

HOTSPOTS E DIRITTI: UN BINOMIO POSSIBILE?*

di Annalisa Mangiaracina

SOMMARIO: 1. La nuova frontiera delle politiche in tema di immigrazione: gli *hotspots*. – 2. L'identificazione dei migranti mediante rilevamento delle impronte: quali limiti? – 3. La "coazione" negli *hotspots*. – 4. Il trattenimento all'interno degli *hotspots*: una detenzione "mascherata". – 5. Il *gap* tra Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo in tema di garanzie. – 6. Il futuro "incerto" degli *hotspots*.

1. La nuova frontiera delle politiche in tema di immigrazione: gli *hotspots*.

Tra le misure operative indicate dalla Commissione europea, da ultimo nella Comunicazione del settembre 2015¹, per fronteggiare il massivo fenomeno migratorio che ha interessato l'Europa e, soprattutto i Paesi del mediterraneo, vi è, da una parte, il meccanismo, fondato sulla solidarietà tra gli Stati, del "ricolloccamento" (*relocation*)² delle persone bisognose di protezione internazionale (siriani, eritrei e iracheni) e, dall'altra, la creazione di squadre di sostegno per la gestione della migrazione nei "punti di crisi", c.d. *hotspots*. Questi sono stati individuati in Sicilia (dove, allo stato sono operativi quelli di Lampedusa, Trapani e Pozzallo), in Puglia, segnatamente a Taranto³, e in Grecia.

E' da evidenziare che nell'Agenda europea sulla migrazione manca una definizione di *hotspot*, essendo piuttosto descritte le modalità con le quali "l'approccio *hotspot*" deve essere attuato. Nello specifico, il personale distaccato dalle agenzie dell'UE – Frontex⁴, l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo-EASO ed Europol – presente nei porti caratterizzati da un considerevole arrivo di migranti, sia economici sia in cerca di

* Il presente contributo è destinato al volume "La condizione giuridica dello straniero irregolare nel sistema italiano e sovranazionale. Tra istanze di prevenzione e repressione e ragioni di garanzia", edito da DiPLaP. Si ringrazia la redazione di DiPLaP per avere concesso la pubblicazione in questa Rivista.

¹ Commissione europea, Bruxelles, 23 settembre 2015, COM (2015) 490 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione. V., successivamente, Commissione europea, Bruxelles, 14 ottobre 2015, COM (2015) 510 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, Gestire la crisi dei rifugiati: stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione, p. 3 ss. In precedenza v. Commissione europea, Bruxelles, 13 maggio 2015, COM (2015) 240 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione.

² La base giuridica è rintracciabile nell'art. 78 § 3 TFUE.

³ Altri punti di crisi designati sono: Porto Empedocle/Villa Sikanìa e Augusta.

⁴ Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne dell'UE, costituita con Regolamento (CE) n. 2007/2004 del 26 ottobre 2004.

protezione internazionale, ha il compito di offrire il proprio supporto operativo, in conformità alle funzioni di ciascuno, al fine di procedere allo *screening* sanitario, alla pre-identificazione, alla registrazione, al foto-segnalamento e ai rilievi dattiloscopici di questi soggetti nel termine di 48 ore dal loro arrivo⁵. Queste operazioni assumono particolare importanza perché sono preliminari alla “differenziazione” delle diverse categorie di migranti, processo che incide sul destino di queste persone. All’esito delle descritte procedure, infatti, i richiedenti asilo saranno trasferiti nei *regional hubs* presenti sul territorio nazionale, per la formalizzazione della domanda di asilo con l’assistenza dell’EASO; mentre coloro che possono accedere al sistema di ricollocamento saranno trasferiti in appositi *hubs*. I migranti “irregolari” e non richiedenti protezione internazionale saranno, invece, trasferiti nei Centri di identificazione ed espulsione (CIE), per poi essere rimpatriati, con la collaborazione di Frontex, attraverso il rimpatrio volontario assistito (art. 13 co. 5 d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286), se sono disponibili a collaborare, o il rientro “forzato” (mediante il provvedimento di cui all’art. 10 co. 1 e 2 o 13 co. 2 d. lgs. n. 286/1998)⁶. In questo contesto di migrazioni “miste”, Europol ed Eurojust assisteranno lo Stato membro ospitante per assumere informazioni utili nelle indagini contro le reti della tratta e del traffico di migranti. Il coordinamento del lavoro dei diversi esperti coinvolti nell’approccio *hotspot*, lo scambio di informazioni e la messa in atto di azioni coordinate dal momento dello sbarco fino alla canalizzazione di queste persone attraverso la procedura di asilo o di rientro, spetta alla *Task Force* regionale dell’UE (EURTF)⁷, con sede a Catania.

Non appena il sistema “*hotspot*” è diventato operativo sono subito emersi numerosi profili problematici legati, principalmente, alla mancanza di una specifica disciplina normativa, essendo la materia affidata ad alcune circolari del Ministero dell’Interno, nonché, più di recente, alle Procedure Operative Standard (SOP) redatte dal medesimo organo⁸. Questa assenza di regolamentazione ha avuto delle ricadute in

⁵ Il personale richiesto per espletare le summenzionate attività in ciascuna area “hotspot” è il seguente: 6 operatori dell’ufficio immigrazione (Italia); 2 addetti di polizia investigativa (Italia); 2 addetti della polizia scientifica preposti alle fotografie degli stranieri per il foglio notizie (Italia); un team di 3 rappresentanti Frontex addetti agli interrogatori; 6 mediatori culturali; 4 esperti EASO; 10 addetti della polizia scientifica (Italia) preposti al foto-segnalamento e rilevamento impronte; 10 esperti degli Stati membri scelti da Frontex o EASO per supportare il personale italiano nelle attività di foto-segnalamento e rilevamento impronte; in ciascuna area “hotspot” sono richieste anche 5 unità mobili per le attività di foto-segnalamento e rilevamento impronte.

