Giustizia “precaria” per gli immigrati in Italia

Rapporto di missione

International Commission of Jurists

Composta da sessanta giudici, avvocati e giuristi eminenti provenienti da ogni angolo del mondo, la Commissione Internazionale di Giuristi (International Commission of Jurists – ICJ) promuove e salvaguardia i diritti umani attraverso lo stato di diritto, facendo uso della sua esperienza legale unica per sviluppare e rafforzare i sistemi giudiziari nazionali e internazionali. Costituitasi nel 1952 e attiva in cinque continenti, l'ICJ punta ad assicurare uno sviluppo progressivo e un'attuazione effettiva del diritto internazionale sui diritti umani e del diritto internazionale umanitario, a garantire la realizzazione dei diritti civili, culturali, economici, politici e sociali; a salvaguardare la separazione dei poteri, e a garantire l'indipendenza della magistratura e della professione forense.

® Giustizia "precaria" per gli immigrati in Italia

© Copyright International Commission of Jurists, 2014

L'ICJ permette la riproduzione gratuita di estratti da tutte le sue pubblicazioni, a condizione che ne sia dato il dovuto riconoscimento e una copia della pubblicazione contenente l'estratto sia inviata alla sua sede al seguente indirizzo:

International Commission of Jurists
P.O. Box 91
Rue des Bains 33
Geneva
Switzerland

La missione dell'ICJ e questo rapporto sono stati sostenuti da un finanziamento della Open Society Foundations.

Giustizia “precaria” per gli immigrati in Italia

Rapporto di missione

Ottobre 2014

Sommario

I. Introduzione 3
1. Il contesto 3
2. Lo scopo della missione 6
3. Introduzione alla diritto italiano sull'immigrazionea 8
a) Il diritto generale sull'immigrazione 8
b) Il ruolo del diritto internazionale 8
c) Il giudice di pace 9

II. L'espulsione 16
1. Diritto internazionale e comunitario 16
a) Il diritto internazionale sui diritti umani 16
b) Diritto comunitario 19
2. La normativa italiana in diritto e nella prassi 23
a) Tipi di espulsione 23
b) Ostacoli all'espulsione 27
c) Esecuzione del decreto di espulsione 29
d) Comunicazione dei provvedimenti 31
d) Diritto al controllo giurisdizionale e diritti procedurali 32
f) Mezzi di ricorso 36

III. Il sistema di detenzione 40
1. Diritto internazionale e comunitario 40
a) Il diritto internazionale sui diritti umani 40
b) Il diritto comunitario 43
2. La normativa italiana in diritto e in pratica 45
a) Motivi della detenzione 47
b) Comunicazione della decisione 49
c) Durata della detenzione 49
d) Diritti e procedure nel riesame giudiziario 50
e) Misure alternative alla detenzione 56
f) Accesso all'avvocato 57
g) Patrocinio a spese dello Stato 59
h) Mezzi di ricorso 60
i) Ricorsi contro le condizioni di detenzione 61
j) Riparazione dell'ingiusta detenzione 62

IV. Conclusioni e raccomandazioni 64
1. Il giudice e il diritto al ricorso 65
2. Questioni riguardanti il T.U. sull'Immigrazione 66
3. Il ruolo della magistratura 67

I. Introduzione

1. Il contesto

L'obiettivo della protezione dei diritti umani e di salvaguardia dello stato di diritto, nel contesto migratorio, è divenuto sempre più impegnativo a fronte della crescente migrazione verso l'Unione Europea (UE). A questo riguardo, non vi è dubbio che l'Italia sia oggi una delle più importanti porte d'ingresso verso l'UE. In questi ultimi anni la rotta del Mediterraneo centrale ha riassunto il suo ruolo centrale nei flussi migratori verso i Paesi del continente europeo, così come si evince dal grafico n° 2, che mette in confronto il numero di transiti attraverso le diverse rotte d'ingresso all'UE.[1] La situazione si è aggravata nel 2014 quando, secondo l'Alto Commissariato ONU per i rifugiati (UNHCR), il numero di arrivi di migranti e di richiedenti asilo aveva raggiunto circa le 100.000 persone già al 14 agosto, oltre il doppio del numero totale rispetto al 2013 (cfr. grafico n° 1).[2]

