, et résultant, par exemple, de difficultés objectives liées à la gestion d'une crise migratoire, peut être constitutif d'une violation de l'article 3 de la Convention*»; *ibidem*, § 63. V. anche *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., § 223; *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., § 122 e 176; *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 184.

<sup>893</sup> V. *supra*, Capitolo II, Sezione III, § 3.2.

ingenti difficoltà organizzative, logistiche e strutturali a causa del massiccio arrivo di migranti sulle proprie coste<sup>894</sup>.

Sulla base di tali premesse, la Corte EDU, avvalorando le conclusioni non particolarmente critiche contenute nel Rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), agli atti della controversia, nonché la ‘breve’ durata della detenzione (non superiore a 30 giorni), ha ritenuto che non fosse stata raggiunta la soglia di gravità necessaria affinché il trattenimento dei ricorrenti all’interno del centro di *Vial* potesse qualificarsi in termini di ‘trattamento inumano o degradante’ (nelle parole della Corte, «*le seuil de gravité requis pour que leur détention soit qualifiée de traitement inhumain ou dégradant n’avait pas été atteint*»)<sup>895</sup>. In tal modo, la Corte ha escluso la violazione del precetto in esame in relazione alle condizioni di trattenimento dei migranti all’interno dell’*hotspot* di *Vial*, tanto con riguardo alla situazione dei ricorrenti adulti, quanto rispetto a quella dei minori non accompagnati (poiché collocati «*dans la ‘safe zone’ du camp de VIAL où la fourniture des repas et d’autres produits de première nécessité se faisait séparément du reste de la population du camp*»)<sup>896</sup>.

Nei medesimi termini, la Corte di Strasburgo ha concluso per la non violazione dell’art. 3 CEDU relativamente alle condizioni di accoglienza dei ricorrenti nel campo di *Souda*<sup>897</sup>, sulla scorta di due ordini di ragioni: *in primis*, i disagi derivanti dal suo sovraffollamento risultavano attenuati dal fatto che si trattasse di una struttura ‘aperta’; in secondo luogo, i ricorrenti avevano omesso di specificare, con sufficiente precisione, in che misura «*ils étaient personnellement affectés par les conditions qu’ils décrivent de manière si succincte*»<sup>898</sup>.

Ciò posto in punto di ricostruzione del *reasoning* sotteso alla decisione della Corte, alcune riflessioni sono d’obbligo.

Da un lato, per ciò che concerne la non violazione dell’art. 5, § 1 CEDU, il percorso logico-giuridico seguito dalla Corte di Strasburgo suscita non pochi dubbi, in particolare sotto il profilo della ‘legalità’ della misura restrittiva della libertà personale, *sub specie* di

---

<sup>894</sup> *Kaak e altri c. Grecia*, cit., § 64.

<sup>895</sup> *Ibidem*, § 65-66. V. *mutatis mutandi*, *J.R. c. Grecia*, cit., § 146.

<sup>896</sup> *Kaak e altri c. Grecia*, cit., § 67 e ss. Senonché il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), nel suo Rapporto del settembre 2017, aveva al proposito precisato che «*[t]he Committee was informed that a separate “safe space” was being established for them, which was however not yet operational at the time of the July visit*». Council of Europe, *Report to the Greek Government on the visits to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 18 April and 19 to 25 July 2016*, CPT/Inf (2017) 25, Strasbourg, 26 September 2017, § 40.

<sup>897</sup> *Kaak e altri c. Grecia*, cit., § 77-81.

<sup>898</sup> *Ibidem*, § 79.

‘qualità’ del diritto interno pertinente: requisito che, secondo la consolidata giurisprudenza europea, è – o almeno dovrebbe essere – soggetto al vaglio della Corte, soprattutto in termini di accessibilità, precisione e prevedibilità della normativa nazionale rilevante, nel rispetto del principio di certezza del diritto<sup>899</sup>.

Come accennato dalla stessa Corte nella pronuncia in commento, le organizzazioni intervenute in qualità di *amicus curiae* avevano evidenziato la situazione di persistente incertezza giuridica («*une situation d’insécurité juridique persistante*») che caratterizzava lo *status* dei migranti che giungevano sulle coste greche, tale da condurre «à *une généralisation des situations de privation de liberté sans fondement juridique clair et précis*»<sup>900</sup>. Precisando altresì che, durante il periodo intercorso tra l’adozione della Dichiarazione UE-Turchia (il 18 marzo 2016) e l’entrata in vigore della Legge greca n. 4357/2016 (il 3 aprile 2016) – il cui articolo 14, come già rilevato, è stato indicato dal Governo convenuto quale fondamento giuridico per la detenzione dei richiedenti asilo all’interno dell’*hotspot* – «*la Grèce ne disposait d’aucun instrument juridique susceptible de constituer une base légale suffisamment précise pour fonder en droit la rétention des demandeurs d’asile*»<sup>901</sup>: talché il trattenimento dei ricorrenti/richiedenti asilo verificatosi nel lasso temporale intercorso tra il 20 marzo e il 3 aprile 2016 risultava senz’altro privo di specifico fondamento normativo<sup>902</sup>.

Oltretutto, nel caso in commento, la Corte EDU ha ommesso di tenere in debita considerazione la peculiare condizione dei sei minori non accompagnati, trattenuti all’interno dell’*hotspot* di *Vial* (quantomeno sino al luglio 2016)<sup>903</sup> alle condizioni anzidette (sovraffollamento, scarsità di viveri ed acqua potabile, critiche condizioni igienico-sanitarie e cure mediche inadeguate)<sup>904</sup>. Come si è avuto modo di osservare<sup>905</sup>, secondo i giudici di Strasburgo, il precetto di cui all’art. 5, § 1, lett. f) CEDU non implica

---

<sup>899</sup> Cfr. *J. N. c. Regno Unito*, cit., § 77. Sulla deducibile assenza, nel caso di specie, di una idonea base legale nel diritto interno, v. in dottrina M. CASTIGLIONE, *op. cit.*, p. 4-6.

<sup>900</sup> *Kaak e altri c. Grecia*, cit., § 104.

<sup>901</sup> *Ibidem*.

<sup>902</sup> In questi termini, v. anche M. CASTIGLIONE, *op. cit.*, p. 4.

<sup>903</sup> *Kaak e altri c. Grecia*, cit., § 11.

<sup>904</sup> Nel suo rapporto del 26 aprile 2017, lo stesso Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT) aveva rilevato che «*[a]t the time of the April visit, UASC [Unaccompanied Asylum Seeking Children; n.d.r.] detained at the VIAL Centre were neither separated from the general camp population nor were they provided with any specific support or care. This lack of specific arrangements raised serious concerns as regards their protection. The CPT has repeatedly stressed, that, in order to limit the risk of exploitation and abuse, special arrangements should be made for living quarters that are suitable for children, for example, by separating them from unrelated adults. The Committee was informed that a separate “safe space” was being established for them, which was however not yet operational at the time of the July visit*». Council of Europe, *Report to the Greek Government on the visits to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 18 April and 19 to 25 July 2016*, cit., § 40.

<sup>905</sup> V. anche *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.5.5.

*ex se* un requisito di ragionevole necessità della privazione della libertà del soggetto adulto interessato dalla misura restrittiva. Tuttavia, la Corte si è pronunciata in termini opposti allorquando è stata chiamata a valutare la legalità ‘convenzionale’ della detenzione di minori di età all’interno di un centro ‘chiuso’, destinato al trattenimento di adulti e privo dei requisiti necessari a soddisfare i bisogni derivanti dal loro *status* di soggetti estremamente vulnerabili (come avvenuto nel caso di specie)<sup>906</sup>.

Dall’altro lato, sotto il peculiare profilo della non violazione dell’art. 3 CEDU – peraltro a fronte di condizioni di accoglienza, quali quelle in essere in Grecia, la cui criticità era stata denunciata da diverse Istituzioni internazionali e Organizzazioni non governative (i cui rapporti sono rimasti di fatto inevasi nella pronuncia in commento)<sup>907</sup> – la Corte di Strasburgo ha ancora una volta richiamato il contesto emergenziale in cui le autorità nazionali si sono trovate ad operare, quale ulteriore (e innovativo) criterio d’indagine cui avvalersi nel vaglio circa il rispetto del precetto in esame (poi esteso anche all’operatività dell’art. 5 CEDU in occasione della pronuncia *Ilias e Ahmed c. Ungheria*)<sup>908</sup>. Così minando – e in tal senso si è espressa taluna dottrina<sup>909</sup> – il nucleo duro del divieto assoluto posto dall’art. 3 della Convenzione.

#### **4. Riflessioni conclusive: quali *prospettive future* per la detenzione dei migranti nello spazio giuridico europeo?**

Come si è avuto modo di osservare, la costante tensione alla ricerca di un *trait d’union* tra esigenze di tutela dei diritti fondamentali, da un lato, e rispetto (*rectius*, ‘comprensione’) delle prerogative statali nella gestione dei flussi migratori, dall’altro, ha orientato *ab origine* l’operato della Corte di Strasburgo, chiamata a pronunciarsi in materia d’immigrazione: una linea sottile, quella su cui si sono mossi (e si muovono tuttora) i giudici europei, che ha condotto ad un’elaborazione giurisprudenziale segnata

---

<sup>906</sup> In questi termini, v. *Muskhadzhiev e altri c. Belgio*, cit., § 73. V. anche Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *Rahimi c. Grecia* (ricorso n. 8687/08), 5 aprile 2011; per un commento riguardo a quest’ultima pronuncia, v. F. A. BUBULA, *L’importanza di essere un minore non accompagnato... oppure no?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 dicembre 2011.

<sup>907</sup> Uno fra tutti, il tempestivo Rapporto di *Human Rights Watch* del 14 aprile 2016. *Human Rights Watch, Greece: Asylum Seekers Locked Up. Wretched Conditions for People in Need*, 14 April 2016 (www.hrw.org). Si v. altresì la risoluzione dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa “*The situation of refugees and migrants under the EU-Turkey Agreement of 18 March 2016*”, risoluzione 2109 (2016) del 20 aprile 2016. Al riguardo, v. A. LIGUORI, *op. cit.*, p. 255-256; G. MENTASTI, *Hotspots, trattenimento e diritti: una sentenza della Corte di Strasburgo condanna la Grecia per violazione dell’art. 5 par. 4 della Convenzione*, in *Sistema Penale*, 10 dicembre 2019.

<sup>908</sup> V. *supra*, Capitolo II, Sezione II, § 2.1.

<sup>909</sup> V. A. LIGUORI, *op. cit.*, p. 255.



da importanti traguardi – si pensi alle risultanze della pronuncia *Richmond Yaw*, ovvero al *dictum* della Corte in materia di art. 5 CEDU nella sentenza *Khlaifia* – ma, al tempo stesso, non scevra da ragionamenti e orientamenti quantomeno opinabili.

Il c.d. «*duplice volto*»<sup>910</sup> della giurisprudenza della Corte EDU in materia di diritti fondamentali dello straniero è giunto a un cruciale punto di svolta in occasione della assai discussa sentenza *Ilias e Ahmed c. Ungheria* del 21 novembre 2019: in quella sede, infatti, i giudici di Strasburgo – quasi figurativamente ‘spogliandosi’ delle proprie vesti – nell’escludere la sussumibilità del trattenimento di richiedenti asilo all’interno di una zona di transito terrestre entro i confini della nozione giuridica di «*deprivation of liberty*», con conseguente mancata operatività degli *standards* di tutela posti dall’art. 5 CEDU, hanno compiuto un esorbitante – e all’apparenza decisivo – passo indietro nella tutela dei diritti dei migranti e richiedenti asilo (portato ultimo di quella «*tendenza restrittiva in atto a Strasburgo*»<sup>911</sup> in materia migratoria, cui si è più volte fatto riferimento).

Come già rilevato, in termini diametralmente opposti si è pronunciata la Corte di Giustizia dell’UE (in occasione della sentenza *FMS e FNZ* del 14 maggio 2020), adita pressoché contestualmente in relazione alla medesima *quaestio iuris* concernente il trattenimento dei richiedenti asilo nelle zone di transito terrestri situate al confine esterno dell’Unione. L’approccio fortemente garantista (a fronte dell’inviolabilità del diritto alla libertà, posto dall’art. 6 CDFUE) adottato dai giudici di Lussemburgo ha creato uno ‘spartiacque ideologico’, tra le due Grandi Corti, in materia di privazione della libertà personale all’interno dello spazio (giuridico) europeo.

Tuttavia, è da dire che la Corte EDU – forse colta da resipiscenza, anche alla luce delle risultanze cui è pervenuta la giurisprudenza dell’Unione – in occasione di una serie di pronunce successive ha dato luogo ad un (auspicato) *revirement* giurisprudenziale, senz’altro più confacente al proprio ruolo istituzionale di garante dei diritti fondamentali nello scenario giurisdizionale europeo.

In occasione della sentenza resa all’esito della controversia *R.R. e altri c. Ungheria* del 2 marzo 2021<sup>912</sup> – relativa al confinamento di una famiglia di migranti iraniano-afgani (ivi compresi tre figli minori) nella struttura di *Rösztke* dal 19 aprile al 15 agosto 2017<sup>913</sup>

---

<sup>910</sup> Così S. ZIRULIA, *Per Lussemburgo è ‘detenzione’, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, cit..

<sup>911</sup> Così L. MARIN, *La Corte di Giustizia riporta le ‘zone di transito’ ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, cit., p. 6.

<sup>912</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. IV, *R.R. e altri c. Ungheria* (ricorso n. 36037/17), 2 marzo 2021. Per un commento, v. L. BERNARDINI, *Che cos’è la libertà? La Corte di Strasburgo si pronuncia (ancora) sulla detenzione amministrativa nelle zone di transito ungheresi*, in ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, aprile 2021.

<sup>913</sup> Per una ricostruzione dei fatti di causa, v. *R.R. e altri c. Ungheria*, cit., § 2-23.

– la Corte EDU si è nuovamente pronunciata in merito al trattenimento *de facto* di richiedenti asilo all'interno della zona di transito situata al confine serbo-ungherese, riscontrando non solo la sussistenza di un'effettiva privazione della libertà personale dei ricorrenti, ma altresì la violazione dei precetti posti dall'art. 5, § 1 e § 4 CEDU (oltre che dell'art. 3 CEDU, in relazione alle condizioni 'inumane e degrading' del trattenimento dei ricorrenti all'interno della zona di transito).

Ciò premesso, peculiare interesse suscita la disamina del percorso logico-giuridico mediante il quale la Corte – si è detto, in *revirement* rispetto alla pronuncia *Ilias e Ahmed c. Ungheria* – è giunta a riscontrare l'operatività, nel caso di specie, del disposto di cui all'art. 5 CEDU.

Preliminarmente, i giudici di Strasburgo hanno ribadito i criteri («*factors*») rilevanti al fine di individuare il *discrimen* tra mera 'restrizione' della libertà di movimento e vera e propria 'privazione' della libertà personale, in relazione al confinamento di stranieri all'interno di zone di transito (e centri di accoglienza per l'identificazione e la registrazione dei migranti): (i) la situazione individuale dei ricorrenti e le loro scelte; (ii) il regime giuridico applicabile e lo scopo dallo stesso perseguito; (iii) la durata del trattenimento, soprattutto alla luce della sua *ratio* e delle correlate garanzie procedurali; da ultimo, (iv) la natura e il grado delle effettive restrizioni imposte ai migranti<sup>914</sup>.

Dopo aver sottolineato – in termini del tutto analoghi rispetto alla pronuncia *Ilias e Ahmed c. Ungheria* – che i ricorrenti avevano fatto ingresso nella zona di transito di *Rösztke* «*of their own initiative, with the aim of seeking asylum in Hungary*», attraversando la frontiera serbo-ungherese «*not because of a direct and immediate threat to their life or health*» in Serbia<sup>915</sup>, nonché che la *ratio* del loro trattenimento era quella di consentire alle autorità magiare di decidere se ammettere formalmente i richiedenti asilo sul territorio nazionale (talché, «*[t]he applicants remained in the transit zone essentially because they were awaiting the outcome of their asylum proceedings*»)<sup>916</sup>, la Corte di Strasburgo si è soffermata sul requisito concernente la 'durata' del trattenimento dei ricorrenti.

Al riguardo, i giudici europei hanno anzitutto riscontrato l'assenza, nel diritto interno, di una disposizione normativa che fissasse la durata massima del soggiorno dei richiedenti asilo nella zona di transito<sup>917</sup>; per altro verso, hanno rilevato che, a causa delle

---

<sup>914</sup> Già frutto della precedente giurisprudenza rilevante in tale materia: v. *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., § 217-218; *Z.A. e altri c. Russia*, cit., § 138.

<sup>915</sup> *R.R. e altri c. Ungheria*, cit., § 75.

<sup>916</sup> *Ibidem*, § 76.

<sup>917</sup> In particolare, la Corte ha precisato che «*unlike the situation in the case of Ilias and Ahmed (...), the provision limiting the maximum duration of an asylum-seeker's stay in the transit zone to four weeks did*

lungaggini della procedura di esame delle domande di protezione, anche imputabili a ritardi da ascrivere in capo alle competenti autorità nazionali – tanto che, nel caso di specie, il termine fissato *ex lege* per l’esame delle rispettive richieste di asilo (sessanta giorni) era spirato – il trattenimento dei ricorrenti si era protratto per un considerevole lasso di tempo (quasi quattro mesi)<sup>918</sup>.

Quanto alla natura delle restrizioni loro imposte, la Corte EDU – anche in questo caso richiamando il proprio *reasoning* nella controversia *Ilias e Ahmed c. Ungheria* – ha ribadito che i ricorrenti avrebbero potuto allontanarsi dalla zona di transito di *Röszke* in qualsiasi momento («*at any time*»), facendo ritorno in Serbia: in effetti, tanto l’automatica rinuncia alle domande di asilo presentate in Ungheria (che avrebbe fatto seguito al loro allontanamento dalla zona di transito), quanto le lamentate carenze del Sistema d’asilo serbo, «*did not render the possibility of them leaving the transit zone in the direction of Serbia merely theoretical*»<sup>919</sup>.

Tali circostanze – ha proseguito la Corte – «*did not have the effect of making the applicants’ stay in the transit zone involuntary from the standpoint of Article 5 and, consequently, could not have triggered, of itself, the applicability of that provision*»<sup>920</sup>.

Sotto il peculiare profilo delle condizioni di accoglienza (*rectius*, detenzione) dei richiedenti asilo, dopo aver precisato che – al pari di quanto verificatosi nel caso *Ilias e Ahmed* – all’interno della suddetta zona di transito la libertà di movimento dei ricorrenti risultava fortemente limitata, «*in a manner similar to that characteristic of a certain type of light-regime detention facility*»<sup>921</sup>, la Corte ha attribuito decisivo rilievo al fatto che i richiedenti asilo fossero stati collocati (per un mese e mezzo) nel settore di ‘isolamento’ della struttura di *Röszke*, ove erano soggetti a condizioni di detenzione «*even more restrictive*»<sup>922</sup>.

---

*not apply in the present case (...) and (...) the Government were unable to point to any other domestic provision fixing the maximum duration of the applicants’ stay in the transit zone». Ibidem, § 79.*

<sup>918</sup> *Ibidem*, § 79-80.

<sup>919</sup> *Ibidem*, § 81.

<sup>920</sup> *Ibidem*; v. anche *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., § 248.

<sup>921</sup> *R.R. e altri c. Ungheria*, cit., § 82.

<sup>922</sup> *Ibidem*. Al proposito, si deve precisare che «*[o]n 29 June 2017 the applicants were moved to an isolation section within the transit zone because the applicant mother and children had hepatitis B. The isolation section consisted of approximately ten mobile containers placed in a row and a narrow (approximately 2.5 metres wide and 40 to 50 metres long) open-air area surrounded by fencing. Their living container, which was equipped with air conditioning, was furnished with one bunk bed, two single beds (no cot bed for A.R.) and a chest of drawers. There was no refrigerator, microwave or washing machine in the section. The applicants were given sand for the children to play with. There was no playground and no activities were organised for the children in the isolation section. The applicants had access to a television in the common area container and a ping-pong table*»; *ibidem*, § 13.

Alla luce di tali considerazioni, avendo particolare riguardo all'assenza di norme interne che circoscrivessero la durata massima del soggiorno dei richiedenti, all'eccessiva durata dello stesso e ai notevoli ritardi nell'esame delle rispettive domande di asilo, nonché alle condizioni in cui i ricorrenti erano stati 'trattenuti' durante il periodo in questione (in relazione alle quali è stata riscontrata la violazione del precetto posto dall'art. 3 CEDU), la Corte EDU ha concluso nel senso che i ricorrenti fossero stati *di fatto* privati della libertà personale<sup>923</sup>, con conseguente operatività dell'art. 5 CEDU<sup>924</sup>.

Come anticipato poc'anzi, accertata l'applicabilità, nel caso di specie, del disposto normativo in esame, i giudici europei hanno parimenti rilevato la violazione dell'art. 5, § 1 CEDU, a motivo dell'assenza, nel diritto interno, di una disposizione di legge che consentisse specificamente il trattenimento dei ricorrenti all'interno della zona di transito di *Rösztke*, oltre che di una decisione formale, adottata dalle competenti autorità nazionali, che giustificasse la loro detenzione<sup>925</sup>.

Ebbene, la pronuncia in commento integra senz'altro un 'successo' della giurisprudenza di Strasburgo, avendo finalmente i giudici europei ricondotto la politica ungherese di gestione dei flussi migratori al confine – certamente lesiva dei diritti fondamentali dei soggetti migranti – entro i binari della legalità convenzionale.

Tuttavia, non si tratta di una 'vittoria' apprezzabile *lato sensu*, dal momento che il percorso logico-argomentativo seguito dalla Corte EDU – che ricalca quello elaborato nella giurisprudenza *Ilias e Ahmed c. Ungheria – sub specie* di criteri utilizzati al fine di risolvere la *quaestio iuris* sottopostale, non può andare esente da critiche, in particolare se considerato in rapporto al ben più garantista approccio adottato in materia dalla Corte di Lussemburgo.

*In primis*, il rilievo attribuito dalla Corte europea alle «*individual choices*» dei ricorrenti anche in questo caso sconcerta non poco: la 'libera scelta' di fare ingresso nella zona di transito di *Rösztke* – ammesso che di libera scelta possa effettivamente parlarsi – non implica *ex se* la persistenza di un 'consenso' dell'interessato al confinamento all'interno della struttura *de qua* durante l'intero periodo di trattenimento<sup>926</sup>.

In secondo luogo – come opportunamente rilevato in dottrina<sup>927</sup> – posto che, alla luce della oramai consolidata giurisprudenza di Strasburgo, lo scopo perseguito dalla

---

<sup>923</sup> Cfr. *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., § 249.

<sup>924</sup> *R.R. e altri c. Ungheria*, cit., § 83.

<sup>925</sup> *Ibidem*, § 87-92. Cui è inevitabilmente conseguita la violazione dell'art. 5, § 4 CEDU, in materia di diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo avverso la misura privativa della libertà personale; *ibidem*, § 93-99.

<sup>926</sup> In questi termini, v. anche L. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 8.

<sup>927</sup> *Ibidem*.

misura restrittiva «*no longer appears decisive for the Court's assessment of whether there has in fact been a deprivation of liberty*»<sup>928</sup>, altrettante perplessità sono sollevate dal richiamo, operato dalla Corte, al criterio della ‘normativa interna rilevante’ («*applicable legal regime*») e soprattutto delle sue ‘finalità’ («*its purpose*») <sup>929</sup>, il cui vaglio è risultato funzionale alla verifica in merito alla sussistenza di un’effettiva privazione della libertà personale dei ricorrenti.

Venendo ora al requisito relativo alla ‘durata’ della misura di trattenimento, pur essendo censurabile la mancata fissazione, da parte della normativa nazionale, di un termine massimo per la detenzione dei richiedenti asilo all’interno della zona di transito, dovrebbe risultare dirimente il lasso temporale (peraltro piuttosto esteso) entro il quale i ricorrenti sono stati *in concreto* trattenuti all’interno della struttura di *Rösztke*<sup>930</sup>.

Pur prescindendo da tali considerazioni, il *revirement* operato dalla Corte EDU in materia di detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nelle zone di transito ungheresi – pur tenendo bene a mente le peculiarità del caso concreto, una fra tutte la circostanza che i destinatari della misura fossero soggetti particolarmente vulnerabili<sup>931</sup> – ha senz’altro comportato un seppur iniziale innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti migranti detenuti ai margini dello spazio europeo.

E in tal senso deve leggersi la successiva giurisprudenza di Strasburgo *in subiecta materia*<sup>932</sup>: sulla scia della sentenza *R.R. e altri c. Ungheria*, la Corte EDU ha reiteratamente riscontrato gravi violazioni ai precetti convenzionali posti dagli artt. 3, 5 e 13 CEDU in relazione alla detenzione o ‘trattenimento’ dei migranti e richiedenti asilo all’interno delle zone di transito di *Rösztke* (in occasione delle recenti pronunce *M.B.K. e altri c. Ungheria* del 24 febbraio 2022<sup>933</sup> e *M.A. e altri c. Ungheria* del 5 ottobre 2023<sup>934</sup>)

---

<sup>928</sup> *Creangă c. Romania*, cit., § 93.

<sup>929</sup> *R.R. e altri c. Ungheria*, cit., § 76 e ss.

<sup>930</sup> L. BERNARDINI, *op. et loc. supra cit.*

<sup>931</sup> In specie i figli minori (due dei quali avevano contratto l’epatite B), ma anche la ricorrente madre, in stato di gravidanza (a rischio), oltre che affetta da epatite B. *R.R. e altri c. Ungheria*, cit., § 18.

<sup>932</sup> Per un approfondimento, v. F.L. GATTA, *La periferia del diritto. Hotspot, zone di transito e centri di trattenimento in frontiera: diritti negati alle porte d’Europa*, in ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, ottobre 2023.

<sup>933</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *M.B.K. e altri c. Ungheria* (ricorso n. 73860/17), 24 febbraio 2022.

<sup>934</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. V, *M.A. e altri c. Ungheria* (ricorso n. 58680/18), 5 ottobre 2023.

e *Tompa* (nell'ambito delle sentenze *H.M. e altri c. Ungheria* del 2 giugno 2022<sup>935</sup>, *A.A.A. e altri c. Ungheria* del 9 giugno 2022<sup>936</sup> e *P.S. e A.M. c. Ungheria* del 5 ottobre 2023<sup>937</sup>).

Uno slancio giurisprudenziale, quello in atto a Strasburgo – che, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, ha interessato anche il sistema di trattenimento dei migranti irregolari nell'*hotspot* di Lampedusa<sup>938</sup> – in grado di assicurare quel *quid pluris* (finora mancato) in termini di tutela dei diritti fondamentali dello straniero irregolare trattenuto alle frontiere esterne dell'Unione.

---

<sup>935</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *H.M. e altri c. Ungheria* (ricorso n. 38967/17), 2 giugno 2022.

<sup>936</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *A.A.A. e altri c. Ungheria* (ricorso n. 37327/17), 9 giugno 2022.

<sup>937</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, *P.S. e A.M. c. Ungheria* (ricorso n. 53272/17), 5 ottobre 2023.

<sup>938</sup> V. *infra*, Capitolo III.

## CAPITOLO III

### La detenzione amministrativa ‘informale’ dei migranti irregolari tra garanzie convenzionali e diritto interno: un ineludibile *vulnus* all’assetto convenzionale europeo?

#### *Violazioni normative e prospettive future*

**SOMMARIO:** SEZIONE I. Considerazioni preliminari – 1. Introduzione. – SEZIONE II. La ‘detenzione’ degli stranieri all’interno dei centri *hotspots* italiani nuovamente al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – 2. Il c.d. ‘*approccio hotspot*’ tra disciplina europea e riflessi interni. – 2.1. Il metodo ‘*hotspot*’ ancora al vaglio della Corte EDU: la sentenza *J.A. e altri c. Italia* del 30 marzo 2023. – 2.1.1. Sulla violazione dell’art. 3 CEDU – 2.1.2. Sulla violazione dell’art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU – 2.1.3. Sulla violazione dell’art. 4 del Protocollo Addizionale n. 4 alla Convenzione – 2.2. (*Segue*) Le sentenze *M.A. c. Italia*, *A.B. c. Italia* e *A.S. c. Italia* del 19 ottobre 2023 – SEZIONE III. Il trattenimento di migranti a bordo di navi nel quadro della c.d. ‘*politica dei porti chiusi*’: una nuova frontiera delle prassi detentive degli stranieri ai confini (marittimi) d’Europa? – 3. Le nuove fattispecie di trattenimento alla frontiera nell’ambito della c.d. ‘*politica dei porti chiusi*’: riflessioni critiche tra disciplina internazionale in materia di «*obbligo del soccorso in mare*» ed esigenze di tutela dei diritti umani fondamentali. – 3.1. Una premessa concettuale: la disciplina dell’«*obbligo del soccorso in mare*» alla luce del diritto internazionale. – 3.2. La mancata designazione di un «*place of safety*» e la permanenza forzata dei migranti soccorsi in mare a bordo di navi italiane e straniere: i casi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms*. – 3.3. Sulla natura giuridica del ‘trattenimento’ di migranti a bordo di navi: un’effettiva ‘*privazione*’ della loro libertà personale? – 3.4. (*Segue*) Sulla ‘*legalità*’ del trattenimento a bordo di navi. – 3.5. (*Segue*) Sulla ‘*non arbitrarietà*’ del trattenimento in commento. – 3.6. L’assenza di rimedi effettivi mediante i quali contestare l’illegittima privazione della libertà personale occorsa nelle vicende *de quibus*. – 3.7. Riflessioni conclusive e prospettive future.

#### SEZIONE I

##### Considerazioni preliminari

##### 1. Introduzione.

Negli ultimi anni, le tendenze in atto nell’ambito della politica italiana di gestione dei flussi migratori irregolari hanno fomentato un acceso dibattito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, inerente ai profili di (in)compatibilità convenzionale<sup>939</sup> – per certi versi

---

<sup>939</sup> Oltre che, in prospettiva più ampia, di «*responsabilità internazionale*» dell’Italia alla luce degli obblighi internazionali assunti in materia di «*diritto alla libertà e alla sicurezza*». Sotto quest’ultimo profilo, infatti, come già precisato, il diritto alla libertà e alla sicurezza trova fondamento diretto, oltre che nell’art. 5 CEDU e nell’art. 6 CDFUE, anche nel citato art. 9 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici.

già accertata<sup>940</sup>, per altri ad oggi soltanto presunta – delle più o meno recenti prassi di restrizione della libertà personale dello straniero nelle zone di frontiera (in specie, *marittima*). Si allude, da un lato, alla detenzione *de facto* dei migranti irregolari e richiedenti asilo all'interno dei centri '*hotspots*' italiani (ossia le strutture di Lampedusa, Pozzallo, Trapani, Taranto e Messina); dall'altro, al confinamento di stranieri irregolari a bordo di navi (della marina militare, piuttosto che private) alle frontiere portuali, nell'ambito della discussa politica italiana dei c.d. '*porti chiusi*'<sup>941</sup>.

A quest'ultimo proposito, con l'espressione in esame si fa riferimento alla 'strategia' adottata dal Governo italiano, tra giugno 2018 e agosto 2019 – al fine di implementare le misure di contenimento (o contrasto) dei flussi migratori provenienti dai Paesi del Nord Africa – in virtù della quale l'Esecutivo ha negato l'ingresso (e il correlato sbarco) in porti italiani tanto a navi militari di bandiera con a bordo migranti soccorsi in mare (si pensi ai casi *Diciotti* e *Gregoretti*), quanto a imbarcazioni di Organizzazioni non governative (ONG) impegnate nell'attività di ricerca e salvataggio (c.d. «*search and rescue*») dei naufraghi attraverso la rotta del Mediterraneo centrale (emblematici, in tal senso, i casi *Sea Watch 3*<sup>942</sup> e *Open Arms*)<sup>943</sup>.

Si tratta di una tematica assai complessa, dai confini estremamente labili, che investe taluni settori cardine del diritto internazionale generale: le norme, di matrice consuetudinaria, che governano l'ammissione dello straniero in uno Stato estero, il cui fulcro è rinvenibile nella «*libertà sovrana*» da riconoscersi in capo agli Stati di disciplinare l'ingresso di individui stranieri nel proprio territorio<sup>944</sup> nonché di definire le politiche migratorie nazionali (quale corollario del fondamentale principio di «*State sovereignty*»), che in certe situazioni possono confliggere, da un lato, con l'obbligo, parimenti riconosciuto dal diritto internazionale consuetudinario e pattizio, di non ledere i diritti fondamentali della persona nella *governance* del fenomeno migratorio (ivi

---

<sup>940</sup> V. *infra*, Capitolo III, Sezione II, § 2.1. e ss.

<sup>941</sup> Per vero, non si tratta delle sole fattispecie mediante le quali si estrinseca la prassi in commento, risultando ad esempio ivi incluso il trattenimento alle frontiere aeroportuali.

<sup>942</sup> Per un commento in dottrina, v. C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 14, n. 3, 2020, p. 659-687; P. DE SENA, M. STARITA, *Navigare fra istanze "stato-centriche" e "cosmopolitiche": il caso "Sea Watch" in una prospettiva conflittuale*, in *SIDIBlog*, 14 luglio 2019.

<sup>943</sup> V. *infra*, Capitolo III, Sezione III, § 3 e ss.

<sup>944</sup> In questi termini, v. M. GESTRI, *La mobilità internazionale nel diritto consuetudinario e nella normativa sui diritti umani*, in M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 149; B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, p. 253.



compreso l'obbligo di *non refoulement*)<sup>945</sup>; dall'altro, con l'obbligo del 'soccorso in mare', avente anch'esso matrice consuetudinaria<sup>946</sup>.

Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, le vicende summenzionate si inseriscono appieno in questo scenario, nella misura in cui la mancata autorizzazione allo sbarco dei naufraghi soccorsi in mare, allora opposta dal Ministro dell'Interno, comportando *di fatto* la permanenza forzata dei migranti sulle imbarcazioni *de quibus*, ha sollevato diversi interrogativi giuridici, il primo dei quali attiene alla possibilità di *qualificare* il 'trattenimento' di tali soggetti a bordo delle navi soccorritrici in termini di 'privazione della libertà personale'; nonché – in caso di risposta affermativa – alla sua eventuale compatibilità con le garanzie sostanziali e procedurali poste in materia dall'art. 5 CEDU.

La disamina degli ultimi sviluppi della giurisprudenza di Strasburgo in materia di detenzione dei migranti all'interno degli *hotspots* italiani (*in primis*, il centro di Lampedusa), nonché il vaglio delle nuove fattispecie 'informali' di trattenimento di stranieri alle frontiere marittime (cui si accennava *supra*) – il cui inquadramento giuridico nell'alveo di concetti normativamente formalizzati sarà funzionale alla verifica circa la (potenziale) operatività delle garanzie convenzionali poste *in subiecta materia* – consentirà di effettuare una riflessione critica circa l'attuale stato dell'arte in ordine alle misure di contrasto all'immigrazione irregolare adottate dall'Italia, in termini di '(il)legalità convenzionale' delle stesse, nella prospettiva di un'auspicata – e ineludibile – conformazione a quelli che sono gli assunti provenienti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

---

<sup>945</sup> Come si è avuto modo di rilevare, proprio su questo terreno 'accidentato' si è storicamente mossa la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia migratoria, nel tentativo di contemperare prerogative statali e rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo; v. *ex multis*, *Chahal c. Regno Unito*, cit., § 73.

<sup>946</sup> Quantomeno in relazione al portato dell'art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (c.d. Convenzione UNCLOS) del 1982. Sul punto, v. *infra*, Capitolo III, Sezione III, § 3.1.

## SEZIONE II

### La ‘detenzione’ degli stranieri all’interno dei centri ‘hotspots’ italiani nuovamente al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

#### 2. Il c.d. ‘*approccio hotspot*’ tra disciplina europea e riflessi interni.

Nel prisma giuridico-normativo che attiene alla c.d. «*immigration detention*», un ruolo di prim’ordine – per le ricadute giuridiche convenzionali (ma anche costituzionali) che ne derivano – è senz’altro occupato dal fenomeno *hotspot* (nella versione italiana, «*punti di crisi*»), termine con il quale si fa riferimento alla ‘strategia’, di matrice sovranazionale, adottata all’indomani della ‘crisi migratoria’ del 2015, al fine di arginare l’ingresso irregolare di cittadini di Paesi terzi attraverso le frontiere esterne dell’Unione europea (in specie, le coste meridionali dell’Italia e della Grecia), fornendo supporto e sostegno agli Stati membri interessati da una «*disproportionate migratory pressure at its external border*» (nel rispetto del principio di solidarietà *ex art. 80 TFUE*)<sup>947</sup>.