⁶ Nel rapporto di Amnesty International, Hotspot Italia. Come le politiche dell’Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti, 2016, p. 42, si afferma che le autorità italiane hanno fatto ricorso, principalmente, a due tipologie di provvedimenti: i decreti di respingimento differito con ordine di allontanarsi dal territorio nazionale entro sette giorni; e i provvedimenti di espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera da parte delle forze di polizia.

⁷ Lo staff di EURTF è così composto: Frontex, Europol, EASO, Eurojust (il funzionario responsabile per l’Italia ad Eurojust ha stabilito un contatto diretto con la DNA responsabile per il distretto di Catania. Il corrispondente sarà il punto di contatto di Eurojust e sarà regolarmente presente a Catania), EUNAVFOR MED.

⁸ Procedure operative standard (SOP) applicabili agli hotspots italiani, redatte dal Ministero dell’Interno, Dipartimento per le Libertà civili e l’immigrazione e Dipartimento della Pubblica Sicurezza, marzo 2016.

termini di violazioni di diritti fondamentali riconosciuti a livello sia nazionale sia sovranazionale, denunciate in diversi documenti, tra i quali il Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia, redatto dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica⁹, per quanto riguarda l'*hotspot* di Lampedusa. Rispetto all'*hotspot* di Taranto, invece, è stata presentata un'interpellanza urgente¹⁰. Da ultimo, è da segnalare, anche per l' "autorevolezza" della fonte, il rapporto presentato da *Amnesty International*¹¹ nel quale si riportano testimonianze di migranti che riferiscono dell'uso di manganelli, anche elettrici, di pestaggi, di forme di umiliazione sessuale e inflizione di dolori ai genitali, del diniego di cibo e acqua, a fronte del rifiuto opposto alle forze di polizia di rilevare le impronte digitali.

Per potere esaminare i profili critici del "sistema *hotspot*" è necessario soffermarsi sulle procedure che devono essere avviate dagli operatori presenti sui luoghi.

2. L' identificazione dei migranti mediante rilevamento delle impronte: quali limiti?

All'arrivo dei migranti, la prima operazione da compiere dopo lo *screening* sanitario è la pre-identificazione da parte dei funzionari dell'ufficio immigrazione, unitamente ai funzionari di Frontex, «con accertamento di eventuali vulnerabilità»¹²: i migranti devono compilare il foglio-notizie, contenente generalità, foto, informazioni di base in relazione alla provenienza, ai motivi dell'arrivo in Italia e l'eventuale volontà di richiedere la protezione internazionale. Ora, perché questa pre-identificazione sia realmente funzionale all'accertamento di eventuali condizioni di vulnerabilità, occorre che sia posta in essere da personale dotato di specifiche competenze, anche sul versante dell'assistenza linguistica¹³, al quale spetta il compito di fornire un'informazione completa su diritti e obblighi.

⁹ Senato della Repubblica, XVII legislatura, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia, febbraio 2016, p. 17 ss.

¹⁰ Camera dei Deputati, venerdì 29 aprile 2016, Interpellanza urgente n. 2-01354 dell'on. D. Duranti ed altri sulla situazione degli hotspot presenti sul territorio italiano, nel quadro delle politiche di accoglienza dei migranti.

¹¹ Amnesty International, Hotspot Italia. Come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti, cit., p. 16 ss. Occorre segnalare che il capo Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione e il capo della Polizia hanno aspramente contestato il contenuto del rapporto: v. Il Fatto Quotidiano, 3 novembre 2016. Sulle "criticità" del sistema Hotspot v., anche, Camera dei Deputati, XVII legislatura, Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, Relazione di minoranza sull'approccio Hotspot nell'ambito del sistema di identificazione ed accoglienza, presentata dall'on. E. Palazzotto, 26 ottobre 2016.

¹² V. Ministero dell'Interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, circolare 6 ottobre 2015.

¹³ Il tema dell'assistenza linguistica è fondamentale ai fini dell'effettività delle garanzie. V., tra i tanti, L. PARLATO, *L'assistenza linguistica come presupposto delle garanzie dello straniero*, in V. MILITELLO-A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, 2015, p. 87 ss.

Il secondo e più complesso momento è quello della identificazione attraverso il rilevamento delle impronte digitali: il soggetto dovrebbe essere informato, oralmente o per iscritto, dello scopo del rilevamento, dei destinatari dei dati, del diritto di accesso ai dati che lo riguardano (art. 29 Regolamento Eurodac)¹⁴ in un linguaggio comprensibile.

Per quanto concerne le procedure di rilevamento delle impronte, il Regolamento rimanda alle «prassi nazionali dello Stato membro interessato» ma dispone in ogni caso che questo debba avvenire «in conformità delle salvaguardie previste dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo» (art. 3 § 5). Non va, infatti, trascurato che le impronte digitali costituiscono «dati personali».