La risposta dell'Italia al numero crescente di arrivi di migranti verso le proprie coste, almeno dal 2008, è stata di rifiuto; un approccio meglio illustrato dalla politica di respingimento in mare aperto, attuata attraverso il tristemente noto *Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione* del 2008 con la Libia durante il regime di Mu'ammar Gheddafi.[3] Sulla base di questo trattato, le autorità italiane iniziarono pratiche di respingimento verso la Libia, che furono poi condannate dalla Corte Europea dei Diritti Umani (Corte EDU) quali violazioni del divieto di espulsione collettiva, del principio di *non-refoulement* e del diritto ad un ricorso effettivo, nel caso *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*.[4]

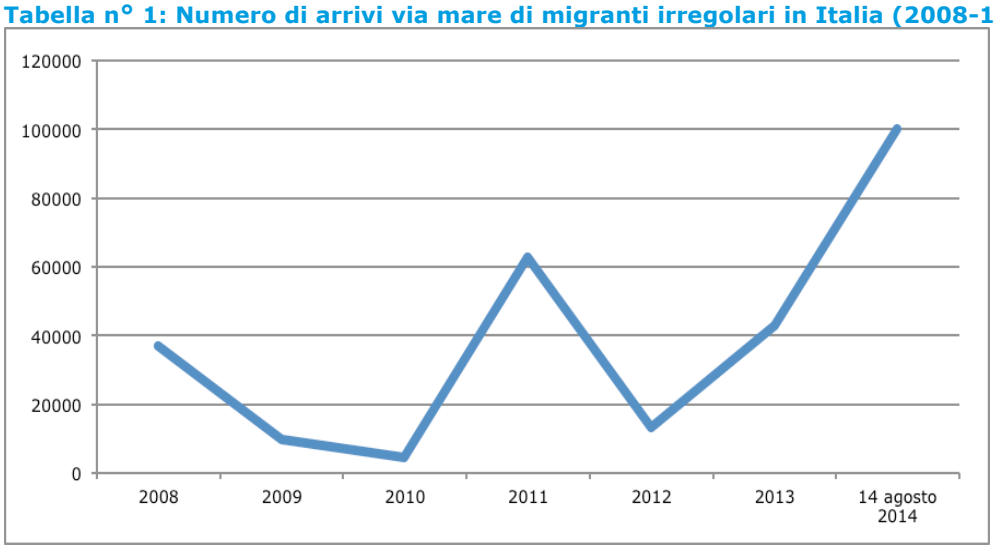
Recentemente, e positivamente, la situazione in mare aperto sembrava essere migliorata. Il 18 ottobre del 2013 la Repubblica Italiana ha attivato, in modo unilaterale, l'operazione *Mare Nostrum,* attraverso cui la Marina Militare, l'Aeronautica Militare, i Carabinieri, la Guardia di Finanza, la Capitaneria di Porto, personale del Corpo Militare della Croce Rossa Italiana e della Polizia di Stato, pattugliano il mare aperto, ma, in questo caso, per salvare i migranti in difficoltà e portarli a terra ferma sul territorio italiano.[5]

Sebbene lo svolgimento di questa operazione sia al di fuori dell'oggetto di questo rapporto, la Commissione Internazionale di Giuristi (*International Commission of Jurists – ICJ*) apprezza gli sforzi della Repubblica Italiana volti a salvare delle vite nel Mar Mediterraneo attraverso l'operazione *Mare Nostrum*. Questa lodevole impresa, tuttavia, ha chiaramente un impatto maggiore, rispetto al passato, sulle risorse del Paese.[6] Nel suo incontro con i rappresentanti