A livello europeo, il c.d. ‘*approccio hotspot*’<sup>948</sup> affonda le sue radici istituzionali nella comunicazione della Commissione europea del 13 maggio 2015<sup>949</sup>, dal titolo ‘*European Agenda on Migration*’<sup>950</sup> – e prim’ancora nella nota dell’allora Commissario europeo per la Migrazione, gli Affari Interni e la Cittadinanza nella Commissione Juncker, *Dīmītrīs Avramopoulos*<sup>951</sup> – in virtù della quale, allo scopo di fronteggiare la situazione emergenziale allora in essere<sup>952</sup>, è stato inaugurato «*a new ‘Hotspot’ approach*,

---

<sup>947</sup> Come rilevato dalla Commissione, «*[i]n such situations, the Union must support a Member State which faces disproportionate migratory pressure at its external border. This is an imperative in a Union that is governed by the principle of solidarity. This support will enable the Member State concerned to comply with its legal obligations under EU law, including the identification, registration and fingerprinting of individuals upon arrival*». *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Managing the refugees crisis: immediate operational, budgetary and legal measures under the European Agenda on Migration*, Brussels, 23 settembre 2015, COM (2015) 490 final, annex 2, p. 1.

<sup>948</sup> Sul tema, v. ampiamente F. CASOLARI, *The EU’s Hotspot Approach To Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 25, 2016, p. 109-134.

<sup>949</sup> European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European Agenda on Migration*, Brussels, 13.05.2015, COM(2015) 240 final.

<sup>950</sup> M. BENVENUTI, *Gli Hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo n. 2/2018, p. 4.

<sup>951</sup> D. AVRAMOPOULOS, *Explanatory Note on the “Hotspot” Approach*, 2015, p. 2, ove si legge che «*[t]he aim of the Hotspot approach is to provide a platform for the agencies to intervene, rapidly and in an integrated manner, in frontline Member States when there is a crisis due to specific and disproportionate migratory pressure at their external borders, consisting of mixed migratory flows and the Member State concerned might request support and assistance to better cope with that pressure*».

<sup>952</sup> Sulla scia dell’(ennesimo) tragico naufragio avvenuto nel Canale di Sicilia il 18 aprile 2015, in occasione del quale persero la vita 700 persone, tra uomini, donne e bambini. V. L. RIZZA, *Obbligo di solidarietà e*

where the European Asylum Support Office, Frontex and Europol will work on the ground with frontline Member States to swiftly identify, register and fingerprint incoming migrants. The work of the agencies will be complementary to one another. Those claiming asylum will be immediately channelled into an asylum procedure where EASO support teams will help to process asylum cases as quickly as possible. For those not in need of protection, Frontex will help Member States by coordinating the return of irregular migrants. Europol and Eurojust will assist the host Member State with investigations to dismantle the smuggling and trafficking networks»<sup>953</sup>.

Sotto il profilo terminologico, una definizione embrionale del c.d. ‘hotspot’ (in termini di luogo fisico o ‘struttura’) e dell’approccio in commento si rinviene in una successiva comunicazione della Commissione del 23 settembre 2015, intitolata ‘*Managing the refugees crisis: immediate operational, budgetary and legal measures under the European Agenda on Migration*’: nell’ambito della stessa, è precisato che per ‘hotspot’ si intende «*an area at the external border that is confronted with disproportionate migratory pressure. Examples are Sicily and Lampedusa in Italy or Lesbos and Kos in Greece*»; con l’espressione ‘*approccio hotspot*’, invece, si indica «*an operational framework for the Agencies to concentrate their support on the spot where it is most needed, to coordinate their interventions and to cooperate closely with the authorities of the host Member State*»<sup>954</sup>.

Sul piano operativo, la predetta comunicazione ha altresì istituito le ‘squadre di sostegno per la gestione della migrazione nei punti di crisi’ («*Migration Management Support Teams working in ‘hotspot’ areas*»), formate da personale delle agenzie europee (Frontex, EASO e Europol), nonché da esperti provenienti da altri Stati membri, chiamate ad operare in partenariato con le autorità nazionali al fine di svolgere le operazioni di identificazione, *screening* e registrazione dei migranti in ingresso nell’Unione europea<sup>955</sup>.

Successivamente, in seno alle conclusioni redatte all’esito della riunione del Consiglio europeo del 25-26 giugno 2015, è stata confermata la creazione di strutture di accoglienza e prima accoglienza negli Stati membri in prima linea (leggasi, l’Italia e la Grecia) «*with the active support of Member States’ experts and of EASO, Frontex and*

---

perdita di valori (nota a sentenza Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, caso Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell’Unione europea), in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, Fascicolo 2/2018, p. 1.

<sup>953</sup> *European Agenda on Migration*, cit., p. 7.

<sup>954</sup> *Managing the refugees crisis: immediate operational, budgetary and legal measures under the European Agenda on Migration*, cit., p. 1.

<sup>955</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Managing the refugees crisis: immediate operational, budgetary and legal measures under the European Agenda on Migration*, Brussels, 23 settembre 2015, COM (2015) 490 final, p. 5.

*Europol to ensure the swift identification, registration and fingerprinting of migrants (“hotspots”). This will allow to determine those who need international protection and those who do not»<sup>956</sup>.*

Atti di «*soft law*»<sup>957</sup>, quelli di cui si tratta<sup>958</sup>, in virtù dei quali – come rilevato in dottrina – il fenomeno in commento ha assunto al tempo stesso le vesti di una «*operazione*, una *situazione*, un *metodo* e una *struttura*»<sup>959</sup>: fondato sulla sinergia tra personale delle agenzie dell’Unione e agenti degli Stati membri interessati, chiamati a cooperare all’interno dei suddetti ‘punti di crisi’, istituiti al fine di fronteggiare situazioni emergenziali – date dal massiccio afflusso di cittadini di Paesi terzi che tentano di attraversare illegalmente le frontiere esterne dell’Unione (in particolar modo, quelle presenti lungo le coste meridionali italiane e greche) – l’approccio *hotspot* è intrinsecamente «*multifunzionale*»<sup>960</sup>, in quanto volto a classificare e suddividere i migranti in ingresso, previa loro compiuta identificazione, sulla base della disciplina sovranazionale applicabile in relazione al rispettivo *status* giuridico (in dottrina si è parlato, al proposito, di «*inserimento dei migranti nel c.d. doppio binario*»)<sup>961</sup>. Talché, per i richiedenti asilo è previsto l’accesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale – *ivi* compresa l’operatività del nuovo meccanismo della «*ricollocazione*», istituito nel settembre 2015 ai sensi dell’art. 78, § 3 TFUE<sup>962</sup> – condotta

---

<sup>956</sup> *European Council meeting (25 and 26 June 2015) – Conclusions*, Brussels, 26.06.2015, EUCO 22/15, p. 2. V. anche M. BENVENUTI, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>957</sup> Nel cui ambito devono inquadrarsi ulteriori comunicazioni della Commissione europea, tra le quali possono menzionarsi la *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. EU Action Plan on Return*, Brussels, 09.09.2015, COM(2015) 453 final (ove si legge peraltro che «[t]o meet their obligation to enforce return, Member States should use detention, as a legitimate measure of last resort, where it is necessary to avoid that the irregular migrants abscond and to prevent them from moving on to other Member States (secondary movements)»; p. 4); la *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Managing the refugee crisis: State of Play of the Implementation of the Priority Actions under the European Agenda on Migration*, Brussels, 14.10.2015, COM(2015) 510 final; la *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Progress Report on the Implementation of the hotspots in Italy*, Strasbourg, 15.12.2015, COM(2015) 679 final; la *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the State of Play of Implementation of the Priority Actions under the European Agenda on Migration*, Brussels, 10.02.2016, COM(2016) 85 final; la *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Towards a reform of the Common European Asylum System and Enhancing legal Avenues to Europe*, Brussels, 06.04.2016, COM(2016) 197 final.

<sup>958</sup> Sul punto, v. R. CARTA, *Il migration management*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, p. 12.

<sup>959</sup> *Ibidem*.

<sup>960</sup> In questi termini, v. G. FELICI, M. GANCITANO, *La detenzione dei migranti negli hotspots italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in *Sistema Penale*, Fascicolo 1/2022, p. 48.

<sup>961</sup> *Ibidem*.

<sup>962</sup> Si v. la Decisione (UE) 2015/1523 del 14 settembre 2015 e la Decisione (UE) 2015/1601 del 22 settembre 2015 del Consiglio, che istituiscono *misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia e della Grecia*. Tali decisioni, adottate ai sensi e per gli effetti dell’art. 78, § 3 TFUE – in virtù del quale, come noto, qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati – hanno attivato il (nuovo)

in collaborazione con le squadre di sostegno dell'EASO; per coloro che non presentano domanda di protezione, invece, è disposto l'avvio delle operazioni di rimpatrio (stante il loro *status* di migranti irregolari), da svolgersi con l'assistenza di Frontex<sup>963</sup>.

A scapito della rilevata – e *in abstracto* condivisibile – polivalenza dell'approccio in commento, l'assenza di atti tipici normativamente vincolanti in grado di disciplinarne, a livello sovranazionale, la natura giuridica e il funzionamento *in concreto* ha suscitato sin dall'inizio diverse perplessità<sup>964</sup>, destinate a riverberarsi sul piano interno.

Per vero, a tale *vulnus* legislativo ha parzialmente sopperito (pur in misura non sufficiente) il Regolamento (UE) 2016/1624 *relativo alla guardia di frontiera e costiera europea*<sup>965</sup>, il cui art. 2, § 1 ha fornito una definizione normativa sia di «*hotspot area*», in virtù della quale con il termine 'punto di crisi' si designa una zona «*in which the host Member State, the Commission, relevant Union agencies and participating Member States cooperate, with the aim of managing an existing or potential disproportionate migratory challenge characterised by a significant increase in the number of migrants arriving at the external border*» (n. 10); sia di «*migration management support team*» (squadra di sostegno per la migrazione), per tale intendendosi «*a team of experts which provide technical and operational reinforcement to Member States at hotspot areas and which is composed of experts deployed from Member States by the European Border and Coast Guard Agency and by the European Asylum Support Office, and from the European Border and Coast Guard Agency, Europol or other relevant Union agencies*» (n. 9),

---

istituto della «*ricollocazione*» (destinato ad operare sino al settembre 2017), per tale intendendosi «*il trasferimento del richiedente dal territorio dello Stato membro che i criteri di cui al capo III del regolamento (UE) n. 604/2013 designano come competente per l'esame della domanda di protezione internazionale, verso il territorio dello Stato membro di ricollocazione*» [art. 2, lett. e) Decisione (UE) 2015/1523 e art. 2, lett. e) Decisione (UE) 2015/1601]. Per un approfondimento al riguardo, v. M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo 2/2018, p. 33-60; per un commento alla sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'UE il 6 settembre 2017 (*Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/2017) in merito alla (legittimità della) Decisione del Consiglio (UE) 2015/1601, a seguito dei ricorsi in annullamento presentati *ex art.* 263 TFUE da Repubblica Slovacca ed Ungheria, v. *inter alia*, F. CHERUBINI, *La Corte di Giustizia in merito alla decisione del Consiglio sulla ricollocazione: riflessioni sulla politica d'asilo dell'UE*, in *Quaderni costituzionali*, Fascicolo 4/2017, dicembre 2017, p. 923-926.

<sup>963</sup> V. anche G. FELICI, M. GANCITANO, *op. cit.*, p. 47-48.

<sup>964</sup> M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 6; G. FELICI, M. GANCITANO, *op. cit.*, p. 48.

<sup>965</sup> Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016 *relativo alla guardia di frontiera e costiera europea*, il cui considerando n. 25 recita «*[q]ualora in determinate zone delle frontiere esterne debbano affrontare sfide migratorie specifiche e sproporzionate caratterizzate dall'arrivo di ampi flussi migratori misti, gli Stati membri dovrebbero poter contare sui rinforzi tecnici e operativi. Tali rinforzi dovrebbero essere forniti nei punti di crisi (hotspot) dalle squadre di sostegno per la gestione della migrazione. Tali squadre dovrebbero essere composte da esperti impiegati dagli Stati membri a cura dell'Agenzia e dell'EASO, e dall'Agenzia, da Europol o da altre agenzie dell'Unione pertinenti*». Il Regolamento in esame è stato poi sostituito dal Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019, *relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624*.

deputata a fornire assistenza nelle operazioni di «*screening, debriefing, identification and fingerprinting*» dei migranti in ingresso nel territorio dello Stato membro interessato (art. 8, § 1, lett. i)<sup>966</sup>.

Come anticipato, l'assenza a livello europeo di una cornice normativa adeguata, in grado di delineare una disciplina formale ed omogenea del 'metodo *hotspot*'<sup>967</sup> – in termini di sua compiuta qualificazione giuridica, nonché di definizione del *modus operandi* e delle procedure operative in essere all'interno dei punti di crisi, mediante fonti di rango primario o derivato (tipico) – ha senz'altro influenzato la disciplina interna vigente *in subiecta materia*: per diverso tempo, infatti, i centri *hotspots* non hanno rinvenuto alcun fondamento normativo (*rectius*, mero riferimento) nella legislazione italiana di rango primario.

Ciò, nonostante le inevitabili ripercussioni che un 'sistema' di tal fatta avrebbe generato sui diritti fondamentali dei soggetti interessati dal fenomeno in commento, *in primis* (ma non soltanto) il diritto alla libertà della persona, costituzionalmente e convenzionalmente tutelato.

È da dire che, a livello nazionale, un primo riferimento ai c.d. *hotspots* si ravvisa nella circolare del Ministero dell'Interno, Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione del 6 ottobre 2015 (prot. n. 14106), a firma del Capo del Dipartimento

---

<sup>966</sup> Al proposito, si v. anche il disposto dell'art. 18 del Regolamento in esame, secondo il quale «1. Where a Member State faces disproportionate migratory challenges at particular hotspot areas of its external borders characterised by large inward mixed migratory flows, that Member State may request technical and operational reinforcement by migration management support teams. That Member State shall submit a request for reinforcement and an assessment of its needs to the Agency and other relevant Union agencies, in particular EASO and Europol. 2. The executive director, in coordination with other relevant Union agencies, shall assess a Member State's request for reinforcement and the assessment of its needs for the purpose of defining a comprehensive reinforcement package consisting of various activities coordinated by the relevant Union agencies to be agreed upon by the Member State concerned. 3. The Commission shall, in cooperation with the host Member State and the relevant agencies, establish the terms of cooperation at the hotspot area and be responsible for the coordination of the activities of the migration management support teams. 4. The technical and operational reinforcement provided by the European Border and Coast Guard teams, the European return intervention teams and experts from the Agency's staff in the framework of the migration management support teams, may include: (a) in full respect for fundamental rights, providing assistance in screening of third-country nationals arriving at the external borders, including the identification, registration, and debriefing of those third-country nationals and, where requested by the Member State, the fingerprinting of third-country nationals and providing information regarding the purpose of these procedures; (b) the provision of initial information to persons who wish to apply for international protection and their referral to the competent national authorities of the Member State concerned or EASO; (c) technical and operational assistance in the field of return, including the preparation and organisation of return operations. 5. Migration management support teams shall, where necessary, include staff with expertise in child protection, trafficking in human beings, protection against gender-based persecution and/or fundamental rights».

<sup>967</sup> «[T]he current legal uncertainty as to the rules that apply in hotspots and the unclear interaction between national and EU law in these areas call for a separate legal instrument providing a sound legal basis for these hotspots and their operation»; J. RIJMA, *The Proposal for a European Border and Coast Guard: Evolution or Revolution in External Border Management?*, in Study for the LIBE Committee of the European Parliament, Strasbourg, 25 marzo 2016, p. 19.

Morcone<sup>968</sup>, ove è prevista «l'istituzione di sei specifici hotspots (Aree di sbarco attrezzate) dove assicurare le operazioni di soccorso, prima assistenza, registrazione e fotosegnalamento di tutti i migranti», ossia i centri di «Lampedusa, Pozzallo, Porto Empedocle e Trapani, con una capacità complessiva di 1500 posti, cui si aggiungeranno, entro la fine del 2015, anche Augusta e Taranto, con ulteriori 600 posti»<sup>969</sup>. Come precisato nel documento, «[i]l meccanismo - a regime - prevede che tutti i migranti sbarchino in uno dei siti hotspot individuati, affinché possano essere garantite nell'arco di 24/48 ore le operazioni di screening sanitario, pre-identificazione (con accertamento di eventuali vulnerabilità), registrazione e fotosegnalamento per ingresso illegale (categoria EURODAC 2)»<sup>970</sup>.

Alla predetta circolare è stato allegato un ulteriore documento, denominato *Roadmap* (letteralmente, «*tabella di marcia*») del 28 settembre 2015<sup>971</sup> – anch'essa dal valore meramente programmatico – nel cui ambito sono state parimenti individuate le aree *hotspots*, espressamente definite come 'chiuse'<sup>972</sup>, nonché le procedure *ivi* operanti.

Alla stessa ha fatto seguito l'adozione, sempre da parte del Ministero dell'Interno (Dipartimento per le Libertà civili e l'Immigrazione e Dipartimento della Pubblica Sicurezza), delle “*Procedure Operative Standard applicabili agli Hotspots italiani*” («*Standard Operating Procedures*» nel testo inglese), da intendersi quale «guida operativa per le attività organizzate all'interno degli Hotspots»<sup>973</sup>. Anche nell'ambito di quest'ultimo documento, è possibile cogliere un esplicito riferimento alla *qualificabilità* di tali centri come strutture (di fatto) 'chiuse', nella misura in cui si è affermato che «[s]alvo il verificarsi di afflussi eccezionali che impongono l'adozione di iniziative diverse, la persona può uscire dall'Hotspot solo dopo essere stata fotosegnalata concordemente con quanto previsto dalle norme vigenti, se sono state

---

<sup>968</sup> M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 13-14.

<sup>969</sup> Ministero dell'Interno, Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione, circolare del 6 ottobre 2015, n. 14106, p. 2.

<sup>970</sup> *Ibidem*.

<sup>971</sup> Adottata in conformità all'art. 8 della “*Proposta di decisione del Consiglio che istituisce misure provvisorie in materia di protezione internazionale a beneficio di Italia e Grecia*”, presentata dalla Commissione nel maggio 2015.

<sup>972</sup> «A partire da settembre 2015, quattro porti sono stati individuati come “hotspots”, vale a dire: Pozzallo, Porto Empedocle e Trapani in Sicilia e l'isola di Lampedusa. In ognuno di questi “hotspots” chiusi, sono disponibili strutture di prima accoglienza con una capacità complessiva di circa 1.500 posti per effettuare le attività di preidentificazione, registrazione, foto-segnalamento e rilievi dattiloscopici. Altre due aree hotspots chiuse, atte a ricevere i cittadini di Paesi terzi, saranno pronte nei porti di Augusta e Taranto entro la fine del 2015». Ministero dell'Interno, *Roadmap italiana*, 20 settembre 2015, p. 6.

<sup>973</sup> Ministero dell'Interno, Dipartimento per le Libertà civili e l'Immigrazione e Dipartimento della Pubblica Sicurezza, *Procedure Operative Standard applicabili agli Hotspots italiani*, p. 2.

completate tutte le verifiche di sicurezza nei database, nazionali ed internazionali, di polizia»<sup>974</sup>.

Dalla lettura di tali documenti, peraltro privi di valenza normativa, può ragionevolmente desumersi – e in tal senso si è espressa gran parte della dottrina giuridica<sup>975</sup> – come i soggetti collocati all’interno degli *hotspots* versino in una situazione di ‘privazione della libertà personale’ (o «*trattenimento*»), tale da attrarre l’operatività delle garanzie costituzionali poste dall’art. 13, § 2 della Costituzione<sup>976</sup>, oltre che di quelle convenzionali *ex art. 5 CEDU*. Del resto, la medesima conclusione era stata raggiunta, anni addietro, dalla stessa Corte Costituzionale, sia pure in relazione al trattenimento di stranieri irregolari all’interno dei CIE (oggi Centri di Permanenza per i Rimpatri), in occasione della celebre sentenza n. 105/2001<sup>977</sup>.

Nell’ambito della normativa interna di rango primario, un primo riferimento alla nozione di *hotspot* è contenuto nell’art. 17 del Decreto-Legge n. 13/2017, convertito con modificazioni dalla Legge n. 46/2017 (c.d. Decreto Minniti-Orlando)<sup>978</sup> – emanato all’indomani della condanna subita dall’Italia in occasione della sentenza *Khlaifia* del 15 dicembre 2016<sup>979</sup> – che ha introdotto, all’interno del Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico sull’Immigrazione) il nuovo art. 10 *ter*: ai sensi del c. 1 della norma in esame, infatti, «*[l]o straniero rintracciato in occasione dell’attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a*

---

<sup>974</sup> *Ibidem*, p. 8. V. anche M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 15.

<sup>975</sup> M. BENVENUTI, *op. et loc. supra cit.*; S. PENASA, *L’approccio hotspot nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in Associazione Italiana Costituzionalisti, rivista n. 2/2017, 407-408; M. SAVINO, *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law*, in German Law Journal, 2016, p. 988-989.

<sup>976</sup> Secondo il quale, come noto, «*[n]on è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria [cfr. art. 111 c. 1, 2] e nei soli casi e modi previsti dalla legge*».

<sup>977</sup> In quel frangente, la Consulta aveva statuito che «*[i]l trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell’art. 13 della Costituzione*», dal momento che implica «*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*». Corte Costituzionale italiana, 22 marzo 2001 (dep. il 10 aprile 2001), n. 105. Sul punto v. anche A. PUGIOTTO, *La galera amministrativa degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in Quaderni costituzionali, Fascicolo 3/2014, settembre 2014, p. 578.

<sup>978</sup> Decreto-Legge 17 febbraio 2017, n. 13 recante *Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale* (in G.U. Serie Generale 17.02.2017, n. 40), convertito con modificazioni dalla L. 13 aprile 2017, n. 46 (in G.U. 18.04.2017, n. 90).

<sup>979</sup> Nella qual occasione – come si è avuto modo di rilevare – la Grande Camera della Corte EDU ha *inter alia* riscontrato la violazione dell’art. 5, § 1 CEDU, a motivo dell’assenza di una base legale («*legal basis*»), rinvenibile nel diritto interno, che giustificasse il trattenimento *de facto* dei ricorrenti all’interno del Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa, nonché a bordo delle navi *Vincent e Audacia*. V. *supra*, Capitolo II, Sezione III, § 3.2.



*seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi »<sup>980</sup>, i c.d. hotspot, ove «sono altresì effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, anche ai fini di cui agli articoli 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito». Oltretutto, il comma 3 della medesima norma ha disposto che «[i]l rifiuto reiterato» dello straniero di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici e segnaletici «configura rischio di fuga ai fini del trattenimento nei centri di cui all'art. 14», ossia nei Centri di Permanenza per i Rimpatri<sup>981</sup>.*

L'intervento legislativo in commento è stato all'evidenza sollecitato dalle risultanze cui è pervenuta la Grande Camera della Corte di Strasburgo in seno alla pronuncia *Khlaifia e altri c. Italia* del dicembre 2016: il *vulnus* legislativo riscontrato dai giudici europei in relazione alla detenzione *de facto* dei migranti irregolari all'interno del Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa (poi designato quale *hotspot* ai sensi dell'art. 17 del c.d. Decreto Minniti-Orlando) e a bordo delle navi ormeggiate nel porto di Palermo – in termini di insussistenza di un fondamento giuridico che ne legittimasse il trattenimento, oltre che di assenza di un rimedio giurisdizionale concretamente esperibile avverso la misura – acuito dall'implementazione del c.d. 'approccio hotspot' sul territorio nazionale, ha infatti indotto il Legislatore a introdurre una serie di riforme legislative *ad hoc* (come può desumersi dalle comunicazioni presentate dall'Italia al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel quadro della procedura di supervisione dell'esecuzione della pronuncia in commento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 46 CEDU, protrattasi per oltre quattro anni)<sup>982</sup>.

---

<sup>980</sup> «[A]llestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563 [ossia i Centri istituiti dalla c.d. Legge Puglia; n.d.r.] e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142 [vale a dire i Centri governativi di prima accoglienza; n.d.r.]».

<sup>981</sup> In particolare, «[i]l trattenimento è disposto caso per caso, con provvedimento del questore, e conserva la sua efficacia per una durata massima di trenta giorni dalla sua adozione, salvo che non cessino prima le esigenze per le quali è stato disposto. Si applicano le disposizioni di cui al medesimo articolo 14, commi 2, 3 e 4. Se il trattenimento è disposto nei confronti di un richiedente protezione internazionale, come definita dall'articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, è competente alla convalida il Tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea». Per un commento, v. C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo n. 2/2017.

<sup>982</sup> Nel periodo intercorso tra il settembre 2017 e il dicembre 2021. V. anche F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 3/2020, p. 431.

Tuttavia, è apparso sin da subito evidente come la novella legislativa in esame non fosse in grado di porre rimedio alle questioni di incompatibilità convenzionale – oltre che, sotto il profilo interno, di illegittimità costituzionale<sup>983</sup> – già emerse in occasione della pronuncia *Khlaifia* (pur relativa a specifiche situazioni fattuali pregresse al fenomeno *hotspot*, ma nella loro essenza allo stesso sovrapponibili), poi amplificatesi alla luce del sistema di *governance* del fenomeno migratorio attuato all’indomani dell’applicazione del metodo *hotspot*<sup>984</sup>. Per vero, a partire dal 2015, la prassi del trattenimento (illegittimo) dei migranti irregolari giunti sulle coste italiane attraverso le rotte del Mediterraneo centrale all’interno degli anzidetti ‘punti di crisi’ – in termini del tutto analoghi a quanto riscontrato dalla Corte EDU in occasione della sentenza in commento – ha assunto natura sistematica<sup>985</sup>, pur in assenza (si è già visto) di una chiara ed accessibile cornice normativa che ne regolasse il funzionamento, la durata media del soggiorno e la ‘libertà di movimento’ dei soggetti ivi ospitati, oltre che le garanzie, sostanziali e di contesto, agli stessi applicabili.

Come lucidamente sottolineato anche dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), in seno al suo Rapporto del 10 aprile 2018, «“hotspots”, in law, are not conceived as places of deprivation of liberty»<sup>986</sup>: ciò in quanto l’art. 17 del c.d. Decreto Minniti-Orlando, pur prevedendo l’istituzione di ‘punti di crisi’ all’interno delle anzidette strutture di prima accoglienza, «does not provide a legal basis for deprivation of liberty in the “hotspots”»<sup>987</sup>, con evidenti ripercussioni sulla correlata (im)possibilità di accedere a rimedi giurisdizionali al fine di contestare la legittimità della propria detenzione.

Anche a motivo delle persistenti mancanze riscontrate, in sede di supervisione dell’esecuzione della sentenza *Khlaifia*, dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa (nelle sue osservazioni del 15 marzo 2018)<sup>988</sup>, nell’ottobre 2018 è stato quindi emanato il

---

<sup>983</sup> Al proposito, v. M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 18-24.

<sup>984</sup> Per un commento, v. anche 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 *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 3/2017, p. 278-283, secondo il quale si tratterebbe di una normativa soltanto «apparente».

<sup>985</sup> In questi termini, v. anche G. FELICI, M. GANCITANO, *op. cit.*, p. 54.

<sup>986</sup> Council of Europe, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 13 June 2017*, Strasbourg, 10.04.2018, CPT/Inf (2018) 13, p. 8.

<sup>987</sup> *Ibidem*. V. anche F. CANCELLARO, *op. cit.*, p. 432.

<sup>988</sup> Committee of Ministers, *1310<sup>th</sup> meeting, 13-15 March 2018 (DH), H46-9 Khlaifia and Others v. Italy (Application No. 16483/12) Supervision of the execution of the European Court’s judgments*, 15.03.2018, nel cui ambito il Comitato ha rilevato che «[t]he information provided by the authorities does not address the main issues raised by this judgment, namely the absence in Italian law of a clear and accessible legal basis for the detention of migrants in initial reception centres and of judicial review of the decisions taken in this context»: difatti, alla luce della prassi vigente, i centri *hotspots*, «conceived as transit centres for

Decreto-Legge n. 113/2018, convertito con modificazioni dalla Legge n. 132/2018<sup>989</sup> (c.d. Decreto sicurezza), prepotentemente inscritto nel quadro giuridico concernente la detenzione degli stranieri irregolari, allo scopo di potenziare ulteriormente quelle finalità di deterrenza del fenomeno migratorio già insite nel substrato politico nazionale del tempo<sup>990</sup>.

Per quanto concerne il metodo *hotspot*, l'art. 3 del c.d. Decreto sicurezza ha rafforzato il ricorso alla privazione della libertà personale – inteso quale strumento dissuasivo all'ingresso nel territorio dello Stato – nei confronti dei richiedenti protezione internazionale, mediante l'introduzione del nuovo comma 3 *bis* all'interno dell'art. 6 del D.lgs. n. 142/2015<sup>991</sup>.

Ai sensi della novella legislativa, il (solo) richiedente asilo può essere trattenuto «per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni, in appositi locali presso le strutture di cui all'articolo 10-ter, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286», ossia i centri *hotspots*, «per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza»<sup>992</sup>, in virtù di un provvedimento (decreto di trattenimento) del Questore, convalidato dal Tribunale («sede della sezione specializzata in materia di immigrazione»)<sup>993</sup>. Per di più, «[o]ve non sia stato possibile determinarne

---

*very short stays, can in practice become places of detention. If the persons placed in these centres are indeed deprived of their individual liberty, it is thus important to ensure that this is done on the basis of clear and accessible provisions, that these people are informed of the reasons that justify their detention and that they have access to judicial review of the relevant decisions».* Al proposito, v. F. CANCELLARO, *op. et loc. supra cit.*

<sup>989</sup> Decreto-Legge 4 ottobre 2018, n. 113 recante *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata* (in G.U. Serie Generale 04.10.2018, n. 231), convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132 (in G.U. 03.12.2018, n. 281).

<sup>990</sup> Attraverso l'implementazione del ricorso alla detenzione amministrativa dello straniero, tanto all'interno delle procedure di riconoscimento della protezione internazionale, quanto nell'ambito dei procedimenti di espulsione; a quest'ultimo riguardo, si v. il disposto dell'art. 2 del c.d. Decreto sicurezza, inerente al prolungamento della durata massima del trattenimento dello straniero (da 90 a 180 giorni) nei Centri di Permanenza per il Rimpatrio (art. 14 Testo Unico sull'Immigrazione); nonché il successivo art. 4, ove tra le «*strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza*» menzionate dalla norma, destinate ad accogliere lo straniero in attesa di convalida del provvedimento di espulsione, altre e diverse rispetto ai CPR, secondo taluna dottrina potrebbero rientrare anche i centri *hotspot* (art. 13, c. 5 *bis* Testo Unico sull'Immigrazione). F. CANCELLARO, *op. et loc. supra cit.*; G. FELICI, M. GANCITANO, *op. cit.*, p. 57. Per un approfondimento sul punto, v. anche L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *Legislazione Penale*, n. 7/2019, 24 luglio 2019.

<sup>991</sup> Che, come noto, disciplina il trattenimento dei richiedenti asilo. V. Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 142 recante *attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale* (in G.U. 15.09.2015, n. 214).

<sup>992</sup> Art. 6, c. 3 *bis* D.lgs. n. 142/2015.

<sup>993</sup> Art. 6, c. 5 e ss D.lgs. n. 142/2015. Come opportunamente rilevato in dottrina, «*gli hotspot assumono così una duplice natura: da un lato, possono essere centri chiusi per i richiedenti asilo (...); dall'altro lato,*

o verificarne l'identità o la cittadinanza, il richiedente può essere trattenuto» nei Centri di Permanenza per i Rimpatri, per un periodo massimo di centottanta giorni. In altri termini, mentre in precedenza il presupposto della conversione del trattenimento all'interno dei CPR doveva rinvenirsi nel «rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi» (ex art. 10 ter, c. 3 D.lgs. n. 286/1998), ora è sufficiente la mera impossibilità di «determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza», a prescindere da qualsivoglia contegno attivo (ostruttivo) adottato dall'interessato<sup>994</sup>.

Delineata la pertinente novità legislativa, è interessante soffermarsi sui profili problematici dalla stessa sollevati: criticità ben colte nelle valutazioni espresse dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, in seno alle sue osservazioni (periodiche) del 14 marzo 2019<sup>995</sup>, circa l'effettiva idoneità dell'intervento del Legislatore a porre rimedio al 'vuoto' legislativo riscontrato in sede europea.

Pur riconoscendo come il c.d. Decreto sicurezza abbia fornito una base legale («a legal basis») per il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale all'interno degli hotspots (per un massimo di trenta giorni), nonché in merito al controllo giurisdizionale sulla privazione della libertà, il Comitato ha enfatizzato le problematiche che attengono alla 'qualità' del diritto interno pertinente («the quality of the provisions now authorising detention has been questioned»)<sup>996</sup>. In effetti, in seno al Parere reso sul Decreto-Legge n. 113/2018<sup>997</sup>, il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale aveva censurato l'assenza, nel disegno di legge, di una chiara e precisa definizione dei motivi posti alla base del trattenimento<sup>998</sup>, sì da lasciare ampia discrezionalità all'autorità di pubblica sicurezza, con conseguente rischio di «un uso generalizzato del trattenimento contrastante con i principi di necessità,

---

restano (almeno formalmente) centri aperti per tutti i migranti che invece non hanno richiesto protezione internazionale». Così F. CANCELLARO, *op. et loc. supra cit.*

<sup>994</sup> Per una critica sul punto, v. M. DANIELE, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione del decreto sicurezza 2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 11/2018, p. 102-103.

<sup>995</sup> Committee of Ministers, *1340<sup>th</sup> meeting, 12-14 March 2019 (DH), H46-9 Khlaifia and Others v. Italy, Supervision of the execution of the European Court's judgments*, 14.03.2019.

<sup>996</sup> *Ibidem*.

<sup>997</sup> Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul Decreto-Legge 4 ottobre 2018, n. 113, Roma, 15 ottobre 2018, p. 8, ove si legge che «[n]on appare chiaro quando possa dirsi integrata la fattispecie del trattenimento dal momento che la mancanza di documenti è una condizione tipica e generalizzata di coloro che chiedono protezione internazionale. Limitandosi a prevedere la possibilità del trattenimento "per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza", la norma non disciplina tassativamente i presupposti alla base della misura e finisce quindi per sanzionare con la privazione della libertà tutti i richiedenti nei cui confronti l'Autorità di pubblica sicurezza decida di esercitare l'ampia discrezionalità di cui dispone (la norma recita «il richiedente può essere trattenuto [...]»). Il rischio conseguente è per un uso generalizzato del trattenimento contrastante con i principi di necessità, proporzionalità e ricorso a esso solo come misura di ultima istanza».

<sup>998</sup> Sui possibili profili di illegittimità costituzionale dell'art. 3 del Decreto-Legge n. 113/2018, v. G. FELICI, M. GANCITANO, *op. cit.*, p. 58.

*proporzionalità e ricorso a esso solo come misura di ultima istanza»*<sup>999</sup>. D'altra parte, un ulteriore ordine di questioni concerneva la mancanza di rimedi efficaci cui gli interessati avrebbero potuto ricorrere per denunciare le condizioni di detenzione all'interno degli *hotspots*.

Anche alla luce di tali considerazioni, al fine di chiarire l'operatività del nuovo quadro giuridico, nonché di vagliarne la compatibilità con i precetti convenzionali (in specie quelli posti dai § 2 e 4 dell'art. 5 CEDU), le autorità nazionali avrebbero dovuto fornire al Comitato delucidazioni concernenti (i) «*the grounds allowing the detention of migrants who have applied for international protection in hotspots and its possible extension*»; (ii) «*the decision-making process leading to detention*»; (iii) «*the information provided to these persons about the reasons for their detention*»; e, da ultimo, (iv) «*the scope of judicial review of the detention (and prolongation) decisions, the time-frame set to conduct such a review, and the powers of the courts should they find the detention unlawful*»<sup>1000</sup>.

