

# Habeas corpus e garanzie

capitolo scritto da: Federica Resta

## Il punto della situazione

Il dato più caratteristico del periodo considerato, sotto il profilo della garanzia della libertà personale, è sicuramente l'asimmetria tra, da un lato, i progetti di riforma complessivi delle "istituzioni totali" (carcere e opg, superati ormai dalle rems) e, dall'altro lato, l'attuazione dei principi normativi e le scelte operate di volta in volta dal legislatore su settori specifici, spesso incoerenti con gli obiettivi perseguiti in via generale. Soprattutto in settori considerati "sensibili" per l'opinione pubblica perché espressivi di particolare allarme sociale, è infatti frequente la tendenza del legislatore a un uso simbolico e strumentale del diritto penale e a una moltiplicazione delle misure (non solo penali) limitative, in varia misura, della libertà personale.

Due recenti decreti-legge, in materia di sicurezza "urbana" e, rispettivamente, di immigrazione, sono in questo senso significativi. Il primo, in particolare, prevede misure di tipo penale (sostanziale e processuale) derogatorie dei principi generali per gli imputati di reati "da stadio", secondo la logica del "diritto penale del nemico". E, peraltro, introduce una serie di misure amministrative limitative della libertà (spesso non solo di movimento), nei confronti di specifiche categorie di cittadini, appartenenti all'area della marginalità sociale, rappresentati come "indesiderabili".

Il secondo invece, anziché abolirli, anzitutto potenzia quei centri di trattenimento per i migranti rivelatisi così inefficaci nel realizzare il fine perseguito (garantire l'identificazione e, quindi, l'espulsione dei migranti in posizione di irregolarità), al punto da fornire soltanto un quarto dei soggetti da rimpatriare. Per altro verso- oltre a comprimere sensibilmente la tutela giurisdizionale dei richiedenti asilo – il decreto sceglie di non disciplinare in alcun modo il trattenimento degli stranieri negli hotspot, che sta acquisendo sempre maggiore importanza per rilievo quantitativo (e non solo), nell'ambito della gestione dei flussi di ingresso nel nostro Paese. L'assenza di regolamentazione alcuna (sotto il profilo tanto delle modalità quanto della durata) di una misura che di fatto incide, anche significativamente, sulla libertà personale, rischia dunque di destinare gli stranieri a una sorta di limbo giuridico inaccettabile nella sua indeterminatezza. E incompatibile con quell'esigenza di "assoluto rispetto della dignità della persona" che pur il legislatore si prefigge di realizzare con il potenziamento della rete dei più "tradizionali" centri di identificazione ed espulsione, rinominati "centri di permanenza per i rimpatri".

Ma analoga distanza tra gli obiettivi perseguiti e la concretezza dell'attuazione normativa, in tema di limitazione della libertà, si registra anche su altri versanti. In primo luogo quello del trattamento degli autori di reato affetti da disagio psichico. In questo settore, infatti, l'insufficienza di posti nelle strutture che hanno sostituito gli ospedali psichiatrici giudiziari pone sempre più spesso il problema della misura da applicare a soggetti socialmente pericolosi ma al contempo bisognosi di cure. Con il rischio di oscillazioni tra soluzioni ingiustificatamente e integralmente segregative (detenzione in assenza di cura) e soluzioni in un certo senso "dismissive" quali, ad esempio, la libertà vigilata con obbligo di

cure che, in assenza di una rete di assistenza psichiatrica efficiente sul territorio, rischia di frustrare del tutto quelle esigenze di cura che l'interessato ha manifestato con il suo disagio psichico. E che costituivano uno dei punti qualificanti della riforma che ha introdotto, ormai da tempo, le rems in sostituzione degli ospedali psichiatrici giudiziari.

Ma anche in materia penitenziaria si assiste a uno scollamento- a volte una vera e propria asimmetria – tra enunciazione astratta delle norme e realtà concreta della loro attuazione.