[1] È possibile vedere qualche correlazione tra la diminuzione degli arrivi nella rotta del Mediterraneo orientale (attraverso Grecia, Bulgaria e Cipro) e l'aumento verso l'Italia e Malta.
[2] UNHCR Italia, "Raggiunti i 100mila arrivi via mare in Italia", 13 agosto 2014, disponibile in https://www.unhcr.it/news/raggiunti-i-100mila-arrivi-via-mare-in-italia-oltre-la-meta-sono-persone-in-fuga-da-guerre-e-persecuzioni-necessario-fornire-alternative-alle-pericolose-traversate-via-mare
[3] Il trattato è stato preceduto da un accordo di cooperazione bilaterale del 29 dicembre 2007 e seguito da una modifica di quest'ultimo in un protocollo supplementare del 4 febbraio 2009. Si veda storia degli accordi nel caso *Hirsi Jamaa e altri contro. Italia*, Corte CEDU, GC, istanza n° 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012.
[4] *Hirsi Jamaa e altri contro. Italia*, Corte CEDU, GC, istanza n° 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012.
[5] Si veda una descrizione ufficiale dell'operazione *Mare Nostrum* in http://www.marina.difesa.it/attivita/operativa/Pagine/MareNostrum.aspx .
[6] Il Ministro dell'Interno, Angelino Alfano, ha dichiarato alla Camera il 16 aprile 2014 che l'operazione era costata oltre 9 milioni di euro al mese (vedere, verbali della discussione in http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0213&tipo=stenografico#sed0213.stenografico.tit00030.sub00010). Il 30 giugno, il Commissario UE Cecilia Malmström, a seguito dell'incontro con il Ministro dell'Interno italiano, ha annunciato che la Commissione Europea stava "mettendo al momento a disposizione 4 milioni di EUR nel quadro di Assistenza alle Emergenze per l'Italia, e stiamo cercando di vedere in quali modi potremmo contribuire ancora secondo le risorse che abbiamo a disposizione, per finanziare gli sforzi dell'Italia nell'accogliere i migranti e i rifugiati nel loro territorio" (traduzione ufficiosa). Secondo la stampa, il 15 agosto il Ministro dell'Interno Angelino Alfano, ha annunciato che l'operazione *Mare Nostrum* sarebbe terminata entro ottobre 2014 e sarebbe stata sostituita con una forza UE (La Repubblica, "Non si fermano gli sbarchi. In poche ore centinaia di migranti. Alfano: "A ottobre stop Mare Nostrum, via a forza UE"", 15 agosto 2014, disponibile in http://www.repubblica.it/cronaca/2014/08/15/news/sbarchi_di_immigrati-93825851/). Tuttavia, secondo la stampa, il 19 agosto il portavoce sia della Commissione Europea sia dell'agenzia UE sulle frontiere, FRONTEX, ha negato che le istituzioni UE abbiano la capacità di sostenere o di essersi mai offerte di prendersi carico (La Repubblica, "Emergenza migranti, l'UE gela

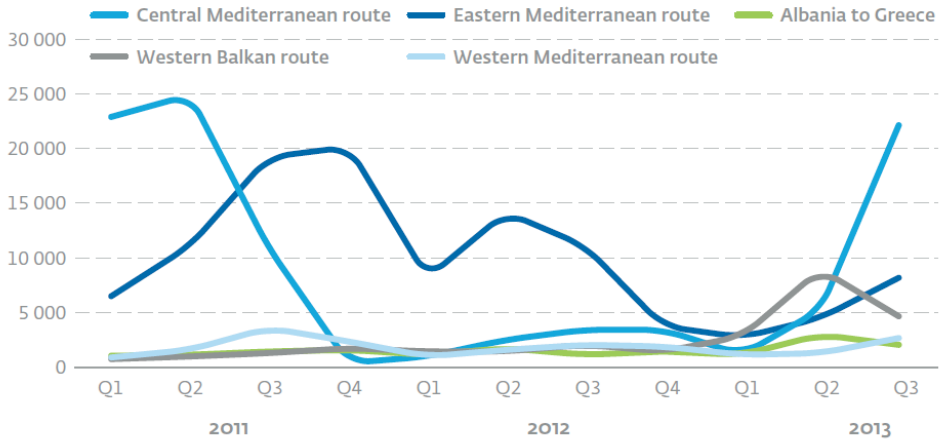
dei Dipartimenti per le libertà civili e l'immigrazione e della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno, è stato riferito alla missione dell'ICJ che, al momento della sua visita, vi erano circa 47.000 persone presenti in centri di accoglienza e che la capienza totale a livello nazionale era sottoposta a pressioni al di là dei limiti previsti.[7]

Tabella n° 1: Numero di arrivi via mare di migranti irregolari in Italia (2008-14 agosto 2014)



Fonte: Ministero dell'Interno, UNHCR.