Oltretutto, considerato che l'art. 6, c. 3 *bis* del c.d. Decreto sicurezza consente esclusivamente il trattenimento dei richiedenti asilo all'interno degli *hotspots*, il Comitato

---

<sup>999</sup> Va peraltro sottolineato che la (pur ampia) formulazione letterale dell'art. 6, c. 3 *bis* D.lgs. n. 142/2015 – secondo la quale, si è visto, il richiedente asilo può essere trattenuto all'interno dell'*hotspot*, «*per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza*» – ricalca il disposto dell'art. 8, § 3 della c.d. Direttiva accoglienza (Direttiva 2013/33/UE), che consente il «*trattenimento*» del richiedente asilo, «*ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso*», qualora non possano applicarsi «*misure alternative meno coercitive*» (§ 2), «*per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza*» (lett. a). La validità del precetto posto dall'art. 8, § 3, c. 1, lett. a) [e lett. b)] della Direttiva 2013/33/UE, alla luce del disposto degli artt. 6 e 52, § 1 e 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, è stata oggetto di pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'UE, in seno alla causa C-18/16 (*K c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*). In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno rilevato che la formulazione normativa in esame risulti rispettosa dei principi di legalità (§ 35-36), proporzionalità (§ 37-39) e necessità (§ 40 e ss.) della misura restrittiva, alla luce di una visione complessiva del sistema di garanzie poste dall'impianto normativo *de quo*: in effetti, come precisato dalla Corte, «*gli altri paragrafi dell'articolo 8 della direttiva 2013/33 apportano limitazioni importanti al potere attribuito agli Stati membri di procedere a un trattenimento. Dall'articolo 8, paragrafo 1, di detta direttiva risulta infatti che gli Stati membri non possono trattenere una persona per il solo fatto che questa ha presentato una domanda di protezione internazionale. Inoltre, l'articolo 8, paragrafo 2, della suddetta direttiva, impone che il trattenimento possa essere disposto soltanto ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive. L'articolo 8, paragrafo 4, della medesima direttiva prevede che gli Stati membri provvedono affinché il diritto nazionale contempli le disposizioni alternative al trattenimento, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato*» (§ 44). V. Corte di Giustizia, *K c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, causa C-18/16, 14 settembre 2017. Trasponendo i suddetti *principia iuris* nell'ordinamento interno, può ben comprendersi l'importanza rivestita dal controllo dell'organo giurisdizionale (chiamato a convalidare la misura privativa della libertà, adottata dall'autorità amministrativa) cui incombe l'onere di vagliare «*caso per caso*» la necessità del trattenimento, così come l'inapplicabilità, nel caso di specie, di efficaci «*misure alternative meno coercitive*». In questi termini, v. anche F. CANCELLARO, *Immigration Detention between Law and Practice in Italy. Managing the Border Through Arbitrary Detention*, in G. L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, cit., p. 198.

<sup>1000</sup> Committee of Ministers, 1340<sup>th</sup> meeting, 12-14 March 2019, cit..

ha richiesto ulteriori chiarimenti circa l'eventuale possibilità di trattenere, nei predetti centri, anche migranti che non abbiano avanzato richiesta di protezione internazionale, nonché (in caso di risposta affermativa) «*the relevant legal basis and safeguards surrounding such deprivation of liberty*»<sup>1001</sup>.

È da dire che, a fronte delle precisazioni fornite al riguardo dal Governo italiano, nella comunicazione del 4 giugno 2019<sup>1002</sup>; nonché in considerazione delle modifiche legislative apportate alla previgente normativa dal Decreto-Legge n. 130/2020 (c.d. Decreto Lamorgese), convertito con modifiche dalla Legge n. 173/2020<sup>1003</sup>, delineate nella successiva comunicazione del 15 febbraio 2021; e del 'Rapporto d'azione' («*action report*») accluso alla comunicazione del 15 ottobre 2021<sup>1004</sup>, il Comitato dei Ministri, in data 2 dicembre 2021, ha deciso di concludere la procedura di supervisione dell'esecuzione della pronuncia *Khlaifia*.

Secondo le spiegazioni fornite dal Comitato, la *ratio* della suddetta decisione deve rinvenirsi – oltre che nell'integrale risarcimento del danno arrecato ai ricorrenti – da un lato, «*as regards the legal basis and safeguards attending migrants' administrative detention*», nel fatto che le riforme legislative adottate dalle autorità italiane in attuazione della sentenza *Khlaifia* hanno fornito una base giuridica chiara ed accessibile per la detenzione amministrativa dei migranti («*[t]he authorities have thus responded fully and adequately to the Court's findings under Article 5, §§ 1, 2 and 4 of the Convention*»); dall'altro, «*[a]s regards the lack of an effective remedy concerning the conditions of*

---

<sup>1001</sup> *Ibidem*.

<sup>1002</sup> Per un approfondimento, v. Rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa, *Communication du Gouvernement italien*, 4 giugno 2019 [DH-DD(2019)671]. Con particolare riguardo alla possibilità di trattenere all'interno degli *hotspots* migranti che non abbiano avanzato richiesta di protezione internazionale, il Governo italiano ha precisato che «*[c]omme il a déjà été indiqué dans les communications précédentes, la rétention des migrants qui n'ont pas demandé la protection internationale est déjà prévue dans la dernière partie de l'alinéa 1, de l'article 14 du TUI et intervient à l'intérieur des CPR et non pas des hotspot*» (p. 8).

<sup>1003</sup> Decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130 recante *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale* (in G.U. 21.10.2020, n. 261), convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173 (in G.U. 19.12.2020, n. 314). In particolare, come precisato dal Comitato dei Ministri nelle sue valutazioni dell'11 marzo 2021, «*[t]he new provisions, enacted in October 2020, have notably reduced the maximum terms of detention of migrants awaiting expulsion and of asylum seekers withheld for identification purposes (from 180 to 90 days) and established the obligation for the authorities to inform, in a language they understand, migrants detained in repatriation centres of their rights with regards to the judicial review of their detention*». Committee of Ministers, *1398<sup>th</sup> meeting, 9-11 March 2021 (DH) H46-13 Khlaifia and Others v. Italy (Application No. 16483/12), Supervision of the execution of the European Court's judgments*, 11 marzo 2021. Per un approfondimento in merito alle novità introdotte dalla riforma legislativa in esame, v. Rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa, *Communication du Gouvernement italien*, 15 febbraio 2021 [DH-DD(2021)190].

<sup>1004</sup> Rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa, *Action Report*, 15 ottobre 2021 [DH-DD(2021)1062].

*migrant administrative detention*», che le informazioni e le pronunce giurisdizionali fornite dalle autorità nazionali in merito alle potenzialità insite nella combinazione del rimedio civilistico preventivo («*preventive remedy*») del ricorso d’urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, esperibile al fine di ottenere l’immediata cessazione della misura privativa della libertà personale, e di quello compensativo («*compensative remedy*») posto dall’art. 2043 c.c., in grado di fornire una riparazione adeguata per l’ingiusta detenzione subita, mostrano «*with a sufficient degree of certainty that these avenues allow migrants in administrative detention to bring before domestic courts complaints related to their living conditions and to obtain adequate redress, should these conditions reach the threshold of gravity required to qualify as inhuman or degrading treatment*»<sup>1005</sup>.

Nondimeno, il Comitato ha invitato le autorità nazionali a tenere in debita considerazione le preoccupazioni sollevate dalla società civile (anche in relazione ad aspetti che esulano dalle violazioni accertate in seno alla sentenza *Khlaifia*), «*in the context of a continuing dialogue with the stakeholders operating on the ground and with the National Guarantor, whose monitoring activity and recommendations are an essential feature of the new system*»<sup>1006</sup>.

A quest’ultimo proposito, infatti, malgrado le riforme legislative che hanno interessato il trattenimento negli *hotspots* italiani, diversi attori della società civile hanno reiteratamente denunciato le persistenti violazioni (sostanziali e procedurali) del diritto alla libertà personale di numerosi stranieri, ancora perpetrate all’interno dei suddetti punti di crisi: come rilevato da talune Organizzazioni non governative italiane, intervenute in sede di procedimento di supervisione dell’esecuzione della sentenza *Khlaifia* (il 27 gennaio 2021), «*[t]he detention still takes place without any clear legal basis, in the absence of a written act adopted by the competent authority and validated by a judge, in the absence of a maximum detention period, without proper information provided, in a manner inconsistent with the need to protect the individuals against arbitrariness*»<sup>1007</sup>.

---

<sup>1005</sup> Committee of Ministers, 1419<sup>th</sup> meeting, 30 November – 2 December 2021 (DH), H46-19 *Khlaifia and Others v. Italy* (Application No. 16483/12), *Supervision of the execution of the European Court’s judgments*, 2 dicembre 2021. Tuttavia, si deve precisare che i precedenti giurisprudenziali forniti dall’Italia riguardavano migranti trattenuti (non negli *hotspots*, ma) all’interno di Centri di Permanenza per i Rimpatri, il cui regime giuridico è assai diverso (in termini di garanzie sostanziali e procedurali riconosciute ai soggetti *ivi* trattenuti) rispetto a quello vigente (o meglio, inesistente) nei ‘punti di crisi’. V. al proposito, G. MENTASTI, *Si chiude la procedura di monitoraggio dell’esecuzione della sentenza Khlaifia c. Italia ma permangono criticità sul trattenimento dei migranti negli hotspots*, in ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, giugno 2022, p. 5-6.

<sup>1006</sup> *Ibidem*.

<sup>1007</sup> 1398<sup>th</sup> meeting (March 2021) (DH) - Rule 9.2 - Communication from NGOs (Associazione per gli Studi Giuridici sull’Immigrazione - ASGI and A Buon Diritto Onlus) (27/01/2021) concerning the case of *KHLAIFIA AND OTHERS v. Italy* (Application No. 16483/12), p. 3; G. FELICI, M. GANCITANO, *op. cit.*, p. 57.

Carenze sistemiche, quelle appena descritte, che paiono connaturare – come si avrà modo di cogliere, ancora ad oggi – l’approccio *hotspot* italiano: alla luce di una disamina delle prassi in atto all’interno dei punti di crisi, permangono forme di detenzione *de facto* – disposte in assenza di un provvedimento formalmente adottato dall’autorità competente e convalidato dall’autorità giudiziaria – che generalmente hanno luogo «*during the period between a person’s arrival at the centre and the end of initial identification procedures*»<sup>1008</sup>.

In effetti, sotto il profilo prettamente giuridico, se ai sensi della novella legislativa il trattenimento a fini identificativi all’interno dei centri *hotspots* può riguardare soltanto la categoria dei richiedenti asilo (*ex art. 6, c. 3 bis* del D.lgs. n. 142/2015, introdotto dall’art. 3 del c.d. Decreto sicurezza) – e al più, secondo taluna dottrina, gli stranieri in attesa di convalida del provvedimento di espulsione, qualora non possano essere collocati all’interno dei Centri di Permanenza per i Rimpatri (*ex art. 13, c. 5 bis* del c.d. Testo Unico sull’Immigrazione, come modificato dall’art. 4 del c.d. Decreto sicurezza) – nel lasso temporale, spesso piuttosto esteso, che intercorre tra l’arrivo del soggetto presso il centro e la conclusione delle procedure di identificazione (dunque prima dell’attribuzione del relativo *status* di richiedenti asilo o migrante irregolare), la misura del trattenimento, pur in concreto attuata, non risulta coperta da idonea base legale (stante la mancata sussumibilità della fattispecie nel quadro delle novità introdotte dal Decreto-Legge n. 132/2018)<sup>1009</sup>.

Nonostante il parere espresso dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa nel suo provvedimento del 2 dicembre 2021, forti critiche hanno fatto seguito all’adozione del Decreto-Legge n. 130/2020<sup>1010</sup>, che non è riuscito a portare chiarezza nell’ambito di un «*quadro regolatorio insufficiente costruito per addizione, senza una visione d’insieme, e quindi inevitabilmente lacunoso e disomogeneo*»<sup>1011</sup>: un esempio fra tutti è dato dalla illogica «*disparità di trattamento*»<sup>1012</sup> che emerge dal «*raffronto tra le discipline*

---

<sup>1008</sup> 1355th meeting (September 2019) (DH) - Rule 9.2 - Communication from NGOs (Association for Juridical Studies on Immigration - ASGI and A Buon Diritto Onlus) (13/08/2019) in the case of KHLAIFIA AND OTHERS v. Italy (Application No. 16483/12).

<sup>1009</sup> In questi termini, v. anche G. FELICI, M. GANCITANO, *op. cit.*, p. 58.

<sup>1010</sup> Per un approfondimento al riguardo, v. G. MENTASTI, *Il decreto ‘immigrazione-sicurezza’ (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, in Sistema Penale, 15 gennaio 2021.

<sup>1011</sup> Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale sul Decreto-Legge 21 ottobre 2020, n. 130, recante “*Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all’utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*”, 5 novembre 2020.

<sup>1012</sup> *Ibidem*.



*specifiche dei vari luoghi ove la detenzione amministrativa trova applicazione»<sup>1013</sup>, in specie i Centri di Permanenza per i Rimpatri e gli *hotspots*. Nel suo Parere sul Decreto-Legge 21 ottobre 2020, n. 130, il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale ha invero enfatizzato che, in tale ambito, «[i]l rischio di disparità di trattamento non è solo un'ipotesi e persone sottoposte alla stessa misura di detenzione amministrativa accedono a un ventaglio di garanzie e trattamenti differenziati»<sup>1014</sup>.*

Per completezza espositiva, si deve altresì precisare che, di recente, è intervenuto *in subiecta materia* il Decreto-Legge n. 20/2023, convertito con modificazioni dalla Legge n. 50/2023<sup>1015</sup>, il quale – nel più ampio contesto di una riforma del sistema di accoglienza per i richiedenti asilo e i titolari di protezione internazionale<sup>1016</sup> – ha ridisegnato la gestione dei ‘punti di crisi’ (e dei Centri governativi di accoglienza *ex art.* 9 D.lgs. n. 142/2015), mediante le misure di cui all’art. 5 *bis* della Legge n. 50/2023.

Brevemente, (per quanto di maggiore interesse) sul punto. L’art. 5 *bis*, c. 3 della novella legislativa ha modificato l’art. 10 *ter* D.lgs. n. 286/1998 (Testo Unico sull’Immigrazione), inserendovi un nuovo comma 1 *bis*, che prevede la facoltà di trasferire gli stranieri ospitati presso i ‘punti di crisi’ in «*strutture analoghe sul territorio nazionale*», per l’espletamento delle attività di soccorso, prima assistenza ed identificazione; disponendo altresì, «*al fine di assicurare la coordinata attuazione degli adempimenti di rispettiva competenza*», che l’individuazione delle strutture *de quibus* «*destinate alle procedure di frontiera con trattenimento e della loro capienza è effettuata d’intesa con il Ministero della giustizia*»<sup>1017</sup>.

---

<sup>1013</sup> *Ibidem*.

<sup>1014</sup> Segnatamente, «*nel caso di trattenimento di una persona destinata al rimpatrio, all’interno di un Cpr essa avrà accesso a tutta una serie di garanzie e potrà esercitare tutta una serie di diritti e facoltà previsti dal cosiddetto Regolamento unico Cie, godrà dell’attività di vigilanza delle figure autorizzate a entrare nei Centri (...), avrà la possibilità di presentare istanze e reclami agli organismi di garanzia, come previsto dall’articolo 3, comma 5, del decreto-legge oggetto di parere. Diversamente, qualora, trattenuta in un ‘locale idoneo’/‘struttura idonea’ non potrà accedere a nessuna delle sopraindicate prerogative. Al medesimo vuoto di tutele va incontro il richiedente asilo, a salvaguardia del quale, come rilevato dal Garante nazionale nel parere al disegno di legge di conversione del decreto-legge 113/2018, manca del tutto una disciplina sulle condizioni di trattamento nei locali detentivi degli hotspot/Centri governativi di prima accoglienza*». *Ibidem*; v. anche G. FELICI, M. GANCITANO, *op. cit.*, p. 58.

<sup>1015</sup> Decreto-Legge 10 marzo 2023, n. 20 recante *Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all’immigrazione irregolare* (in G.U. 10.03.2023, n. 59), convertito con modificazioni dalla L. 5 maggio 2023, n. 50 (in G.U. 05.05.2023, n. 104).

<sup>1016</sup> V. profusamente M. GIOVANNETTI, *Il prisma dell’accoglienza: la disciplina del sistema alla luce della legge n. 50/2023*, in *Questione Giustizia*, Fascicolo 3/2023, p. 141-155.

<sup>1017</sup> Come opportunamente sottolineato in dottrina, «[s]i configura pertanto la possibilità di avere, nell’ambito dello stesso centro governativo, spazi differenziati a seconda della funzione: spazi da destinare alle attività di prima assistenza e identificazione (*hotspot*, *ex art.* 10-*ter* Tui); locali allestiti all’interno dell’*hotspot*, appositamente finalizzati al trattenimento del richiedente asilo per la determinazione o la verifica dell’identità, della cittadinanza o nel caso di presentazione della domanda alla frontiera dopo aver

In secondo luogo, secondo il disposto dell'art. 5 *bis*, c. 1 della Legge n. 50/2023, allo scopo di realizzare (nuovi) *hotspots* e Centri governativi di accoglienza, è prevista la possibilità di avvalersi, fino al 31 dicembre 2025, della procedura semplificata disciplinata dal nuovo comma 3-*bis* dell'art. 19 Decreto-Legge 17 febbraio 2017, n. 13 (convertito con modificazioni dalla Legge n. 13 aprile 2017, n. 46)<sup>1018</sup>, nonché delle risorse già stanziare al fine di ampliare la rete dei Centri di Permanenza per i Rimpatri (ai sensi dell'art. 1, comma 679 della Legge 29 dicembre 2022, n. 197).

Per di più, ai sensi del comma 2 del medesimo art. 5 *bis* della Legge di riforma, è altresì disposto che il Ministero dell'Interno, «*al fine di assicurare adeguati livelli di accoglienza nel punto di crisi di Lampedusa in relazione a situazioni di particolare affollamento*», possa avvalersi, per la gestione del predetto punto di crisi, della Croce Rossa italiana (mediante le prestazioni previste dallo schema di capitolato di gara di cui all'art. 12 del Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 142)<sup>1019</sup>. Con specifico riguardo all'*hotspot* di Lampedusa, infine, l'art. 6 *bis* della Legge n. 50/2023 prevede che, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della Legge di riforma, presso il suddetto punto di crisi sia attivata una postazione medicalizzata del 118, «*al fine di garantire tempestività ed efficienza negli interventi di emergenza-urgenza, per tutelare la salute degli abitanti dell'isola e dei migranti*».

Una proliferazione normativa, quella di cui si tratta – cui sono succeduti ulteriori interventi (da ultimo si vedano i Decreti-Legge n. 124/2023<sup>1020</sup> e n. 133/2023<sup>1021</sup>) e

---

*eluso i relativi controlli, o se proviene da un Paese di origine sicuro (in forza degli artt. 6 e 6-bis, comma 1, d.lgs n. 142/2015, riformati dall'art. 7-bis l. n. 50/2023); spazi destinati all'accoglienza per richiedenti asilo come previsto dall'art. 9 d.lgs n. 142/2015».* M. GIOVANNETTI, *op. cit.*, p. 144.

<sup>1018</sup> Ai sensi del quale «*[l]a realizzazione dei centri di cui al comma 3 è effettuata, fino al 31 dicembre 2025, anche in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. Nell'ambito delle procedure per l'ampliamento della rete dei centri di permanenza per i rimpatri di cui all'articolo 14, comma 1, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) assicura, ove richiesto, l'attività di vigilanza collaborativa ai sensi dell'articolo 213, comma 3, lettera h), del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*».

<sup>1019</sup> M. GIOVANNETTI, *op. cit.*, p. 145.

<sup>1020</sup> Decreto-Legge 19 settembre 2023, n. 124 recante *Disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione, per il rilancio dell'economia nelle aree del Mezzogiorno del Paese, nonché in materia di immigrazione* (in G.U. Serie Generale 19.09.2023, n. 219), convertito con modificazioni dalla L. 13 novembre 2023, n. 162 (in G.U. 16.11.2023, n. 268).

<sup>1021</sup> Decreto-Legge 5 ottobre 2023, n. 133 recante *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e protezione internazionale, nonché per il supporto alle politiche di sicurezza e la funzionalità del Ministero dell'interno* (in G.U. 05.10.2023, n. 233) convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2023, n. 176 (in G.U. 04.12.2023, n. 283).

probabilmente ne seguiranno altri<sup>1022</sup> – che non riesce a fornire una disciplina omogenea (ed organica) del sistema dell'accoglienza dei migranti sul territorio nazionale, portando, a colpi di decreto legge, ad una frammentazione e moltiplicazione «*di luoghi e di status*»<sup>1023</sup> che va a minare il fondamentale principio di certezza del diritto, il cui rispetto si rivela essenziale anche e soprattutto in materia migratoria, stante il rilievo dei diritti (primari) in gioco.

Anche volendo prescindere da tale (pur evidente) 'opacità' normativa, ciò che maggiormente sconcerta è dato dal fatto che le riforme legislative poc' anzi menzionate non hanno smantellato le prassi 'informali' che regolavano (e governano tuttora) il funzionamento *in concreto* dei centri *hotspots*, ove sempre più migranti versano in condizioni di privazione arbitraria della libertà personale, in spregio alle garanzie sostanziali e procedurali loro riconosciute dal sistema convenzionale.

In questi termini devono leggersi talune recenti pronunce della Corte di Strasburgo, adita al fine di vagliare la compatibilità convenzionale del trattenimento (e delle condizioni di detenzione) di alcuni cittadini tunisini all'interno dell'*hotspot* di Lampedusa.

### **2.1. Il 'metodo *hotspot*' ancora al vaglio della Corte EDU: la sentenza *J.A. e altri c. Italia* del 30 marzo 2023.**

Di recente, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di esprimersi in merito agli (evidenti) profili di criticità che connotano il 'modello *hotspot*' implementato sul territorio nazionale, in occasione di una pronuncia le cui risultanze assurgono (o meglio, dovrebbero assurgere) a vero e proprio pilastro delle garanzie connaturate allo *ius migrandi* nel quadro dell'attuale scenario socio-politico e giuridico che interesse il fenomeno in commento (tanto in Italia, quanto in altri Paesi membri dell'Unione).

Un intervento 'provvidenziale', quello della Corte europea, giunto in un'epoca assai buia per il (già fortemente compromesso) sistema di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti migranti, che si spera possa indirizzare l'operato delle autorità nazionali (ma anche europee) nella predisposizione delle future strategie di gestione dei flussi migratori in ingresso nel territorio nazionale.

---

<sup>1022</sup> Un discorso a parte meritano i recenti interventi normativi che hanno interessato le operazioni di soccorso in mare (da ultimo, il Decreto-legge n. 1/2023, c.d. Decreto Piantedosi), sui quali v. *infra*, Capitolo III, Sezione III, § 3.7.

<sup>1023</sup> Così M. GIOVANNETTI, *op. cit.*, p. 154.

In occasione della sentenza *J.A. e altri c. Italia* del 30 marzo 2023<sup>1024</sup>, la Corte EDU si è infatti pronunciata in ordine al trattenimento di quattro cittadini tunisini all'interno del Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Contrada Imbriacola, a Lampedusa – designato come uno degli *hotspots* italiani ai sensi della novella legislativa introdotta dall'art. 17 del Decreto-Legge n. 13/2017 (c.d. Decreto Minniti-Orlando) – e al loro successivo rimpatrio in Tunisia.

Quanto ai fatti di causa, il 15 ottobre 2017 i ricorrenti lasciavano il loro Paese d'origine, dirigendosi verso le coste italiane a bordo di un'imbarcazione di fortuna. Dopo poche ore di navigazione, a causa di un'emergenza occorsa in mare, i migranti erano soccorsi dalle autorità italiane e condotti presso l'*hotspot* di Lampedusa. Una volta giunti all'interno del punto di crisi, venivano sottoposti a controllo medico e ricevevano un 'volantino' («flyer»), contenente informazioni generiche in merito alle procedure di protezione internazionale, di cui non erano in grado di comprendere appieno il contenuto; successivamente, venivano sottoposti a procedura di identificazione.

I ricorrenti soggiornavano nell'*hotspot* di Lampedusa per dieci giorni, senza possibilità di interloquire con le autorità nazionali, né di allontanarsi dalla struttura, se non in rare occasioni (passando celatamente attraverso un'apertura nella recinzione che circondava il centro). Quanto alle condizioni materiali di detenzione, le stesse erano descritte come inumane e degradanti<sup>1025</sup>.

La mattina del 26 ottobre 2017 i ricorrenti, insieme ad altri migranti (circa una quarantina di persone), venivano trasferiti all'aeroporto di Lampedusa, ove erano chiamati a firmare alcuni documenti, senza (a loro dire) comprenderne il contenuto, né riceverne copia: solo in seguito avrebbero scoperto che si trattava di provvedimenti di respingimento, emessi dalla Questura di Agrigento. Come precisato dai ricorrenti in sede di ricorso, infatti, soltanto in un secondo momento e in virtù di espressa richiesta da parte dei rispettivi rappresentanti legali, sarebbero state loro fornite due copie (su quattro) dei documenti (mentre le altre richieste rimanevano inevase). Al contrario, il Governo convenuto aveva sostenuto, da un lato, come i provvedimenti di respingimento fossero stati regolarmente notificati agli interessati, dagli stessi sottoscritti e loro consegnati in copia; dall'altro, che il testo dei documenti recasse l'indicazione della facoltà di

---

<sup>1024</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *J.A. e altri c. Italia* (ricorso n. 21329/18), 30 marzo 2023. Per un commento, v. E. ARDITO, *L'approccio hotspot e la prassi dei respingimenti collettivi nella sentenza J.A. e al. C. Italia*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 17, n. 2, 2023, p. 488-498.

<sup>1025</sup> *J.A. e altri c. Italia*, cit., § 5-6.

impugnare i suddetti provvedimenti innanzi al Tribunale di Agrigento, nel termine di trenta giorni dalla notifica.

Dopo esser stati perquisiti, ammanettati con cinghie di velcro e privati dei telefoni cellulari, i migranti venivano infine trasferiti all'aeroporto di Palermo ove, all'esito di un breve colloquio con un rappresentante del Consolato tunisino (che ne registrava le identità), erano forzatamente rimpatriati in Tunisia<sup>1026</sup>.

Ciò premesso in merito alla ricostruzione fattuale della vicenda, in data 26 aprile 2018 i ricorrenti hanno adito la Corte EDU, lamentando la violazione, da parte delle autorità italiane, degli art. 3 CEDU, art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU e art. 13 CEDU (in combinato disposto con l'art. 3 CEDU e gli art. 2 e 4 del Protocollo Addizionale n. 4 CEDU), così come degli artt. 2 e 4 del Protocollo Addizionale n. 4 alla Convenzione.

In via preliminare, la Corte si è soffermata sulle eccezioni sollevate dal Governo italiano, relative alla impossibilità di qualificare i ricorrenti alla stregua di 'vittime' – stante la pretesa inapplicabilità, al caso di specie, degli artt. 3 e 5 CEDU<sup>1027</sup> – al mancato previo esaurimento delle vie di ricorso interne, nonché alla irricevibilità *ratione temporis* ex art. 35 CEDU del ricorso, asseritamente presentato oltre il termine (perentorio) di sei mesi dall'emanazione dei provvedimenti contestati<sup>1028</sup>.

In punto di mancato previo esaurimento delle vie di ricorso interne asseritamente percorribili – la sola eccezione ad assumere un certo rilievo nel caso di specie – il Governo aveva sostenuto come i ricorrenti avrebbero potuto (i) avanzare una richiesta al Prefetto ex art. 10, c. 2 D.lgs. n. 142/2015, al fine di ottenere un permesso temporaneo per allontanarsi dalla struttura; (ii) in caso di diniego, impugnare la relativa decisione di rigetto innanzi al Tribunale civile; (iii) ovvero, ancora, presentare un reclamo avanti al Tribunale amministrativo, qualora la richiesta avanzata al Prefetto fosse rimasta inevasa; (iv) in via alternativa, esperire un ricorso d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.<sup>1029</sup>.

Dal loro canto, i ricorrenti<sup>1030</sup> avevano precisato che i rimedi indicati dal Governo convenuto, riservati alla sola categoria dei richiedenti asilo, non erano dagli stessi

---

<sup>1026</sup> *Ibidem*, § 7-11.

<sup>1027</sup> La cui trattazione è stata rinviata al merito della controversia (v. *ibidem*, § 46).

<sup>1028</sup> Oggi ridotto a quattro mesi, in virtù del recepimento del Protocollo n. 15 alla CEDU *recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali* (si v. il relativo art. 4). F. GARELLI, *La Corte Edu torna a pronunciarsi sulla gestione del fenomeno migratorio e sulla detenzione dei migranti nel CPSA di Lampedusa. Il caso J.A. e a. c. Italia*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, Osservatorio l'Italia e la CEDU n. 2/2023, p. 416.

<sup>1029</sup> *Ibidem*, § 42-44.

<sup>1030</sup> Dopo aver fermamente contestato «*the objections concerning their lack of victim status and the alleged delay in lodging their application*»; *ibidem*, § 45.

concretamente fruibili (non avendo avanzato, i ricorrenti, alcuna richiesta di protezione internazionale)<sup>1031</sup>.

Ebbene, la Corte di Strasburgo, riconoscendo che, ai sensi dell'art. 1 D.lgs. n. 142/2015 (nonché della pertinente normativa europea, mediante lo stesso recepita)<sup>1032</sup>, le garanzie e i rimedi apprestati dal testo normativo in commento – *ivi* compresa la richiesta al Prefetto *ex art. 10, c. 2* – fossero destinati ai soli richiedenti asilo, dunque *privi* di specifico rilievo nel caso di specie, ha respinto l'eccezione sollevata dal Governo convenuto, dichiarando la ricevibilità del ricorso<sup>1033</sup>.

È interessante porre a confronto il ragionamento della Corte europea (in relazione all'insussistenza di un rimedio interno *effettivo*, mediante il quale i migranti trattenuti all'interno dell'*hotspot* avrebbero potuto contestare la legittimità del loro trattenimento), con le opposte risultanze cui è pervenuto il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, in seno al provvedimento del 2 dicembre 2021, col quale (si è già visto) ha deciso di concludere la procedura di supervisione dell'esecuzione della sentenza *Khlaifia*.

Vero è che, in questo caso, i giudici di Strasburgo non si sono espressamente pronunciati in merito all'efficacia, *in subiecta materia*, del rimedio di cui all'art. 700 c.p.c.: tuttavia – come opportunamente rilevato in dottrina<sup>1034</sup> – nella misura in cui la Corte ha ritenuto che non sussistessero, nell'ordinamento interno, ulteriori vie di ricorso utilmente esperibili dai ricorrenti al fine di denunciare le violazioni subite, ha implicitamente negato l'effettività di tale rimedio.

In ciò contraddicendo la posizione assunta dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, in occasione della predetta decisione del dicembre 2021, secondo cui la combinazione dei rimedi civilistici posti dagli artt. 700 c.p.c. e 1043 c.c. consentirebbe, 'con sufficiente grado di certezza', ai migranti trattenuti all'interno di un centro *hotspot* «*to bring before domestic courts complaints related to their living conditions and to obtain adequate redress*»<sup>1035</sup>.

---

<sup>1031</sup> *Ibidem*.

<sup>1032</sup> Il Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 142 è stato infatti emanato in *Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale* (in G.U. 15.09.2015, n. 214).

<sup>1033</sup> *Ibidem*, § 47. Allo stesso modo, i giudici di Strasburgo hanno rigettato l'eccezione concernente la tardività nella presentazione del ricorso, poiché «*contrary to the Government's statement, the present application was lodged on 26 April 2018, thus within the six-month time-limit starting from the applicants leaving the hotspot and being removed to Tunisia*» (§ 48).

<sup>1034</sup> M. PORCHIA, *Condizioni di detenzione e respingimenti collettivi: l'hotspot di Lampedusa al vaglio della Corte EDU*, in ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, aprile 2023, p. 3; E. ARDITO, *op. cit.*, p. 489-490.

<sup>1035</sup> V. *supra*, nota 1005.

### 2.1.1. Sulla violazione dell'art. 3 CEDU.

Entrando nel merito della dedotta violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione alle condizioni di trattenimento dei ricorrenti all'interno dell'*hotspot* di Lampedusa, la Corte EDU, dopo aver richiamato i principi generali della propria giurisprudenza in materia di «*immigration detention*»<sup>1036</sup>, si è anzitutto soffermata sui molteplici rapporti nazionali ed internazionali – prodotti dai migranti in sede di ricorso (in uno ad una serie di fotografie), al fine di corroborare le proprie doglianze – relativi alle carenze strutturali che, nel periodo dei fatti per cui è causa, connotavano le condizioni materiali del soggiorno all'interno del centro di Lampedusa<sup>1037</sup>.

Rapporti, quelli poc'anzi menzionati – presentati dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale<sup>1038</sup>, dal Senato della Repubblica - Commissione Straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani<sup>1039</sup> e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti<sup>1040</sup> – che attestavano come le condizioni generali di accoglienza all'interno dell'*hotspot* fossero fatiscenti, in termini di mancanza di servizi e spazi adeguati (con particolare riguardo ai posti letto), di correlato sovraffollamento della struttura, nonché di critiche condizioni igienico-sanitarie.

Anche alla luce di tali considerazioni, peculiare rilievo è stato parimenti riconosciuto al fatto che, nel caso in commento, i ricorrenti «*remained in the Lampedusa hotspot for ten days*»<sup>1041</sup>.

Si tratta, secondo i giudici di Strasburgo, di condizioni materiali e temporali di trattenimento *ex se* idonee – anche a motivo dell'incapacità, da imputarsi al Governo

---

<sup>1036</sup> *Ibidem*, § 58. V. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., § 216-222; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Tarakhel c. Svizzera* (ricorso n. 29217/12), 4 novembre 2014, § 93-99; *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 158-69; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, *E.K. c. Grecia* (ricorso n. 73700/13), 14 gennaio 2021, § 72-84. In particolare, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, al fine di attrarre l'operatività dell'art. 3 CEDU è necessario il superamento di una soglia minima di gravità, da valutarsi tenendo conto del complesso degli elementi del caso concreto, quali la durata del trattamento, i suoi effetti fisici o psicologici sul soggetto interessato, nonché il sesso, l'età e lo stato di salute di quest'ultimo; con specifico riguardo alle misure privative della libertà personale, ai sensi della disposizione in esame lo Stato ha l'onere di assicurarsi che ogni persona sia detenuta in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, nonché che le misure in questione garantiscano, in maniera adeguata, la tutela della salute e del benessere della stessa.

<sup>1037</sup> *Ibidem*, § 59-63.

<sup>1038</sup> *Ibidem*, § 17. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia (2016/2017): primo anno di attività*, 11 maggio 2017.

<sup>1039</sup> *Ibidem*, § 19. Senato della Repubblica - Commissione Straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, gennaio 2017.

<sup>1040</sup> *Ibidem*, § 37-39 e 41. UN Committee against Torture, *Concluding observations on the fifth and sixth combined periodic reports of Italy*, CAT/C/ITA/CO/5-6, 18 December 2017.

<sup>1041</sup> *Ibidem*, § 66.

convenuto, di produrre elementi probatori sufficienti a sostegno della propria tesi, secondo la quale le condizioni individuali di soggiorno dei ricorrenti presso la struttura *de qua* dovevano reputarsi ‘accettabili’<sup>1042</sup> – per affermare che i migranti trattenuti nell’*hotspot* di Lampedusa siano stati sottoposti a trattamenti inumani e degradanti<sup>1043</sup>, in flagrante violazione del disposto di cui all’art. 3 CEDU.

È da dire che, al fine di corroborare il proprio assunto, la Corte EDU ha altresì richiamato il fondamentale principio di diritto, frutto della sua costante elaborazione giurisprudenziale, in virtù del quale, considerato il carattere assoluto del divieto posto dall’art. 3 della Convenzione, «*the difficulties deriving from the increased inflow of migrants and asylum-seekers, in particular for States which form the external borders of the European Union, does not exonerate member States of the Council of Europe from their obligations under this provision*»<sup>1044</sup>. *Principium iuris* cui non segue, nella sentenza in esame, l’enfaticizzazione delle eccezionali difficoltà fronteggiate dalle autorità nazionali nella gestione dei flussi migratori in ingresso nel territorio dello Stato, letta in ottica ‘scrimate’ rispetto al loro operato nella *governance* degli stessi (come avvenuto, invece, in altre precedenti occasioni)<sup>1045</sup>.