Così, ad esempio, la delega legislativa recentemente approvata dal Parlamento persegue importanti obiettivi in termini di decarcerizzazione e minimizzazione delle misure detentive, valorizzando le alternative, in funzione tanto deflattiva delle presenze in carcere quanto di promozione dell'efficacia rieducativa della pena e rimuovendo presunzioni di pericolosità ostative alla concessione di misure extracarcerarie. E' una riforma ambiziosa e tanto più necessaria, in un contesto di nuovo incremento della popolazione penitenziaria, dopo anni di costante – per quanto contenuta- riduzione. Fino a fine 2015, infatti, le presenze in carcere hanno registrato una tendenziale e progressiva riduzione, anche grazie alle modifiche normative introdotte a seguito della condanna dell'Italia da parte della Cedu con la sentenza "Torreggiani" del 2013. Dalle circa 68 mila presenze del giugno 2010, infatti, si è passati alle poco più di 52mila dell'ultimo semestre 2015. L'inversione di tendenza è tuttavia iniziata durante lo scorso anno, quando al 31 dicembre si è registrata la quota di 54.653 presenze (con un tasso di popolazione detenuta per 100.000 abitanti pari a 90). Esse sono giunte a 55.381 il mese successivo e, quindi, a 56.863 il 31 maggio 2017, di cui 36.952 relative a condannati definitivi e 9.818 a non definitivi, tra appellanti, ricorrenti, misti.

Le cause di tale ripresa sono dovute, come sempre, a una molteplicità di fattori, dei quali però due hanno un peso specifico particolare. Da un lato la cessazione dell'efficacia della liberazione anticipata speciale (che ampliava di 30 giorni il beneficio altrimenti conseguibile), tale da determinare un rallentamento delle uscite e, quindi, un aumento delle permanenze in carcere. Dall'altro, l'esiguità del personale assegnato agli uffici dell'esecuzione penale esterna- essenziali per l'applicazione delle misure alternative alla detenzione e, in particolare, tenuti a predisporre il programma di trattamento per indagati o imputati cui sia stata riconosciuta la sospensione del procedimento con messa alla prova - ha ostacolato il pieno sviluppo di tali misure, che avrebbe comportato una significativa deflazione della popolazione penitenziaria.

Ed è ancora una volta la scarsa presenza di camere di sicurezza dove trattenere soggetti sottoposti per poche ore a misura precautelare (es. il fermo di polizia), ad aver determinato il ritorno del fenomeno delle "porte girevoli"- ovvero della detenzione in carcere per una notte di soggetti che non dovrebbero transitarvi- che il legislatore aveva inteso contrastare sin dal 2011, con il d.l. 201.

Dunque, anche la riforma recentemente approvata dal Parlamento rischia di restare lettera morta in assenza della dotazione delle risorse amministrative essenziali alla realizzazione di misure capaci, più del carcere, di coniugare tanto la funzione rieducativa della pena quanto la prevenzione del rischio di recidiva, assai più contenuto dalle misure alternative alla detenzione o comunque extramurarie.

Infine, una significativa distanza tra principi normativi e loro concreta applicazione rischia di verificarsi anche rispetto al reato di tortura che – nella forma delineata dal Parlamento nel disegno di legge approvato- per la pluralità dei requisiti richiesti e la difficoltà che ne comporterà la prova della sussistenza, rischia di risultare assai raramente applicabile e comunque inadeguato a cogliere il reale disvalore che esprime.

## **Esecuzione della pena, carcere, alternative**

Dei mutamenti significativi in merito alle garanzie nell'esecuzione della pena, volte a valorizzarne la componente rieducativa, sono previste dalla legge di riforma del processo penale, approvata il 14 giugno 2017 in via definitiva.

Essa, in particolare, contiene una delega in materia penitenziaria, volta alla revisione della disciplina dell'accesso alle misure alternative, innalzando a 4 anni il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena, rafforzando le garanzie del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza (con la presenza dell'interessato e la pubblicità dell'udienza); prevedendo come necessaria l'osservazione scientifica della personalità da condurre in libertà, stabilendone tempi, modalità e soggetti chiamati a intervenire; integrando le previsioni sugli interventi degli uffici dell'esecuzione penale esterna; eliminando automatismi e preclusioni ostativi – sia per i recidivi che per gli autori di determinate categorie di reati- all'individualizzazione del trattamento rieducativo e alla differenziazione dei percorsi penitenziari in base alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato; rivedendo la disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati all'ergastolo, salvo per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati (tra i quali i delitti di mafia e terrorismo); configurando attività di giustizia riparativa quali momenti qualificanti del percorso rieducativo sia in carcere sia nell'esecuzione di misure alternative; ampliando le opportunità di lavoro retribuito, sia all'interno che all'esterno del carcere, nonché di attività di volontariato e reinserimento sociale dei condannati; riconoscendo, infine, il diritto all'affettività delle persone detenute e internate, disciplinandone le modalità di esercizio.