Tabella n° 2: Evoluzione delle rotte migratorie verso l'UE (2011-2013)



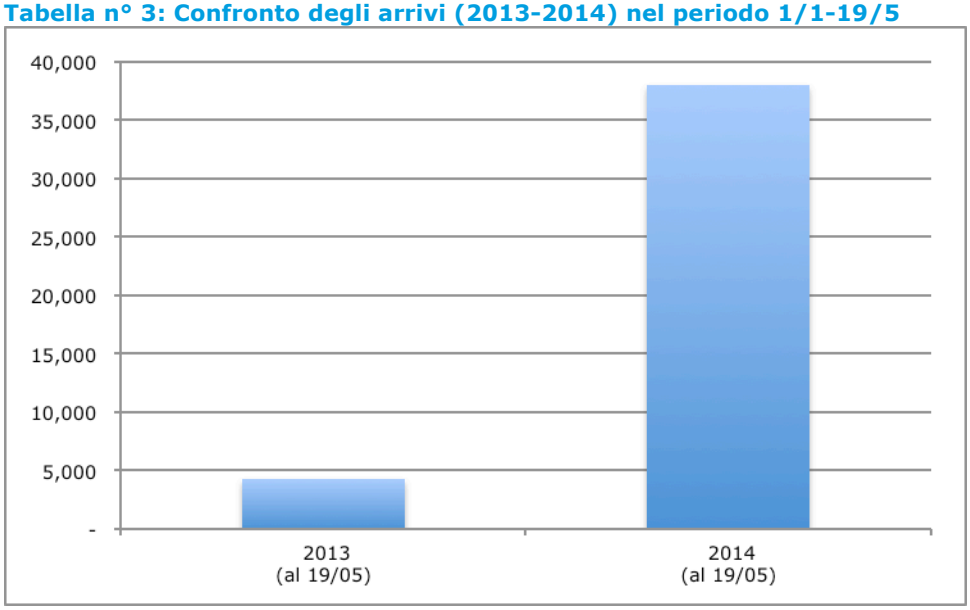
Source: FRAN data as of 5 November 2013

Pubblicato da Frontex, FRAN Quadrimestrale, Quadrimestre 3, luglio-settembre 2013, p. 15.

l'Italia su Frontex: "Non ha i mezzi per subentrare a Mare nostrum", 19 agosto 2014, disponibile in http://www.repubblica.it/cronaca/2014/08/19/news/emergenza_migranti_frontex_gela_l_italia_non_abbiamo_mezzi-94075220/?ref=HREC1-6). Più recentemente, mentre il Ministro italiano degli Interni, Angelino Alfano, ha ripetutamente annunciato che l'operazione Frontex Plus sostituirà Mare Nostrum, la Commissione Europea e Frontex hanno ribadito che l'operazione Tritone non può rimpiazzare Mare Nostrum, e che, dunque, tutti gli sforzi "umanitari" restano di pertinenza di Mare Nostrum e, in ogni caso, non dell'UE.

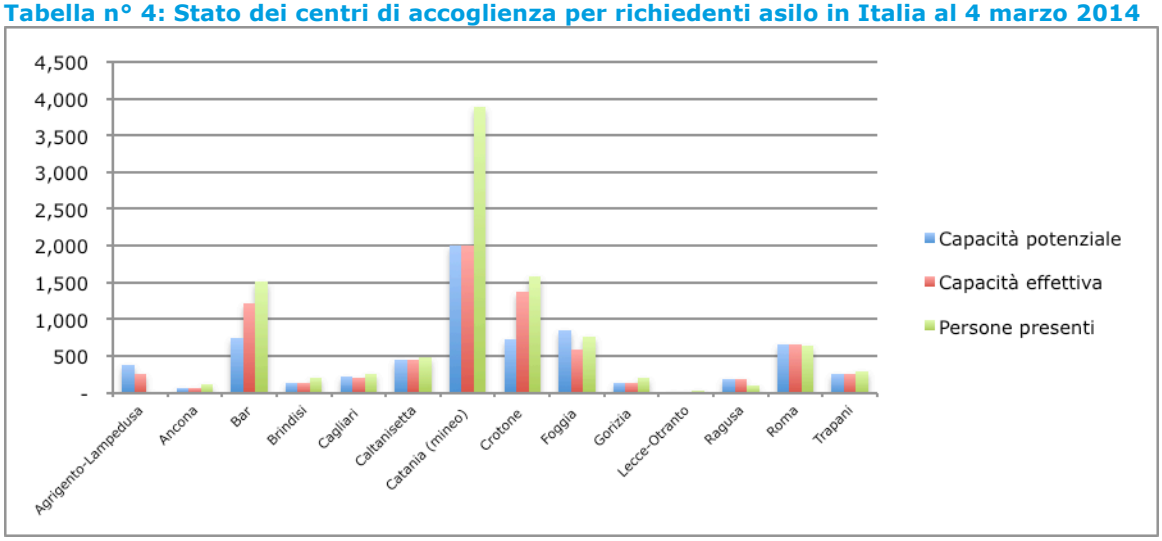
[7] È stato riferito alla missione, nella riunione con i rappresentanti del Dipartimento delle Libertà Civili e Immigrazione e della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno italiano, che le autorità non consideravano che *Mare Nostrum* potesse costituire un "fattore di traino" nell'attirare l'immigrazione, ma piuttosto un'operazione di "controllo del danno". È stato suggerito che i maggiori fattori di traino sono stati i conflitti in Africa e Medio Oriente negli ultimi anni, compresi i conflitti armati in Libia, Mali e Siria.