In termini di raffronto, non può mancare di sottolinearsi come, nell’ambito della pronuncia in commento, la Corte EDU abbia operato un importante *revirement* rispetto all’approccio adottato in seno alle ultime risultanze giurisprudenziali rese in materia di «*immigration detention*»<sup>1046</sup>. Si pensi alla già esaminata sentenza *Kaak e altri c. Grecia* del 3 ottobre 2019, nella quale la Corte europea ha riscontrato la non violazione dell’art. 3 CEDU in relazione alle condizioni di trattenimento dei ricorrenti all’interno dell’*hotspot* di *Vial*, da un lato, omettendo di tenere in debita considerazione le osservazioni critiche contenute in numerosi rapporti nazionali ed internazionali, che denunciavano le carenze ravvisabili nel sistema di accoglienza greco (selezionando, ai fini della decisione, il solo Rapporto presentato dal CPT, reputato ‘non particolarmente critico’); dall’altro, ritenendo che la ‘brevità’ della detenzione (non superiore a 30 giorni) non integrasse la soglia di gravità necessaria affinché il trattenimento dei ricorrenti all’interno del centro di *Vial* potesse qualificarsi in termini di «*trattamento inumano o degradante*»<sup>1047</sup>.

---

<sup>1042</sup> *Ibidem*, § 64.

<sup>1043</sup> Così respingendo l’eccezione sollevata dal Governo italiano in merito alla presunta mancanza dello *status* di vittima dei ricorrenti.

<sup>1044</sup> *Ibidem*, § 65. Cfr. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., § 223; *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., § 122; *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 184; *J.R. e altri c. Grecia*, cit., § 137.

<sup>1045</sup> Cfr. *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 185; *Kaak e altri c. Grecia*, cit., § 64. V. *supra*, Capitolo II, Sezione III, § 3.2. e § 3.3.

<sup>1046</sup> In questi termini, v. anche E. ARDITO, *op. cit.*, p. 491.

<sup>1047</sup> *Kaak e altri c. Grecia*, cit., § 65-66. V. *supra*, Capitolo II, Sezione III, § 3.3.



Al contrario, nel caso in commento, anche in ragione del prudente apprezzamento dell'intero compendio probatorio versato in atti – dal quale scaturiva un'immagine drammatica delle condizioni di accoglienza all'interno dell'*hotspot* di Lampedusa – il lasso temporale di dieci giorni (sensibilmente inferiore rispetto alla durata del trattenimento in *Kaak e altri c. Grecia*) è reputato sufficiente ad integrare quella soglia minima di gravità necessaria per qualificare il trattenimento dei ricorrenti in termini di «*inhuman and degrading treatment*»<sup>1048</sup>.

### 2.1.2. Sulla violazione dell'art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU.

In secondo luogo, i ricorrenti denunciavano la violazione dell'art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU, essendo stati privati della libertà personale, durante il soggiorno nell'*hotspot* di Lampedusa, in assenza di una base giuridica chiara e accessibile nel diritto interno, con conseguente impossibilità di contestare in via giurisdizionale la legittimità della loro detenzione.

In punto di applicabilità, nel caso di specie, del disposto dell'art. 5 CEDU, la Corte ha primariamente ribadito che, al fine di determinare se una persona è stata privata della libertà, occorre prendere le mosse dalla situazione concreta, alla luce di una serie di criteri-principio quali il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura in questione<sup>1049</sup>.

I giudici di Strasburgo hanno poi focalizzato l'attenzione sull'eccezione prevista dall'art. 5, § 1, lett. f) CEDU, la cui *ratio* si rinviene nel fine di consentire agli Stati di controllare «*the liberty of aliens in an immigration context*»<sup>1050</sup>. Come noto, il precetto in esame consente «*l'arresto o [la] detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio*» dello Stato (primo periodo); ovvero «*di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione*» (secondo periodo)<sup>1051</sup>.

Nel caso di specie, secondo la Corte, viene in rilievo il disposto del § 1, lett. f), primo periodo, in relazione ai fatti occorsi dall'arrivo dei ricorrenti nell'*hotspot* (il 16 ottobre 2017) sino alla mattina del 26 ottobre 2017, quando i ricorrenti sono stati trasferiti

---

<sup>1048</sup> *J.A. e altri c. Italia*, cit., § 66.

<sup>1049</sup> *Ibidem*, § 71. V. anche *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., § 217; *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 64; *J.R. e altri c. Grecia*, cit., § 83-84.

<sup>1050</sup> V. anche *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 64.

<sup>1051</sup> V. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.5.5.

all'aeroporto di Lampedusa (risultando la previsione di cui al secondo periodo applicabile «*at the most only for the few hours before the applicants' removal*»)<sup>1052</sup>.

Tuttavia, la sussumibilità della fattispecie in una delle eccezioni previste dal § 1 della norma in commento non è di per sé sufficiente a garantirne la 'legittimità convenzionale', essendo altresì necessario che la misura in questione rispetti i criteri di 'legalità' («*any deprivation of liberty must, in addition to falling within one of the exceptions set out therein, be "lawful"*»)<sup>1053</sup> e 'non arbitrarietà' («*[a]rticle 5 § 1 requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness*»)<sup>1054</sup>.

Come noto, il requisito di «*lawfulness*» implica che la misura sia stata adottata conformemente alle norme nazionali pertinenti, sia sostanziali che procedurali; mentre il criterio attinente alla 'non arbitrarietà' presuppone che il trattenimento *ex art. 5, § 1, lett. f)*, primo periodo sia effettuato «*in good faith, that it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry of the person into the country and that the place and conditions of detention should be appropriate*»<sup>1055</sup>.

Applicando tali principi generali al caso sottoposto al suo vaglio, sotto il peculiare profilo della 'legalità' (o 'regolarità') della misura, la Corte di Strasburgo ha *in primis* ricostruito il quadro giuridico nel cui ambito è sorto il c.d. 'approccio hotspot' (richiamando, a livello europeo, la *European Agenda on Migration* del 13 maggio 2015; a livello nazionale, la *Roadmap* italiana del 28 settembre 2015), per poi precisare che, così come concepiti<sup>1056</sup>, gli *hotspots* – vale a dire le esistenti strutture di accoglienza utilizzate per implementare il 'nuovo' metodo – «*were not intended, at least at the point in time relevant to the case in question, to serve as detention centres, but rather as identification and dispatching facilities*»<sup>1057</sup>.

Esaminato il disposto dell'art. 10 *ter* D.lgs. n. 286/1998 (introdotto dall'art. 17 del c.d. Decreto Minniti-Orlando), la Corte ha dunque concluso nel senso che il quadro

---

<sup>1052</sup> *J.A. e altri c. Italia*, cit., § 84.

<sup>1053</sup> *Ibidem*, § 80.

<sup>1054</sup> *Ibidem*.

<sup>1055</sup> «*It should be recalled that the measure in question 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 that the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued*»; *ibidem*, § 82. Al proposito, v. anche *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 74.

<sup>1056</sup> Come desumibile dall'analisi della *Roadmap* italiana, infatti, «*the purpose of these hotspots was to carry out the registration and identification of migrants as a preliminary step to subsequently sorting and dispatching them by channelling asylum-seekers and those who needed to be relocated to competent national and regional hubs, or transferring irregular migrants who had not applied for international protection to Identification and Expulsion Centres in order for them to be expelled*»; *J.A. e altri c. Italia*, cit., § 88.

<sup>1057</sup> *Ibidem*.

normativo vigente a livello interno, «*including EU rules that may be applicable*», non ha fornito (né fornisce tuttora) «*clear instructions concerning the detention of migrants in these facilities*»<sup>1058</sup>, così rilevando l'assenza di una normativa interna atta a disciplinare, in modo chiaro ed univoco, gli aspetti sostanziali e procedurali delle misure private della libertà personale adottate nei confronti dei migranti all'interno degli *hotspots* (ivi compreso quello di Lampedusa).

Nondimeno, nell'ambito dei numerosi rapporti redatti da Istituzioni nazionali ed internazionali, oltre che da associazioni della società civile, l'*hotspot* di Lampedusa era (unanimente) descritto come un'area chiusa verso l'esterno, cinta da sbarre, cancelli e recinzioni metalliche, dalla quale i migranti non erano liberi di allontanarsi, anche all'esito della procedura di identificazione: prassi, quest'ultima, cui è inevitabilmente conseguita una privazione *de facto* della libertà personale dei soggetti *ivi* trattenuti, «*which is not regulated by law or subjected to judicial scrutiny*»<sup>1059</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, riscontrata l'assenza, all'epoca dei fatti, di una cornice normativa interna idonea a consentire la detenzione dei migranti all'interno dell'*hotspot* di Lampedusa<sup>1060</sup>, la Corte EDU ha concluso nel senso che il trattenimento dei ricorrenti all'interno della struttura *de qua*, protrattosi per dieci giorni in assenza di una base giuridica chiara e accessibile, nonché di un provvedimento in tal senso motivato adottato dall'autorità competente, prima di essere espulsi verso il Paese di origine, abbia integrato una privazione arbitraria della loro libertà, in violazione dell'art. 5, § 1, lett. f), primo periodo CEDU<sup>1061</sup>.

Dalla violazione del § 1 della norma in commento è discesa, quale conseguenza logico-giuridica, la violazione dei precetti posti dai successivi § 2 (secondo la Corte, infatti, «*[i]n view of the above finding in respect of the lack of a clear and accessible legal basis for detention, it fails to see how the authorities could have informed the applicants of the legal reasons for their deprivation of liberty or have provided them with*

---

<sup>1058</sup> *Ibidem*, § 90.

<sup>1059</sup> *Ibidem*, § 92. In particolare, la Corte EDU ha rinviato alla relazione del Garante nazionale (relativa agli anni 2016-2017) sulle sue visite nei centri di identificazione ed espulsione e negli *hotspots* e al suo rapporto del 2018 al Parlamento italiano; al rapporto del Senato della Repubblica - Commissione Straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani sui *Centri di identificazione ed espulsione in Italia* e ai rapporti del Servizio Ricerca del Parlamento europeo, del Rappresentante speciale del Segretario generale per la migrazione e i rifugiati del Consiglio d'Europa, del CPT e del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura (*ibidem*, § 37-41).

<sup>1060</sup> Nelle parole della Corte, «*the Italian regulatory framework did not allow for the use of the Lampedusa hotspot as a detention centre for aliens*»; *ibidem*, § 95.

<sup>1061</sup> *Ibidem*, § 96-97.

*sufficient information*»)<sup>1062</sup> e § 4 («*or enabled them to challenge the grounds for their de facto detention before a court*»)<sup>1063</sup> dell'art. 5 CEDU<sup>1064</sup>.

### **2.1.3. Sulla violazione dell'art. 4 del Protocollo Addizionale n. 4 alla Convenzione.**

Da ultimo, i giudici di Strasburgo hanno affrontato la doglianza sollevata dai ricorrenti ai sensi dell'art. 4 del Protocollo Addizionale n. 4 alla CEDU, secondo la quale i migranti sarebbero stati sottoposti a respingimento differito, di fatto equivalente a un'espulsione collettiva, senza aver avuto la possibilità di impugnare il provvedimento di respingimento, né di ottenerne copia<sup>1065</sup>.

In primo luogo, la Corte ha ribadito i principi cardine della propria giurisprudenza in materia di espulsioni collettive, precisando che con tale espressione debba intendersi «*any measure compelling aliens, as a group, to leave a country*»<sup>1066</sup>, ad eccezione dell'ipotesi in cui tale misura sia adottata in seguito e sulla base di un esame 'ragionevole ed obiettivo' («*a reasonable and objective examination*») della situazione individuale di ciascun migrante<sup>1067</sup>. Al contempo, il disposto di cui all'art. 4 del Protocollo n. 4 non garantisce, in ogni caso, il diritto ad un 'colloquio individuale' («*individual interview*»), poiché «*the requirements of this provision may be satisfied where each alien has a genuine and effective possibility of submitting arguments against his or her expulsion and where those arguments are examined in an appropriate manner by the authorities of the respondent State*»<sup>1068</sup>.

Tanto premesso, i giudici europei hanno esaminato le circostanze fattuali portate alla loro attenzione, in virtù delle quali: (i) non era stato svolto alcun colloquio con le competenti autorità prima della consegna dei provvedimenti di respingimento (circostanza non contestata dal governo convenuto)<sup>1069</sup>; (ii) il testo dei provvedimenti di respingimento differito concernenti i primi due ricorrenti (i soli ad essere consegnati in copia, a seguito di espressa richiesta dei rispettivi legali) risultava 'standardizzato' e dallo stesso non poteva desumersi il previo svolgimento di alcun esame della situazione

---

<sup>1062</sup> *Ibidem*, § 98.

<sup>1063</sup> *Ibidem*.

<sup>1064</sup> Così parimenti rigettando l'eccezione sollevata dal Governo con riguardo all'asserito difetto da parte dei ricorrenti della qualità di vittima; *ibidem*, § 99. La Corte di Strasburgo ha ritenuto superflua la disamina del rispetto, nel caso in commento, del requisito di 'non arbitrarietà' della misura restrittiva adottata nei confronti dei ricorrenti, a motivo della riscontrata illegalità della stessa.

<sup>1065</sup> *Ibidem*, § 100.

<sup>1066</sup> *Ibidem*, § 106.

<sup>1067</sup> V. anche *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., § 193-201.

<sup>1068</sup> *J.A. e altri c. Italia*, cit., § 106; v. altresì *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 248.

<sup>1069</sup> *J.A. e altri c. Italia*, cit., § 107.

personale dei ricorrenti<sup>1070</sup>; (iii) gli interessati erano stati forzatamente rimpatriati in Tunisia il giorno stesso in cui erano stati loro ‘notificati’ i provvedimenti di respingimento differito<sup>1071</sup>; (iv) il c.d. foglio notizie («*information sheet*»)<sup>1072</sup>, consegnato ai ricorrenti nel corso delle procedure d’identificazione nell’*hotspot* di Lampedusa, non poteva equivalere ad un vero e proprio ‘colloquio’ («*as a proper interview*»)<sup>1073</sup>, dal momento che rappresentava un semplice questionario, formulato in modo estremamente conciso e difficile da comprendere per i migranti interessati<sup>1074</sup>.

In ragione di tali circostanze, tenuto conto del breve lasso temporale intercorso tra la consegna dei decreti di respingimento e il rimpatrio dei ricorrenti, dell’impossibilità per gli interessati di comprenderne appieno il contenuto e della consegna a posteriori di sole due copie su quattro dei provvedimenti in questione, non poteva dirsi sufficientemente dimostrato che i ricorrenti avessero beneficiato della facoltà di impugnare le suddette decisioni<sup>1075</sup>.

Pertanto, ad avviso della Corte, i provvedimenti in questione, all’evidenza emessi in assenza di un approfondito esame delle situazioni individuali dei ricorrenti<sup>1076</sup>, hanno integrato un’espulsione collettiva di stranieri *ex art. 4* Protocollo Addizionale n. 4 alla CEDU<sup>1077</sup>, con conseguente violazione del divieto posto dal precetto in esame<sup>1078</sup>.

Nella sentenza in commento, la Corte di Strasburgo ha emblematicamente colto i grandi *vulnus* che affliggono la disciplina interna del c.d. approccio *hotspot*, enfatizzando una serie di carenze connaturate a tale metodo, che minano le esigenze di tutela dei diritti dei soggetti interessati dal fenomeno migratorio.

Riconoscendo la violazione dell’art. 3 CEDU, in relazione alle condizioni di trattenimento dei ricorrenti all’interno dell’*hotspot* di Lampedusa, la Corte EDU ha stigmatizzato le drammatiche prassi che connotavano – e caratterizzano tuttora – il soggiorno dei migranti nella predetta struttura: nel fare ciò, si è visto, ha riaffermato in via perentoria il carattere assoluto e inderogabile del divieto posto dal precetto in commento, che non può essere svilito neppure in presenza di circostanze eccezionali,

---

<sup>1070</sup> *Ibidem*, § 108.

<sup>1071</sup> *Ibidem*, § 109.

<sup>1072</sup> *Ibidem*, § 110.

<sup>1073</sup> *Ibidem*, § 112.

<sup>1074</sup> *Ibidem*.

<sup>1075</sup> *Ibidem*, § 113.

<sup>1076</sup> *Ibidem*, § 115.

<sup>1077</sup> *Ibidem*, § 116.

<sup>1078</sup> In virtù delle risultanze del caso di specie, la Corte ha reputato non necessario esaminare le rimanenti doglianze sollevate dai ricorrenti, concernenti in particolare la violazione dell’art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione, nonché dell’articolo 13 CEDU, in combinato disposto con l’art. 3 CEDU e gli artt. 2 e 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione; *ibidem*, § 117-118.

connesse alle difficoltà derivanti dal crescente afflusso di migranti e richiedenti asilo sul territorio nazionale<sup>1079</sup>.

Quanto all'accertata violazione dei precetti posti dall'art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno duramente censurato la 'opacità' normativa che connota il fenomeno 'hotspot', *in primis* a livello interno (ma anche in ambito europeo), evidenziando la c.d. 'alterazione funzionale' che tali centri hanno progressivamente subito nelle prassi in atto all'interno dei punti di crisi<sup>1080</sup>: da luoghi di identificazione e primissima accoglienza (con tempi di permanenza pari a «24/48 ore»)<sup>1081</sup>, sono divenuti strutture di soggiorno di lungo periodo<sup>1082</sup>, ove hanno luogo prassi di vera e propria detenzione di fatto dei soggetti ivi collocati, perpetrate in assenza di idoneo fondamento giuridico, né soggette ad alcun rimedio giurisdizionale.

Tanto da indurre la stessa Corte a sollecitare una da più parti auspicata riforma del sistema, da attuarsi anzitutto, ma non soltanto in sede nazionale, volta a chiarire la natura giuridica di tali centri, specificando i diritti sostanziali e procedurali da riconoscersi in capo alle persone ivi trattenute<sup>1083</sup>.

Infine, altrettanto rilievo assumono le considerazioni svolte dalla Corte EDU in materia di divieto di espulsioni collettive *ex art. 4* del Protocollo n. 4 alla CEDU.

In seno alla pronuncia in esame, i giudici europei hanno attribuito importanza dirimente a una serie di fattori concreti, il cui vaglio si è rivelato essenziale ai fini della decisione in punto di mancato rispetto del disposto dell'art. 4 Protocollo n. 4: in particolare, le censure riguardanti la conclamata assenza di un 'esame individuale', l'inidoneità del c.d. foglio notizie a sopperire a tale mancanza, il contenuto *standard* dei provvedimenti di respingimento, il brevissimo lasso temporale intercorso tra la consegna dei predetti decreti e l'allontanamento forzato degli interessati (insufficiente al fine di garantire al soggetto di poter esercitare il diritto ad un controllo giurisdizionale), in uno alla mancata (immediata) consegna ai destinatari di copia dei predetti documenti, hanno

---

<sup>1079</sup> Secondo taluna dottrina, così superando definitivamente le ambiguità connaturate alla valorizzazione della c.d. «*esimente emergenziale*», relativa alle 'situazioni di estrema difficoltà' che le autorità nazionali sono chiamate ad affrontare nella *governance* dei flussi migratori. Cfr. *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 185. E. ARDITO, *op. cit.*, p. 497; v. anche A. SACCUCCI, *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive 'alla prova' delle situazioni di emergenza migratoria*, cit., p. 555.

<sup>1080</sup> In questi termini, v. anche F. GARELLI, *op. cit.*, p. 421.

<sup>1081</sup> Ministero dell'Interno, Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione, circolare del 6 ottobre 2015, n. 14106, cit., p. 2.

<sup>1082</sup> In dottrina si è parlato di «*centri di soggiorno a lunga permanenza*» (così E. ARDITO, *op. cit.*, p. 496) ovvero di «*luoghi strutturali di detenzione de facto (e spesso illegittima) dei migranti*» (F. GARELLI, *op. et loc. supra cit.*).

<sup>1083</sup> *J.A. e altri c. Italia*, cit., § 96.

senz'altro contribuito a rafforzare le forme di tutela procedimentali operanti *in subiecta materia*.

Con conseguente (ri)espansione – anche in termini di raffronto con quanto all'opposto avvenuto in occasione della sentenza *Khlaifia e altri c. Italia*<sup>1084</sup> – delle c.d. 'garanzie procedimentali minime' ex art. 4 Protocollo n. 4, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale di Strasburgo in materia di espulsioni collettive di stranieri<sup>1085</sup>.

## **2.2. (Segue) Le sentenze *M.A. c. Italia, A.B. c. Italia e A.S. c. Italia* del 19 ottobre 2023.**

Le criticità che connotano il modello *hotspot* implementato sul territorio nazionale – si è visto, essenzialmente riconducibili alla 'ambiguità' normativa (e correlata ampia discrezionalità dell'autorità di pubblica sicurezza) che permea *ab origine* il fenomeno in commento<sup>1086</sup>, cui il Legislatore nazionale non è riuscito a porre rimedio, nonostante le riforme legislative che hanno interessato, negli ultimi anni, la materia in esame – hanno assunto, ad oggi, portata strutturale.

A riprova della veridicità di tale assunto, è da dire che le conclusioni raggiunte dalla Corte di Strasburgo in seno alla sentenza *J.A. e altri c. Italia* (risalente a fatti occorsi nel 2017) non rappresentano un caso in sé isolato: in effetti, il carattere 'sistematico' delle violazioni ai precetti convenzionali perpetrate all'interno dell'*hotspot* di Lampedusa (quale paradigma del pur 'multiforme' approccio in commento)<sup>1087</sup> ha ricevuto ulteriore conferma, da ultimo, in occasione delle pronunce *M.A. c. Italia, A.B. c. Italia e A.S. c. Italia*, emesse dalla Corte EDU il 15 ottobre 2023<sup>1088</sup>.

---

<sup>1084</sup> Nella qual occasione – come si è già avuto modo di osservare – l'attenuazione del rilievo degli obblighi procedurali tradizionalmente vigenti a carico degli Stati (ex art. 4 Protocollo n. 4) avrebbe comportato il progressivo affievolimento delle 'garanzie procedimentali minime' derivanti dal divieto di espulsioni collettive di stranieri. V. *supra*, Capitolo II, Sezione III, § 3.2.

<sup>1085</sup> Segnatamente, secondo taluna dottrina, si tratterebbe di garanzie che, nella pronuncia in commento, trovano applicazione tanto nella fase che precede l'espulsione dei ricorrenti (c.d. «*garanzie ex ante*» o preventive), quanto nella fase che intercorre tra l'emissione del provvedimento di respingimento e l'allontanamento forzato degli interessati (c.d. «*garanzie ex post*»). In questi termini, v. E. ARDITO, *op. cit.*, p. 494.

<sup>1086</sup> Con conseguente sviluppo di prassi informali in essere all'interno dei suddetti punti di crisi, assai lontane dai binari di legalità convenzionale fissati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

<sup>1087</sup> In materia, v. anche recentemente Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, *A.T. e altri c. Italia* (ricorso n. 47287/17), 23 novembre 2023, nella qual occasione la Corte EDU ha condannato lo Stato italiano in relazione alle condizioni di trattenimento e alla detenzione *de facto* di alcuni migranti (minori di età) all'interno del Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Taranto, designato quale *hotspot* ai sensi dell'art. 17 del Decreto-Legge n. 13/2017 (c.d. Decreto Minniti-Orlando). Per un approfondimento, v. ASGI - Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *La CEDU condanna l'Italia per detenzione illegale di minori stranieri nell'hotspot di Taranto*, 23 novembre 2023.

<sup>1088</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, *M.A. c. Italia* (ricorso n. 13110/18), 19 ottobre 2023; *A.B. c. Italia* (ricorso n. 13755/18), 19 ottobre 2023; *A.S. c. Italia* (ricorso n. 20860/20), 19 ottobre 2023.

Con le sentenze in commento, la quinta sezione della Corte di Strasburgo ha nuovamente condannato l'Italia per la violazione degli artt. 3 e 5, § 1, 2 e 4 CEDU, in relazione alle critiche condizioni di trattenimento e all'illegittima detenzione subita da alcuni cittadini tunisini (*M.A.*, *A.B.* e *A.S.*), giunti irregolarmente sulle coste italiane a bordo di imbarcazioni di fortuna e trattenuti all'interno dell'*hotspot* di Lampedusa, per periodi compresi tra il 30 ottobre 2017 e il 25 ottobre 2019<sup>1089</sup>.

In particolare, sotto il profilo della accertata violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione alle condizioni materiali di trattenimento all'interno del centro di Lampedusa, la Corte ha fermamente ribadito le censure – già sollevate in occasione della pronuncia *J.A. e altri c. Italia* – inerenti al sovraffollamento della struttura e alle scarse condizioni igienico-sanitarie *ivi* in essere<sup>1090</sup>.

A questo proposito, di particolare interesse è quanto denunciato dal Rapporto del 2019 presentato dall'Organizzazione non governativa *Borderline Europe*, prodotto dal ricorrente *A.S.* in sede di ricorso a Strasburgo. Tale documento, nel dipingere il drammatico *status detentionis* all'interno della struttura di Lampedusa, ha evidenziato che «*[t]he health, organisational and hygienic conditions in the Lampedusa hotspot are catastrophic. Borderline Sicilia repeatedly denounces the inhumane conditions in the hotspot. When the migrants arrive, no phone cards are distributed to inform the relatives that they have survived. The telephones in the centre are broken, people eat on the floor or on mattresses and they wait for hours for the food to be distributed. The health conditions in the center are inhuman and all this despite the fact that on 06/10/2019 the administration of the center changed once again. The new operator Badia Grande is an organisation that has been present in various centres, from hotspots to CIE and CPR, and has now taken over the organisational management of the hotspot. Borderline Sicilia has found this management to be no better than earlier management by Facility Service and Nuova Generazione. The hotspot is constantly overcrowded and there are little to no relocations or even resettlements of the migrants*»<sup>1091</sup>.

D'altra parte, quanto alla riscontrata violazione dell'art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno (ri)affermato come i ricorrenti *M.A.*, *A.B.* e *A.S.*, rispettivamente

---

<sup>1089</sup> Segnatamente, in relazione al ricorrente *M.A.*, la detenzione si è protratta dal 30 gennaio 2018 al 20 marzo 2018; per il ricorrente *A.B.*, dal 30 ottobre 2017 al 20 novembre 2017 e, in un secondo momento, dal 10 marzo 2018 al 27 marzo 2018; infine, quanto al ricorrente *A.S.*, dall'8 ottobre 2019 al 25 ottobre 2019. *M.A. c. Italia*, cit., § 17; *A.B. c. Italia*, cit., § 26; *A.S. c. Italia*, cit., § 22.

<sup>1090</sup> *M.A. c. Italia*, cit., § 15-19; *A.B. c. Italia*, cit., § 23-28; *A.S. c. Italia*, cit., § 19-23.

<sup>1091</sup> *A.S. c. Italia*, cit., § 21.



trattenuti nell'*hotspot* di Lampedusa per più di due mesi<sup>1092</sup>, complessivi 39 giorni<sup>1093</sup> e 18 giorni<sup>1094</sup>, in assenza di una base giuridica chiara ed accessibile, nonché di un provvedimento in tal senso formalmente motivato («*without a clear and accessible legal basis and in the absence of a reasoned measure ordering his detention*»)<sup>1095</sup>, siano stati arbitrariamente privati della libertà personale, in violazione del disposto dell'art. 5, § 1, lett. f), primo periodo CEDU.

In altri termini, nel ribadire che la detenzione dei migranti all'interno dell'*hotspot* di Lampedusa non rinviene alcun fondamento giuridico nel diritto nazionale – tanto più se si considera che la struttura *de qua* non può qualificarsi in termini di istituto detentivo disciplinato *ex lege*<sup>1096</sup> – la Corte ha riscontrato una violazione del disposto convenzionale in commento.

Violazione cui è *ipso facto* conseguita l'inosservanza dei successivi precetti posti dal § 2 (data l'assenza di un fondamento giuridico che legittimasse la detenzione, i giudici europei hanno escluso che le autorità nazionali avessero potuto fornire informazioni in merito alle «*legal reasons for his deprivation of liberty*»)<sup>1097</sup> e dal § 4 («*or provided him with sufficient information to enable him to challenge the grounds for his de facto detention before a court*»)<sup>1098</sup> della medesima norma.

Ebbene, anche alla luce delle risultanze cui è pervenuta la giurisprudenza di Strasburgo in occasione delle pronunce in commento, peraltro decise dalla medesima sezione della Corte – in particolare, da un comitato composto da tre giudici, *Stéphanie Mourou-Vikström, Lado Chanturia, Mattias Guyomar*, operanti in qualità di «*thematic committee (...) for immigration-related cases*»<sup>1099</sup>, recentemente istituito dalla Corte EDU ad ulteriore riprova della 'serialità' delle violazioni convenzionali perpetrate in materia d'immigrazione – non vi è dubbio che i *deficit* di tutela sostanziale e procedurale, già colti dai giudici europei in seno alla sentenza *Khlaifia e altri c. Italia*, poi acuiti con

---

<sup>1092</sup> *M.A. c. Italia*, cit., § 23.

<sup>1093</sup> *A.B. c. Italia*, cit., § 32.

<sup>1094</sup> *A.S. c. Italia*, cit., § 26.

<sup>1095</sup> *M.A. c. Italia*, cit., § 23; nei medesimi termini, v. anche *A.B. c. Italia*, cit., § 32; *A.S. c. Italia*, cit., § 26.

<sup>1096</sup> *V. J.A. e altri c. Italia*, cit., § 95.

<sup>1097</sup> *M.A. c. Italia*, cit., § 24; *A.B. c. Italia*, cit., § 33; *A.S. c. Italia*, cit., § 27. V. altresì *Khlaifia e altri c. Italia*, GC, cit., § 117 e § 132 e ss.

<sup>1098</sup> *Ibidem*.

<sup>1099</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, comunicato del 7 luglio 2023, *Thematic committee for immigration-related cases*. Il Comitato tematico sull'immigrazione, istituito ai sensi degli artt. 26, § 1 e 28 CEDU e dell'art. 27 del Regolamento di procedura della Corte, è deputato alla risoluzione dei «*cases on immigration matters falling within the Court's well-established case-law*» (si tratta, peraltro, del primo comitato tematico di questo tipo istituito a Strasburgo). Per un approfondimento, v. F. L. GATTA, *La banalità dell'espulsione: il nuovo Comitato ad hoc sull'immigrazione istituito dalla Corte EDU*, in ADiM Blog, agosto 2023.

l'attuazione del c.d. 'metodo hotspot' a livello europeo e interno, inficino tuttora la gestione dei «punti di crisi», collocati sul territorio nazionale.

Nemmeno gli interventi normativi che, all'indomani della condanna subita dall'Italia nella pronuncia *Khlaifia*, hanno progressivamente interessato la materia in commento, sono riusciti a porre un freno alle dilaganti prassi informali di privazione *de facto* della libertà personale dei migranti che transitano presso tali centri: pur essendo, ad oggi, normativamente prevista la possibilità di trattenere i richiedenti asilo all'interno degli *hotspots* (ex art. 6, c. 3 *bis* D.lgs. n. 142/2015), si è da più parti rilevato come siffatta previsione sia rimasta in concreto inattuata<sup>1100</sup>.

Le prassi in atto in seno ai c.d. «punti di crisi» sembrano rivelare come la gestione dei flussi migratori nelle zone di frontiera, in specie marittima, continui imperterrita ad esplicarsi *contra legem* (e, per certi versi, *praeter legem*, in assenza di una disciplina *ad hoc* fissata a livello nazionale), in spregio alle garanzie convenzionalmente riconosciute, che circondano la privazione della libertà personale. In effetti, i migranti (siano o meno richiedenti asilo) continuano ad essere trattenuti all'interno degli *hotspots* senza la previa adozione di un provvedimento formale da parte della competente autorità, soggetto a convalida giurisdizionale; in assenza di qualsivoglia informativa in merito alle ragioni del trattenimento; senza che sia loro riconosciuta la possibilità di contestare la legalità della

---

<sup>1100</sup> Cfr. ASGI, *Il trattenimento dei richiedenti asilo negli hotspot tra previsioni normative e detenzione arbitraria*, 30 settembre 2019, ove in relazione al precetto di cui all'art. 6, c. 3 *bis* D.lgs. n. 142/2015, si legge che «[n]el corso dei mesi, grazie al lavoro di monitoraggio costante, ci si è (...) resi conto che tale disposizione rimane inattuata. Non che i richiedenti protezione non siano sistematicamente trattenuti all'interno dei centri hotspot, tuttavia le forme detentive osservate vengono attuate in maniera arbitraria, al di fuori, quindi, di ogni previsione normativa: come più volte ribadito, i cittadini stranieri che transitano per i centri hotspot vengono trattenuti in maniera generalizzata per alcuni giorni nel corso delle procedure di identificazione, prima che venga definita la loro posizione di richiedenti asilo o meno. In seguito, in diverse circostanze si è osservato un prolungamento del trattenimento dovuto a questioni spesso contingenti (si veda la singolare situazione dell'hotspot di Lampedusa). La detenzione dei richiedenti asilo non avviene dunque attraverso l'attuazione della (...) previsione contenuta nella l. 132/2018. L'attuazione della norma prevedrebbe infatti il rispetto delle garanzie fondamentali necessarie a ogni forma di privazione della libertà personale: l'emissione di un ordine di trattenimento da parte dell'autorità competente, la convalida da parte dell'autorità giudiziaria e la possibilità per la persona trattenuta di accedere a mezzi di ricorso avverso la misura detentiva. Al fine di ottenere maggiori informazioni in relazione allo stato di attuazione della previsione introdotta all'art. 6 del D.Lgs. 142/2015, ASGI, nell'ambito del progetto *In Limine*, ha inviato una serie di accessi agli atti al Ministero dell'Interno e alle Prefetture dei luoghi in cui insistono i centri hotspot che, secondo quanto previsto dalla Circolare ministeriale del 27 dicembre 2018, sono competenti a individuare i locali nei quali eseguire il trattenimento dei richiedenti protezione. Dalle risposte ottenute sembrerebbe non solo che il trattenimento dei richiedenti asilo secondo quanto previsto dalla L. 132/2018 non sia mai stato attuato, ma che alcuna Prefettura abbia, ad oggi, individuato i locali ove eseguire il trattenimento». V. anche i rapporti di: ASGI, ActionAid, CILD e IndieWatch, *Scenari di frontiera: il caso Lampedusa, l'approccio hotspot e le sue possibili evoluzioni alla luce del Decreto legge n. 113/2018*, ottobre 2018; European Union Agency for Fundamental Rights, *Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the 'hotspots' set up in Greece and Italy - February 2019*, Opinion 3/2019, Vienna, 4 March 2019; più recentemente, ASGI, *Il modello Lampedusa amplificato a Pantelleria: il "nuovo" hotspot e la privazione della libertà personale*, ottobre 2023. In dottrina, v. A. MASSIMI, F. FERRI, *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in *Questione Giustizia*, 12 giugno 2019.

misura privativa innanzi all'autorità giurisdizionale, nonché in mancanza di un rimedio effettivo mediante il quale denunciare le condizioni di trattenimento ivi occorse<sup>1101</sup>.

---

<sup>1101</sup> Nei medesimi termini, v. F. CANCELLARO, *Immigration Detention between Law and Practice in Italy*, cit., p. 199-201; IDEM, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, cit., p. 433. V. altresì F. L. GATTA, *La periferia del diritto. Hotspot, zone di transito e centri di trattenimento in frontiera: diritti negati alle porte d'Europa*, cit..

### SEZIONE III

#### **Il trattenimento di migranti a bordo di navi nel quadro della c.d. ‘politica dei porti chiusi’: una nuova frontiera delle prassi detentive degli stranieri ai confini (marittimi) d’Europa?**

#### **3. Le nuove fattispecie di trattenimento alla frontiera nell’ambito della c.d. ‘politica dei porti chiusi’: riflessioni critiche tra disciplina internazionale in materia di «obbligo del soccorso in mare» ed esigenze di tutela dei diritti umani fondamentali.**

Come si è precedentemente rilevato, le recenti prassi di *governance* del fenomeno migratorio hanno visto il sorgere di ‘nuove’, e assai problematiche, modalità di ‘gestione’ dei flussi migratori irregolari lungo la rotta del Mediterraneo centrale, che si affiancano al più volte menzionato ‘*approccio hotspot*’ e ne condividono, per certi versi, i profili di criticità immanente.