In ordine all'esecuzione della pena a carico di minorenni, la delega prevede: l'ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, con particolare riferimento ai requisiti per l'ammissione dei minori all'affidamento in prova ai servizi sociali e alla semilibertà; l'eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individualizzazione del trattamento; la valorizzazione dell'istruzione e della formazione professionale quali elementi qualificanti del trattamento dei detenuti minorenni, nonché dei contatti con il mondo esterno quale criterio guida nell'attività trattamentale in funzione del reinserimento sociale.

Anche in questo caso la delega reca principi importanti, volti ad accentuare la funzione di reinserimento sociale della pena in particolare promuovendo misure, quali le alternative alla detenzione, che diversamente dal carcere favoriscono il graduale riavvicinamento del condannato alla società, rompendo quella separatezza che caratterizza invece la realtà inframuraria. Importante anche il potenziamento della risocializzazione attraverso il lavoro, il volontariato, l'istruzione, la formazione professionale, l'attività riparatoria, il diritto all'affettività in carcere, l'attenzione alle specifiche esigenze dei detenuti stranieri e minori di età.

Positiva è anche l'eliminazione di molte presunzioni di pericolosità tali da impedire o limitare l'accesso del condannato a misure alternative, incompatibili con il principio di individualizzazione del trattamento, funzionale alla finalità rieducativa e di reinserimento sociale della pena. Parimenti positiva è la valorizzazione dell'attività di giustizia riparativa quale componente qualificante del percorso rieducativo, in quanto idonea a favorire il superamento della frattura tra reo e vittima (o comunque tra reo e società, almeno per i c.d. reati "senza vittima") ingenerata dal reato e tale da promuovere, nel condannato, la riacquisizione di parametri di comportamento conformi all'ordinamento.

E' auspicabile che la delega sia esercitata valorizzando al massimo, in senso innovativo, lo spazio concesso da principi e criteri direttivi così ampi. Capaci se non altro di garantire- superando preclusioni per "tipo di autore" e presunzioni legali di pericolosità- l'effettiva individualizzazione del trattamento rieducativo e la sua idoneità a promuovere il reinserimento sociale della persona.

## **Malattia mentale e devianza**

Un aspetto della limitazione della libertà da prendere in prioritaria considerazione è- per le peculiarità del contesto in cui si inserisce e per le caratteristiche dei soggetti su cui interviene – quello delle misure di sicurezza applicarsi agli autori di reato affetti da disagio psichico. Su questo terreno, ad oltre due anni dall'effettiva (e pur ritardata) sostituzione degli ospedali psichiatrici giudiziari con strutture a carattere essenzialmente terapeutico destinate ad accogliere gli autori di reato affetti da disagio psichico (c.d. rems), la principale sfida da giocare resta ancora quella dell'effettiva implementazione della legge che tale sostituzione ha previsto. Con il superamento degli opg si è infatti sancito un passaggio importante, nel trattamento della devianza da disagio psichico, dalla logica del controllo sociale a quella della cura, parallelamente al ripensamento della stessa nozione di pericolosità sociale.

Tuttavia, questi obiettivi primari rischiano di restare irraggiungibili in assenza di un investimento (in termini non solo finanziari ma anche di risorse umane, di strategia politica e amministrativa) sulle rems, che non possono rischiare di replicare l'ispirazione custodialistica degli opg. E' quanto invece rischia di avvenire – come sottolinea anche la Relazione annuale del Garante per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale - nelle 30 rems sinora istituite, ove sono ospitate 571 persone (su 604 posti) con caratteristiche molto dissimili e che necessiterebbero pertanto di un trattamento individualizzato, allo stato non ancora realmente disponibile. Per le donne, poi, data l'esiguità delle strutture contenitive a ricettività femminile, il principio di territorialità nell'esecuzione delle misure limitative della libertà è quasi sistematicamente violato.