Tabella n° 3: Confronto degli arrivi (2013-2014) nel periodo 1/1-19/5



Fonte: ISMU

Tabella n° 4: Stato dei centri di accoglienza per richiedenti asilo in Italia al 4 marzo 2014



Fonte: ISMU

Sebbene le questioni più ampie sull'immigrazione verso l'UE esulino dall'oggetto di questo rapporto, l'ICJ condivide la posizione espressa dai funzionari italiani che l'immigrazione attraverso il Mar Mediterraneo e l'Europa meridionale non sia strettamente un problema nazionale, bensì globale e specialmente europeo, e che l'UE dovrebbe impegnarsi maggiormente, in modo conforme ai diritti umani, in operazioni marittime cruciali per la salvaguardia della vita dei migranti. I Paesi Membri dell'UE dovrebbero intensificare gli sforzi verso una "europeizzazione" delle frontiere, contribuendo sostanzialmente all'operazione *Mare Nostrum*. Non è tuttavia corretto considerare che la responsabilità di tale impegno, nelle attuali circostanze, spetti soltanto alla Commissione Europea e all'agenzia UE sulle frontiere, FRONTEX, le cui risorse non sarebbero in grado di alleviare sufficientemente il peso degli sforzi italiani in questa operazione. L'ICJ esprime dunque preoccupazione per i recenti annunci sulla possibile fine di questa operazione.

In Italia la situazione si è ulteriormente complicata per effetto del Regolamento di Dublino che, sebbene alla sua terza riformulazione, privilegia ancora il Paese di primo arrivo irregolare del richiedente asilo quale Paese responsabile della disamina della domanda di protezione

internazionale. Questo sistema pone l'Italia dinanzi a un dilemma: il salvataggio dei migranti in alto mare, in una situazione di costante crescita degli arrivi, mette inevitabilmente sotto pressione le risorse limitate del sistema di accoglienza e di asilo. Come si è visto precedentemente, nel 2014, il numero di migranti approdati in Italia è già raddoppiato. Sebbene il sostegno finanziario e i fondi dell'UE possano certamente essere di qualche aiuto, è difficile che solo queste misure possano sollevare la situazione del Paese nel breve termine. L'incremento e il miglioramento delle capacità e delle condizioni di accoglienza, e delle risorse umane all'interno del sistema di valutazione in materia di asilo, ordinati dal Governo attraverso il decreto legge n° 119 del 22 agosto 2014,[8] esigono non soltanto risorse finanziarie ma anche tempo e pianificazione. È chiaro che gli oneri legati all'afflusso di migranti dovrebbero essere condivisi in modo più equo tra i Paesi Membri dell'UE. Per anni i difensori dei diritti umani hanno posto l'accento sull'assurdità della centralità del criterio di ingresso irregolare nel sistema di Dublino, e le recenti revisioni non hanno cambiato questo fattore.[9] Diventa ormai imperativo che i Paesi Membri – responsabili, in ultima analisi, di questa situazione di stallo – ripensino a fondo il sistema di gestione dell'immigrazione e dell'asilo verso l'UE.

2. Lo scopo della missione

Questo rapporto, però, non tratta di *Mare Nostrum* oppure della situazione dei migranti che tentano di raggiungere l'UE via mare. Questo rapporto si concentra su un tema molto più quotidiano: la possibilità per gli immigrati irregolari che sono sottoposti ad ordine di espulsione, allontanamento e/o trattenimento amministrativo (in seguito, "detenzione")[10] di avere accesso alla giustizia per impugnare i provvedimenti di espulsione e detenzione, e se il sistema giudiziario garantisca, in modo adeguato e corretto, i loro diritti sostanziali e procedurali.