Si fa riferimento alla già richiamata strategia di governo riconducibile alla c.d. ‘politica dei porti chiusi’ (secondo la sua definizione mediatica), affiorata nel periodo compreso tra il giugno 2018 e l’agosto 2019, volta a negare tanto a navi militari di bandiera, quanto – e in termini ancor più emblematici – ad imbarcazioni straniere di ONG, l’ingresso in porti italiani, nonché il correlato sbarco dei naufraghi soccorsi in mare nell’ambito delle operazioni di «*search and rescue*». In particolare, a fronte di trattative intavolate in sede europea al fine di addivenire ad accordi di ‘distribuzione’ dei migranti soccorsi, in diverse occasioni il Ministero dell’Interno non ha concesso l’autorizzazione allo sbarco dei naufraghi dai natanti (*rectius*, l’indicazione di un «*place of safety*»), subordinandola alla manifesta dichiarazione di disponibilità all’accoglienza, da parte di altri Paesi membri dell’Unione, di almeno alcuni dei migranti soccorsi: ragion per cui, anche per lassi di tempo piuttosto prolungati, le imbarcazioni soccorritrici sono rimaste ‘alla fonda’ in acque territoriali italiane, senza che fosse loro possibile procedere allo sbarco delle persone ivi trattenute<sup>1102</sup>.

È d’uopo evidenziare come la predetta strategia politica sia stata implementata, sul piano normativo, mediante l’adozione del Decreto-Legge n. 53/2019 (c.d. Decreto

---

<sup>1102</sup> L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *Questione Giustizia*, 15 giugno 2021.

sicurezza *bis*), convertito con modificazioni dalla Legge n. 77/2019<sup>1103</sup>, che – animato da intenti fortemente repressivi nei confronti del fenomeno dell’immigrazione irregolare – ha modificato gli artt. 11 e 12 del D. lgs n. 286/1998 (c.d. Testo Unico sull’Immigrazione).

In specie, l’allora novellato art. 11, § 1 *ter* del Testo Unico sull’Immigrazione – successivamente abrogato, nell’ottobre 2020, dal Decreto-Legge n. 130/2020, convertito con modificazioni dalla Legge n. 173/2020 – prevedeva che il Ministro dell’Interno, di concerto con il Ministro della Difesa e con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti (ed informato il Presidente del Consiglio dei Ministri), «*nell’esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell’Italia, [potesse] limitare o vietare l’ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si [trattasse] di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all’articolo 19, paragrafo 2, lettera g, limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (...)*»<sup>1104</sup>. In altri termini, tale norma configurava un nuovo potere di interdizione all’ingresso di natanti non militari nelle acque territoriali italiane, esercitabile dal Ministro dell’Interno (per la verità, rimasto in vigore poco più di un anno ed effettivamente azionato dal solo Ministro che ne aveva auspicato l’introduzione)<sup>1105</sup>.

In secondo luogo, il nuovo art. 12, c. 6 *bis* del Testo Unico sull’Immigrazione – anch’esso abrogato, nell’ottobre 2020, ad opera del Decreto-Legge n. 130/2020 –

---

<sup>1103</sup> In particolare, dal *Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare*, adottato dal Ministro dell’Interno Minniti nel luglio 2017 – alla cui sottoscrizione era subordinata la possibilità per le ONG di collaborare con le autorità nazionali nella gestione dei soccorsi in mare – si è giunti all’emanazione del c.d. Decreto sicurezza *bis*, ossia il Decreto-Legge 14 giugno 2019, n. 53 recante *Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica* (in G.U. 14.06.2019, n. 138), convertito con modificazioni dalla L. 8 agosto 2019, n. 77 (in G.U. 09.08.2019, n. 186). Al proposito, v. L. MASERA, *Il D.L. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l’ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione*, in *Sistema Penale*, Fascicolo 2/2023, p. 84.

<sup>1104</sup> Ai sensi dell’art. 19, c. 2, lett. g) della Convenzione UNCLOS, «*[i]l passaggio di una nave straniera è considerato pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero se, nel mare territoriale, la nave è impegnata in una qualsiasi delle seguenti attività: il carico o lo scarico di (...) persone in violazione delle leggi e dei regolamenti (...) di immigrazione vigenti nello Stato costiero*».

<sup>1105</sup> L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, cit., p. 9. In questa sede, basti precisare che il potere di interdizione all’ingresso nelle acque territoriali di navi (non militari), introdotto dal c.d. Decreto sicurezza *bis* (Decreto-Legge n. 53/2019), ha avuto vita relativamente breve: a seguito dell’avvenuto mutamento della compagine governativa (c.d. Governo Conte II) la normativa *de qua*, entrata in vigore nel giugno 2019, è stata oggetto di *abrogatio legis* ad opera dell’art. 1, c. 1 del Decreto-Legge n. 130/2020, convertito con modificazioni dalla Legge n. 173/2020 (c.d. Decreto Lamorgese), entrato in vigore nell’ottobre 2020 (cui è seguita l’introduzione di una nuova disciplina che, a ben vedere, non si rivela molto difforme rispetto alla precedente; v. *infra*, Capitolo III, Sezione III, § 3.7., nota 1217).

disponeva che «*salvo che si [trattasse] di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, il comandante della nave [era] tenuto ad osservare la normativa internazionale e i divieti e le limitazioni eventualmente disposti ai sensi dell'articolo 11, comma 1-ter*». La violazione di siffatto obbligo avrebbe comportato, a carico del comandante, la comminazione di severe sanzioni amministrative.

Ciò premesso in punto di ricostruzione del quadro politico e normativo interno allora vigente, tra le numerose vicende che, negli ultimi anni, hanno suscitato grande scalpore nel dibattito pubblico e giuridico nazionale, salendo agli 'onori' delle cronache politiche e giudiziarie per diverse settimane, un ruolo di prim'ordine è senz'altro occupato dalle vicende che hanno interessato le unità navali della marina militare *Ubaldo Diciotti* e *Bruno Gregoretti* (risalenti rispettivamente all'agosto 2018 e al luglio 2019), nonché dal controverso episodio che ha riguardato la nave *Open Arms* della ONG spagnola *Proactiva*, occorso nell'agosto 2019. La disamina degli stessi – pur al netto delle peculiarità che li connotano – solleva questioni giuridiche (e correlati risvolti pratici) di non poco momento, sui quali si intende focalizzare l'attenzione nel prosieguo della trattazione.

### **3.1. Una premessa concettuale: la disciplina dell'«obbligo del soccorso in mare» alla luce del diritto internazionale.**

In via preliminare, giacché le vicende di cui trattasi si inseriscono nel complesso scenario attinente alla gestione del fenomeno del 'soccorso in mare', è bene delineare (seppur brevemente) il quadro giuridico-normativo operante a livello internazionalistico, al fine di disporre degli strumenti giuridici necessari onde verificare, in un secondo momento, l'eventuale sussistenza di profili di responsabilità internazionale dell'Italia per violazione di tale obbligo.

Anzitutto, una premessa terminologica è doverosa: con l'espressione «*obbligo del soccorso in mare*» si allude al dovere di soccorre e prestare assistenza alle persone (o alle imbarcazioni) che versino in stato di pericolo in mare, da riconoscersi tanto in capo agli Stati, quanto a carico dei soggetti, pubblici o privati, che a vario titolo si trovino a fronteggiare una simile situazione di necessità<sup>1106</sup>.

---

<sup>1106</sup> C. CASIELLO, M.E. VENDITTI, *Il caso Diciotti: tra obblighi di soccorso in mare e garanzia dei diritti fondamentali*, in DPCE Online, Vol. 39, n. 2, maggio 2019, p. 949. Sull'obbligo del soccorso in mare nel contesto delle migrazioni irregolari, v. ampiamente I. PAPANICOLOPULU, *The duty to rescue at sea, in peacetime and in war: A general overview*, in International Review of the Red Cross, 2017, p. 491-514; K. NOUSSIA, *The Rescue of Migrants and Refugees at Sea: Legal Rights and Obligations*, in Ocean Yearbook,

In base al diritto internazionale generale, l'obbligo del soccorso – operante a prescindere dallo *status* o dalla nazionalità delle persone soccorse, ovvero dalle circostanze del loro rinvenimento<sup>1107</sup> – integra il nocciolo duro di una risalente norma consuetudinaria<sup>1108</sup> che, secondo autorevole dottrina, assurge a principio generale del diritto, ai sensi dell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia<sup>1109</sup>.

Tra le fonti del diritto internazionale pattizio – di 'codificazione' dell'obbligo consuetudinario in commento, adottate al fine di precisarne le modalità di estrinsecazione (*sub specie* di azioni positive dallo stesso richieste), nonché per rispondere alle esigenze progressivamente emerse in materia di gestione del fenomeno migratorio via mare – vengono preminentemente in rilievo la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (c.d. Convenzione SOLAS) del 1974<sup>1110</sup>, la Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso marittimo (c.d. Convenzione SAR) del 1979<sup>1111</sup>, la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (c.d. Convenzione UNCLOS o Convenzione di *Montego Bay*) del 1982<sup>1112</sup>, nonché la Convenzione sul salvataggio del 1989<sup>1113</sup>.

---

2017, p. 155; M. DI FILIPPO, *Irregular Migration and Safeguard of Life at Sea: International Rules and Recent Developments*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *The Mediterranean Sea, in International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014, p. 9; T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. RUBIO-MARÍN (a cura di), *Human Rights and Immigration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 212; R. BARNES, *The International Law of the Sea and Migration Control*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (a cura di), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 103-149.

<sup>1107</sup> V. International Maritime Organization (IMO), Maritime Safety Committee, risoluzione MSC 153(78) del 20 maggio 2004, *Amendments to the International Convention for the safety of life at sea, 1974, as amended*, ove si precisa che «[t]his obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found».

<sup>1108</sup> *Ibidem*.

<sup>1109</sup> V. in questi termini, T. SCOVAZZI, *The Particular Problems of Migrants and Asylum Seekers Arriving by Sea*, in L. WESTRA, S. JUSS, T. SCOVAZZI (a cura di), *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, Farnham, Routledge, 2015, p. 191; M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il 'diritto di obbedire al diritto' (internazionale) del comandante della nave private*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Fascicolo 1/2019, p. 5-46. In senso contrario, v. M. PALLIS, *Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes*, in *International Journal Of Refugee Law*, 2002, p. 334.

<sup>1110</sup> International Maritime Organization (IMO), *International Convention for the Safety of Life at Sea*, Londra, 1 novembre 1974 (entrata in vigore il 25 maggio 1980), ratificata dall'Italia con Legge 23 maggio 1980, n. 313.

<sup>1111</sup> International Maritime Organization (IMO), *International Convention on Maritime Search and Rescue*, Amburgo, 27 aprile 1979 (entrata in vigore il 22 giugno 1985); la Convenzione è stata ratificata dall'Italia con Legge 3 aprile 1989, n. 147, poi implementata mediante il D.P.R. 28 settembre 1994, n. 662 (recante il relativo Regolamento di attuazione).

<sup>1112</sup> UN General Assembly, *Convention on the Law of the Sea, Montego Bay*, 10 dicembre 1982, ratificata dall'Italia con Legge 2 dicembre 1994, n. 689.

<sup>1113</sup> International Maritime Organization (IMO), *International Convention on Salvage*, Londra, 28 aprile 1989 (entrata in vigore il 14 luglio 1996), ratificata dall'Italia con Legge 12 aprile 1995, n. 129. Per quanto concerne la normativa europea si v. gli artt. art. 3 e art. 9 Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15.05.2014, recante *norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea*.

Alla luce della suddetta cornice normativa, può anzitutto rilevarsi come l'obbligo di soccorso gravi tanto in capo agli Stati, quanto a carico dei singoli comandanti delle navi.

Sotto il primo profilo, è da dire che, secondo il disposto dell'art. 98 della Convenzione UNCLOS (rubricato «*duty to render assistance*»), l'obbligo concerne sia gli Stati di bandiera delle imbarcazioni, sia gli Stati costieri: da un lato, infatti, il § 1 della norma in esame impone ad ogni Stato di pretendere dal comandante delle navi 'di bandiera', «*in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers*»<sup>1114</sup>, di prestare soccorso «*to any person found at sea in danger of being lost*» (a); di procedere, nel minor tempo possibile, all'assistenza di persone che si trovino «*in distress*»<sup>1115</sup>, *if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him*» (b)<sup>1116</sup>; nonché, in seguito ad una collisione, di prestare soccorso «*to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call*» (c). Dall'altro, ai sensi del § 2, ogni Stato costiero ha l'obbligo di promuovere la costituzione e il funzionamento di un adeguato ed efficace servizio di 'ricerca e soccorso' («*search and rescue service*») in materia di sicurezza marittima e aerea, ove opportuno anche mediante accordi di cooperazione con Stati confinanti<sup>1117</sup>.

Quanto al secondo profilo, l'art. 10, § 1 della Convenzione sul salvataggio del 1989 dispone che il comandante di una nave «*is bound (...) to render assistance to any person in danger of being lost at sea*», nella misura in cui ciò non arrechi pregiudizio alla propria imbarcazione o equipaggio<sup>1118</sup>. In termini ancor più specifici, il Capitolo V, Regolamento

---

<sup>1114</sup> Sotto il profilo interno, si v. l'art. 498 del Codice della Navigazione (Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327 recante *Approvazione del testo definitivo del Codice della navigazione*, in G.U. 18.04.1942, n. 93, secondo cui «*[l']assistenza a nave o ad aeromobile in mare o in acque interne, i quali siano in pericolo di perdersi, è obbligatoria, in quanto possibile senza grave rischio della nave soccorritrice, del suo equipaggio e dei suoi passeggeri, oltre che nel caso previsto nell'articolo 485, quando a bordo della nave o dell'aeromobile siano in pericolo persone. Il comandante di nave, in corso di viaggio o pronta a partire, che abbia notizia del pericolo corso da una nave o da un aeromobile, è tenuto nelle circostanze e nei limiti predetti ad accorrere per prestare assistenza, quando possa ragionevolmente prevedere un utile risultato, a meno che sia a conoscenza che l'assistenza è portata da altri in condizioni più idonee o simili a quelle in cui egli stesso potrebbe portarla*».

<sup>1115</sup> Per tale intendendosi «*[a] situation wherein there is a reasonable certainty that a person, a vessel or other craft is threatened by grave and imminent danger and requires immediate assistance*». V. Convenzione SAR, Capitolo 1.13.

<sup>1116</sup> V. C. CASIELLO, M.E. VENDITTI, *op. cit.*, p. 950-951.

<sup>1117</sup> V. anche I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e Organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo n. 3/2017, p. 14, ove si precisa che «*[m]entre l'obbligo di prestare soccorso da parte dello Stato di bandiera e del comandante riflette un principio di diritto consuetudinario ben consolidato, il dovere di soccorso dello Stato costiero è più recente ed è stato introdotto per la prima volta dall'art. 12 della Convenzione sull'alto mare del 1958, sulla cui base è stato poi modellato l'art. 98 CNUDM*».

<sup>1118</sup> C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro*, cit., p. 668.



33, § 1 della Convenzione SOLAS impone al comandante di un'imbarcazione, «*which is in a position to be able to provide assistance on receiving information from any source that persons are in distress at sea*», di procedere a tutta velocità in loro soccorso, se possibile informandoli (ovvero informando il competente servizio di ricerca e soccorso) dell'imminente operazione di salvataggio. Qualora la nave che riceva una segnalazione di tal genere non sia in grado, ovvero, alla luce delle peculiarità del caso, non ritenga opportuno o necessario procedere al soccorso, il comandante ha l'onere di annotarne le motivazioni sul diario di bordo, nonché di informarne il centro di ricerca e di salvataggio<sup>1119</sup>.

Effettuata l'operazione di soccorso e salvataggio, grava sul comandante dell'imbarcazione l'obbligo di assicurare che i superstiti siano trattati 'umanamente' («*shipmasters should (...) do everything possible, within the capabilities and limitations of the ship, to treat the survivors humanely and to meet their immediate needs*»)<sup>1120</sup>, nonché di condurre i naufraghi in un 'luogo sicuro' (ai sensi del Capitolo V, Regolamento 33, § 1.1 della Convenzione SOLAS)<sup>1121</sup>.

Ciò posto, importanza dirimente assume in materia la Convenzione SAR del 1979, fondata sul principio della cooperazione internazionale<sup>1122</sup>, nella misura in cui provvede a definire l'obbligo per gli Stati (costieri) di assicurare adeguati servizi di 'ricerca e soccorso' («*search and rescue*») nelle zone SAR di competenza<sup>1123</sup>, ripartite d'intesa tra gli Stati interessati; in modo da garantire un'immediata risposta anche congiunta nelle

---

<sup>1119</sup> I. PAPANICOLOPULU, *op. cit.*, p. 11-12. Sotto il profilo interno, si v. l'art. 498 del Codice della Navigazione (Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327 recante *Approvazione del testo definitivo del Codice della navigazione*, in G.U. 18.04.1942, n. 93, secondo cui «*[l]'assistenza a nave o ad aeromobile in mare o in acque interne, i quali siano in pericolo di perdersi, è obbligatoria, in quanto possibile senza grave rischio della nave soccorritrice, del suo equipaggio e dei suoi passeggeri, oltre che nel caso previsto nell'articolo 485, quando a bordo della nave o dell'aeromobile siano in pericolo persone. Il comandante di nave, in corso di viaggio o pronta a partire, che abbia notizia del pericolo corso da una nave o da un aeromobile, è tenuto nelle circostanze e nei limiti predetti ad accorrere per prestare assistenza, quando possa ragionevolmente prevedere un utile risultato, a meno che sia a conoscenza che l'assistenza è portata da altri in condizioni più idonee o simili a quelle in cui egli stesso potrebbe portarla*».

<sup>1120</sup> International Maritime Organization (IMO), Resolution MSC.167(78), *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, 20 maggio 2004 (MSC 78/26/Add.2, Annex 34), 5.1.2.

<sup>1121</sup> Sulla nozione di «*place of safety*» v. *infra*, nel prosieguo della trattazione.

<sup>1122</sup> F. V. PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Questione Giustizia*, Fascicolo 2/2018, p. 219

<sup>1123</sup> In particolare, è altresì posto l'obbligo di istituire un «*Maritime Rescue Coordination Centre*» (ossia un Centro nazionale di coordinamento delle attività di soccorso), definito quale unità «*responsible for promoting efficient organization of search and rescue services and for coordinating the conduct of search and rescue operations within a search and rescue region*» (punto 1.2), così come di predisporre specifici piani operativi (in base ai differenti tipi di emergenza) e le competenze dei diversi centri a ciò deputati. C. CASIELLO, M.E. VENDITTI, *op. cit.*, p. 951; F.V. PALEOLOGO, *op. et loc. supra cit.*; U. LEANZA, F. CAFFIO, *L'applicazione della convenzione di Amburgo del 1979 sul SAR*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2015, p. 420 ss.

operazioni *de quibus*, mediante la stipula di accordi che prevedano il coordinamento delle operazioni SAR di ciascun Paese con quelle degli Stati confinanti.

In particolare, sotto il profilo prettamente operativo, in virtù degli emendamenti apportati, nel maggio 2004<sup>1124</sup>, alle Convenzioni SOLAS e SAR<sup>1125</sup>, gli Stati sono chiamati a coordinarsi e cooperare tra loro al fine di garantire che i comandanti delle navi che abbiano effettuato operazioni di soccorso e salvataggio in mare siano dispensati dagli obblighi di assistenza, «*with minimum further deviation from the ships' intended voyage*»<sup>1126</sup>, senza che ciò possa arrecare pregiudizio alla salvaguardia della vita umana in mare<sup>1127</sup>. Lo Stato competente per la zona SAR in cui è avvenuto il salvataggio ha la responsabilità primaria («*primary responsibility*») di assicurare il coordinamento e la cooperazione suddetti, di modo che i sopravvissuti siano sbarcati al più presto dalla nave («*as soon as reasonably practicable*»)<sup>1128</sup> e condotti in un luogo sicuro, tenuto conto delle peculiarità della situazione concreta e delle direttive elaborate dall'*International Marine Organization (IMO)*<sup>1129</sup>.

È importante precisare che, qualora le autorità statali effettivamente competenti in relazione alla zona SAR dell'evento non si adoperino (o comunque non forniscano riscontro) in tempi ragionevoli, i predetti obblighi di coordinamento delle attività di salvataggio e correlata individuazione del c.d. «*place of safety*» (POS) incombono sullo Stato «*di primo contatto*» – ossia per primo notiziato dell'evento di soccorso – anche nell'ipotesi in cui le operazioni debbano essere svolte al di fuori dell'area di propria pertinenza<sup>1130</sup>.

---

<sup>1124</sup> International Maritime Organization (IMO), Maritime Safety Committee, resolution MSC 155(78), 20 maggio 2004 (doc.MSC/78/26/add.1.IMO).

<sup>1125</sup> Al dichiarato scopo di velocizzare ed implementare l'efficienza delle operazioni di salvataggio e soccorso. C. CASIELLO, M.E. VENDITTI, *op. cit.*, p. 952.

<sup>1126</sup> Convenzione SOLAS, Regolamento 33, § 1.1.

<sup>1127</sup> V. altresì Convenzione SAR, punto 3.1.9.

<sup>1128</sup> Convenzione SOLAS, Capitolo V, Regolamento 33, § 1.1.

<sup>1129</sup> Convenzione SAR, Allegato, Capitolo 3.1.9, secondo il quale «*[p]arties shall co-ordinate and co-operate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage, provided that releasing the master of the ship from these obligations does not further endanger the safety of life at sea. The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and cooperation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable*». Per un approfondimento sul punto, v. I. PAPANICOLOPULU, *op. cit.*, p 14-19.

<sup>1130</sup> Come opportunamente precisato in dottrina, infatti, «*[n]essuno Stato, avvertito di un evento di soccorso di persone in situazione di pericolo in alto mare, può rifiutare il coordinamento delle prime fasi delle attività SAR, o attendere l'esito di trattative con altri Stati, ad esempio con lo stato di bandiera della nave soccorritrice*»; F.V. PALEOLOGO, *op. cit.*, p. 220. International Maritime Organization (IMO), Resolution MSC.167(78), *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, 20 maggio 2004 (MSC 78/26/Add.2, Annex 34), 6.7.

Alla luce delle considerazioni che precedono, può dunque rilevarsi come l'obbligo di soccorso abbia natura composita, dal momento che non presuppone soltanto lo svolgimento di operazioni di salvataggio dei naufraghi in mare, ma comporta altresì il correlato obbligo (avente natura accessoria e complementare) di sbarcare gli stessi in un «*place of safety*»: per vero, la Convenzione SAR, come emendata nel 2004 – implementata, sotto il profilo interno, in virtù del D.P.R. n. 662/1994 – individua il momento conclusivo delle operazioni di soccorso nel trasferimento dei superstiti in un luogo sicuro, non appena ciò risulti ragionevolmente possibile<sup>1131</sup>.

A quest'ultimo proposito, secondo le Linee Guida sul trattamento delle persone soccorse in mare, adottate dall'IMO nel 2004, il «*place of safety*» è un luogo in cui le operazioni di soccorso possano reputarsi terminate, ove la sicurezza dei sopravvissuti non risulti più in pericolo e possano essere soddisfatte le loro esigenze fondamentali (in termini di cibo, riparo e cure mediche)<sup>1132</sup>. Oltretutto, è *ivi* specificato come un'unità navale di soccorso non possa qualificarsi come luogo sicuro in ragione del solo fatto che «*the survivors are no longer in immediate danger once aboard the ship*». Difatti l'imbarcazione – come solitamente accade nella prassi – potrebbe non disporre di strutture e attrezzature adeguate «*to sustain additional persons on board without endangering its own safety or to properly care for the survivors*»<sup>1133</sup>. Nondimeno, anche qualora l'unità navale appaia astrattamente idonea ad accogliere i sopravvissuti, siffatto soggiorno non può che avere natura provvisoria, dovendo la stessa operare «*as a temporary place of safety*», in previsione dello sbarco dei naufraghi sulla terraferma («*until the survivors are disembarked to their next destination*»)<sup>1134</sup>.

### **3.2. La mancata designazione di un «*place of safety*» e la permanenza forzata dei migranti soccorsi in mare a bordo di navi italiane e straniere: i casi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms*.**

Ciò posto in punto di (breve) ricostruzione della cornice normativa che disciplina, a livello internazionalistico, il fenomeno del soccorso in mare e delle correlate operazioni di sbarco, al fine di inquadrare sotto il profilo giuridico gli episodi di cui trattasi – ossia i

---

<sup>1131</sup> In questi termini, v. anche C. PITEA, S. ZIRULIA, *op. ult. cit.*, p. 674.

<sup>1132</sup> «*Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination*». *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, cit., 6.12.

<sup>1133</sup> *Ibidem*, § 6.13.

<sup>1134</sup> *Ibidem*, 6.13-6.14. V. altresì C. PITEA, S. ZIRULIA, *op. ult. cit.*, p. 675.

summenzionati casi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms* – è opportuno porre talune premesse storico-fattuali.

Nell'ambito della prima vicenda, risalente all'agosto 2018, l'unità navale della Guardia Costiera italiana *Ubaldo Diciotti*, nel quadro di un'operazione di salvataggio occorsa nella zona SAR maltese, aveva soccorso 190 migranti a bordo di un barcone, in condizioni precarie, proveniente dalle coste libiche (*in primis*, si trattava di cittadini eritrei e somali). Dopo alcuni giorni di stazionamento in prossimità dell'isola di Lampedusa<sup>1135</sup>, dovuti ai perduranti contrasti nelle trattative tra autorità italiane e maltesi circa l'individuazione del porto di sbarco (c.d. «*place of safety*»), il 20 agosto la nave della Guardia Costiera, con a bordo 177 persone, veniva autorizzata a fare ingresso nel porto di Catania. Tuttavia, al momento dell'ormeggio, il comandante dell'imbarcazione, Massimo Kothmeir, non aveva potuto procedere allo sbarco dei migranti: l'allora Ministro dell'Interno, infatti, aveva opposto il veto alla designazione da parte del Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione del «*place of safety*» (POS)<sup>1136</sup>, funzionalmente necessario al fine di autorizzare lo sbarco<sup>1137</sup>.

Soltanto in data 22 agosto, su esplicita richiesta del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Catania, veniva autorizzato lo sbarco dei 29 minori non accompagnati presenti a bordo; infine, la sera del 25 agosto venivano fatti sbarcare i rimanenti migranti, poi trasferiti all'interno dell'*hotspot* di Messina<sup>1138</sup>.

Quanto alla seconda vicenda – che presenta tratti del tutto analoghi – nel luglio 2019, la nave della Guardia Costiera italiana *Bruno Gregoretti* aveva soccorso 131 persone nelle acque al nord di Lampedusa, nell'ambito della zona SAR maltese. Dopo aver effettuato le operazioni di salvataggio (la notte tra il 25 e il 26 luglio), su indicazione della capitaneria di porto, il comandante dell'unità navale della marina militare si dirigeva verso il porto di Catania, ove gli veniva fornito un 'punto di fonda'.

Richiesto ufficialmente un porto di sbarco (era il 27 luglio), veniva comunicato alla nave *Gregoretti* di raggiungere il porto militare di Augusta, ove la stessa ormeggiava la mattina del 28 luglio<sup>1139</sup>. Sennonché, anche in quella occasione, in ragione del prolungato

---

<sup>1135</sup> Ove tredici persone venivano trasferite d'urgenza per ragioni sanitarie.

<sup>1136</sup> Fintantoché non si fosse raggiunto un accordo, in ambito europeo, in merito alla collocazione dei naufraghi soccorsi.

<sup>1137</sup> C. CASIELLO, M.E. VENDITTI, *op. cit.*, p. 947-948; F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi"*, cit., p. 433; E. CARLI, *Trattenimento di migranti a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell'Italia*, cit., p. 690; A. CAMILLI, *Tutto quello che c'è da sapere sul caso Diciotti*, in *Internazionale*, 18 febbraio 2019.

<sup>1138</sup> S. ZIRULIA, F. CANCELLARO, *Caso Diciotti: il Tribunale dei Ministri qualifica le condotte del Ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al senato la domanda di autorizzazione a procedere*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 gennaio 2019.

<sup>1139</sup> A. CAMILLI, *Tutto quello che c'è da sapere sul caso Gregoretti*, in *Internazionale*, 12 febbraio 2020.

ritardo nel rilascio del «*place of safety*» da parte del Ministero dell'Interno, i migranti venivano 'trattenuti' a bordo dell'imbarcazione per un apprezzabile lasso temporale: infatti, soltanto in data 31 luglio (dopo cinque giorni di permanenza a bordo del natante)<sup>1140</sup>, ne veniva formalmente autorizzato lo sbarco sul territorio italiano.

Circa i fatti sottesi all'ultimo episodio rilevante ai fini della presente trattazione, occorre premettere che, in data 1 agosto 2019, la nave *Open Arms* della ONG spagnola *Proactiva Open Arms*, impegnata nell'ambito di un'operazione di soccorso e salvataggio in area SAR libica<sup>1141</sup>, aveva tratto in salvo 55 migranti (39 uomini, 16 donne e 2 bambini) a bordo di un natante in legno, che stava imbarcando acqua<sup>1142</sup>. Il comando di bordo della *Open Arms* dava tempestiva comunicazione dell'evento di soccorso alle autorità governative libiche ed ai Centri di Coordinamento (RCC) italiano e maltese. In quella stessa data, il comando di bordo veniva notiziato dell'avvenuta emissione, nei confronti della nave *Open Arms*, di un provvedimento interministeriale adottato dal Ministro dell'Interno italiano, di concerto con il Ministro della Difesa e con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, in virtù del quale era opposto il divieto di ingresso, sosta e transito nelle acque territoriali italiane (ai sensi dell'art. 11, § 1 *ter* del Testo Unico sull'Immigrazione, introdotto dal Decreto-Legge n. 53/2019, convertito con modificazioni dalla Legge n. 77/2019).

Il giorno seguente il natante effettuava un ulteriore soccorso in mare, questa volta in zona SAR maltese, portando in salvo altri 69 migranti (tra i quali due donne in stato di gravidanza avanzata e due bambini), a bordo di un gommone in situazione di «*distress*». terminate le operazioni di salvataggio, la nave inoltrava una richiesta di assegnazione di un «*place of safety*» al Comando MRCC di Roma per i 123 naufraghi presenti a bordo (indicando il porto di Lampedusa quale luogo sicuro più vicino), specificando di aver inoltrato analoga richiesta alle autorità maltesi e di aver informato il proprio Stato di bandiera, ossia l'RCC spagnolo.

In data 9-10 agosto 2019 la nave *Open Arms* effettuava, con il coordinamento di RCC Malta, un ulteriore salvataggio in zona SAR maltese, in favore di 39 migranti: con riguardo a tale evento di soccorso, Malta richiedeva all'Italia l'assegnazione del POS di

---

<sup>1140</sup> Pur essendo, il natante, non idoneo ad ospitare un tal numero di persone (era infatti presente un solo bagno), alcune delle quali, peraltro, presentavano malattie infettive. *Ibidem*.

<sup>1141</sup> Effettuata senza richiedere il coordinamento dell'Autorità marittima territorialmente competente, ossia l'MRCC - *Maritime Rescue Coordination Centre* libico, né delle autorità italiane.

<sup>1142</sup> Tribunale di Palermo, Collegio per i reati ministeriali, relazione del 30 gennaio 2020, p. 12.

Lampedusa ove procedere allo sbarco dei migranti, indicandolo come porto sicuro più vicino<sup>1143</sup>.

È da dire che, avendo assunto il coordinamento dell'ultimo evento SAR occorso in acque maltesi, Malta si dichiarava altresì disponibile ad autorizzare lo sbarco, in territorio nazionale, dei soli 39 migranti soccorsi in tale ultima occasione. Tuttavia, il comandante della nave *Open Arms* non riteneva opportuno procedere in tal modo, in ragione dei probabili disordini che sarebbero seguiti a bordo tra i migranti soccorsi nei diversi eventi SAR (con correlato pericolo per la sicurezza della navigazione)<sup>1144</sup>.

Il 14 agosto 2019, il comando di bordo della *Open Arms* – che, nel mentre, sostava in acque internazionali a sud-ovest dell'isola di Lampedusa – reiterava a RCC Malta la richiesta di assegnazione di un POS per lo sbarco di tutti i migranti, anche a motivo del progressivo peggioramento delle condizioni igienico-sanitarie a bordo dell'imbarcazione; stante il rifiuto ottenuto dalle autorità maltesi, inoltrava la stessa richiesta a IMRCC (*Italian Maritime Rescue Coordination Center*).

Nel frattempo, in seno al ricorso avverso il predetto provvedimento interministeriale del 1 agosto 2019 (di diniego all'ingresso nelle acque territoriali italiane), proposto dai legali dell'ONG *Proactiva Open Arms*, il Presidente della Sezione I *ter* del TAR Lazio disponeva con decreto la sospensione cautelare dell'efficacia del provvedimento impugnato, onde consentire all'imbarcazione l'ingresso in acque territoriali italiane, affinché fosse prestata tempestiva assistenza ai naufraghi soccorsi in stato di maggior bisogno<sup>1145</sup>. In particolare, il Giudice amministrativo aveva ravvisato, nel divieto di ingresso opposto dall'Autorità di pubblica sicurezza, un plausibile «*travisamento dei fatti e [la] violazione delle norme di diritto internazionale del mare in materia di soccorso, nella misura in cui la stessa amministrazione intimata riconosce, nelle premesse del provvedimento impugnato, che il natante soccorso da Open Arms in area SAR libica – quanto meno per l'ingente numero di persone a bordo – era in “distress”, cioè in situazione di evidente difficoltà (per cui appare, altresì, contraddittoria la conseguente valutazione effettuata nel medesimo provvedimento, dell'esistenza, nella specie, della peculiare ipotesi di “passaggio non inoffensivo” di cui all'art. 19, comma 1 [recte, comma 2], lett. g), della legge n. 689/1994)*»<sup>1146</sup>, quale

---

<sup>1143</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>1144</sup> *Ibidem*.

<sup>1145</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>1146</sup> TAR Lazio, Sez. I *Ter*, decreto cautelare monocratico n. 5479/2019, 14 agosto 2019 (reso nel procedimento R.G. n. 10780/2019). V. al riguardo, F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai “porti chiusi”*, cit., p. 437; ASGI - Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Open Arms, Tar Lazio sospende divieto d'ingresso*, 15 agosto 2019.

presupposto per l’emanazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali italiane ex art. 11, § 1 *ter* del Testo Unico sull’Immigrazione.

Nonostante il provvedimento sospensivo del TAR Lazio<sup>1147</sup>, che aveva autorizzato l’ingresso del natante nelle acque territoriali, affinché – si è già detto – potesse prestarsi assistenza ai migranti in stato di particolare bisogno<sup>1148</sup>, il Ministro dell’Interno continuava a porre il proprio veto all’indicazione di un «*place of safety*», così ritardando ulteriormente l’effettivo sbarco dei migranti ancora a bordo della nave.

Talché, al fine di risolvere la situazione di stallo, in data 20 agosto 2019 il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento, nell’ambito di un procedimento penale inizialmente iscritto a carico di ignoti in relazione all’ipotesi delittuosa di cui all’art. 328, c. 1 c.p. (omissione di atti d’ufficio), disponeva il sequestro preventivo d’urgenza dell’imbarcazione *de qua* (ex art. 321, c. 3 *bis* e ss. c.p.p.): in quel frangente, la nave *Open Arms* attraccava al porto di Lampedusa con 83 persone a bordo<sup>1149</sup>.

Tanto premesso circa i fatti sottesi alle vicende in commento, in via preliminare è d’uopo vagliare la compatibilità della condotta delle autorità nazionali – in specie, del Ministro dell’Interno – nel corso delle predette operazioni di soccorso, con la pertinente normativa internazionale vigente in materia di ‘obbligo di soccorso in mare’.