Ma soprattutto, l'insufficienza di posti rispetto al numero dei sofferenti psichici e l'esiguità delle strutture, in particolare nelle regioni meridionali, stanno imponendo alla magistratura la difficile scelta tra tenere in carcere o agli arresti domiciliari chi, per le patologie sofferte, non dovrebbe trovarvisi e, all'opposto, la misura della libertà vigilata, del tutto inadeguata a soddisfare, ovviamente, le esigenze terapeutiche dell'interessato. E questo nonostante l'opera proficuamente creatrice della giurisprudenza che, per casi simili, ha coniato la misura della libertà vigilata con obbligo di cura. Obbligo che, tuttavia, rischia di essere inadempito in assenza di una rete di assistenza psichiatrica adeguata sul territorio e collegata con la magistratura chiamata a decidere sulla destinazione dei singoli.

Nell'attesa di un ampliamento di posti nelle rems e, comunque, per i casi di disagio psichico non correlato ad elevata pericolosità sociale dell'autore, sarebbe dunque opportuno potenziare la rete di assistenza psichiatrica sul territorio, anche al fine di consentire al magistrato un adeguato vaglio dell'idoneità del progetto terapeutico riabilitativo a contenere il rischio di recidiva. Nella riforma tale progetto assume infatti un rilievo centrale, proprio al fine di trattare il disagio psichico non a rischio di recidiva nel circuito sanitario territoriale, garantendo così il principio di residualità del ricovero nelle rems.

Tale principio rischia peraltro di essere di fatto eluso con l'esercizio della delega per la revisione della disciplina delle misure di sicurezza contenuta nella citata legge di riforma del processo penale. A fronte di principi e criteri direttivi del tutto condivisibili (e per il cui esame, nel merito, si rinvia alla precedente edizione di questo Rapporto), tale delega ammette anche, infatti, il ricovero nelle rems anche dei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie e di tutti coloro dei quali vadano accertate le condizioni psichiche, qualora gli istituti penitenziari ai quali siano destinati non siano idonei a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi conformemente alle specifiche esigenze di trattamento individuali e di tutela del diritto alla salute. Si tratta di una previsione incoerente con i principi ispiratori della riforma di cui alla legge n. 81 del 2014, che per tali categorie soggettive intendeva far prevalere, per la relativa cura e riabilitazione, progetti individuali con misure non detentive. La stessa Commissione Affari sociali della Camera dei deputati, nell'esprimere il proprio parere sul testo della delega, rilevava infatti l'opportunità di considerare il ricovero nelle rems, per tali soggetti, quale "extrema ratio e nel rispetto dei caratteri di eccezionalità e transitorietà sanciti dalla predetta legge, che individua nelle misure alternative alla detenzione, costruite sulla base di un necessario progetto terapeutico-riabilitativo individuale, la risposta prevalente". Dunque, proprio al fine di garantire la residualità del ricovero nelle rems per tali categorie di persone, è a fortiori necessario potenziare la rete di assistenza psichiatrica sul territorio, così da consentire lo sviluppo di progetti terapeutico-riabilitativi idonei a coniugare esigenze di cura, prevenzione del rischio di recidiva e minimizzazione del sacrificio della libertà personale del soggetto.

## Tortura

A fronte degli abusi frequentemente verificatisi, nel nostro Paese, in danno di persone sottoposte a misure limitative della libertà, il Parlamento fatica ancora ad approvare una disciplina compiuta di quello che è l'unico obbligo, sancito in Costituzione, di tutela penale, ovvero l'incriminazione della tortura.

Dopo l'approvazione, il 17 maggio 2017, da parte del Senato, è stato approvato anche alla Camera dei Deputati, il 7 luglio 2017, il disegno di legge in materia, che tuttavia, nel suo iter di discussione, ha peggiorato il proprio contenuto normativo.

Anzitutto il reato è configurato, diversamente dalla maggior parte delle convenzioni internazionali, come reato comune (dunque realizzabile da chiunque e solo aggravato ove l'autore sia un soggetto pubblico), con ciò indebolendo molto la valenza anzitutto simbolica di questa norma, che nasce anche storicamente come sanzione dell'abuso commesso sul cittadino da chi, rappresentando lo Stato, ne eserciti il potere coercitivo. Ma il testo è peggiorato, nel corso dell'esame parlamentare, anche e soprattutto per la molteplicità dei requisiti di volta in volta aggiunti per l'integrazione della fattispecie, affetta così da una sorta di "gigantismo" che rischia di renderne l'applicazione estremamente difficile e comunque residuale.