L'ICJ ha spesso sottolineato che la professione forense, compresi i giudici, gli avvocati e i pubblici ministeri, è vitale non soltanto per salvaguardare lo stato di diritto in generale, ma anche per garantire il rispetto, la protezione e la realizzazione dei diritti umani e un accesso alla giustizia effettivo.[11] Nel contesto dell'immigrazione questo ruolo non è meno importante. Sulla base di queste considerazioni, l'ICJ ha deciso di intraprendere una missione per stabilire se i magistrati la cui competenza si estende necessariamente alla protezione dei diritti umani per gli immigranti irregolari soggetti a espulsione o detenzione, ovvero i giudici di pace, siano in grado e messi nelle condizioni di poter esercitare questo compito in modo corretto ed efficace. La missione si è impegnata, inoltre, a verificare se il sistema giuridico italiano, nel diritto e nella prassi, sia in grado di garantire l'accesso alla giustizia ai migranti sottoposti ad espulsione o detenzione, ivi compresa la tutela del godimento di tutti i diritti procedurali correlati.[12]

L'accesso alla giustizia comprende, chiaramente, molto di più della semplice equità procedurale in materia di espulsioni o trattenimento amministrativo, ma si estende alla protezione di tutti i diritti civili, culturali, economici, politici e sociali. Ciononostante, alcuni

[8] Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri dell'8 agosto 2014, disponibile in http://www.governo.it/Governo/ConsiglioMinistri/dettaglio.asp?d=76500 .
[9] Vedere tra gli altri, *The Dublin II Trap: Transfers of asylum seekers to Greece*, Index : EUR 25/001/, marzo 2010 ; Forum Réfugiés – Cosi, l'Hungarian Helsinki Committee e il European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Dublin II Regulation: Lives on Hold*, febbraio 2013 ; Human Rights Watch, *EU: Put Rights at the Heart of Migration Policy*, 20 giugno 2011.
[10] Per motivi di brevità, questo termine sarà utilizzato nel rapporto, in maniera intercambiabile, per intendere soltanto la "detenzione amministrativa" o il "trattenimento amministrativo". Altre forme di privazione della libertà saranno identificate sia attraverso nomenclature diverse, ad es. "reclusione", oppure attraverso altri aggettivi specifici.
[11] Vedere ICJ Dichiarazione di Delhi, 10 gennaio 1959 ; ICJ Dichiarazione di Bangkok, 19 febbraio 1965 ; ICJ Dichiarazione di Berlino Difesa dei Diritti Umani e dello Stato di Diritto nella lotta contro il Terrorismo, 28 agosto 2004 ; ICJ Dichiarazione di Ginevra e Piano d'Azione nella Difesa dello Stato di Diritto e il Ruolo dei Magistrati e Avvocati in Tempi di Crisi, 3 dicembre 2008 ; ICJ Dichiarazione sull'accesso alla giustizia e diritto al ricorso, 12 dicembre 2012.
[12] La missione non ha preso in considerazione la questione del reato penale di immigrazione clandestina o soggiorno irregolare, contenuti all'art. 10-bis del d.lgs. n° 286/1998 così come modificato (di qui i poi "T.U. sull'Immigrazione") e punito con ammenda, poiché al momento vi sono in Parlamento delle modifiche in corso e la valutazione su queste sarebbe opinabile o prematura, dipendendo dalla soluzione adottata dal legislatore.

casi sollevati a livello internazionale,[13] comprese diverse sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani (Corte EDU),[14] hanno posto l'attenzione sul ruolo del "giudice" nei procedimenti di espulsione e di detenzione, di cui i giudici di pace hanno assunto la responsabilità durante gli ultimi dieci anni. In considerazione di questi sviluppi, l'ICJ ha deciso di esaminare il sistema alla luce del diritto e degli standard internazionali.