Con riguardo agli episodi che hanno interessato le navi militari *Diciotti* e *Gregoretti*, è appena il caso di precisare – se solo si considera quanto riferito in merito alla disciplina internazionalistica delle attività di soccorso in mare (e delle correlate operazioni di sbarco) – come il contegno in allora assunto dal Ministro dell’Interno, nella misura in cui non ha tempestivamente autorizzato l’indicazione di un «*place of safety*»

---

<sup>1147</sup> In uno all’intervento del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale che, nella missiva del 16 agosto 2019 rivolta al Ministro dell’Interno, aveva espresso «*forte preoccupazione per la perdurante situazione di privazione de facto della libertà delle persone a bordo della nave e per l’impatto che tale situazione ha sui diritti fondamentali delle persone soccorse, sul loro precario equilibrio psico-fisico, certificato anche da una équipe medica di ‘Emergency’, sul concretizzarsi di una condizione di ‘trattamento inumano o degradante’, vietato in modo inderogabile dall’articolo 3 della Convenzione europea per i diritti umani*». V. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Il Garante nazionale delle persone private della libertà segue con preoccupazione gli sviluppi della situazione delle persone salvate in mare e da due settimane a bordo della nave “Open arms”*, comunicato del 16 agosto 2019. V. altresì F. CANCELLARO, *op. et loc. supra cit.*

<sup>1148</sup> Per una analitica ricostruzione degli sbarchi legati alla necessità di fornire cure mediche ai soggetti in stato di particolare bisogno, v. anche Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento, decreto di sequestro preventivo d’urgenza, 20 agosto 2019, p. 2-6.

<sup>1149</sup> Il Provvedimento *de quo* è stato convalidato dal Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Agrigento, in data 29 agosto 2019 (cui è seguito il dissequestro dell’imbarcazione *Open Arms* e la sua restituzione all’ONG spagnola); A. CAMILLI, *Tutto quello che c’è da sapere sul caso Open Arms*, in *Internazionale*, 27 febbraio 2020.

alle unità navali della Guardia costiera italiana, si ponga in flagrante contrasto con quanto prefissato dalla pertinente normativa internazionale.

Nell'una e nell'altra vicenda, infatti, a fronte di istanze di rilascio del POS rispettivamente inoltrate in data 20 agosto 2018<sup>1150</sup> e 27 luglio 2019, la decisione di ritardare l'indicazione del «*place of safety*», rispettivamente, al 25 agosto 2018 e al 31 luglio 2019, non risulta rispettosa dei precetti fissati dalle Convenzioni SOLAS e SAR<sup>1151</sup>, nonché dalle Linee Guida sul trattamento delle persone soccorse in mare, adottate dall'IMO nel 2004. In virtù delle stesse, lo Stato responsabile del coordinamento e della conduzione delle operazioni di soccorso in mare – nel caso di specie, lo Stato di «*primo contatto*», ossia quello italiano – avrebbe dovuto predisporre, al più presto («*as soon as reasonably practicable*»)<sup>1152</sup>, lo sbarco dei migranti, designando un luogo sicuro a tal fine preposto<sup>1153</sup>.

Come si è detto, soltanto l'indicazione di un «*place of safety*» e il conseguente svolgimento delle operazioni di sbarco dei superstiti nel luogo prestabilito comporta l'effettiva conclusione dell'attività di ricerca e soccorso in mare. Nei medesimi termini, si è recentemente espressa la stessa Corte di Cassazione italiana, chiamata a pronunciarsi in merito alla nota vicenda giudiziaria che ha coinvolto *Carola Rackete*, in qualità di comandante della *Sea Watch 3*<sup>1154</sup>. Come ribadito dalla Suprema Corte, l'obbligo di soccorso «*non si esaurisce nell'atto di sottrarre i naufraghi al pericolo di perdersi in mare, ma comporta l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcarli in un luogo sicuro (c.d. place of safety)*»<sup>1155</sup>, in termini di sua componente «*indefettibile*»<sup>1156</sup>; luogo sicuro, quello di cui si tratta, generalmente individuato sulla terraferma ed oggetto di un vero e proprio «*obbligo di risultato*»<sup>1157</sup>.

Oltretutto è da dire che, nei casi in commento, il predetto obbligo di risultato non può certo dirsi soddisfatto dalla mera asserzione secondo le unità navali *Diciotti* e *Gregoretti* potessero qualificarsi in termini di 'luogo sicuro', posto che – come si è avuto modo di precisare – secondo le citate Linee Guida emanate dall'IMO, «*[e]ven if the ship*

---

<sup>1150</sup> Per vero, sin dal 17 agosto era pervenuta ai competenti uffici del Ministero dell'Interno un'istanza di designazione del «*place of safety*», avanzata dal MRCC di Roma.

<sup>1151</sup> Fonti internazionali pattizie, quelle di cui si tratta – cui lo Stato italiano ha aderito – che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 10, 11 e 117 della Costituzione italiana, si pongono ad un livello gerarchico sovraordinato rispetto alla legislazione interna.

<sup>1152</sup> Convenzione SOLAS, Regolamento 33, § 1.1.

<sup>1153</sup> Nei medesimi termini, v. anche CASIELLO, M.E. VENDITTI, *op. cit.*, p. 954-955.

<sup>1154</sup> Per un approfondimento al riguardo, v. L. MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi e contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione Giustizia*, 26 febbraio 2020.

<sup>1155</sup> Corte di Cassazione, Sez. III penale, 16 gennaio 2020, n. 6626;

<sup>1156</sup> Così PITEA, S. ZIRULIA, *op. ult. cit.*, p. 674.

<sup>1157</sup> *Ibidem*.



*is capable of safely accommodating the survivors and may serve as a temporary place of safety, it should be relieved of this responsibility as soon as alternative arrangements can be made»*<sup>1158</sup>. Per di più, come si vedrà, le imbarcazioni in questione non potevano qualificarsi come strutture idonee a soddisfare i bisogni fondamentali dei migranti ospitati – ossia luoghi ove «*their basic human needs (...) can be met»*<sup>1159</sup> – in spregio alla definizione di «*place of safety»* fornita dalle medesime Linee Guida.

Tuttavia, a quest'ultimo proposito, una precisazione è d'obbligo.

La qualificazione del rifiuto, opposto dall'allora Ministro dell'Interno, all'indicazione del «*place of safety»* funzionale allo sbarco dei migranti soccorsi in mare, in termini di condotta suscettibile di integrare un illecito internazionale ai sensi del predetto quadro normativo vigente a livello internazionalistico, non equivale certo ad affermare l'esistenza *tout court* di uno specifico obbligo, da ravvisarsi in capo agli Stati, di consentire lo sbarco di naufraghi sul territorio nazionale (*ivi* compresi i porti statali). Un'affermazione di tal genere si porrebbe in contrasto con il portato del fondamentale principio consuetudinario, in virtù del quale la prerogativa di determinare le condizioni di ingresso e soggiorno (nonché di allontanamento) di individui stranieri sul proprio territorio rientra nel 'dominio sovrano' dello Stato (quale corollario del principio di «*State sovereignty»*).

Si tratta di ragionamenti che afferiscono a piani tra loro ben distinti, peraltro forieri di un vivace dibattito che ha interessato *ab origine* la dottrina internazionalistica sviluppatasi in materia di obbligo di soccorso in mare<sup>1160</sup>. Tanto che, in dottrina, si è da più parti opportunamente sottolineato come «*neither treaty law nor customary international law requires States to let these rescued persons disembark onto their territory»*<sup>1161</sup>. Tuttavia, nella misura in cui le autorità statali omettano scientemente di adoperarsi al fine di garantire il celere espletamento delle operazioni di sbarco dei soggetti soccorsi, possono ragionevolmente porsi profili di responsabilità internazionale dello Stato, stante la violazione della disciplina internazionalistica che regola il fenomeno del 'soccorso in mare'.

---

<sup>1158</sup> *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, cit., 6.13. V. anche CASIELLO, M.E. VENDITTI, *op. et loc. supra cit.*

<sup>1159</sup> *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, cit., 6.12.

<sup>1160</sup> *Ex multis*, v. P. DE SENA, M. STARITA, *Navigare fra istanze 'Stato-centriche' e 'cosmopolitiche': il caso 'Sea-Watch' in una prospettiva conflittuale*, cit., p. 71; F. MUNARI, *Migrations by Sea in the Mediterranean: An Improvement of EU Law is Urgently Needed*, in *Ocean Yearbook*, 2018, p. 118 e ss.

<sup>1161</sup> J. COPPENS, E. SOMERS, *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p. 378. Sul punto, v. anche C. PITEA, S. ZIRULIA, *op. ult. cit.*, p. 676.

Quanto alla vicenda che ha coinvolto la nave *Open Arms* della ONG *Proactiva*, la questione si pone in termini parzialmente diversi rispetto a quanto sopra rilevato, trattandosi di un'imbarcazione privata, battente bandiera spagnola, non soggetta al diretto controllo delle autorità statali (come all'opposto occorso nei casi *Diciotti* e *Gregoretti*).

Al riguardo – ai fini della presente trattazione – basti dire che, in virtù della predetta cornice normativa che disciplina, a livello internazionale, il fenomeno del soccorso in mare – con particolare riferimento alla Convenzione SAR del 1979, come emendata nel 2004, e alle Linee Guida adottate dall'IMO – il mancato assolvimento, da parte delle autorità italiane, degli obblighi loro incombenenti in qualità di Stato «*di primo contatto*» a seguito dell'evento occorso (insieme alle autorità maltesi)<sup>1162</sup>, in particolare in punto di coordinamento delle attività di soccorso e salvataggio e mancata tempestiva indicazione di un porto sicuro di sbarco, può parimenti comportare il sorgere di delicati profili di responsabilità internazionale a carico dello Stato italiano.

Venendo ora al nocciolo duro della questione, non può mancare di rilevarsi come il contegno assunto dalle autorità nazionali in occasione delle vicende di cui trattasi, estrinsecatosi nel mancato tempestivo rilascio del «*place of safety*» da parte dell'allora Ministro dell'Interno, abbia inevitabilmente comportato, sotto il profilo pratico, la permanenza forzata dei migranti soccorsi nell'ambito delle operazioni SAR a bordo delle imbarcazioni, per un considerevole lasso temporale. Si pone, in questi termini, la questione giuridica – di preminente interesse ai fini della presente analisi – inerente all'eventuale possibilità di qualificare tale collocamento forzato in termini di vera e propria 'privazione della libertà personale' *ex art. 5 CEDU*, piuttosto che di semplice limitazione della libertà di movimento dei migranti interessati, ai sensi dell'art. 2 del Protocollo Addizionale n. 4 alla Convenzione. Si tratta di un inquadramento giuridico le cui risultanze si pongono quale necessario preludio di una riflessione critica circa la potenziale compatibilità della stessa con i *dicta* posti dalla Convenzione Europea dei

---

<sup>1162</sup> Per un approfondimento, v. Tribunale di Palermo, Collegio per i reati ministeriali, relazione del 30 gennaio 2020, cit., p. 46 e ss. In particolare, nella predetta relazione si legge che «*proprio a seguito ed a causa del discutibile, ed invero inqualificabile (quanto meno per ragioni umanitarie) rifiuto di Malta di accogliere tutti i migranti a bordo della Open Arms (...) [e] della conseguente ed ormai inequivoca impossibilità di Open Arms di poter contare sull'indicazione di un POS presso le sue coste e del successivo profilarsi di ulteriori circostanze di fatto (...) che indussero la Open Arms a fare ingresso nelle acque territoriali italiane, si ritiene che l'obbligo di indicare un POS, a partire dal 14.8.2019, si sia venuto definitivamente a concentrare in capo alle autorità italiane*». Alla luce di tanto, secondo il Tribunale dei Ministri, «*conclusivamente deve affermarsi che la condotta omissiva (...) consistita nella mancata indicazione di un POS alla motonave Open Arms, è illegittima per la violazione delle convenzioni internazionali e dei principi che regolano il soccorso in mare, e, più in generale, la tutela della vita umana, universalmente riconosciuti come ius cogens*». *Ibidem*, p. 63.

Diritti dell’Uomo in materia di ‘diritto alla libertà personale’, alla luce dell’interpretazione fornita dalla recente giurisprudenza di Strasburgo.

È appena il caso di precisare che la disamina della *quaestio iuris* in commento assume peculiare rilievo nel multiforme scenario delle misure coercitive *extra ordinem* adottate nelle zone di frontiera, soprattutto in ragione dell’assenza di precedenti pronunce giurisprudenziali rese al riguardo dal massimo consesso di Strasburgo (ad eccezione della già citata sentenza *Khlaifia e altri c. Italia*, attinente a fatti per certi versi analoghi, i cui principi possono senz’altro orientare l’analisi in oggetto). Nondimeno, si ritiene che pronunce di tal genere non tarderanno ad arrivare, stante la sensibilità dei profili giuridici coinvolti, che minano il nucleo duro dei diritti convenzionalmente tutelati in sede europea<sup>1163</sup>.

### **3.3. Sulla natura giuridica del ‘trattenimento’ di migranti a bordo di navi: un’effettiva ‘privazione’ della loro libertà personale?**

---

<sup>1163</sup> Pur prescindendo, in questa sede, dalla disamina di eventuali profili di responsabilità penale individuale suscettibili di trovare integrazione nelle vicende in commento, è bene precisare che a seguito dei fatti di cui trattasi sono sorti procedimenti penali a carico del Ministro dell’Interno *pro tempore*. In particolare, quanto alla vicenda *Diciotti*, il Tribunale di Catania, sezione reati ministeriali, aveva avanzato al Senato richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti dell’allora Ministro dell’Interno per il reato di sequestro di persona aggravato (art. 605, c. 1 e 2, n. 2 e 3 c.p.) «*per avere, nella sua qualità di Ministro dell’Interno, abusando dei suoi poteri, privato della libertà personale 177 migranti di varie nazionalità giunti al porto di Catania a bordo dell’unità navale di soccorso U. Diciotti della Guardia Costiera italiana (...)*». Sebbene il procedimento si sia concluso con la mancata autorizzazione a procedere opposta dal Senato (il 20 marzo 2019), è interessante notare che, nella sua relazione del 7 dicembre 2018, il Tribunale dei Ministri aveva segnatamente reputato «*ipotizzabile*» che l’allora Ministro, in veste di pubblico ufficiale, avesse «*abusato delle funzioni amministrative attribuitegli nell’ambito dell’iter procedurale per la determinazione del place of safety, ponendo arbitrariamente il proprio veto all’indicazione del POS da parte del competente Dipartimento per le Libertà Civili e l’Immigrazione, quale atto amministrativo propedeutico e necessario per autorizzare lo sbarco, così determinando la forzosa permanenza dei migranti a bordo dell’unità navale “U. Diciotti”, con conseguente illegittima privazione della loro libertà personale per un arco temporale giuridicamente apprezzabile ed al di fuori dei casi consentiti dalla legge*». V. Tribunale di Catania, sezione reati ministeriali, relazione del 07.12.2018. Per un commento, v. S. ZIRULIA, F. CANCELLARO, *Caso Diciotti: il Tribunale dei Ministri qualifica le condotte del Ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere*, cit.. Quanto alla vicenda Gregoretti, in data 12 febbraio 2020, il Senato ha accolto la richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell’Interno *pro tempore*, avanzata dal Tribunale di Catania, sezione reati ministeriali, (anche in questo caso) per il reato di sequestro di persona aggravato; il procedimento penale si è tuttavia concluso con provvedimento di archiviazione da parte del Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Catania. Da ultimo, il 30 luglio 2020 il Senato della Repubblica ha parimenti concesso l’autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell’Interno *pro tempore* per i fatti sottesi alla vicenda *Open Arms*, in relazione ai reati di sequestro plurimo di persona, aggravato dall’esser stato commesso da pubblico ufficiale con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni e in danno di soggetti minori di età (art. 605, c. 2 n. 2 e c. 3 c.p.) e di rifiuto di atti d’ufficio (art. 328, c. 1 c.p.), processo tuttora pendente innanzi al Tribunale di Palermo. Per un commento alla relazione del Tribunale di Palermo, Collegio per i reati ministeriali del 30 gennaio 2020, v. F.V. PALEOLOGO, *La richiesta di autorizzazione a procedere sul caso Open Arms (1-20 agosto 2019). Nota a Tribunale di Palermo, collegio per i reati ministeriali, 30 gennaio 2020*, in *Giustizia Insieme*, 21 febbraio 2020.

Al fine di verificare la possibilità di sussumere la permanenza forzata di migranti irregolari a bordo di navi nell'alveo di operatività della nozione giuridica di 'privazione della libertà personale', come disciplinata dall'art. 5 CEDU, occorre prendere le mosse dal contributo esegetico fornito in materia dalla giurisprudenza di Strasburgo, nel cui ambito – si è visto – sono stati definiti i confini operativi della concezione in esame.

*In primis*, è d'uopo rifarsi al consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte EDU secondo cui il *discrimen* tra vera e propria privazione e semplice restrizione della libertà di movimento (ex art. 2 Protocollo n. 4) deve rinvenirsi nel grado e nell'intensità della misura adottata, anziché nella sua natura o nel suo contenuto<sup>1164</sup>. In altri termini, il grado di coercizione che ha connotato la fattispecie concreta chiarirà se l'individuo abbia subito (o meno) una privazione della propria libertà, tale da implicare l'attivazione delle garanzie, sostanziali e procedurali, poste dall'art. 5 CEDU anche in favore del migrante detenuto.

Ciò premesso, sotto il profilo prettamente strutturale, è necessario che ricorrano gli elementi costitutivi della nozione di «*deprivation of liberty*»: ossia, da un lato, l'elemento oggettivo, integrato dalla costrizione del soggetto entro un luogo ristretto, per un lasso temporale non trascurabile; dall'altro, quello soggettivo, vale a dire l'assenza del consenso dell'interessato al suo trattenimento<sup>1165</sup>.

Inoltre, a giudizio della Corte, affinché la misura restrittiva considerata possa ricondursi nell'alveo dell'art. 5 CEDU, dirimente è il vaglio della situazione concreta, in uno ad una serie di fattori essenziali (o criteri-principe), quali la tipologia, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione<sup>1166</sup> della misura in questione (i c.d. criteri Guzzardi). Del resto, si è già avuto modo di precisare come le fattispecie di privazione della libertà contemplate dalla Corte EDU nella sua giurisprudenza non si limitino alla sola figura 'classica' della detenzione a seguito di arresto o condanna<sup>1167</sup>, ma includano ulteriori (e

---

<sup>1164</sup> V., *inter alia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Guzzardi c. Italia* (ricorso n. 7367/76), 6 novembre 1980, § 93. Nei medesimi termini, v. anche Grande Camera, *De Tommaso c. Italia* (ricorso n. 43395/09), 23 febbraio 2017, § 80; Grande Camera, *Stanev c. Bulgaria* (ricorso n. 36760/06), 17 gennaio 2012, § 115; *Rantsev c. Cipro e Russia*, cit., § 314; Sez. I, *Nolan e K. c. Russia* (ricorso n. 2512/04), 12 febbraio 2009, § 93; *Amuur c. Francia*, cit., § 42.

<sup>1165</sup> Sul punto v. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.3.1.

<sup>1166</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Engel e altri c. Paesi Bassi* (ricorsi n. 5100/71; n. 5101/71; n. 5102/71; n. 5354/72 e n. 5370/72), 8 giugno 1976, § 58. *Ex multis*, v. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Creanga c. Romania* (ricorso n. 29226/03), 23 febbraio 2012, § 91.

<sup>1167</sup> «*Deprivation of liberty may (...) take numerous forms. Their variety is being increased by developments in legal standards and in attitudes; and the Convention is to be interpreted in the light of the notions currently prevailing in democratic States*»; *Guzzardi c. Italia*, cit., § 95.

multiformi) fattispecie restrittive, il cui *discrimen* con le forme di mera limitazione della libertà di movimento risulta, nella maggior parte dei casi, assai sfuggibile<sup>1168</sup>.

Da ultimo, analogo rilievo assumono il contesto specifico (ossia la *ratio* in virtù della quale la misura è stata disposta) e le circostanze entro le quali si è esplicata l'interferenza nella libertà personale lamentata<sup>1169</sup>, nonché la disamina di ulteriori fattori oggettivi, quali l'impossibilità di allontanarsi dal luogo ove è in atto la misura restrittiva, il livello di sorveglianza esercitata sulla persona, il suo isolamento e le correlate restrizioni alla possibilità di intrattenere rapporti sociali<sup>1170</sup>.

Ebbene, alla luce delle peculiarità che connotano le vicende in commento, si ritiene che il trattenimento di naufraghi a bordo di navi, protrattosi per un apprezzabile lasso temporale, possa qualificarsi in termini di privazione della libertà personale.

In particolare, paiono ricorrere entrambi gli elementi costitutivi della nozione in esame: tanto l'elemento oggettivo, essendo stati i migranti costretti a soggiornare sui natanti entro uno spazio ristretto e circoscritto; quanto l'elemento soggettivo, dal momento che gli stessi sono stati ivi trattenuti contro la loro volontà, non avendo prestato alcun consenso al confinamento a bordo delle imbarcazioni (peraltro in un perdurante stato di incertezza circa le loro sorti future)<sup>1171</sup>.

Passando al vaglio gli ulteriori fattori il cui esame è funzionale alla verifica circa la sussistenza di una fattispecie privativa della libertà personale, non vi è dubbio che le imbarcazioni in oggetto fossero qualificabili in termini di «*area chiusa verso l'esterno*»<sup>1172</sup>, forse non soggetta a stringenti controlli da parte di forze di polizia, ma senz'altro tale – per le sue caratteristiche strutturali – da incidere fortemente «*over the person's movements and the extent of isolation*»<sup>1173</sup>, annullando di fatto le possibilità di interazione sociale.

Circa il requisito del 'tempo', pur non essendo rinvenibile, nella giurisprudenza di Strasburgo, un lasso temporale 'predefinito' il cui decorso implica *ex se* l'operatività del disposto di cui all'art. 5 CEDU, le particolari circostanze del caso, in uno alle precarie condizioni igienico-sanitarie in cui versavano i migranti a bordo delle imbarcazioni di soccorso (anche a motivo del massiccio numero di naufraghi soccorsi), fanno propendere

---

<sup>1168</sup> V. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.3.1.

<sup>1169</sup> *Austin e altri c. Regno Unito*, cit., § 59; *Nada c. Svizzera*, cit., § 226; *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 59; *Guzzardi c. Italia*, cit., § 92.

<sup>1170</sup> *Ex multis*, v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *H.M. c. Svizzera* (ricorso n. 39187/98), 26 febbraio 2022, § 45; *Guzzardi c. Italia*, cit., § 95; *Stork c. Germania*, cit., § 73.

<sup>1171</sup> Nei medesimi termini, v. E. CARLI, *op. et loc. supra cit.*

<sup>1172</sup> *Mutatis mutandi*, cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., § 54.

<sup>1173</sup> Cfr. *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 53.

per la possibilità di qualificare la durata del trattenimento *de quo*, protrattosi per diversi giorni (addirittura diciannove nel caso *Open Arms*), in termini di ‘non trascurabile’ lasso temporale<sup>1174</sup>.

Quanto al contesto specifico entro il quale ha avuto luogo la permanenza dei migranti a bordo delle navi, pare opportuno richiamare, in termini di raffronto, il *reasoning* della Grande Camera di Strasburgo in occasione della sentenza *Ilias e Ahmed c. Ungheria*. In quella occasione, si è visto, i giudici europei hanno valorizzato una serie di elementi fattuali – in particolare le peculiarità della zona di transito, nonché lo scopo perseguito dalle autorità nazionali tramite la sua costituzione – al fine di escludere l’operatività del disposto dell’art. 5 CEDU. Come già detto, da un lato, i ricorrenti *Ilias e Ahmed* avevano fatto ingresso nella zona di transito ‘di propria iniziativa’, al fine di presentare domanda di protezione internazionale in Ungheria; dall’altro, la permanenza dei richiedenti asilo presso la struttura di *Röszke* era funzionale all’esame delle rispettive domande di asilo, al fine di decidere se ammettere (o meno) i ricorrenti sul territorio nazionale<sup>1175</sup>.

Nulla di tutto ciò è accaduto nelle vicende in commento: i migranti soccorsi dalle unità navali della marina *Diciotti e Gregoretti* e della nave della ONG *Proactiva Open Arms* non erano certo saliti a bordo ‘di propria iniziativa’, ma all’esito di una (pur doverosa) operazione di soccorso e salvataggio in mare; né tantomeno può dirsi che la loro permanenza forzata sulle imbarcazioni, protrattasi per diversi giorni, perseguisse finalità legittimamente previste dalla normativa interna. Al contrario, si è già rilevato come la stessa si sia espletata in violazione della cornice normativa internazionalistica che regola il fenomeno del soccorso in mare.

In aggiunta, secondo l’insegnamento della giurisprudenza di Strasburgo, precipua importanza deve altresì riconoscersi alla verifica in merito alla possibilità, per il soggetto interessato dalla misura restrittiva, di allontanarsi dal *locus detentionis*. Si è detto che, in occasione della sentenza *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, la possibilità non ‘teorica o illusoria’, ma ‘concreta ed effettiva’ («*not only in theory but also in practice*»)<sup>1176</sup> per i ricorrenti di allontanarsi dalla zona di transito di *Röszke*, facendo ritorno in Serbia, sia stata valorizzata dalla Grande Camera della Corte al fine di escludere la configurabilità di una fattispecie privativa della loro libertà personale<sup>1177</sup>.

---

<sup>1174</sup> In questo senso, v. altresì E. CARLI, *op. cit.*, p. 697.

<sup>1175</sup> *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, GC, cit., § 224.

<sup>1176</sup> *Ibidem*, § 237.

<sup>1177</sup> V. *supra*, Capitolo II, Sezione II, § 2.1.1.

A contrario, nelle vicende *Diciotti, Gregoretti e Open Arms* i migranti soccorsi sono stati forzatamente costretti a rimanere a bordo delle navi, in attesa di sbarco: ragion per cui non può certo ravvisarsi alcuna possibilità (né teorica, tantomeno ‘concreta ed effettiva’) per gli stessi di lasciare i predetti luoghi di trattenimento<sup>1178</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, appurato come il trattenimento dei migranti soccorsi possa qualificarsi alla stregua di una fattispecie privativa della libertà personale, non resta che esaminare se e in quali termini tale forma di privazione della libertà possa dirsi rispettosa dei requisiti sostanziali posti dall’art. 5 CEDU ai fini della ‘liceità’ della stessa, sotto il particolare profilo della ‘legalità’ e ‘non arbitrarietà’ della misura in commento.

### **3.4. (Segue) Sulla ‘legalità’ del trattenimento a bordo di navi.**

Si è già avuto modo di sottolineare che, fermo l’assunto secondo cui «*ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza*» senza soffrire di arbitrarie ingerenze esterne, il secondo periodo dell’art. 5, § 1 CEDU pone le due condizioni essenziali in presenza delle quali, nei casi eccezionali ivi espressamente menzionati, è possibile privare il soggetto della libertà personale: da un lato, la misura restrittiva deve rientrare in una delle ipotesi tassativamente previste dalla stessa norma; dall’altro, deve essere applicata *secundum legem*<sup>1179</sup>.

In relazione al primo dei suddetti requisiti sostanziali, ciascuna fattispecie privativa della libertà personale deve essere riconducibile ad uno dei motivi leciti di detenzione tassativamente elencati nell’art. 5, § 1, alle lettere a) - f). Ai fini della presente analisi, rileva – quantomeno in termini astratti – il disposto della lett. f), primo periodo, secondo il quale non sussiste violazione del dettato convenzionale «*se si tratta dell’arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio*».

Quanto al secondo requisito, attinente alla ‘legalità’ della detenzione – la privazione della libertà deve infatti avvenire «*nei modi previsti dalla legge*» ed essere «*regolare*» (ex art. 5, § 1 CEDU) – in virtù dei principi di diritto posti dalla giurisprudenza di Strasburgo, allorquando occorra verificare la legalità di una fattispecie privativa della libertà

---

<sup>1178</sup> Né varrebbe ad inficiare la considerazione in commento la circostanza secondo la quale i migranti avrebbero potuto abbandonare l’imbarcazione, lanciandosi nelle acque antistanti a Lampedusa (come in alcuni casi effettivamente accaduto): un simile gesto ‘disperato’ non sarebbe certo suscettibile di qualificare la possibilità di allontanarsi in termini di ‘effettività’, anche a motivo del grave rischio per l’incolumità psico-fisica delle persone che ne deriverebbe.

<sup>1179</sup> V. *supra*, Capitolo I, Sezione II, § 2.4.

personale, una prima valutazione deve riguardare la conformità della misura restrittiva al diritto nazionale, sostanziale e procedurale<sup>1180</sup>.

Applicando tali principi ai casi in commento, sotto il profilo del diritto interno, a livello costituzionale viene anzitutto in rilievo il disposto dell'art. 13, c. 2 della Costituzione, ai sensi del quale, fermo il postulato inerente all'inviolabilità della libertà personale, «*[n]on è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria (...) e nei soli casi e modi previsti dalla legge*». In questi termini, la norma di rango costituzionale pone una duplice riserva di legge e di giurisdizione in materia di misure restrittive della libertà personale.

Tra le fonti primarie, assumono rilevanza – focalizzando l'analisi nel periodo dei fatti di cui in contestazione – il precetto posto dall'allora art. 11, § 1 *ter* del Testo Unico sull'Immigrazione (rubricato «*Potenziamento e coordinamento dei controlli di frontiera*»), che riconosceva, in capo al Ministro dell'Interno, il potere «*di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi [escluse quelle militari e in servizio governativo non commerciale] nel mare territoriale*», per motivi di ordine o sicurezza pubblica, ovvero qualora ricorressero «*le condizioni di cui all'art. 19, § 2, lett. g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (...)*»; e il disposto dell'allora art. 12, § 6 *bis* del Testo Unico Immigrazione (rubricato «*Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*»), che prevedeva l'obbligo, a carico del comandante della nave, di «*osservare la normativa internazionale e i divieti e le limitazioni eventualmente disposti ai sensi dell'articolo 11, comma 1-ter*», pena la comminazione di sanzioni amministrative; nonché il dettame dell'art. 4 del Testo Unico sull'Immigrazione, secondo cui «*[l]'ingresso nel territorio dello Stato è consentito (...) allo straniero in possesso del passaporto o di un documento di viaggio equipollente in corso di validità, nonché del visto d'ingresso o dell'autorizzazione ai viaggi (...) o di un permesso di soggiorno (...), anch'essi in corso di validità*».

Alla luce di siffatto quadro normativo, è possibile esaminare l'eventuale liceità del trattenimento dei migranti *de quibus* ai sensi del diritto interno, operando un *distinguishing* tra le vicende che hanno interessato le navi militari *Diciotti* e *Gregoretti* e l'episodio che ha riguardato la nave privata dell'ONG *Open Arms*.

---

<sup>1180</sup> *Mooren c. Germania*, cit., § 72; *Stephens c. Malta*, cit., § 61.



Quanto alle prime due vicende, già dal punto di vista costituzionale, il diniego di rilascio del POS da parte del Ministro dell'Interno, cui è conseguito il trattenimento *di fatto* dei migranti consumatosi a bordo delle unità navali della marina militare impegnate nelle operazioni di soccorso, risulta *prima facie* non rispettoso della riserva assoluta di legge e di giurisdizione poste dall'art. 13, c. 2 della Costituzione.

Sotto il primo profilo, infatti, all'epoca dei fatti sottesi alla vicenda *Diciotti* l'art. 11, § 1 *ter* del Testo Unico sull'Immigrazione non era ancora in vigore, ragion per cui difettava una base giuridica che legittimasse la misura afflittiva; analoghe considerazioni valgono in relazione all'episodio che ha riguardato la nave *Gregoretti*, posto che, trattandosi di unità navale della marina militare, risultava sottratta all'ambito di applicazione del divieto di ingresso *ex art. 11, § 1 ter* del testo normativo in commento (pur allora in vigore).

Sotto il secondo profilo, in entrambi i casi può dirsi parimenti violata la riserva di giurisdizione fissata dall'art. 13, c. 2 della Costituzione, dal momento che la misura restrittiva nei confronti dei migranti è stata disposta per effetto di un provvedimento dell'Esecutivo, in assenza di «atto motivato dell'autorità giudiziaria»<sup>1181</sup>.

Può dunque rilevarsi come, in ambedue le vicende in oggetto, la misura ablativa della libertà personale dei migranti a bordo delle imbarcazioni abbia comportato una privazione della loro libertà sprovvista di fondamento giuridico nel diritto nazionale, in violazione del requisito di 'legalità' richiesto dall'art. 5, § 1 CEDU<sup>1182</sup>.

Passando ora al vaglio dell'episodio che ha interessato la nave *Open Arms* della ONG *Proactiva*, è da dire che la questione si pone in termini differenti.

In via preliminare, è d'uopo precisare che, sulla base della cornice normativa interna prima delineata, il divieto d'ingresso nelle acque territoriali italiane, opposto dal Ministro dell'Interno nei confronti dell'imbarcazione in commento, era espressamente previsto da una norma di legge, ossia l'art. 11, § 1 *ter* del Testo Unico sull'Immigrazione. In effetti, potrebbero ritenersi sussistenti – quantomeno *in abstracto* – i requisiti di legge fissati dalla norma in esame: da un lato, il fatto che il divieto fosse rivolto ad una nave non militare (o in servizio governativo non commerciale); dall'altro, che la decisione dell'Esecutivo rispondesse ad esigenze di «ordine e sicurezza pubblica» connesse allo sbarco dei migranti (*ex art. 11, § 1 ter*). A ciò aggiungasi che i naufraghi a bordo del natante erano probabilmente sprovvisti di un valido titolo di ingresso (ai sensi dell'art. 4

---

<sup>1181</sup> Cfr. *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 97-108.

<sup>1182</sup> In questi termini, v. anche E. CARLI, *op. cit.*, p. 698-701.

del Testo Unico sull'Immigrazione)<sup>1183</sup>, tale da autorizzarne l'ammissione nel territorio dello Stato.

Per tali ragioni, potrebbe in prima battuta affermarsi come il provvedimento di diniego all'ingresso nel mare territoriale sia stato adottato *secundum legem* (nel senso previsto dal dettato convenzionale). D'altra parte, e in termini opposti, se si considerano le conseguenze fattuali provocate dalla condotta del Ministro dell'Interno – vale a dire la permanenza forzata dei migranti soccorsi a bordo del natante per ben diciannove giorni, con correlata privazione della loro libertà personale – non risulterebbero rispettati i requisiti della riserva assoluta di legge e di giurisdizione posti dall'art. 13, c. 2 della Costituzione, nella misura in cui tale trattenimento non era previsto da una norma di legge, né tantomeno disposto per atto motivato dell'autorità giudiziaria.

Può dunque parlarsi di detenzione 'legale' ai sensi dell'art. 5, § 1 della Convenzione?

Secondo taluna dottrina, trattandosi di una forma di privazione *de facto* della libertà personale, «rispetto alla quale il canone rappresentato dall'art. 13 della Costituzione è probabilmente ultroneo e non pertinente ai sensi della norma internazionale»<sup>1184</sup>, il vaglio di legalità dovrebbe focalizzarsi sulla «natura della misura contenitiva»<sup>1185</sup>, ossia il divieto di sbarco adottato ai sensi di una disposizione legislativa, «piuttosto che sulle conseguenze che ne sono derivate»<sup>1186</sup>; di modo che la privazione della libertà subita dai migranti dovrebbe reputarsi lecita (dunque 'legale') ai sensi del dettato convenzionale<sup>1187</sup>.

Si tratta di un ragionamento, per certi versi, apprezzabile, oltre che in sé coerente da un punto di vista logico. Tuttavia, stante la preminenza del bene giuridico tutelato dall'art. 5 CEDU, fatica a condividersi l'opportunità di scindere in due parti distinte (natura giuridica – effetti pratici) una fattispecie in sé unitaria – e da intendersi in termini complessivi – quale è quella in commento: vero è che il divieto di ingresso nel mare territoriale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica, era normativamente previsto a livello interno, ma non può dirsi altrettanto in merito al collocamento forzato di migranti a bordo di navi di soccorso, pur destinatarie di un tal provvedimento di diniego.

Sicché, anche in virtù del fondamentale *principium iuris*, di matrice giurisprudenziale, di prevalenza della sostanza sulla forma, è difficile sostenere come la misura coercitiva in esame sia stata adottata conformemente ad una norma di legge

---

<sup>1183</sup> E. CARLI, *op. cit.*, p. 700.

<sup>1184</sup> Così E. CARLI, *op. et loc. ult. cit.*.