Con riguardo a questo tema, nella Relazione sull'attuazione dei punti di crisi (*hotspot*) in Italia¹⁵, si chiedeva al nostro Paese di incrementare gli sforzi, anche a livello legislativo, per fornire un quadro giuridico più solido ai fini dello svolgimento delle attività presso i punti di crisi, «in particolare per consentire l'uso della forza e prevedere disposizioni in materia di trattenimento a più lungo termine nei confronti dei migranti che rifiutano di fornire le impronte digitali». La mancata registrazione delle impronte rende infatti più difficile il funzionamento del «sistema Dublino»¹⁶; tanto più che la registrazione in Eurodac è una pre-condizione per attivare la procedura del ricollocamento in un altro Stato membro.

Nella stessa Relazione, la Commissione europea, a fronte del rifiuto opposto dal migrante, suggeriva due strade: «coazione» e «detenzione». Indicazioni, queste, in linea con un documento di lavoro sull'implementazione del Regolamento Eurodac nella parte relativa all'obbligo di rilevare le impronte digitali, presentato dalla Commissione il 27 maggio 2015¹⁷, con l'obiettivo di offrire una guida agli Stati membri sulle *best practices* per lo svolgimento di questa attività, in conformità con il rispetto dei diritti umani contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

¹⁴ Il regolamento Eurodac n. 603/2013, del 26 giugno 2013, riguarda il rilevamento delle impronte digitali dei richiedenti protezione internazionale (art. 9), delle persone fermate durante l'attraversamento irregolare delle frontiere esterne (art. 14) e dei cittadini di paesi terzi illegalmente soggiornanti nel territorio dello Stato (art. 17), di età superiore ai 14 anni e la successiva trasmissione dei dati al sistema centrale dell'Eurodac entro le 72 ore. Nel dicembre 2015 è stata avviata, da parte della Commissione europea, una procedura d'infrazione contro l'Italia per la mancata applicazione del regolamento Eurodac: v. Commissione europea, comunicato stampa, 10 dicembre 2015, Attuazione del sistema europeo comune di asilo: la Commissione porta avanti 10 procedure d'infrazione.

¹⁵ COM (2015) 679 final, 15 dicembre 2015, p. 5.

¹⁶ L'art. 13 del Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, stabilisce i criteri e i meccanismi per determinare lo Stato membro responsabile 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. In particolare, il § 1 prevede che: «quando è accertato (...), che il richiedente ha varcato illegalmente per via terrestre, marittima o aerea in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale (...)».

¹⁷ Commissione europea, 27 maggio 2015, SWD (2015) 150 final. Un invito a seguire l'approccio del documento è contenuto in Consiglio dell'Unione europea, doc. 11013/15, 17 luglio 2015, Attuazione del regolamento Eurodac per quanto riguarda l'obbligo di rilevamento delle impronte digitali.

Diversi gli scenari ipotizzati. Se il soggetto non richiedente asilo rifiuta il rilevamento delle impronte, può essere considerato da parte degli Stati membri come un migrante irregolare: in conseguenza, dopo avere escluso la possibilità di applicare misure coercitive meno gravi rispetto alla detenzione, gli Stati possono ricorrere a quest'ultima in conformità all'art. 15 della Direttiva 2008/115/CE, c.d. "rimpatri". Se, invece, il migrante ha richiesto l'asilo e rifiuta il rilevamento delle impronte, gli Stati possono detenerlo "al fine di verificare la sua identità o nazionalità"¹⁸, sulla base dell'art. 7 § 3 della Direttiva 2003/9/CE c.d. "accoglienza" ovvero dell'art. 8 § 3 lett. a) della Direttiva 2013/33/UE, c.d. "rifusione". Se lo Stato membro prevede la possibilità di una procedura accelerata, può informare il richiedente asilo che, sulla base dell'art. 23 § 4 lett. m) della Direttiva 2005/85/CE c.d. "procedure", ovvero dell'art. 31 § 8 lett. i) della Direttiva 2013/33/UE, la richiesta di protezione internazionale, a fronte del rifiuto di fornire le impronte, può essere soggetta ad una procedura accelerata, con quanto ne segue in termini di riduzione delle garanzie. Chiaramente la detenzione dovrebbe avere durata limitata nel tempo ed essere preceduta da un'informativa sui diritti, incluso quello ad un rimedio effettivo, e sugli obblighi. A fronte di un soggetto che si sia danneggiato i polpastrelli o abbia reso impossibile il rilevamento delle impronte, laddove vi sia la prospettiva che entro un ragionevole lasso di tempo sarà possibile rilevarle, gli Stati membri possono ricorrere alla detenzione finché non sarà possibile ottenere le impronte. In ogni caso, ad intervalli regolari dovrebbero essere fatti dei tentativi per rilevarle.

In alternativa, sempre secondo il testo della Commissione, gli Stati membri potrebbero ricorrere, in ossequio al principio di proporzionalità, alla forza fisica – si usa l'espressione *coation*, della quale, però, non viene data alcuna definizione, distinta dalla "*detention*" – come misura di ultima istanza. Ciò dovrebbe avvenire nel rispetto della dignità e dell'integrità psichica del soggetto. Il funzionario che ricorra all'uso della forza dovrebbe valutare, sulla base delle circostanze del caso concreto, tenuto conto della vulnerabilità del soggetto, che non vi siano alternative. In ogni caso, gli Stati membri possono escludere il ricorso alla coazione per alcune categorie di soggetti, come i minori e le donne incinte. Al riguardo va, comunque, ricordato che il Regolamento Eurodac non consente il rilevamento delle impronte ai minori di anni 14 e il considerando n. 35 fa un espresso riferimento all'«interesse superiore dei minori come considerazione preminente per gli Stati membri in sede di attuazione del presente regolamento».