In primo luogo, infatti, si introduce una condizione obiettiva di punibilità tale da limitare l'applicabilità della norma ai soli casi nei quali la tortura sia prodotta da una pluralità di condotte". Oltre a rendere più difficile la prova del reato, ciò significa, dunque, che la dignità può dirsi violata solo se lo sia

ripetutamente. In alternativa alla pluralità di condotte, il comportamento dell'agente deve aver determinato un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Oltre a ciò, si dovrà provare che l'autore abbia agito "con crudeltà", il che è alquanto complesso vista la difficoltà di dimostrazione del movente psicologico. Perché il reato sussista, esso dovrebbe produrre, se non "acute sofferenze fisiche" un "verificabile trauma psichico": anche in questo caso l'onerosità della prova rischia di vanificare l'applicazione della norma. Tra le possibili relazioni di soggezione che devono caratterizzare il rapporto tra vittima e autore scompare l'affidamento all'altrui "autorità", escludendosi così quelle situazioni (proprio le più problematiche) in cui la vittima non è stata ancora sottoposta a un provvedimento formale di custodia o, peggio, nei suoi confronti sia stato adottato un atto illecito. Si rischia così di privare di tutela proprio le vittime soggette a un potere tanto più pericoloso quanto più informale o addirittura abusivo.

Si precisa peraltro che, al fine di integrare gli estremi del delitto di tortura, le sofferenze causate alla vittima non devono risultare "unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti". Benché ovviamente tese a evitare la qualificazione come tortura della fisiologica esecuzione della pena o della misura coercitiva, nella sua inevitabile afflittività, tale clausola rischia di prestarsi a un uso strumentale da parte di difese spregiudicate, con il rischio di depotenziare la norma.

## **Libertà e sicurezza ("urbana")**

Se, come anticipato, sotto il profilo penitenziario ed esecutivo le norme da poco approvate rafforzano il principio di minimizzazione del sacrificio della libertà, altre disposizioni di recente emanazione, ampliano notevolmente i presupposti per la limitazione della libertà. Rileva in questo senso, in particolare, il d.l. 14/2017, convertito, con modificazioni, dalla l. 48/2017, in materia di "sicurezza urbana", che ha introdotto alcune importanti misure limitative della libertà (anche personale), che finiscono con l'elevare la repressione della marginalità sociale o del dissenso a strumento di governo delle città. Il decreto conia infatti nuove misure (molte delle quali formalmente amministrative perché disposte dal questore), volte a limitare in primo luogo la libertà di movimento di quanti siano attinti da particolari indizi o si siano resi responsabili di comportamenti che, nella realtà, possono risultare non solo di lievissima offensività ma addirittura indotti dall'assenza di alternative (quali ad esempio "condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione" di alcune infrastrutture, suscettibili di essere integrate anche dal clochard privo di altro luogo in cui stazionare).

Anzitutto, sulla scia del pacchetto-sicurezza di centro-destra del 2008 e della teoria delle "broken Windows" di Rudolph Giuliani, si estendono ulteriormente, a tutela del "decoro e della vivibilità urbana", quei poteri di ordinanza dei sindaci- sia pur quali rappresentanti della comunità locale- sinora esercitati prevalentemente per realizzare, nei confronti di immigrati e ceti meno abbienti, un diritto discriminatorio a geografia variabile.

Per reati commessi in occasione di manifestazioni sportive, si fanno rivivere le norme (introdotte sempre dal centro-destra) sull'applicazione di misure coercitive in deroga ai presupposti comuni (estendendone la possibilità) e sull'arresto in flagranza differita. Quest'ultimo è poi esteso anche al contesto delle manifestazioni pubbliche non di tipo sportivo. Si tratta, dunque, di misure volte a sancire, per gli autori di questa tipologia di reati, un sotto-sistema di diritto penale speciale, ispirato

all'idea del "diritto penale del nemico", caratterizzato cioè da significative deroghe alle garanzie e agli istituti del procedimento penale comune, sproporzionate e non giustificate dalla reale offensività dei reati considerati.