<sup>1185</sup> *Ibidem.*

<sup>1186</sup> *Ibidem.*

<sup>1187</sup> *Ibidem.*

vigente nell'ordinamento interno (ossia «*nei modi previsti dalla legge*», secondo il dettato dell'art. 5, § 1 della Convenzione), stante altresì la sua mancata sussumibilità entro il quadro normativo che disciplina la detenzione amministrativa dello straniero<sup>1188</sup>.

### **3.5. (Segue) Sulla 'non arbitrarietà' del trattenimento in commento.**

Secondo il granitico orientamento della giurisprudenza di Strasburgo, accanto al requisito della conformità della misura privativa al diritto interno pertinente, l'art. 5 CEDU impone parimenti un sindacato di 'non arbitrarietà' della fattispecie restrittiva considerata<sup>1189</sup>, a motivo del fine perseguito dalla norma in esame (ossia tutelare l'individuo da privazioni arbitrarie della libertà personale)<sup>1190</sup>.

Alla luce dei principi-chiave elaborati in sede europea – essenziali per inquadrare correttamente la nozione in esame, avente confini assai labili – al fine di superare il vaglio di 'non arbitrarietà' della misura considerata, occorre che il diritto interno risulti prevedibile nella sua applicazione e preciso nella sua formulazione, onde sia possibile prevedere, in termini ragionevoli, le conseguenze pregiudizievoli che possono scaturire dalla commissione di una specifica condotta 'illecita'.

In particolare, con specifico riguardo all'ipotesi privativa della libertà prevista dall'art. 5, § 1, lett. f) CEDU, la giurisprudenza europea ha precisato che, affinché una tal misura possa qualificarsi come non arbitraria, deve essere disposta ed effettuata in buona fede, nonché strettamente correlata al fine di impedire all'interessato l'ingresso non autorizzato nel territorio dello Stato; il luogo e le condizioni di detenzione devono risultare adeguati (in relazione al motivo della privazione della libertà), tenendo bene a mente che la misura *de qua* si applica a stranieri che, spesso temendo per la propria vita, sono fuggiti dal Paese di origine<sup>1191</sup>; infine, la durata della detenzione non dovrebbe superare quella ragionevolmente necessaria per perseguire lo scopo prefissato<sup>1192</sup>.

---

<sup>1188</sup> Cfr. *supra*, Capitolo II, Sezione III, § 3.2. e Capitolo III, Sezione II, § 2. Lo stesso Tribunale dei Ministri di Palermo, nella sua relazione del 30 gennaio 2020, ha riconosciuto che «*la privazione di libertà personale dei soggetti a bordo della Open Arms (che, si ricordi, vi si trovavano trasportati nelle condizioni di cui s'è appena detto, alcuni sin dal 1° agosto, altri dal 2 agosto ed un terzo gruppo dal 9 agosto) ha dunque assunto carattere di illegittimità, non solo in quanto inflitta in violazione di precise norme di rango primario, ma altresì in quanto non era consentita né imposta da alcuna ragione giuridicamente rilevante*». V. Tribunale di Palermo, Collegio per i reati ministeriali, relazione del 30 gennaio 2020, cit..

<sup>1189</sup> V. *supra*, Capitolo I, Sezione II, 2.4.

<sup>1190</sup> V., *inter alia*, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit., § 37; *Amuur c. Francia*, cit., § 50; *Chahal c. Regno Unito*, cit., § 118; *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 67; *Witold Litwa c. Polonia*, cit., § 78.

<sup>1191</sup> *Amuur c. Francia*, cit., § 43.

<sup>1192</sup> *Saadi c. Regno Unito*, cit., § 72-74.

Calando tali principi generali nelle fattispecie in commento, è evidente come le peculiarità delle vicende relative alle navi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms* abbiano dato vita ad uno scenario fattuale non rispettoso dei predetti requisiti essenziali.

Pur trattandosi di una misura volta ad impedire agli interessati l'ingresso non autorizzato nel territorio dello Stato, tanto l'inidoneità della cornice normativa interna pertinente, quanto le condizioni materiali di trattenimento a bordo delle imbarcazioni (e la relativa durata dello stesso) manifestano senz'altro l'arbitrarietà della detenzione *de facto* sofferta dai migranti.

*In primis*, rileva la violazione del fondamentale principio di certezza del diritto posto dall'art. 5 CEDU: non può certo dirsi che la normativa interna – peraltro, si è visto, *insussistente* nelle vicende *Diciotti* e *Gregoretti*, *insufficiente* nel caso *Open Arms* – fosse prevedibile nella sua applicazione ovvero precisa nella sua formulazione, tanto che i migranti interessati versavano in uno stato di incertezza circa le loro sorti future<sup>1193</sup>.

Quanto poi alle condizioni materiali di trattenimento a bordo dei natanti<sup>1194</sup>, nell'episodio che ha interessato la nave *Diciotti* – ma considerazioni pressoché analoghe valgono in relazione alle altre vicende<sup>1195</sup> – il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, in seno all'informativa rivolta alle Procure di Agrigento e Catania nell'agosto 2018<sup>1196</sup>, ha attestato come – nonostante l'impegno profuso dal comandante Massimo *Kothmeir* e dall'equipaggio al fine di rendere dignitoso il prolungato soggiorno dei migranti a bordo del natante, strutturalmente non idoneo ad ospitare, per diversi giorni, numerose persone – i migranti soccorsi fossero stati collocati «*sul ponte della nave senza possibilità di accesso ai locali al coperto destinati*

---

<sup>1193</sup> In questi termini, v. anche E. CARLI, *op. cit.*, p. 702.

<sup>1194</sup> Per un approfondimento in merito agli eventuali profili di violazione del disposto dell'art. 3 CEDU, in materia di divieto di trattamenti inumani o degradanti, che potrebbero sorgere al riguardo, v. C. CASIELLO, M.E. VENDITTI, *op. cit.*, p. 969-973.

<sup>1195</sup> Con riferimento al caso *Open Arms*, nella citata relazione del Tribunale di Palermo, Collegio per i reati ministeriali, del 30 gennaio 2020, si legge che «*[a] tal proposito appare necessario ricordare quanto annotato dal Procuratore della Repubblica di Agrigento nel verbale di ispezione eseguita il 20.8.2019 a bordo della Open Arms, nonché la descrizione dei luoghi riferita dai consulenti tecnici nominati da quell'Ufficio: pur dandosi atto delle "discrete" condizioni igieniche del battello e dei servizi igienici, si rappresentava tuttavia come questi fossero costituiti unicamente da due gabinetti alla turca, utilizzati promiscuamente da uomini e donne; i migranti erano tutti (senza alcuna possibilità di separazione per sesso o per età) ammassati sul ponte, sul quale 96 bivaccavano, non essendovi spazi che ne consentissero il riparo sottocoperto; erano protetti dal sole e dalle intemperie unicamente da un telo, senza alcuna dotazione di kit di sopravvivenza, di coperte termiche e oggetti per l'igiene personale; sul ponte vi erano, inoltre, cumuli di rifiuti alimentari*». V. Tribunale di Palermo, Collegio per i reati ministeriali, relazione del 30 gennaio 2020, cit..

<sup>1196</sup> Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Comunicato stampa del 24 agosto 2018, *Il Garante nazionale invia due informative alle Procure di Agrigento e Catania dopo la visita alla nave Diciotti*.

*esclusivamente all'equipaggio»<sup>1197</sup>, nonché costretti a consumare i pasti a terra e riposare su cartoni. A ciò dovevano aggiungersi l'insufficienza dei servizi igienici presenti a bordo dell'imbarcazione<sup>1198</sup>, le carenti condizioni igienico-sanitarie ivi in essere – accertate dal *Medical Report* del 20 agosto 2018 – e la presenza di numerosi casi di patologie contagiose, come la scabbia<sup>1199</sup>. Pertanto, anche il criterio concernente l'adeguatezza del luogo e delle condizioni materiali di detenzione, in relazione al motivo (o *ratio*) della misura privativa della libertà, non può certo reputarsi soddisfatto.*

Parimenti, sotto il profilo della durata della detenzione, il considerevole lasso temporale durante il quale si è protratta la permanenza forzata dei migranti a bordo delle navi, in attesa di sbarco – si è detto, addirittura diciannove giorni nella vicenda *Open Arms* – induce a propendere per l'arbitrarietà del trattenimento occorso<sup>1200</sup>.

Da ultimo, nell'ambito delle vicende in commento, deve altresì reputarsi violata l'ulteriore condizione sostanziale – non richiesta *expressis verbis* dal dettato dell'art. 5 CEDU, ma desumibile dalla lettura complessiva delle garanzie poste dai § 2-4 della norma – cui è necessario subordinare il vaglio di liceità di una fattispecie restrittiva. In particolare, si allude al requisito in virtù del quale, qualora la privazione della libertà personale si protragga per più giorni, la misura debba essere disposta da un giudice competente, in virtù di un provvedimento formale, adeguatamente motivato in punto di necessità della stessa ed effettiva rispondenza alle finalità perseguite (non conseguibili mediante l'applicazione di una misura meno severa, nel rispetto del principio di

---

<sup>1197</sup> Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, informativa al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania. Sul punto, v. altresì C. CASIELLO, M.E. VENDITTI, *op. cit.*, p. 971.

<sup>1198</sup> Come sottolineato dal Garante nazionale, «[i] migranti hanno a disposizione solamente due servizi igienici assolutamente insufficienti per le esigenze di 150 persone: si tratta di due bagni chimici riadattati con scarico diretto in mare, privi di lavandini. L'unica possibilità di acqua corrente per la pulizia personale è costituita da una pompa sul ponte utilizzata anche per il lavaggio dei vestiti. Durante la settimana trascorsa a bordo della nave i migranti hanno avuto la possibilità di effettuare solo una "doccia" con acqua corrente non riscaldata grazie a un impianto improvvisato sul ponte dall'equipaggio con un tubo». Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, informativa al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania.

<sup>1199</sup> «Dal punto di vista sanitario (...) in base al *Medical Report* del 20.08.2018 acquisito nel corso della visita risultano esservi numerosi casi di scabbia, precisamente: 69 casi di presunta scabbia e 5 casi di scabbia avanzata. A tutti viene somministrato un antistaminico chiaramente lenitivo della sintomatologia ma non risolutivo, solo i casi in fase avanzata sono trattati con lavaggio con acqua e applicazione di crema antiscabbia. Appare evidente come la forzata condivisione di un unico spazio e le carenti condizioni igienico-sanitarie sia personali che ambientali, come l'impossibilità di una pulizia adeguata degli indumenti e delle coperte in uso non possano che aggravare ulteriormente la situazione. Inoltre, le persone sono apparse fortemente debilitate, in seguito alla grave malnutrizione e disidratazione riscontrata al momento di salire a bordo, tanto da risultare necessaria la somministrazione quotidiana di integratori, secondo quanto riferito dai medici del CISOM, oltre a un'alimentazione completa per sopperire alle gravi carenze nutritive sofferte». *Ibidem*.

<sup>1200</sup> Cfr. *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 106-107.

proporzionalità)<sup>1201</sup>. A ben vedere, nulla di tutto ciò è avvenuto negli episodi di cui trattasi, non essendo stato adottato alcun provvedimento formale dispositivo del trattenimento (tantomeno proveniente dall'autorità giudiziaria).

Alla luce di tali considerazioni e in chiosa finale, si ritiene che la privazione *de facto* della libertà personale subita dai migranti a bordo delle navi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms* possa altresì qualificarsi come 'arbitraria', in flagrante violazione del disposto dell'art. 5, § 1 CEDU.

### **3.6. L'assenza di rimedi effettivi mediante i quali contestare l'illegittima privazione della libertà personale occorsa nelle vicende *de quibus*.**

Alla violazione dei requisiti sostanziali posti dall'art. 5, § 1 CEDU ai fini di una privazione 'legittima' della libertà personale dei migranti a bordo delle navi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms*, si accompagna l'insussistenza, nell'ordinamento interno, di un rimedio giurisdizionale 'effettivo' mediante il quale gli interessati avrebbero potuto contestare la legittimità della detenzione *de facto* subita.

In relazione alle vicende *Diciotti* e *Gregoretti*, infatti, l'assenza di una base giuridica che giustificasse il trattenimento sulle unità navali della marina militare, in uno alla mancata adozione di un provvedimento formale da parte delle autorità nazionali competenti, si riflette inevitabilmente sulle ulteriori garanzie, aventi contenuto prettamente procedurale, poste dai § 2 e 4 della norma in commento.

Quanto al diritto ad essere informati, in breve tempo e in un linguaggio comprensibile, dei motivi in fatto e in diritto della restrizione della libertà personale subita (*ex art. 5, § 2 CEDU*), l'impossibilità di rivenire, nel diritto interno, un fondamento giuridico chiaro ed accessibile in relazione alla misura privativa sofferta dai migranti induce ad escludere che le autorità nazionali abbiano potuto soddisfare gli stringenti requisiti posti dal § 2 della disposizione in esame, informando puntualmente i superstiti in merito alle ragioni del trattenimento. Del resto, lo stesso Garante nazionale delle persone detenute o private della libertà personale, in occasione delle predette informative alle Procure di Catania e Agrigento, ha avuto modo di confermare che «*[i]n merito alle informazioni fornite ai migranti relativamente alla prolungata permanenza a bordo della*

---

<sup>1201</sup> *Shamsa c. Polonia*, cit., § 59.

*nave senza possibilità di sbarco, (...) si tratta[va] di notizie generiche riguardanti problemi di organizzazione dello sbarco»<sup>1202</sup>.*

Talché, dalla violazione dell'art. 5, § 1 e 2 CEDU non può che discendere il conseguente mancato rispetto del precetto posto dal § 4 della norma in commento: il diritto ad un controllo giurisdizionale nel merito dei requisiti giustificativi della misura ablativa sofferta (c.d. *habeas corpus proceedings*), da riconoscersi in capo all'individuo privato della libertà personale, affinché questi possa contestare la legittimità della propria detenzione (e, nel caso, ottenerne l'immediata cessazione), nelle vicende in commento è infatti risultato precluso, a motivo dell'assenza di una norma di legge che disciplinasse espressamente il trattenimento *de quo*, così come di un provvedimento motivato dispositivo della misura, formalmente impugnabile innanzi all'autorità giurisdizionale competente.

Con specifico riguardo al caso *Open Arms*, vero è che il provvedimento interministeriale adottato dal Ministro dell'Interno *ex art. 11, c. 1 ter* del Testo Unico sull'Immigrazione era suscettibile di impugnazione innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale competente (come in effetti avvenuto nel caso di specie). Tuttavia, secondo l'insegnamento della giurisprudenza di Strasburgo, affinché possa dirsi rispettato il precetto di cui all'art. 5, § 4 della Convenzione, è necessario che si tratti di un rimedio 'effettivo', «*not only in theory but also in practice, failing which it will lack the requisite accessibility and effectiveness*»<sup>1203</sup>, in termini di concreta possibilità di fruizione e di ragionevoli prospettive di successo.

Siffatto requisito di effettività dovrebbe ragionevolmente venir meno nell'ipotesi in cui la pronuncia giurisdizionale non sia in grado di porre rimedio alla rilevata illegittimità della misura restrittiva impugnata, garantendo il rilascio dei soggetti *in vinculis*: così, si è visto come, nella vicenda in commento, nonostante il provvedimento sospensivo del TAR Lazio (del 14 agosto 2019), i migranti siano stati costretti a rimanere a bordo dell'imbarcazione per ulteriori 6 giorni (sino al 20 agosto 2019), a motivo del persistente diniego allo sbarco opposto dall'allora Ministro dell'Interno<sup>1204</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, non può che rilevarsi come il rimedio in esame non soddisfi affatto il requisito di effettività richiesto dall'art. 5, § 4 della Convenzione, in virtù dell'interpretazione fornita dalla Corte EDU.

---

<sup>1202</sup> Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, informativa al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania. Al riguardo, v. anche C. CASIELLO, M.E. VENDITTI, *op. cit.*, p. 968.

<sup>1203</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 130.

<sup>1204</sup> In questi termini, v. anche F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi"*, cit., p. 438.

### 3.7. Riflessioni conclusive e prospettive future.

Nello scenario giuridico-fattuale delle vicende in commento, il forzoso trattenimento dei migranti soccorsi in mare a bordo delle navi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms* ha integrato una privazione *de facto* della loro libertà personale, peraltro arbitraria e non rispettosa dei principi generali e delle garanzie, sostanziali e procedurali, che promanano dal disposto dell'art. 5 della Convenzione.

Il fatto che la mancata designazione di un «*place of safety*» funzionale allo sbarco dei migranti, nell'un caso, nonché il successivo (e ancor più pregnante) divieto di ingresso nelle acque territoriali italiane, nell'altro, fossero mossi da intenti aventi natura politica – in particolare, dalla dichiarata necessità di proteggere i confini nazionali in un contesto 'emergenziale', cagionato da imponenti flussi migratori in entrata nel territorio nazionale e dalla lamentata inerzia degli altri Paesi membri dell'Unione Europea – peraltro avulsi dalla procedura amministrativa che regola, a livello interno, il rilascio del POS, non può operare in termini di scriminante. Già in occasione della sentenza *Khlaifia e altri c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di confermare che i precetti posti dall'art. 5 CEDU operano «*even in the context of a migration crisis*»<sup>1205</sup>.

Come anticipato in premessa, si è trattato di episodi emblematici, ma che non rappresentano certo un *unicum* nel recente panorama di controllo e gestione del fenomeno migratorio via mare: negli ultimi anni, infatti, sono stati molteplici i casi in cui le autorità italiane hanno opposto il diniego allo sbarco di navi che trasportavano migranti soccorsi in mare<sup>1206</sup>.

Talché, in termini generali, può dirsi che le prassi in atto nel quadro della c.d. '*politica dei porti chiusi*' abbiano fornito un notevole impulso al processo di 'criminalizzazione' delle migrazioni via mare, cui si è già fatto riferimento – in particolare, in dottrina si è sostenuto che «*migration has been criminalised de facto, through policies that stigmatise it and an enduring failure to respect fundamental rights*»<sup>1207</sup> – senza che all'ampliamento del *range* di applicazione di misure coercitive *extra ordinem* facesse da 'contraltare' la correlata implementazione delle garanzie (*in primis*, procedurali) da riconoscersi a beneficio dei soggetti interessati dalle misure *de quibus*.

<sup>1205</sup> *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., § 106.

<sup>1206</sup> Oltre al già menzionato caso *Sea-Watch 3*, si pensi alle vicende che hanno interessato le navi *Aquarius* (agosto 2018) ed *Alan Kurdi* (aprile 2019); nonché, ancor più recentemente, agli episodi che hanno riguardato le navi *Geo Barents* della ONG *Medici senza Frontiere* e *Humanity 1* di *SOS Humanity*.

<sup>1207</sup> Così F. CANCELLARO, *Immigration Detention between Law and Practice in Italy*, cit., p. 209.



Oltre che sotto il profilo interno<sup>1208</sup>, le ripercussioni giuridico-fattuali della c.d. ‘politica dei porti chiusi’ hanno suscitato allarme anche a livello internazionale: come rilevato in dottrina, nel novembre 2018, dieci *Special Rapporteurs* delle Nazioni Unite<sup>1209</sup> hanno espresso forte preoccupazione in merito alla ‘criminalizzazione’ delle attività «*of migrants rights defenders involved in search and rescue operations in the Mediterranean Sea including the refusal to allow disembarkation to NGO vessels, as well as vessels belonging to the Italian Coastguard, in Italian ports*»<sup>1210</sup>, così come alle problematiche sottese all’implementazione del ‘nuovo Decreto sull’immigrazione e la sicurezza’ (ossia il Decreto-Legge n. 113/2018, c.d. Decreto sicurezza) «*on the rights of migrants, including victims or potential victims of trafficking in persons*»<sup>1211</sup>.

Nel maggio 2019, l’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani ha rivolto una successiva comunicazione al Governo italiano, a firma di sei *Special Rapporteurs*<sup>1212</sup>, ove si è rilevato come la strategia implementata dall’Esecutivo, volta ad inibire le attività di ricerca e soccorso da parte delle ONG (e di altre imbarcazioni private) sollevi delicati profili di incompatibilità con gli obblighi derivanti dalle Convenzioni SAR, SOLAS e UNCLOS (nel cui ambito, il precetto posto dall’art. 98 «*is considered customary law, (...) applies to all maritime zones and to all persons in distress, without discrimination; and (...) to all ships, including private and NGO vessels under a State flag*»)<sup>1213</sup>, nonché di rispetto dei diritti umani fondamentali («*[t]he right to life constitutes a fundamental right, whose effective protection is the prerequisite for the enjoyment of*

---

<sup>1208</sup> Si è già visto come, all’indomani dei casi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms*, siano sorti procedimenti penali aventi ad oggetto i fatti sottesi alle suddette vicende, nel cui ambito i Tribunali dei Ministri di Catania e Palermo hanno assunto posizioni fortemente critiche rispetto all’operato delle autorità nazionali.

<sup>1209</sup> Segnatamente, «*the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression; the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association; the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders; the Independent Expert on human rights and international solidarity; the Special Rapporteur on the human rights of migrants; the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance; the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences; the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children; and the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*». UN High Commissioner for Human Rights, *Joint Communication from Special Procedures* (AL ITA 2/2018), 12 November 2018.

<sup>1210</sup> *Ibidem*, p. 1

<sup>1211</sup> *Ibidem*. Sul punto, v. F. CANCELLARO, *Immigration Detention between Law and Practice in Italy*, cit., p. 209.

<sup>1212</sup> In specie, «*the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders; the Independent Expert on human rights and international solidarity; the Special Rapporteur on the human rights of migrants; the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance; the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; and the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*». UN High Commissioner for Human Rights, *Joint communication from Special Procedures* (AL ITA 4/2019), 15 May 2019.

<sup>1213</sup> *Ibidem*, p. 3.

*all other human rights and whose content can be informed by other human rights and it should not be interpreted narrowly*)<sup>1214</sup>; censurando altresì le potenziali ripercussioni di siffatta prassi sul principio di non respingimento («*non-refoulement*»).

Nonostante tali moniti, la fine della c.d. ‘*politica dei porti chiusi*’ – generalmente collocata, sotto il profilo temporale, nel settembre 2019, con l’insediamento del nuovo governo c.d. ‘Conte II’ – non ha comportato il venir meno delle politiche di contrasto alle attività delle ONG che operano il soccorso in mare: pur con approcci differenti connessi al mutare delle compagini governative (e delle correlate priorità politiche generali), nonché delle cornici normative di riferimento, nel corso degli ultimi anni le strategie di contrasto alle operazioni di ‘ricerca e soccorso’ svolte dalle ONG lungo le rotte del Mediterraneo centrale hanno continuato a permeare, in modo più o meno sottile, il substrato politico nazionale.

A riprova di ciò, non può mancare di menzionarsi la successiva strategia politica dei c.d. ‘*fermi amministrativi*’ – così denominata in ragione dell’ampio utilizzo del mezzo dell’ispezione amministrativa nei porti di approdo, per motivi connessi al rispetto della normativa di sicurezza della navigazione, di fatto implicante il fermo delle imbarcazioni per un significativo lasso temporale<sup>1215</sup> – da più parti definita quale iniziativa di «*low profile*» rispetto alla precedente stagione politica<sup>1216</sup>, ma non meno capace di inibire efficacemente l’attività di ricerca e soccorso in mare svolta dalle navi umanitarie.

Proprio in questo contesto si inserisce, da ultimo, la recente prassi dei c.d. ‘*sbarchi selettivi*’. Con tale espressione si allude alle vicende che, nel novembre 2022, hanno interessato la nave *Humanity I* della ONG *SOS Humanity* (che batteva bandiera tedesca), nonché l’imbarcazione *Geo Barents* della ONG *Medici senza Frontiere* (battente bandiera norvegese). Pur prescindendo dalla puntuale analisi degli episodi in questione, è da dire che le suddette imbarcazioni sono state destinatarie di due decreti interministeriali, in virtù dei quali è stato loro imposto «*il divieto di sostare nelle acque territoriali oltre il tempo necessario ad assicurare le operazioni di soccorso delle persone che versino in condizioni emergenziali e in precarie condizioni di salute segnalate dalla competente*

---

<sup>1214</sup> *Ibidem*.

<sup>1215</sup> Al proposito, v. L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese*, cit.; F. V. PALEOLOGO, *I fermi amministrativi per rafforzare la cooperazione con la Guardia Costiera ‘libica’*, in Associazione Diritti e Frontiere, 20 aprile 2021. V. anche la recente pronuncia della Corte di Giustizia dell’UE, resa, in via pregiudiziale, in merito alla prassi dei fermi amministrativi: Corte di Giustizia, *Sea Watch c. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti et al.*, cause C-14/21 e C-15/21, 1 agosto 2022.

<sup>1216</sup> A. FAZZINI, *Le politiche di contrasto alle ONG che operano il soccorso in mare (terzo atto) e la tenuta dello Stato di diritto*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2023, p. 130.

*Autorità nazionale»*<sup>1217</sup>. Ragon per cui si è proceduto a uno sbarco ‘differito’ dei migranti a bordo delle imbarcazioni, che ha prima coinvolto i soli naufraghi in condizioni di salute maggiormente precarie; in un secondo momento, tuttavia, è stato autorizzato lo sbarco di tutti i migranti soccorsi, a motivo della situazione venutasi a creare a bordo (avendo, una commissione medica, specificamente attestato che il prolungato collocamento sulle navi, entro spazi ristretti, avrebbe comportato un elevato rischio per la salute dei naufraghi)<sup>1218</sup>.

In siffatto scenario politico-giuridico, vengono in rilievo le recenti novità introdotte, nell’ordinamento interno, dal Decreto-Legge n. 1/2023, convertito dalla Legge n. 15/2023 (c.d. Decreto-Legge Piantedosi)<sup>1219</sup>, mediante il quale l’Esecutivo ha inteso delineare una nuova regolamentazione delle operazioni delle ONG che svolgono attività SAR («*search and rescue*») lungo le rotte del Mediterraneo centrale.

In particolare, la novella legislativa in commento – in continuità con la normativa precedente (ossia il Decreto-Legge n. 130/2020) – ha fissato peculiari condizioni (talune delle quali, assai opinabili) che devono essere soddisfatte dalle navi delle ONG, perché sia loro concesso il transito e la sosta nel mare territoriale, a pena di irrogazione di sanzioni amministrative<sup>1220</sup>.

---

<sup>1217</sup> *Ibidem*, p. 124. Quanto alla base giuridica dei provvedimenti in commento, la stessa deve rinvenirsi nel disposto dell’art. 1, c. 2 del Decreto-Legge n. 130/2020 (c.d. Decreto Lamorgese) – normativa, quest’ultima, che ha sì abrogato le novità introdotte dal Decreto-Legge n. 53/2019 (c.d. Decreto sicurezza bis), delineando al tempo stesso una nuova disciplina che, per vero, non si scosta molto dalla precedente – secondo cui «[f]ermo restando quanto previsto dall’articolo 83 del codice della navigazione, per motivi di ordine e sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689, il Ministro dell’Interno, di concerto con il Ministro della Difesa e con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio dei Ministri, può limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale»; ai sensi del c. 2 bis, tuttavia, «[l]e disposizioni del comma 2 non si applicano nelle ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo nella cui area di responsabilità si svolge l’evento e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni delle predette autorità (...)».

<sup>1218</sup> A. FAZZINI, *op. cit.*, p. 125.

<sup>1219</sup> Decreto-Legge 2 gennaio 2023, n. 1, recante *Disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori* (in G.U. 02.01.2023, n. 1), convertito con modificazioni dalla L. 24 febbraio 2023, n. 15 (in G.U. 02.03.2023, n. 15).

<sup>1220</sup> Ai sensi dell’art. 1, c. 1 del Decreto in commento, è necessario che «a) la nave che effettua in via sistematica attività di ricerca e soccorso in mare oper[i] in conformità alle certificazioni e ai documenti rilasciati dalle competenti autorità dello Stato di bandiera ed è mantenuta conforme agli stessi ai fini della sicurezza della navigazione, della prevenzione dell’inquinamento, della certificazione e dell’addestramento del personale marittimo nonché delle condizioni di vita e di lavoro a bordo; b) [siano] state avviate tempestivamente iniziative volte a informare le persone prese a bordo della possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, a raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità; c) [sia] stata richiesta, nell’immediatezza dell’evento, l’assegnazione del porto di sbarco; d) il porto di sbarco assegnato dalle competenti autorità [sia] raggiunto senza ritardo per il completamento dell’intervento di soccorso; e) [siano] fornite alle autorità per la ricerca e il soccorso in mare italiane, ovvero, nel caso di assegnazione del porto di sbarco, alle autorità di pubblica sicurezza, le informazioni richieste ai fini dell’acquisizione di elementi relativi alla ricostruzione dettagliata dell’operazione di soccorso posta in essere; f) le modalità di ricerca e soccorso in mare da parte della nave non [abbiano] concorso a creare situazioni di pericolo a bordo né impedito di raggiungere tempestivamente

Tuttavia, ciò che maggiormente rileva – ai fini del presente elaborato – è il precetto posto dall'art. 1, c. 2 *ter* della novella in esame, ai sensi del quale «[i]l transito e la sosta di navi nel mare territoriale sono comunque garantiti ai soli fini di assicurare il soccorso e l'assistenza a terra delle persone prese a bordo a tutela della loro incolumità», fatta salva, in caso di violazione del provvedimento adottato dall'autorità competente (ossia il divieto di transito e di sosta nel mare territoriale emanato dal Ministro dell'Interno), l'applicazione delle nuove sanzioni ivi previste.

Si tratta di un dato normativo di estremo rilievo: anche nell'ipotesi in cui una nave soccorritrice, nell'espletamento delle operazioni di salvataggio e nell'approdo in un porto italiano, abbia violato i provvedimenti adottati dall'autorità nazionale, «*il soccorso e l'assistenza a terra delle persone prese a bordo a tutela della loro incolumità*» dovranno essere in ogni caso garantiti<sup>1221</sup>. Per l'effetto, sarà precluso *ex lege* il collocamento forzato di migranti a bordo delle navi umanitarie, in attesa di sbarco sulla terraferma.

In altri termini, l'incolumità dei naufraghi soccorsi in mare assurge a tutela primaria, anche a fronte di violazioni di ordini dell'autorità (il divieto di transito e sosta nelle acque territoriali) da parte delle imbarcazioni soccorritrici: un'inversione di tendenza, quella di cui si tratta, da salutarsi con assoluto favore, anche alla luce del pregresso contesto socio-politico in cui è sorta.

Resta da vedere se la prassi si rivelerà altrettanto propizia: quel che è certo è che tale novella legislativa rappresenta un seppur iniziale passo avanti nell'ottica di una più ampia tutela dei diritti fondamentali (ivi inclusa la salvaguardia dell'incolumità psico-fisica) dei migranti soccorsi in mare, affinché non si verificano più vicende analoghe a quelle occorse negli ultimi anni.

---

*il porto di sbarco*». Per un'analisi critica, in particolare in punto di ripercussioni dei requisiti concernenti l'«immediata» richiesta di un «*place of safety*» e il suo «tempestivo» raggiungimento sul c.d. «divieto di soccorsi multipli», si v. L. MASERA, *Il D.L. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit., p. 90-98.

<sup>1221</sup> In questi termini, v. altresì L. MASERA, *op. ult. cit.*, p. 98-99.

## CONCLUSIONI

Nell'assetto normativo delineato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, il '*diritto alla libertà e alla sicurezza*', riconosciuto dall'art. 5 CEDU, occupa senz'altro un ruolo di primario rilievo: la preminenza del bene giuridico ivi tutelato, ossia la salvaguardia della libertà fisica dell'individuo da arbitrarie ingerenze esterne, si pone quale principio-cardine, linea guida del testo convenzionale (ma anche dell'operato del Legislatore interno), chiamato a disciplinare le ipotesi di interferenza legittima con la libertà del singolo.

Si è visto come, al fine di comprendere appieno il portato del disposto convenzionale, risulti indispensabile esaminare la lettera della norma alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il cui contributo interpretativo si rivela essenziale per un corretto inquadramento delle diverse nozioni rilevanti in materia di privazione della libertà personale.

Ciò anche perché l'apporto giurisprudenziale della Corte EDU non si limita a fornire una interpretazione 'autorevole' del dettato normativo (funzionale alla comprensione della *ratio legis* che ha animato i singoli precetti), ma svolge un ruolo forse ancor più importante: nella misura in cui è chiamata a verificare la compatibilità con il dettato convenzionale di prassi o situazioni, per così dire 'nuove', frutto dei recenti sviluppi socio-politici – *ex se* avulse dalle fattispecie tipizzate, coeve al contesto storico in cui ha preso vita la Convenzione – consente di pervenire ad un'interpretazione 'evolutiva' del testo convenzionale, tale da far sì che ancora oggi, dopo più di settant'anni dalla sua entrata in vigore, si tratti di un *corpus* normativo più che mai 'attuale'.

L'analisi, in prospettiva critica, dell'art. 5 CEDU, anche in termini di raffronto con il portato dell'art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e del contributo esegetico fornito dalla Corte di Giustizia dell'Unione, ha permesso di ricostruire l'attuale assetto di tutela del '*diritto alla libertà e alla sicurezza*' nel panorama giuridico europeo.

L'inquadramento giuridico del «*right to liberty and security*» ex art. 5 CEDU, in virtù dell'apporto giurisprudenziale fornito dai giudici di Strasburgo, si è rivelato essenziale al fine di disporre degli strumenti giuridici necessari per svolgere un'analisi critica in merito ai profili problematici ed alle sfide in atto in materia di violazione della libertà personale nell'ambito della recente giurisprudenza europea, con un particolare *focus* alle criticità sottese alla c.d. 'questione migratoria'.

Si è detto come, oramai da diverso tempo, l'esigenza di predisporre efficaci strategie di *governance* del fenomeno migratorio rivesta un ruolo centrale nel dibattito socio-politico e giuridico, sia sotto il profilo interno che a livello europeo. Proprio al fine di far fronte alle problematiche connesse alla gestione di ingenti flussi migratori in entrata verso il 'vecchio continente' – ma un discorso analogo può farsi anche con riguardo al 'modello' statunitense<sup>1222</sup> – si è sviluppata una tendenza politica, da più parti definita con l'espressione «*crimmigration*», caratterizzata da una commistione tra strumenti del diritto penale e finalità proprie del diritto dell'immigrazione (la c.d. «*criminalisation of immigration law*»)<sup>1223</sup>. Sennonché, nonostante la preminenza del bene giuridico intaccato dall'adozione di misure privative di matrice penalistica a fini di gestione e controllo dei migranti in ingresso, ossia la libertà della persona, all'implementazione di misure coercitive *extra ordinem* non ha fatto da 'contraltare' il pur doveroso ampliamento delle garanzie fondamentali a tutela dei diritti dello straniero.

Proprio in questo contesto, la conformità delle politiche statali di controllo e gestione, in prospettiva securitaria ed emergenziale, dei flussi migratori in ingresso nel territorio nazionale ai *principia iuris* che permeano il Sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali è stata oggetto di due recenti pronunce delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, chiamate – a distanza di pochi mesi l'una dall'altra – ad esprimersi in merito alla medesima questione giuridica. Come rilevato, si è trattato di verificare se il trattenimento di richiedenti asilo all'interno di una zona di transito terrestre, istituita da uno Stato membro alla frontiera esterna dell'Unione europea (in particolare, la struttura di *Röszke*, al confine serbo-ungherese), potesse o meno qualificarsi in termini di 'privazione della libertà personale', sì da implicare l'operatività delle garanzie, sostanziali e di contesto, poste dagli artt. 5 CEDU e 6 CDFUE.

L'analisi, in prospettiva comparata, delle due pronunce in commento – la sentenza della Grande Camera della Corte EDU *Ilias e Ahmed c. Ungheria* del 21 novembre 2019, da un lato, e la pronuncia resa in via pregiudiziale dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione nel caso *FMS e altri* del 14 maggio 2020, dall'altro – si è rivelata di estremo interesse, non solo e non tanto per il carattere 'inedito' della *quaestio iuris* sottoposta ai due organi giurisdizionali, quanto piuttosto in ragione delle opposte risultanze cui sono pervenute le Corti Europee, a fronte di presupposti fattuali pressoché identici: ciò, a riprova della difficoltà di rinvenire un punto di equilibrio tra le esigenze di tutela e rispetto dei diritti umani fondamentali, da una parte, e la necessità di assicurare

---

<sup>1222</sup> Si v., al proposito, G.L. GATTA, *Global Trends in 'Crimmigration' Policies*, cit., p. 51 e ss.