3. La "coazione" negli *hotspots*.

Così tratteggiate le linee-guida europee, è da domandarsi se negli *hotspots* creati in Italia, a fronte del rifiuto opposto dai migranti al rilevamento delle impronte, sia

¹⁸ Sul punto v. le critiche espresse dall'European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Comments on European Commission Staff Working Document "on Implementation of the Eurodac Regulation as regards the obligation to take fingerprints", giugno 2015, p. 4 ss.

legittimo l'uso delle misure prima accennate: forza fisica e detenzione. Un dato va premesso: è documentato che all'interno degli *hotspots* di fatto si utilizzi la forza per procedere all'identificazione dei migranti che non collaborino, sia pure come misura di ultima istanza¹⁹. Peraltro, questa "prassi" è stata codificata nelle SOP redatte dal Ministero dell'Interno nelle quali, previo richiamo ad una circolare del vice capo della Polizia di Stato²⁰, si precisa come sia «doveroso un uso della forza proporzionato a vincere l'azione di contrasto, nel pieno rispetto dell'integrità fisica e della dignità della persona». Ciò fino all'adozione di una nuova normativa da parte del Governo italiano²¹.

La coazione²², intesa come violenza fisica o psichica per superare una resistenza, incide senza dubbio alcuno sulla sfera della libertà personale degli individui – tutelata negli artt. 13 della Carta Costituzionale, 3 CEDU e 4 CDFUE – e, in quanto tale, richiede una base giuridica legale. Come è stato osservato²³, quando si valuta se l'uso della forza raggiunga il livello minimo di severità richiesto dall'art. 3 CEDU, non bisogna dimenticare che, contrariamente a quanto normalmente accade nei casi di prelievo di campioni di saliva o di sangue nell'ambito di un procedimento penale, i richiedenti asilo e i migranti irregolari sono spesso soggetti che versano in una situazione di vulnerabilità. La legge, quindi, dovrebbe pure imporre una valutazione di necessità e proporzionalità dell'uso della coazione in relazione alle specifiche circostanze del caso. Ciò tuttavia non accade; come si è detto, la materia è regolata da fonti amministrative secondarie, quali sono le circolari e le prassi operative, che rimandano ad una valutazione di necessità nell'uso della forza ascrivibile, unicamente, al buon senso del funzionario di polizia che operi nell'*hotspot*.

Sul versante nazionale, il legislatore – a fronte di un vuoto normativo innestatosi a seguito di alcune pronunce costituzionali – ha disciplinato una ipotesi in cui le forze di polizia sono autorizzate a procedere in modo coattivo ma, tra queste, non rientra quella

¹⁹ V. Camera dei Deputati, XVI legislatura, Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei centri di accoglienza, nei centri di accoglienza per richiedenti asilo e nei centri di identificazione ed espulsione, seduta n. 36, 13 gennaio 2016; v., da ultimo, Amnesty International, *Hotspot Italia. Come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, cit., p. 16 ss.

²⁰ Circolare n. 400/A/2014/1.308, 25 settembre 2014, a firma del dott. A. Marangoni: «in ogni caso la polizia procederà all'acquisizione delle foto e delle impronte digitali, anche con l'uso della forza se necessario».

²¹ V. COM (2016) 85 final, 10 febbraio 2016, Allegato alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sullo stato di implementazione delle azioni adottate nell'Agenda europea sulle Migrazioni – Italia, Report sulla situazione attuale, p. 2, dove si afferma che una bozza normativa per implementare il quadro relativo al trattenimento di lunga durata e alle operazioni di rilevamento delle impronte è pronta a livello tecnico.

²² Secondo il Report dell'European Migration Network (EMN), *Ad-Hoc Query on EURODAC Fingerprinting, 2014*, realizzato su 26 Stati Membri (tra i quali non figura l'Italia), quindici Stati proibiscono il ricorso alla forza fisica per rilevare le impronte digitali (Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Francia, Ungheria, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia e Svezia). L'uso della forza per tutte le categorie Eurodac è consentito in Austria, Repubblica Ceca, Germania, Paesi Bassi, Polonia, Slovacchia, Regno Unito e Norvegia, mentre Estonia e Grecia lo consentono con riguardo alle persone entrate irregolarmente nel territorio dello Stato e non per i richiedenti asilo.

²³ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Le ripercussioni sui diritti fondamentali dell'obbligo di fornire le impronte digitali per Eurodac, 2015*, n. 5, p. 8.

oggetto di esame. In particolare, l'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p. consente, esclusivamente nei confronti di una persona sottoposta a indagini preliminari, il prelievo coattivo di capelli o saliva, comunque nel «rispetto della dignità personale del soggetto», previa autorizzazione del pubblico ministero²⁴. In sostanza, in conformità al *dictum* costituzionale, vi è una duplice riserva: di legge e di giurisdizione. In una lontana pronuncia, la Corte costituzionale²⁵, chiamata ad occuparsi degli accertamenti corporali, nell'escludere la legittimità costituzionale dei rilievi segnaletici che comportino "ispezione personale", rinviava al legislatore, al quale spetta, «avendo di mira, nel rispetto della Costituzione, la tutela della libertà dei singoli e la tutela della sicurezza dei singoli e della collettività, formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi ed i modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13». Se, pertanto, il legislatore è sovrano, trattandosi di materia coperta da riserva di legge, allo stato dell'attuale quadro normativo, l'uso da parte della polizia di Stato della forza fisica per costringere un migrante a sottoporsi ai rilievi foto-dattiloscopici, è da considerarsi illegittimo e penalmente rilevante. E di ciò ne hanno consapevolezza le stesse forze di polizia che, in una lettera indirizzata ai propri vertici, hanno sollecitato un intervento chiarificatore, denunciando una situazione di vuoto normativo e «(...) un confuso "fai da te" caratterizzato da condotte (...) che sono marcatamente disallineate rispetto alle norme vigenti ed espongono il personale a conseguenze pregiudizievoli anche sul piano giurisdizionale (...)»²⁶.