Si estendono ulteriormente le misure di prevenzione personali, come tali limitative della libertà personale, benché basate non sulla commissione di reati ma su meri sospetti sulla persona. In particolare, si precisa che tra i presupposti per l'applicazione di tali misure di prevenzione rientrano anche le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio disposto dal questore, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi.

Si introduce peraltro la nuova misura, disposta dal questore, dell'allontanamento da determinati luoghi per esigenze di tutela del decoro urbano (c.d. "daspo urbano", della durata massima addirittura di due anni), solo formalmente amministrativa (disposta infatti dall'autorità di pubblica sicurezza) ma nella sostanza fortemente limitativa della libertà, non solo di movimento.

Si introduce poi una sanzione amministrativa pecuniaria per chi stazioni in aree destinate a trasporto pubblico locale, ferroviario, ecc., impedendone la fruizione. Se non pensata specificamente per le persone senza fissa dimora, se non altro questa sanzione finirà- come anticipato- per colpire essenzialmente loro: a tutela di un bene giuridico dai contorni alquanto sfumati, quale il non meglio precisato decoro urbano.

## **Il diritto speciale degli stranieri**

### **a. Il decreto-legge Minniti-Orlando: "diritto etnico"?**

Il decreto-legge n. 13/2017 (c.d. Minniti-Orlando), convertito in legge 46/17, ha apportato significative modifiche di segno restrittivo alla disciplina della limitazione della libertà dei migranti in condizione di irregolarità e della tutela giurisdizionale dei richiedenti asilo.

Anzitutto, nonostante la dimostrata inefficacia del trattenimento nei centri d'identificazione ed espulsione rispetto all'obiettivo perseguito di agevolare le procedure di identificazione e rimpatrio, il Governo sceglie non solo di investire su tale istituto, ma addirittura di rafforzarlo.

Da un lato, infatti, si estende ulteriormente, di 15 giorni, la durata del trattenimento nel centro (ora definito di permanenza per i rimpatri), del migrante già detenuto, nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e organizzazione del rimpatrio, previa convalida da parte del giudice di pace. Rispetto all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione, si prevede anche che quando non sia possibile effettuare il rimpatrio dello straniero per cause di forza maggiore, sia ripristinato lo stato di detenzione, sia pur per il tempo strettamente necessario all'esecuzione del provvedimento espulsivo. Inoltre, si dispone l'ampliamento della rete dei centri, pur tenendo conto, nella individuazione dei locali idonei, della "necessità di realizzare strutture di capienza limitata idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l'assoluto rispetto della dignità della persona".



Fortemente ridimensionata risulta poi la tutela giurisdizionale del richiedente asilo rispetto al provvedimento di diniego di tale status. Il procedimento di ricorso avrà infatti natura esclusivamente camerale e prevalentemente cartolare, con una significativa attenuazione della pienezza del contraddittorio. Ai fini della decisione, il giudice utilizzerà infatti essenzialmente la videoregistrazione del procedimento amministrativo tenuto dinanzi alle Commissioni territoriali e informazioni sulla situazione socio-economica e politica del Paese di provenienza. La comparizione del richiedente sarà invece disposta solo qualora il giudice lo ritenga necessario a seguito della visione della videoregistrazione, questa sia indisponibile, consideri indispensabile l'acquisizione di chiarimenti dalle parti ovvero disponga consulenza tecnica o l'assunzione di mezzi di prova, ovvero quando la trattazione del procedimento in udienza, richiesta dall'interessato, sia essenziale ai fini della decisione o anche se l'impugnazione si fondi su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado. .

La contrazione delle garanzie del contraddittorio così prevista è stata denunciata, tra gli altri, dallo stesso primo Presidente della Corte di Cassazione. Egli ha infatti sottolineato come la garanzia del contraddittorio (riflesso della pari dignità riconosciuta a ciascuna delle parti coinvolte nel processo) presupponga l'effettiva parità delle parti, mentre in alcuni casi il procedimento speciale prefigurato per le controversie in materia di protezione internazionale è a contraddittorio puramente eventuale. "Come si può pensare allora"- osserva il Primo Presidente- "al ruolo di terzietà del giudice, rispetto a chi?". Ed egli rileva ancora: "pretendere la semplificazione e razionalizzazione delle procedure non può significare soppressione delle garanzie".