<sup>1223</sup> *Ibidem*, p. 47.

una gestione effettiva ed efficace del fenomeno migratorio, dall'altra, mediante l'esercizio della prerogativa sovrana di definire le politiche migratorie nazionali, il più delle volte basate su misure (anche coercitive) di contrasto all'immigrazione irregolare<sup>1224</sup>.

Il vaglio del *reasoning* in virtù del quale le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo sono pervenute, rispettivamente, ad escludere la sussistenza di una fattispecie privativa della libertà personale (*ex art. 5 CEDU*), nell'un caso, ovvero a riconoscere la configurabilità di un'ipotesi di «*trattenimento*» ai sensi dell'art. 2, lett. h) della Direttiva 2013/33/UE e dell'art. 16 della Direttiva 2008/115/CE (ossia una privazione della libertà, peraltro incompatibile con il quadro giuridico posto dalle rilevanti fonti del diritto derivato dell'Unione), nell'altro, ha fornito interessanti spunti di riflessione in merito alle criticità che circondano la tutela dei diritti fondamentali dello straniero nei luoghi di frontiera (c.d. «*zone grigie*» o luoghi di 'non diritto' situati ai confini esterni dell'Unione, scenario di reiterate violazioni dei diritti umani fondamentali).

Si è rilevato come l'approccio maggiormente 'garantista' adottato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella soluzione del caso sottoposto al suo vaglio, possa intendersi come volto a garantire una tutela 'effettiva' dei diritti fondamentali dei migranti, in relazione alle sempre più diffuse prassi di gestione emergenziale e securitaria delle correnti migratorie in ingresso nel territorio dell'Unione, quale è, in termini emblematici, la normativa ungherese sul diritto d'asilo e sul rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

Del resto, è stato parimenti precisato che la posizione assunta dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria* – poggiatasi sull'importanza di adottare un approccio 'pratico e realistico' nella risoluzione della *quaestio iuris* concernente la natura giuridica della permanenza di richiedenti asilo presso una zona di transito terrestre, che tenesse conto delle difficoltà affrontate dagli Stati nella gestione del fenomeno migratorio – affondi le sue radici in un substrato giurisprudenziale permeato da 'luci ed ombre' in materia d'immigrazione. A fronte di diverse pronunce nel cui ambito la Corte EDU, in virtù di un'interpretazione dinamica (o 'evolutiva') dell'assetto convenzionale (c.d. «*interpretive creativity*»)<sup>1225</sup>, ha via via esteso la portata dei precetti convenzionali alle problematiche sottese alla 'questione migratoria', se ne rinvennero altre in seno alle quali i giudici di Strasburgo, adottando un approccio *ex adverso*

---

<sup>1224</sup> S. PENASA, *op. cit.*, p. 388.

<sup>1225</sup> B. ÇALI, L. BIANKU, I. MOTOC, *op. cit.*, p. 12.

‘restrittivo’ (in dottrina si è parlato di «*interpretive restraint*»)<sup>1226</sup>, hanno di fatto anteposto interessi connessi al principio di ‘sovranità statale’ a fronte delle garanzie di tutela dei diritti fondamentali dello straniero<sup>1227</sup>.

Al fine di comprendere appieno gli ultimi sviluppi cui è pervenuta la Corte EDU, si è inteso passare al vaglio talune pronunce rese, negli ultimi anni, in materia di trattenimento ed espulsione di stranieri irregolari (che hanno interessato anche le politiche migratorie dell’Italia) – in particolare, le sentenze *Richmond Yaw e altri c. Italia* del 6 ottobre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia* del 15 dicembre 2016 e *Kaak e altri c. Grecia* del 3 ottobre 2019 – che ben manifestano il c.d. «*duplice volto*»<sup>1228</sup> della giurisprudenza di Strasburgo in materia di diritti fondamentali dei soggetti migranti.

Elaborazione giurisprudenziale che – nel quadro della costante tensione tra esigenze di tutela dei diritti fondamentali e prerogative (sovrane) di gestione dei flussi migratori – ha senz’altro fornito un importante impulso al riconoscimento (e correlato ampliamento) di *standards* di tutela a beneficio delle persone migranti (un esempio emblematico è dato dai principi di diritto fissati dalla Corte in materia di art. 5 CEDU in occasione della pronuncia *Khlaifia e altri c. Italia*), ma, al tempo stesso, non è risultata immune da censure, allorquando il *reasoning* sotteso alle sue decisioni ha rivelato elementi di criticità intrinseca (che, si è detto, mal si conciliano con la sua ‘ragion d’essere’ istituzionale).

Come si è avuto modo di rilevare, il ‘punto di svolta’ deve senz’altro rinvenirsi nelle risultanze della pronuncia *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, foriera di un vivace dibattito sviluppatosi in dottrina, da più parti designata – nella misura in cui ha escluso la possibilità di qualificare il trattenimento di richiedenti asilo all’interno di una zona di transito terrestre in termini di «*deprivation of liberty*», cui è seguita la mancata operatività delle garanzie poste dall’art. 5 CEDU – quale portato ultimo di quella «*tendenza restrittiva in atto a Strasburgo*»<sup>1229</sup> in materia migratoria.

Si è detto come alla pronuncia in commento abbia fatto seguito un «*turn over*» giurisprudenziale, nel cui ambito la Corte EDU – forse mossa dalle spinte propulsive provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo – ha operato, in seno ad una serie di successive pronunce rese in materia d’immigrazione, un vero e proprio *revirement*: tanto che, in occasione della citata sentenza *R.R. e altri c. Ungheria* del 2

---

<sup>1226</sup> *Ibidem*.

<sup>1227</sup> M. B. DEMBOUR, *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights*, cit., p. 19.

<sup>1228</sup> Così S. ZIRULIA, *Per Lussemburgo è ‘detenzione’, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, cit..

<sup>1229</sup> In questi termini, L. MARIN, *op. cit.*, p. 6.



marzo 2021, la Corte di Strasburgo, nuovamente adita in relazione al trattenimento *de facto* di richiedenti asilo all'interno della zona di transito di *Röszke*, ha riscontrato non solo la sussistenza di un'effettiva privazione della libertà personale dei ricorrenti, ma anche la violazione del disposto dall'art. 5, § 1 e § 4 CEDU, nonché dell'art. 3 CEDU (in merito alle condizioni di trattenimento dei ricorrenti all'interno della zona di transito).

Si è parlato, al riguardo, di un vero e proprio 'slancio giurisprudenziale' in atto a Strasburgo che, all'indomani della sentenza *R.R. e altri c. Ungheria*, ha interessato tanto il collocamento forzato di richiedenti asilo nelle zone di transito ungheresi di *Röszke*<sup>1230</sup> e *Tompa*<sup>1231</sup> – in relazione al quale la Corte EDU ha reiteratamente riscontrato la violazione dei precetti convenzionali posti dagli artt. 3, 5 e 13 CEDU – quanto il sistema di trattenimento *de facto* dei migranti irregolari all'interno dell'*hotspot* di Lampedusa, tale da implicare un (da più parti auspicato) innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali dello straniero trattenuto ai margini dello Spazio europeo.

La disamina della rilevante elaborazione giurisprudenziale di Strasburgo in materia di c.d. «*immigration detention*» si è rivelata indispensabile al fine di giungere ad una riflessione concernente l'eventuale compatibilità delle recenti tendenze in atto nel contesto della politica italiana di gestione dei flussi migratori via mare – sempre più spesso estrinsecantesi in misure restrittive della libertà personale degli stranieri alla frontiera (in specie, marittima) – con le garanzie convenzionali, *in primis* quelle poste dall'art. 5 CEDU.

Da un lato, all'esito della ricostruzione del c.d. '*approccio hotspot*' nella sua dimensione europea ed interna, è stato rilevato che – nonostante gli interventi normativi che, all'indomani della severa condanna subita dall'Italia nella sentenza *Khlaifia e altri*, hanno progressivamente interessato il trattenimento all'interno dei c.d. 'punti di crisi' – le criticità che connotano il modello '*hotspot*' implementato sul territorio nazionale rivestano attualmente portata strutturale. In questi termini, del resto, si è recentemente espressa la stessa Corte di Strasburgo, adita in merito al trattenimento di cittadini tunisini all'interno dell'*hotspot* di Lampedusa – in occasione della sentenza *J.A. e altri c. Italia* del 30 marzo 2023, nonché delle successive pronunce *M.A. c. Italia*, *A.B. c. Italia* e *A.S. c. Italia* del 19 ottobre 2023 – nella misura in cui, *inter alia*, ha riscontrato la violazione dei precetti posti dall'art. 5, § 1, 2 e 4 CEDU, per esser stati i ricorrenti trattenuti

---

<sup>1230</sup> Si allude alle recenti pronunce *M.B.K. e altri c. Ungheria* del 24 febbraio 2022 e *M.A. e altri c. Ungheria* del 5 ottobre 2023.

<sup>1231</sup> Si fa riferimento alle sentenze *H.M. e altri c. Ungheria* del 2 giugno 2022, *A.A.A. e altri c. Ungheria* del 9 giugno 2022 e *P.S. e A.M. c. Ungheria* del 5 ottobre 2023.

all'interno del centro di Lampedusa in assenza di una base giuridica chiara ed accessibile, nonché di un provvedimento in tal senso formalmente motivato, adottato dalle competenti autorità nazionali; violazione del disposto dell'art. 5, § 1, lett. f) della Convenzione, cui è inevitabilmente seguito il mancato rispetto delle garanzie delineate dai successivi § 2 (l'assenza di un fondamento giuridico che giustificasse la detenzione rendeva infatti implausibile che le autorità nazionali avessero potuto informare gli interessati in ordine ai motivi del trattenimento) e § 4 (essendo stato loro precluso il diritto ad un controllo giurisdizionale nel merito della legittimità della detenzione subita) della norma in commento.

Ebbene, anche alla luce delle risultanze cui è di recente pervenuta la Corte di Strasburgo, si è rilevato come le prassi in atto all'interno dei c.d. 'punti di crisi' – *in primis*, nell'*hotspot* di Lampedusa, quale paradigma del pur variegato metodo in commento – si esplichino tuttora *contra legem*, in violazione dei *principia iuris* e delle garanzie convenzionali che operano in materia di privazione della libertà personale.

Dall'altro lato, il vaglio delle nuove fattispecie 'informali' di trattenimento di stranieri alle frontiere marittime, occorse nell'ambito della discussa politica italiana dei c.d. 'porti chiusi' – in particolare, la permanenza forzata di naufraghi a bordo delle navi militari *Diciotti* e *Gregoretti*, nonché della imbarcazione della ONG *Proactiva Open Arms* – ha sollevato diversi quesiti giuridici, inerenti tanto all'opportunità di ravvisare profili di responsabilità internazionale dell'Italia per violazione della normativa internazionalistica che regola il fenomeno del 'soccorso in mare'; quanto – e in termini ancor più emblematici – alla possibilità di *qualificare* il 'trattenimento' di migranti a bordo delle navi soccorritrici in termini di 'privazione della libertà personale', così come – in caso di esito positivo – alla sua eventuale compatibilità con le garanzie sostanziali e procedurali poste in materia dall'art. 5 CEDU.

A quest'ultimo proposito, accertata la sussumibilità della permanenza forzata di migranti irregolari a bordo di navi nell'alveo di operatività della nozione giuridica di 'privazione della libertà personale', come disciplinata dall'art. 5 CEDU, si è altresì ravvisato come si sia trattato di una privazione *de facto* della loro libertà, in assenza di una base giuridica che giustificasse la misura, oltre che 'arbitraria' ed espletata in violazione delle garanzie sostanziali e procedurali fissate dall'art. 5, § 1, 2 e 4 della Convenzione.

Come sottolineato, la fine della c.d. '*politica dei porti chiusi*' non ha certo comportato un affievolimento delle strategie politiche di contrasto alle attività delle Organizzazioni non governative che operano il soccorso in mare (ne sono riprova tanto la

successiva politica dei c.d. ‘fermi amministrativi’, quanto quella dei c.d. ‘sbarchi selettivi’, succedutesi negli anni seguenti). Nondimeno, la modifica recentemente introdotta, a livello interno, dall’art. 1, c. 2 *ter* del Decreto-Legge n. 1/2023 – in virtù della quale, si è detto, l’incolumità dei naufraghi soccorsi in mare assurge a tutela primaria, anche a fronte di violazioni del divieto di transito e sosta nelle acque territoriali da parte delle imbarcazioni soccorritrici – deve senz’altro salutarsi con assoluto favore. Un monito *ex lege* a che episodi analoghi alle vicende che hanno interessato la nave *Open Arms* della ONG *Proactiva*, ma anche le imbarcazioni *Humanity 1* della ONG *SOS Humanity* e *Geo Barents* della ONG *Medici senza Frontiere*, non possano più ripetersi.

Certo è che una disciplina omogenea ed organica del sistema di ‘accoglienza’ dei migranti sul territorio nazionale, che puntualmente regolamenti, sotto il profilo sostanziale e procedurale, tanto il trattenimento all’interno dei centri *hotspots*, quanto la gestione degli sbarchi via mare perseguirebbe l’auspicato fine di rendere la normativa interna in materia – ove presente – meno oscura di quanto, ad oggi, effettivamente appaia.

## BIBLIOGRAFIA

1. Ardito E., *L'approccio hotspot e la prassi dei respingimenti collettivi nella sentenza J.A. e al. C. Italia*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 17, n. 2, 2023.
2. ASGI - Associazioni per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Il modello Lampedusa amplificato a Pantelleria: il "nuovo" hotspot e la privazione della libertà personale*, ottobre 2023.
3. ASGI - Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Il trattenimento dei richiedenti asilo negli hotspot tra previsioni normative e detenzione arbitraria*, 30 settembre 2019.
4. ASGI - Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *La CEDU condanna l'Italia per detenzione illegale di minori stranieri nell'hotspot di Taranto*, 23 novembre 2023.
5. ASGI - Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Open Arms, Tar Lazio sospende divieto d'ingresso*, 15 agosto 2019.
6. ASGI, ActionAid, CILD e IndieWatch, *Scenari di frontiera: il caso Lampedusa, l'approccio hotspot e le sue possibili evoluzioni alla luce del Decreto legge n. 113/2018*, ottobre 2018.
7. Avramopoulos D., *Explanatory Note on the "Hotspot" Approach*, 2015.
8. Awad I., *The Multiple Levels of Governance of International Migration: Understanding Disparities and Disorder*, in *American Journal of International Law Unbound*, Vol. 111, 2017.
9. Barnes R., *The International Law of the Sea and Migration Control*, in Ryan B., Mitsilegas V. (a cura di), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.
10. Bascherini B., *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge Bossi-Fini*, in *Costituzionalismo.it*, 20 luglio 2004.
11. Benvenuti M., *Gli Hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo n. 2/2018.
12. Bernardini L., *Che cos'è la libertà? La Corte di Strasburgo si pronuncia (ancora) sulla detenzione amministrativa nelle zone di transito ungheresi*, in *ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza*, aprile 2021.

13. Bernardini L., «*Libertà va cercando...*». *Una detenzione "atipica", uno "scontro" tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?*, in *Legislazione Penale*, 3 dicembre 2020.
14. Bubula F. A., *L'importanza di essere un minore non accompagnato... oppure no?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 dicembre 2011.
15. Çali B., Bianku L., Motoc I., *Migration and the European Convention on Human Rights*, in Çali B., Bianku L. e Motoc I. (a cura di), *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
16. Camilli A., *Tutto quello che c'è da sapere sul caso Diciotti*, in *Internazionale*, 18 febbraio 2019.
17. Camilli A., *Tutto quello che c'è da sapere sul caso Gregoretti*, in *Internazionale*, 12 febbraio 2020.
18. Camilli A., *Tutto quello che c'è da sapere sul caso Open Arms*, in *Internazionale*, 27 febbraio 2020.
19. Campesi G., *Lo statuto della detenzione amministrativa degli stranieri. Una prospettiva teorico-giuridica*, in *Ragion pratica*, Fascicolo 2, dicembre 2014.
20. Cancellaro F., *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 3/2020.
21. Cancellaro F., *Immigration Detention between Law and Practice in Italy. Managing the Border Through Arbitrary Detention*, in Gatta G. L., Mitsilegas V., Zirulia S. (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Oxford, Hart Publishing, 2021.
22. Cancellaro F., *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *Questione Giustizia*, 11.01.2017.
23. Cantone C., *Riparazione per ingiusta detenzione tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: a margine del caso Fernandes Pedroso c. Portogallo*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019.
24. Cardamone D., *Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti delle misure privative della libertà (art. 5 § 4 CEDU)*, in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Milano, Wolters Kluwer, 2020.
25. Carli E., *Trattenimento di migranti a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell'Italia*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 14, n. 3, settembre-dicembre 2020, Il Mulino.
26. Carta R., *Il migration management*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017.

27. Casiello C., Venditti M. E., *Il caso Diciotti: tra obblighi di soccorso in mare e garanzia dei diritti fondamentali*, in DPCE Online, Vol. 39, n. 2, maggio 2019.
28. Casolari F., *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in DPCE Online, 2016, 7.
29. Casolari F., *La crisi siriana, l'esodo dei rifugiati e la Dichiarazione UE-Turchia*, in Ronzitti N., Sciso E. (a cura di), *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018.
30. Casolari F., *Respect for the rule of law in a time of economic and financial crisis: the role of regional international organizations in the Hungarian affaire*, in Italian Yearbook of International Law, 2014, 23.
31. Casolari F., *Novembre. Lo Stato di diritto preso sul serio*, in Manzini P., Vellano M. (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, Wolters Kluwer - CEDAM, 2021.
32. Casolari F., *The EU's Hotspot Approach To Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in The Italian Yearbook of International Law, Vol. 25, 2016.
33. Castiglione M., *La (il)legittimità della detenzione negli hotspot greci*, in ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, ottobre 2019.
34. Cherubini F., *La Corte di Giustizia in merito alla decisione del Consiglio sulla ricollocazione: riflessioni sulla politica d'asilo dell'UE*, in Quaderni costituzionali, Fascicolo 4/2017, dicembre 2017.
35. Cherubini F., *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci Editore, 2012.
36. Conforti B., Iovane M., *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.
37. Consiglio d'Europa, *Guida all'articolo 5 della Convenzione – Diritto alla libertà e alla sicurezza*, 31 dicembre 2019.
38. Coppens J., Somers E., *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?*, in International Journal of Marine and Coastal Law, 2010.
39. Cornelisse G., *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
40. Costello C., *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored*, Human Rights Law Review, Vol.12, issue 2, 2012.
41. Costello C., Mouzourakis M., *EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers*, in Refugee Survey Quarterly, Vol. 35, n. 1, marzo 2016.

42. Council of Europe, *Annual Report 2019 of the European Court of Human Rights, Overview of the Court's case-law 2019*.
43. Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Right to liberty and security*, 2020.
44. Daniele M., *La detenzione come deterrente dell'immigrazione del decreto sicurezza 2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 11/2018.
45. De Haas H., *Myths of migration: Much of what we think we know is wrong*, in [heindehaas.blogspot](http://heindehaas.blogspot), 29 marzo 2017.
46. De Hert P., Gutwirth S., Snacken S., Dumortier E., *Les droits de l'homme: bouclier ou épée u droit pénal?*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2007.
47. De Pasquale P., *Commento all'art. 18 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in Mastroianni R., Pollicino O., Allegrezza S., Pappalardo F., Razzolini O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffré, 2017.
48. De Santis F., *Trattenimento di migranti in CSPA e 'respingimento differito' alla prova della CEDU*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 11/2015.
49. De Sena P., Starita M., *Navigare fra istanze "stato-centriche" e "cosmopolitiche": il caso "Sea Watch" in una prospettiva conflittuale*, in *SIDIBlog*, 14 luglio 2019.
50. Dembour M. B., *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights. Critique and Way Forward*, in Gatta G. L., Mitsilegas V., Zirulia S. (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Oxford, Hart Publishing, 2021.
51. Dembour M. B., *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
52. Den Heijer M., T. Spijherboer, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in *EU Law Analysis*, 7 aprile 2016.
53. Di Filippo M., *Irregular Migration and Safeguard of Life at Sea: International Rules and Recent Developments*, in Del Vecchio A. (a cura di), *The Mediterranean Sea, in International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014.
54. Di Filippo M., *L'allontanamento dell'individuo straniero*, in Calamia A. M., Gestri M., Di Filippo M., Marinai S., Casolari F. (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021.

55. Di Filippo M., *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo 2/2018.
56. Di Stefano A., *Commento all'art. 13 CEDU*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012.
57. European Union Agency for Fundamental Rights, *Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the 'hotspots' set up in Greece and Italy - February 2019*, Opinion 3/2019, Vienna, 4 March 2019.
58. Favilli C., *Commento all'art. 4 Protocollo n. 4 alla CEDU*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012.
59. Favilli C., *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vo. 10, n. 2, 2016.
60. Favilli C., *La protezione internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in Favilli C. (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, CEDAM, 2011.
61. Favuzza F., *Security detention in times of armed conflicts. The relevance of international human rights law*, Milano-Padova, CEDAM, 2018.
62. Fazzini A., *Le politiche di contrasto alle ONG che operano il soccorso in mare (terzo atto) e la tenuta dello Stato di diritto*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2023.
63. Felici G., Gancitano M., *La detenzione dei migranti negli hotspots italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in *Sistema Penale*, Fascicolo 1/2022.
64. Francioni F., Gestri M., Ronzitti N., Scovazzi T. (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2008.
65. Gambini F., Chenal R., Tamietti A., *Commento all'art. 6 CEDU*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012.



66. Garelli F., *La Corte Edu torna a pronunciarsi sulla gestione del fenomeno migratorio e sulla detenzione dei migranti nel CPSA di Lampedusa. Il caso J.A. e a. c. Italia*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, Osservatorio l'Italia e la CEDU n. 2/2023.
67. Gatta F. L., *Diritti al confine e il confine dei diritti: la Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, gennaio 2020.
68. Gatta F. L., *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo scontro tra le corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito. Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite c-924/19 PPU e C-925/19 PPU, FMS e altri*, in *Osservatorio Costituzionale*, 5/2020, 1 settembre 2020.
69. Gatta G. L., *Global Trends in 'Crimmigration' Policies. From EU to the USA*, in Gatta G. L., Mitsilegas V., Zirulia S. (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Oxford, Hart Publishing, 2021.
70. Gatta F. L., *La banalità dell'espulsione: il nuovo Comitato ad hoc sull'immigrazione istituito dalla Corte EDU*, in *ADiM Blog*, agosto 2023.
71. Gatta F. L., *La periferia del diritto. Hotspot, zone di transito e centri di trattenimento in frontiera: diritti negati alle porte d'Europa*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della giurisprudenza, ottobre 2023.
72. Gestri M., *Conclusioni*, in Nesi G. (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, XXII Convegno SIDI, Trento, 8-9 giugno 2017.
73. Gestri M., *La mobilità internazionale nel diritto consuetudinario e nella normativa sui diritti umani*, in Calamia A. M., Gestri M., Di Filippo M., Marinai S., Casolari F. (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021.
74. Gestri M., *La protezione internazionale*, in Calamia A. M., Gestri M., Di Filippo M., Marinai S., Casolari F. (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021.
75. Gestri M., *Obblighi internazionali di protezione dello straniero e tutela dei diritti 'universali' della persona*, in Calamia A. M., Gestri M., Di Filippo M., Marinai S., Casolari F. (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021.
76. Gestri M., Silingardi S., *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in Sonelli S. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e*

- l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino, Giappichelli, 2015.
77. Gialuz M., *Commento all'art. 5 CEDU*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012.
78. Gialuz M., *Commento all'art. 6 CDFUE*, in Mastroianni R., Pollicino O., Allegrezza S., Pappalardo F., Razzolini O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017.
79. Giliberto A., *Lampedusa: la Corte EDU condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 ottobre 2015.
80. Giovannetti M., *Il prisma dell'accoglienza: la disciplina del sistema alla luce della legge n. 50/2023*, in *Questione Giustizia*, Fascicolo 3/2023.
81. Grabenwarter C., *European Convention on Human Rights: Commentary*, Monaco, Beck/Hart, 2014.
82. Granata Menghini S., *Commento all'art. 16 CEDU*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012.
83. Harris, O'Boyle and Warbrick (a cura di), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2023.
84. Hungarian Helsinki Committee (HHC), *Crossing a Red Line. How EU Countries Undermine the Rights to Liberty by Expanding the Use of Detention of Asylum Seekers upon Entry*, 2019.
85. Imperatore L., *Migrazioni e diritti umani. Lo straniero nella giurisprudenza Cedu*, Milano, Key Editore, 2019.
86. Jacobs, White and Ovey (a cura di), *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
87. Kalb L., *La privazione della libertà personale (art. 5 CEDU)*, in Di Stasi A. (a cura di), *CEDU E ORDINAMENTO ITALIANO. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, CEDAM, 2016.
88. Lambert H., *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, n. 3, 1999.
89. Lana A. G., *Migranti irregolari e Corte di Strasburgo: verso un affievolimento delle tutele? (artt. 5 e 8 CEDU)*, in Di Stasi A. (a cura di), *CEDU E ORDINAMENTO*

- ITALIANO. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Milano, Wolters Kluwer, 2020.
90. Lauterpacht H., *An International Bill of the Rights of Man*, Columbia University Press, 1945.
91. Leanza U., Caffio F., *L'applicazione della convenzione di Amburgo del 1979 sul SAR*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2015.
92. Legomsky S. H., *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in *Washington and Lee Law Review*, Vol. 64, n. 2, 2007.
93. Leone C., *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo n. 2/2017.
94. Liguori A., *Violazioni conseguenti all'attuazione della Dichiarazione UE-Turchia e giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sugli hotspots greci: la sentenza Kaak*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 14, n. 1, 2020.
95. Loeb Adler L., Gielen U. P. (a cura di), *Migration: Immigration and Emigration in International Perspective*, Praeger Publishers, Westport, 2003.
96. Macovei M., *The right to liberty and security of person. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention of Human Rights*, in *Human Rights Handbook No. 5*, 2002.
97. Majcher I., Flynn M., Grange M., *Immigration Detention in the European Union: In the Shadow of the "Crisis"*, Springer, 2020.
98. Majcher I., *The Effectiveness of the EU Return Policy at All Costs: The Punitive Use of Administrative Pre-removal Detention*, in Kogovšek Šalamon N. (a cura di), *Causes and Consequences of Migrant Criminalization*, Londra, Springer, 2020.
99. Majcher I., *The EU Hotspot Approach: Blurred Lines between Restriction on and Deprivation of Liberty*, in *Border Criminologies*, 6 aprile 2018.
100. Manes V., *La lunga marcia della Convenzione Europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in Manes V., Zagrebelsky V. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale interno*, Milano, Giuffrè, 2011.
101. Manieri M. G., *Current Trends, Numbers and Routes in EU Migrations. Is Existing Legislation Creating Morre Irregularity?*, in Gatta G. L., Mitsilegas V., Zirulia S. (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Oxford, Hart Publishing, 2021.

102. Marchegiani M., Marotti L., *Crisi migratoria e crisi d'identità dell'Unione europea*, in Marchegiani M. (a cura di), *Antico mare e identità migranti: un itinerario interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2018.
103. Marin L., *La Corte di Giustizia riporta le "zone di transito" ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, 30 maggio 2020.
104. Masera L., *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 3/2017.
105. Masera L., *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *Questione Giustizia*, 15 giugno 2021.
106. Masera L., *Il D.L. Piantodosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione*, in *Sistema Penale*, Fascicolo 2/2023.
107. Masera L., *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi e contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione Giustizia*, 26 febbraio 2020.
108. Masera L., *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *Legislazione Penale*, n. 7/2019, 24 luglio 2019.
109. Massimi A., Ferri F., *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in *Questione Giustizia*, 12 giugno 2019.
110. Mauro M. R., *A Step Back in the Protection of Migrant's Rights: the Grand Chamber Judgment in Khlaifia v. Italy*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 26, 1, 2017.
111. Mazza O., *La libertà personale nella Costituzione europea*, in Coppetta M. G. (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005.
112. Mengozzi M., *Le recenti vicende del testo unico sull'immigrazione tra Corte Costituzionale e legislazione d'urgenza*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2004.
113. Mentasti G., *Hotspots, trattenimento e diritti: una sentenza della Corte di Strasburgo condanna la Grecia per violazione dell'art. 5 par. 4 della Convenzione*, in *Sistema Penale*, 10 dicembre 2019.

114. Mentasti G., *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte EDU: illegittimità della proroga del trattenimento adottata de plano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 3/2018.
115. Mentasti G., *Il decreto 'immigrazione-sicurezza' (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, in *Sistema Penale*, 15 gennaio 2021.
116. Mentasti G., *Si chiude la procedura di monitoraggio dell'esecuzione della sentenza Khlaifia c. Italia ma permangono criticità sul trattenimento dei migranti negli hotspots*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della giurisprudenza, giugno 2022.
117. Mitsilegas V., *Immigration Detention, Risk and Human Rights in the Law of the European Union. Lessons from the Returns Directive*, in Guida M. J., Koulish R., Mitsilegas V. (a cura di), *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime*, New York, Springer, 2016.
118. Mitsilegas V., *The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union. Challenging the Preventive Paradigm*, in Gatta G. L., Mitsilegas V., Zirulia S. (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Oxford, Hart Publishing, 2021.
119. Morgese G., *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 4/2013.
120. Munari F., *Migrations by Sea in the Mediterranean: An Improvement of EU Law is Urgently Needed*, in *Ocean Yearbook*, 2018.
121. Murdoch J., *Article 5 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme - Protection de la liberté et de la sûreté de la personne*, in *Dossiers sur les droits de l'Homme*, 12, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003.
122. Nascimbene B., *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2013.
123. Nascimbene B., Di Pascale A., *Commento all'art. 19 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in Mastroianni R., Pollicino O., Allegrezza S., Pappalardo F., Razzolini O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017.
124. Nesi G. (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, XXII Convegno SIDI, Trento, 8-9 giugno 2017.
125. Noussia K., *The Rescue of Migrants and Refugees at Sea: Legal Rights and Obligations*, in *Ocean Yearbook*, 2017.

126. Paleologo F. V., *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Questione Giustizia*, Fascicolo 2/2018.
127. Paleologo F. V., *I fermi amministrativi per rafforzare la cooperazione con la Guardia Costiera 'libica'*, in *Associazione Diritti e Frontiere*, 20 aprile 2021.
128. Paleologo F. V., *La richiesta di autorizzazione a procedere sul caso Open Arms (1-20 agosto 2019). Nota a Tribunale di Palermo, collegio per i reati ministeriali, 30 gennaio 2020*, in *Giustizia Insieme*, 21 febbraio 2020.
129. Palladino R., *La Detenzione dei Migranti: Regime Europeo, Competenze Statali e Diritti Umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.
130. Pallis M., *Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes*, in *International Journal Of Refugee Law*, 2002.
131. Papanicolopulu I., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e Organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo n. 3/2017.
132. Papanicolopulu I., *The duty to rescue at sea, in peacetime and in war: A general overview*, in *International Review of the Red Cross*, 2017.
133. Penasa S., *Le politiche migratorie "al confine": la Corte EDU tra nozione di "paese terzo sicuro" e di restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo. Il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2020.
134. Pitea C., *La Corte Edu compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi "sicuri" e un preoccupante salto all'indietro sulla detenzione di migranti al confine. A margine della sentenza della Grande Camera sul caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo n. 3/2020.
135. Penasa S., *L'approccio hotspot nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti*, rivista n. 2/2017.
136. Pitea C., Zirulia S., *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 14, n. 3, 2020.
137. Pizzorusso A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.
138. Porchia M., *Condizioni di detenzione e respingimenti collettivi: l'hotspot di Lampedusa al vaglio della Corte EDU*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della giurisprudenza, aprile 2023.

139. Powell R. L., *The Right to Security of Person in European Court of Human Rights Jurisprudence*, in *European Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2007.
140. Pugiotto A., *La galera amministrativa degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, Fascicolo 3/2014, settembre 2014.
141. Rauti A., *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004.
142. Rijpma J., *The Proposal for a European Border and Coast Guard: Evolution or Revolution in External Border Management?*, in *Study for the LIBE Committee of the European Parliament*, Strasbourg, 25 marzo 2016.
143. Rizza L., *Obbligo di solidarietà e perdita di valori (nota a sentenza Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, caso Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fascicolo 2/2018.
144. Saccucci A., *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive "alla prova" delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 100, n. 2, 2017.
145. Salerno F., *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010.
146. Sapienza R., Cossiri A., *Commento all'art. 1 CEDU*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012.
147. Savino M., *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law*, in *German Law Journal*, 2016.
148. Scovazzi T., *Human Rights and Immigration at Sea*, in Rubio-Marín R. (a cura di), *Human Rights and Immigration*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
149. Scovazzi T., *The Particular Problems of Migrants and Asylum Seekers Arriving by Sea*, in Westra L., Juss S., Scovazzi T. (a cura di), *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, Farnham, Routledge, 2015.
150. Simpson B., *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

151. Spagnolo P., *Commento all'art. 5 CEDU*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012.
152. Spitaleri F., *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2017.
153. Staffler L., *Sparizione forzata di persone*, in *Digesto delle discipline penali*, Milano, UTET, 2018.
154. Starita M., *Il dovere di soccorso in mare e il 'diritto di obbedire al diritto' (internazionale) del comandante della nave private*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Fascicolo 1/2019.
155. Stefanelli J. N., *Detention as a Tool of Immigration and Asylum Enforcement in the EU*, in Gatta G. L., Mitsilegas V., Zirulia S. (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Oxford, Hart Publishing, 2021.
156. Stoyanova V., *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v. Hungary: Immigration Detention and how the Ground Beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, 23 dicembre 2019.
157. Stumpf J., *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review*, Vol. 56, n. 2, 2006.
158. Tomasi L., *Commento all'art. 8 CEDU*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012.
159. Trechsel S., *Human Rights in criminal proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
160. Tsourdi L., *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, in *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 35, n. 1, 2016.
161. Turkovic K., *Challenges to the Application of the Concept of Vulnerability and the Principle of Best Interests of the Child in the Case Law of the ECtHR Related to Detention of Migrant Children*, in Cali B., Bianku L. e Motoc I. (a cura di), *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
162. Ubertis G., *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cassazione Penale*, 2005.
163. Ubertis G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2009.



164. Valentini E., *Detenzione Amministrativa dello Straniero e Diritti Fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018.
165. Van Dijk P., Van Hoff F., Van Rijn A., Zwaak L. (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006.
166. Vrenna M., Biondi Dal Monte F., *L'emergenza "strutturale". Alcune riflessioni a margine degli sbarchi dei migranti provenienti dal Nord Africa*, in Associazioni Studi Giuridici sull'Immigrazione, 21 aprile 2011.
167. Zagrebelsky V., Chenal R., Tomasi L. (a cura di), *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2019.
168. Zacchè F., *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in Ubertis G., Viganò F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2022.
169. Zimbelli E., *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, in Forum di Quaderni costituzionali, 20 febbraio 2005.
170. Zirulia S., *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in Sistema Penale, 25 maggio 2020.
171. Zirulia S., Cancellaro F., *Caso Diciotti: il Tribunale dei Ministri qualifica le condotte del Ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al senato la domanda di autorizzazione a procedere*, in Diritto Penale Contemporaneo, 28 gennaio 2019.
172. Zirulia S., Peers S., *A template for protecting human rights during the 'refugee crisis'? Immigration detention and the expulsion of migrants in a recent ECtHR Grand Chamber ruling*, in EU Law Analysis, 05.01.2017.

## **RINGRAZIAMENTI**

Desidero ringraziare il mio Maestro, il Professor Marco Gestri, per l'estrema disponibilità e professionalità che ha sempre dimostrato nei miei confronti: i suoi preziosi consigli, il suo supporto e conoscenza della materia sono risultati indispensabili, un vero e proprio punto fermo nel mio percorso accademico.

Ringrazio la mia famiglia per il costante sostegno e incoraggiamento, per aver alleviato le mie preoccupazioni e rallegrato i momenti più difficili; grazie agli amici e amiche di sempre per essermi accanto, supportandomi senza riserve. Il mio porto sicuro, senza il quale non sarei la persona che sono.

Ringrazio, infine, i colleghi e amici dell'Università che ho avuto la fortuna di conoscere durante questo percorso, nella speranza che sia solo l'inizio di una lunga amicizia.