4. Il "trattenimento" all'interno degli hotspots: una detenzione "mascherata".

La mancata identificazione dei migranti a causa del rifiuto opposto o dell'impossibilità oggettiva, a fronte di situazioni di autolesionismo ovvero di sbarchi di massa, di completare la procedura nelle 48 ore dall'arrivo nell'*hotspot*, pone dei problemi

²⁴ Una ulteriore ipotesi di prelievo coattivo è stata introdotta ad opera della l. 23 marzo 2016, n. 41, nei casi di cui agli artt. 589 bis e 590 bis c.p., mediante l'aggiunta, all'art. 359 bis c.p.p., di un co. 3 bis. In argomento v. C. GABRIELLI, *Il nuovo prelievo coattivo "stradale". Tanto rumore per (quasi) nulla?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 821 ss.. Diverso è l'istituto del c.d. fermo per identificazione disciplinato dall'art. 11 della l. 18 maggio 1978, n. 191, che consente agli agenti di pubblica sicurezza di accompagnare nei propri uffici una persona al solo scopo di procedere alla sua identificazione, qualora la persona rifiuti di dichiarare le proprie generalità oppure ricorrano sufficienti indizi per ritenere che le dichiarazioni sulla propria identità o i documenti che la attestano siano falsi. Il trattenimento negli uffici di polizia, a fini d'identificazione, in ogni caso, non può eccedere le 24 ore e deve esserne data immediata notizia al Procuratore della Repubblica, il quale, ove ritenga non sussistenti i presupposti, ordina la liberazione della persona accompagnata.

²⁵ Corte cost., sent. 22 marzo 1962, n. 30, avente ad oggetto la declaratoria di illegittimità dell'art. 4 della legge di pubblica sicurezza, nella parte in cui prevede rilievi segnaletici che comportino ispezioni personali, per contrasto con l'art. 13 Cost.

²⁶ V. le perplessità sull'uso della forza espresse appunto da UGL, Polizia di Stato, Oggetto: Foto segnalamento "forzoso", Lettera al Capo della polizia, 17 febbraio 2016.

sul versante del trattamento di questi soggetti. E' documentato che i migranti non possono allontanarsi dal centro – tanto che nella *Roadmap* italiana si parla di “hotspots chiusi”²⁷ – finché non sia conclusa l'identificazione, né senza aver ultimato questa procedura si può fare richiesta d'asilo in Italia o accedere al programma europeo di ricollocamento. Ancorché nelle SOP sia scritto che il periodo di permanenza nella struttura, dal momento dell'ingresso, deve essere il più breve possibile, «compatibilmente con il quadro normativo vigente», il che implica un rinvio al termine massimo delle 48 ore, nella realtà è accaduto che i migranti, compresi i minori non accompagnati, siano stati trattenuti all'interno di questi centri anche oltre le 72 ore²⁸.

In questo modo si attua una forma di detenzione “amministrativa” *de facto, sine die* che non soggiace alla procedura di convalida da parte dell'autorità giurisdizionale, in condizioni igienico-sanitarie ai limiti della dignità umana, come denunciato dall'Associazione “Medici senza frontiere” che nel dicembre 2015 ha deciso di lasciare l'*hotspot* di Pozzallo²⁹. Ciò in palese contrasto con gli artt. 13 e 3 della Carta costituzionale, nonché con le fonti dell'Unione europea che considerano il trattenimento dei migranti come misura di *extrema ratio*, cui può farsi ricorso soltanto dopo avere escluso la possibile applicazione di misure meno gravi. Tralasciando in questa sede le questioni relative allo scopo effettivo del rilevamento delle impronte dei migranti, l'art. 14 del d.lgs n. 286/1988, al co. 1, prevede la possibilità del trattenimento in vista dell'espulsione anche qualora si debbano «effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità (...)»; questa misura, però, è adottata con provvedimento amministrativo sottoposto al controllo giurisdizionale del giudice di pace competente per territorio. Per quanto concerne, invece, i richiedenti asilo, l'art. 6 del d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142, autorizza il trattenimento soltanto in presenza di alcune circostanze e, tra queste, il rischio di fuga (lett. d) che deve essere oggetto di specifico accertamento.

Il trattenimento “*de facto*” all'interno degli *hotspots*, in assenza di una base giuridica, solleva dubbi anche sul versante del rispetto dei diritti contenuti nella CEDU: oltre all'art. 3, norma che vieta trattamenti inumani e degradanti, non può non richiamarsi l'art. 5, che legittima la privazione della libertà sempre che esista una base giuridica³⁰ – legale o giurisprudenziale – e purché siano rispettate alcune garanzie (diritto all'informazione, diritto ad un controllo sulle ragioni della detenzione).

²⁷ Ministero dell'Interno, *Roadmap Italiana*, 28 settembre 2015.