Ciò è tanto più rilevante se si considera che, con il decreto, si esclude anche l'appello avverso la decisione del tribunale (la cui competenza territoriale è peraltro fortemente modificata, dal momento che tali controversie sono assegnati a soli 14 tribunali in tutto il territorio nazionale).

Il decreto finisce, insomma, con l'aggiungere ulteriori deroghe di segno restrittivo al diritto comune, nei confronti dei soli stranieri, già di per sé destinatari di un sotto-sistema giuridico peculiare, caratterizzato dalla deformalizzazione delle procedure e dall'attenuazione delle garanzie (si pensi, per tutti, all'istituto della detenzione amministrativa nei centri). Si rischia, ancora una volta, di sancire quello che Luigi Manconi ha definito un "diritto etnico" o, aggiungeremmo, una giustizia minore, in ragione del trattamento deteriore riservato agli stranieri anche nell'esercizio di diritti (quello alla difesa in primo luogo) fondamentali e come tali da riconoscersi a prescindere dal requisito della cittadinanza.

## **b. Il limbo giuridico degli hotspot**

Peraltro, con il decreto citato il Governo non ha colto l'occasione per disciplinare (se non in aspetti marginalissimi) quello che oggi costituisce un vero e proprio limbo giuridico (a "legal black hole" lo definirebbero gli americani), ovvero la permanenza negli hotspot. Ciò sarebbe stato opportuno anche alla luce della sentenza della Cedu del 15.12.2016 nel caso Khlaifa e altri contro Italia, che ha condannato il nostro Paese per l'illegittimità del trattenimento di molti migranti nel periodo della "primavera araba" nel centro di accoglienza di Lampedusa e, quindi, a bordo di una nave nel porto di Palermo, in vista del successivo rimpatrio in Tunisia. In tale caso, infatti, la Corte ha stigmatizzato l'assenza di una base giuridica adeguata che legittimasse il trattenimento dei migranti. Una più compiuta disciplina della permanenza negli hotspot sarebbe stata, del resto, tanto più opportuna in

ragione della rilevanza che tali strutture stanno progressivamente assumendo nella gestione dei flussi migratori. Come sottolinea, infatti, la Relazione annuale del Garante nazionale per le persone detenute o private della libertà, delle 3737 persone rimpatriate nel corso dell'anno, solo uno su quattro proveniva da un cie. Molti rimpatri sarebbero infatti stati eseguiti direttamente dagli hotspot, nella forma di "respingimenti differiti". Incerta è dunque tanto la natura di questi respingimenti quanto quella della permanenza negli hotspot, strutture intermedie tra Centri di prima accoglienza e Centri di identificazione ed espulsione. La necessità di una disciplina del trattenimento in tali centri sarebbe stata tanto più opportuna in ragione del fatto che esso, le sue modalità, la sua durata, non sono sottoposti al vaglio dell'autorità giudiziaria, nonostante si tratti di misura incidente non sulla mera libertà di movimento ma sulla libertà personale tout court, da attuarsi pertanto nel rispetto delle riserve assoluta di legge e di giurisdizione, sancite dall'art. 13 Cost.

Come sottolineato nella citata Relazione annuale del Garante, la mancata predeterminazione dei tempi di permanenza negli *hotspot*, le differenti regole di organizzazione anche rispetto alla libertà di movimento degli ospiti rimette, di fatto, la decisione in ordine a tali importanti aspetti di quella che è inevitabilmente una misura limitativa della libertà, alla discrezionalità dell'autorità amministrativa. Il tutto aggravato dalla frequente inadeguatezza delle strutture che, nate per permanenze brevi, spesso non possono fornire servizi idonei a trattenimenti più lunghi. Ancora, il carattere spesso sommario delle interviste effettuate all'ospite in fase di preidentificazione, non evidenziando i reali motivi della scelta migratoria, rischia finanche di impedire il riconoscimento, all'interessato, della protezione internazionale.

L'impressione complessiva, insomma, è che ancora una volta le modifiche normative e anche solo amministrative in materia di immigrazione, sia pur con l'intento di accelerare procedure amministrative il cui numero è cresciuto esponenzialmente negli ultimi tempi- finiscano con il determinare un'ulteriore, inaccettabile, bagatellarizzazione della libertà e dei diritti degli stranieri