²⁸ V. Camera dei deputati, venerdì 29 aprile 2016, Interpellanza urgente n. 2-01354 dell'on. D. Duranti ed altri sulla situazione degli hotspot presenti sul territorio italiano, nel quadro delle politiche di accoglienza dei migranti, cit.

²⁹ V. Migranti. Hotspot, strutture al collasso. A Pozzallo rinchiusi 180 minori, 23 settembre 2016.

³⁰ V. XVII legislatura, Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, seduta n. 53, 30 giugno 2016, p. 10, Audizione del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, il quale sottolinea come, in linea generale, «non basta che ci sia una legge, ma occorre che questa legge non si presti ad applicazioni arbitrarie, sia chiara e prevedibile».

Significativa, al riguardo, è la sentenza della Corte di Strasburgo nella causa *Khlaifia v. Italia*³¹, sulla detenzione di alcuni cittadini tunisini presso il Centro di soccorso e prima accoglienza (CSPA) di contrada Imbriacola di Lampedusa, oggi trasformato in *hotspot*. La Corte europea ha condannato l'Italia per violazione, tra gli altri motivi³², dell'art. 5 CEDU in quanto il centro era stato trasformato in una struttura chiusa, in cui gli stranieri erano trattenuti per un periodo prolungato, senza la possibilità di comunicare con l'esterno, in assenza di una base giuridica. L'eccezione del Governo italiano secondo cui il CSPA non sarebbe stato un centro di detenzione, ma di primo soccorso e assistenza non è stata, infatti, accolta dai giudici i quali hanno sottolineato come «la sistemazione dei ricorrenti nei CPSA (...) costituisca una “privazione della libertà” tenuto conto delle restrizioni che le autorità hanno imposto agli interessati e nonostante la natura della qualificazione ritenuta dal diritto interno (...)» (§ 50). Nella sostanza, al di là del nome attribuito al luogo, le condizioni alle quali i migranti erano sottoposti erano in tutto simili alla detenzione e alla privazione della libertà: la Corte è pervenuta a questa conclusione muovendo dal principio, già espresso in precedenti decisioni, secondo cui «per sapere se una persona è stata privata della libertà, occorre partire dalla sua situazione concreta e tenere conto di un insieme di criteri specifici del suo particolare caso come il genere, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata» (§ 45).

Se la sentenza della Corte europea verrà confermata, come è probabile, davanti alla Grande Camera anche sotto il profilo della violazione dell'art. 5 CEDU, dichiarato all'unanimità, per evitare che il nostro Paese incorra in ulteriori condanne – stavolta per le condizioni di detenzione all'interno degli *hotspots* – occorre un chiaro intervento legislativo che disciplini i poteri di polizia anche in ordine al trattenimento dei migranti in questi centri³³.

³¹ Corte EDU, 1 settembre 2015, *Khlaifia v Italia*, n. 16483/12. Avverso la sentenza è stato proposto ricorso alla Grande Camera che, ad oggi, non si è pronunciata. Per un commento v. M. SAVINO, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Dir. immig. citt.*, 2015, n. 3-4, p. 50 ss.

³² La Corte ha dichiarato la violazione: dell'art. 3 CEDU per le condizioni di accoglienza dei ricorrenti nel CSPA; dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione poiché le modalità di esecuzione del rimpatrio violavano il divieto di espulsioni collettive; dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 e con l'art. 4 del Protocollo n. 4 per la mancanza di un rimedio effettivo cui gli stranieri potessero ricorrere per fare valere le loro ragioni.

³³ L. MASERA, *Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero sospettato di terrorismo*, in *speciale Quest. giust., Terrorismo internazionale, Politiche della sicurezza, Diritti fondamentali*, settembre 2016, p. 90, il quale pone di fronte al rischio di una «“fuga dal giudice”, verso meccanismi che consentono (...) all'autorità di polizia di incidere su interessi essenziali di primaria importanza (la libertà o la possibilità di vivere nel nostro Paese) al di fuori di un reale controllo giudiziale».

5. Il gap tra Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo in tema di garanzie.

Mentre la richiamata sentenza della Corte di Strasburgo si innesta in un *trend* proteso ad innalzare gli standard di tutela dei diritti fondamentali dei migranti³⁴, non altrettanto può dirsi ove si volga lo sguardo alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. In particolare, in alcune pronunce di quest'organo, pur a fronte di importanti affermazioni sul diritto all'ascolto nella sua dimensione "statica" e "dinamica", sembra prevalere una logica di efficienza del sistema che, probabilmente, trova la sua *ratio* nei numeri del fenomeno migratorio. Sebbene le decisioni sulle quali si soffermerà l'attenzione non riguardino specificamente gli *hotspots*, sono però indicative di un modo di leggere le garanzie processuali dei migranti che, nella prospettiva di una regolamentazione normativa del "sistema *hotspot*", richiederà una certa cautela da parte del legislatore.

Il tema sul quale si innestano alcune "discutibili" sentenze è quello della portata e del contenuto del diritto al contraddittorio, espressione del più generale diritto di difesa, nonché delle relative conseguenze in caso di violazione, nell'ambito della Direttiva c.d. "rimpatri"; in questa, infatti, non è stato precisato se e a quali condizioni debba essere garantito il rispetto del diritto dei cittadini di Stati terzi, soggiornanti irregolarmente, di essere sentiti e sulle conseguenze che debbono trarsi dalla violazione di questo diritto³⁵.

A livello europeo, il diritto al contraddittorio è sancito negli artt. 47 e 48 CFDE che garantiscono il rispetto dei diritti della difesa, nonché il diritto a un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale e nell'art. 41 CFDE che riconosce il "Diritto ad una buona amministrazione", così declinato: 1. Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dagli organi delle istituzioni. - 2. Tale diritto comprende, in particolare: - il diritto di ogni individuo ad essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio; - il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale; - l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni.

Secondo la Corte³⁶, quest'ultima disposizione si rivolge «alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, e non agli Stati membri»³⁷, con la conseguenza che l'individuo «non può trarre da questa norma un diritto al contraddittorio in qualsiasi

³⁴ V., ad esempio, Corte EDU, 21 gennaio 2011, M.S.S. v, Belgio, ricorso no. 30696/09; Corte EDU, G.C., 4 novembre 2014, Tarakhel v. Svizzera, ricorso no. 29217/12.

³⁵ Corte Giust., 5 novembre 2014, C-166/13, Mukarubega, § 41.

³⁶ Corte Giust., 5 novembre 2014, Mukarubega, cit., § 44; Corte Giust., 11 dicembre 2014, C-249/13, Boudjlida, §§ 32-33. Per alcune considerazioni critiche v. M.L. BASILIEN-GAINCHE, Removal orders and the right to be heard: the CJEU fails to understand the dysfunctional French asylum system, in EU Law Analysis, 12 dicembre 2014.

³⁷ Diversamente, sul punto, le conclusioni dell'Avvocato Generale Melchior Wathelet, 25 giugno 2014, C-166/13, Mukarubega, §§ 56 e 57, per il quale l'art. 41 CFDE si applica anche Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione.

procedimento relativo alla sua domanda». Posta questa premessa, si afferma come il diritto al contraddittorio costituisca parte integrante del rispetto dei diritti di difesa, «principio generale del diritto dell'Unione»³⁸. Seguono, poi, importanti puntualizzazioni sul contenuto di questo diritto: si pone l'accento, in particolare, sulla possibilità di manifestare «utilmente ed efficacemente» il proprio punto di vista, alla quale fa da contraltare l'obbligo, in capo all'amministrazione, di motivare in modo sufficientemente dettagliato e concreto le proprie decisioni³⁹.

Tuttavia, i diritti fondamentali, come quello di difesa, non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni a condizione che rispondano agli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti. Ora, proprio nel bilanciamento di interessi compiuto dalla Corte sembra prevalere, in alcuni momenti, quella logica "efficientista" alla quale si accennava. Ciò emerge, con evidenza, da un passaggio della motivazione della sentenza *Mukarubega*: «(...) occorre rilevare che il diritto di essere ascoltato prima di una decisione di rimpatrio non può essere strumentalizzato per riaprire indefinitamente la procedura amministrativa e ciò al fine di preservare l'equilibrio tra il diritto fondamentale dell'interessato di essere ascoltato prima dell'adozione di una decisione che gli arreca pregiudizio e l'obbligo degli Stati membri di lottare contro l'immigrazione clandestina» (§ 71). E così, la portata del diritto all'ascolto da parte del migrante irregolare, prima dell'adozione di una decisione di rimpatrio, è stata limitata ad una sola delle due fasi della procedura. Si è, infatti, affermato che il diritto al contraddittorio di cui all'art. 6 della Direttiva rimpatri non osta a che «un'autorità nazionale non ascolti il cittadino di un paese terzo specificamente in merito ad una decisione di rimpatrio allorché, dopo avere constatato l'irregolarità del suo soggiorno nel territorio nazionale in esito ad una procedura che ha pienamente rispettato il suo diritto ad essere ascoltato, intenda adottare nei suoi confronti una decisione di tale tipo a prescindere dal fatto che tale decisione di rimpatrio sia successiva o no a un diniego del permesso di soggiorno» (§ 82).

Anche in una successiva sentenza⁴⁰, nel bilanciamento tra interessi contrapposti, si è tenuto conto dell'obiettivo della Direttiva che mira al rimpatrio dei cittadini dei paesi terzi in condizioni di soggiorno irregolare verso i loro paesi d'origine. Così, secondo la Corte, il diritto di essere ascoltato prima di una decisione di rimpatrio deve essere interpretato nel senso non già che detta autorità ha l'obbligo di avvertire il soggetto, prima dell'audizione organizzata in vista di detta adozione, del fatto che essa prevede di adottare nei suoi confronti una decisione di rimpatrio, di comunicargli gli elementi su cui intende fondare la stessa decisione ovvero di concedergli un periodo di riflessione prima di ricevere le sue osservazioni, bensì nel senso che tale cittadino deve avere la possibilità di manifestare il proprio punto di vista in merito all'irregolarità del soggiorno

³⁸ Corte Giust., 5 novembre 2014, *Mukarubega*, cit., § 45; Corte Giust., 11 dicembre 2014, *Boudjlida*, cit., § 34.

³⁹ Corte Giust., 5 novembre 2014, *Mukarubega*, cit., § 46 ss.; Corte Giust., 11 dicembre 2014, *Boudjlida*, cit., § 36 ss.

⁴⁰ Corte Giust., 11 dicembre 2014, *Boudjlida*, cit., § 45.

e ai motivi che possono giustificare, in forza del diritto nazionale, che la stessa autorità si astenga dall'adottare una decisione di rimpatrio. Un'eccezione deve ammettersi nei casi in cui il cittadino non possa ragionevolmente prevedere gli elementi che potrebbero essere posti a suo carico o possa obiettivamente contestarli solo dopo aver effettuato alcune verifiche o adempimenti in vista, in particolare, dell'ottenimento di documenti giustificativi⁴¹. Una consistente limitazione del diritto di difesa si ravvisa nel passaggio della sentenza dove si precisa il contenuto del diritto all'assistenza difensiva, componente essenziale del diritto di difesa: il diritto all'assistenza di un legale prima dell'adozione di una decisione di rimpatrio può, infatti, essere esercitato purché non pregiudichi «il regolare svolgimento della procedura di rimpatrio e non comprometta l'efficace attuazione della direttiva 2008/2015» (§ 70) e, comunque, non vi è alcun onere per gli Stati membri di assumere l'assistenza nell'ambito del gratuito patrocinio (§ 71). Affermazione, questa, che nel caso dei migranti finisce per svuotare del tutto di contenuto il diritto di difesa.

Infine, la Corte si è pronunciata sul tema delle conseguenze nell'ipotesi di violazione del diritto ad essere ascoltati prima della decisione amministrativa sulla proroga del trattenimento⁴²: al riguardo si è affermato che il giudice nazionale chiamato a valutare la legittimità di tale decisione può ordinare la cessazione del trattenimento solo se ritiene, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto e di diritto di ciascun caso di specie, che questa violazione abbia effettivamente privato colui che la invoca della possibilità di difendersi più efficacemente, di modo che il procedimento amministrativo in questione avrebbe potuto comportare un risultato diverso. Una differente soluzione – automatico annullamento della decisione – avrebbe rischiato di compromettere l'effetto utile della direttiva oggetto di esame (§ 41).

Questo disallineamento tra le posizioni delle Corti⁴³ in tema di protezione dei diritti dei migranti crea il rischio di una collisione tra i due organi di giustizia, certamente non auspicabile se in area europea si vuole mantenere alto il livello di protezione dei diritti, anche dei “migranti”.

6. Il futuro “incerto” degli *hotspots*.

Se la situazione degli *hotspots* italiani è quella sin qui descritta – una sorta di terra di mezzo senza regole – non può non provocare dissenso la proposta, rimasta fortunatamente senza seguito, avanzata dal Ministro dell'Interno italiano, di creare degli

⁴¹ V. le considerazioni critiche di F. SPITALERI, *Il rimpatrio dell'immigrato in condizione di soggiorno irregolare: il difficile equilibrio tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell'Unione europea*, in S. AMADEO- F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Giappichelli, 2015, p. 316 s.

⁴² Corte Giust., 10 settembre 2013, C-383/13, M.G., N.R.

⁴³ Ravvisa, invece, una “convergenza” tra le due Corti M. SAVINO, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, cit., p. 66 s.

hotspots in mare, i c.d. “*floating hotspot*”⁴⁴. Nell’attuale quadro delle politiche in tema di immigrazione, si afferma che «uno degli scopi principali dei punti di crisi è quello di consentire all’Unione di accordare protezione e assistenza umanitaria in modo rapido a coloro che ne hanno bisogno; (...) occorre prestare una grande attenzione onde garantire che la classificazione dei migranti nei punti di crisi sia effettuata nel pieno rispetto dei diritti di tutti i migranti; riconosce, tuttavia, che una corretta identificazione dei richiedenti protezione internazionale nel primo punto di arrivo nell’Unione dovrebbe contribuire ad agevolare il funzionamento complessivo di un CEAS riformato» (§ 85)⁴⁵. Il metodo *hotspot* trova la sua ragion d’essere nella necessità di sperimentare nuovi strumenti, sia pure “tamponi” in questo caso, a fronte di una politica migratoria saldamente ancorata sul “sistema Dublino” che, negli anni, ha mostrato tutta la sua inadeguatezza⁴⁶. Perché il “nuovo”⁴⁷ possa trovare un suo spazio occorre, però, che non si trascuri la tutela dei diritti⁴⁸ e delle garanzie (anche processuali) dell’individuo-migrante, già nella fase iniziale dello sbarco sul territorio⁴⁹, ciò che invece è fino ad oggi spesso accaduto, come dimostra, tra l’altro, la sentenza della Corte di Strasburgo in precedenza richiamata.

⁴⁴ Al riguardo v. i dubbi espressi dal Parlamento europeo, interrogazione alla Commissione, 26 maggio 2016, P -004213-16, Hotspot galleggianti.

⁴⁵ Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, Relazione sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell’UE in tema di immigrazione, 23 marzo 2016.

⁴⁶ Sul tema, tra i tanti, C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell’Unione europea*, in *Riv. dir. intern.*, 2015, p. 13 ss.

⁴⁷ L’apertura di altri “punti di crisi”, a fronte dell’inadeguatezza di quelli esistenti, nonché la creazione di «punti di crisi mobili (con il sostegno delle agenzie dell’UE)» è stata sollecitata dalla Commissione europea, Bruxelles, 13 luglio 2016, COM (2016) 480 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, Quinta relazione sulla ricollocazione e il reinsediamento, p. 8.

⁴⁸ Efficace già nel titolo l’articolo di A. SCHIAVELLO, *Facciamo entrare la Costituzione negli hotspot dei migranti*, in *Repubblica*, 25 novembre 2016, p. XI.

⁴⁹ M. SAVINO, *L’«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, cit., p. 70, evidenzia come, a fronte della noncuranza del legislatore, il risultato che si è prodotto è «un’attività amministrativa sciolta dal vincolo della legalità-garanzia e tutta plasmata dall’imperativo efficientista».