Una missione dell'ICJ (in seguito, "la missione"), composta da Ketil Lund, ex giudice della Corte Suprema norvegese e Commissario dell'ICJ, Ian Seiderman, ICJ Director of Law and Policy, e Massimo Frigo, ICJ Legal Adviser, ha, dunque, visitato Roma e Milano dal 2 al 6 giugno del 2014. La missione ha visitato, a Roma, il Centro di Identificazione ed Espulsione (C.I.E.) di Ponte Galeria ed incontrato funzionari di polizia e i responsabili dell'organizzazione non governativa (o.n.g.) che gestisce il centro. La missione ha tenuto incontri e scambiato punti di vista con: alti funzionari dei Dipartimenti per le libertà civili e l'immigrazione e della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno; con la coordinatrice per le ricerche sul giudice di pace della clinica di giurisprudenza dell'Università Roma Tre (si veda, riquadro n° 4); una ventina di avvocati e rappresentanti della società civile dedicati a fornire assistenza legale a migranti; otto giudici di pace facenti parte della sezione immigrazione; e un giudice della Corte di Cassazione. La missione si è inoltre incontrata, a Milano, con quattordici avvocati e rappresentanti della società civile dedicati a fornire assistenza legale a migranti; e con sette giudici di pace della sezione immigrazione. Si è svolta, inoltre, un'intervista con un giudice di pace di Bologna attraverso mezzi elettronici.

La missione, durante la sua visita a Roma e a Milano, ha avuto la possibilità di scambiare punti di vista con i rappresentanti dell'Unione Democratica Giudici di Pace e Giudici Onorari (UDGDP), della Confederazione Giudici di Pace, dell'Unione Nazionale Giudici di Pace, dell'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), del Consiglio Italiano per i Rifugiati (CIR), del Centro Astalli, dell'Unione Camere Penali, dell'Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani (UFTDU), della Federazione Chiese Evangeliche in Italia (FCEI), dell'associazione "Progetto Diritti", e dell'associazione Naga.

Questo rapporto si basa sul diritto e gli standard internazionali riguardanti i diritti umani. È diviso in due capitoli principali: uno dedicato al sistema di espulsione (Capitolo II) ed un secondo al sistema di detenzione (Capitolo III). In questi capitoli, tali sistemi saranno presentati dal punto di vista del diritto e della prassi, e sarà fornita un'analisi della loro conformità con il diritto e gli standard internazionali, per poi terminare con le conclusioni e le raccomandazioni dell'ICJ.

[13] Financial Times, "Kazakhstan opens way for return of Alma Shalabayeva", 23 luglio 2013, disponibile in http://www.ft.com/cms/s/0/8ec033ce-f3ae-11e2-942f-00144feabdc0.html#axzz3AolVj9KW ; Rapporto di una missione del Senato italiano in Kazakhstan, disponibile in http://www.senato.it/istanza/xmanager/projects/leg17/file/Incontro%20con%20Alma%20Shalabayeva%20e%20sua%20figlia%20Alua.pdf ; FIDH, "Italy – Kazakhstan: Italy grants refugee status to Alma and Aula Shalabayeva", 25 aprile 2014, disponibile in http://www.fidh.org/en/europe/Italia/15232-Italia-kazakhstan-Italia-grants-refugee-status-to-alma-e-alua-shalabayeva .

[14] Cfr. *Seferovic c. Italia*, Corte EDU, istanza n° 12921/04, sentenza dell'8 febbraio 2011; *Hokic e Hrustic c. Italia*, Corte EDU, istanza n° 3449/05, sentenza dell'1 dicembre 2009; *Mannai c. Italia*, Corte EDU, istanza n° 9961/10, sentenza del 27 marzo 2012; *Tuomi c. Italia*, Corte EDU, istanza n° 25716/09, sentenza del 5 aprile 2011; *Saadi c. Italia*, Corte EDU, istanza n° 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008; *Ben Salah c. Italia*, Corte EDU, istanza n° 38128/06, sentenza del 24 marzo 2009; *Darraji c. Italia*, Corte EDU, istanza n° 11549/05, sentenza del 24 marzo 2009; *O. c. Italia*, Corte EDU, istanza n° 37257/06, sentenza del 24 marzo 2009; *Soltana c. Italia*, Corte EDU, istanza n° 37336/06, sentenza del 24 marzo 2009.

3. Introduzione alla diritto italiano sull'immigrazione

a) Il diritto generale sull'immigrazione

L'articolo 10 della Costituzione italiana recita:

> *L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.*
> *La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.*
> *Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge.*
> *Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici*.

Il diritto italiano che disciplina l'espulsione e la detenzione di immigrati irregolari è, a dir poco, complesso, imperniato sul decreto legislativo 286/1998, il Testo Unico sull'Immigrazione (in seguito, "T.U. sull'Immigrazione"), più volte modificato nell'ultimo ventennio, e risultato in un coacervo di leggi e un aumento di disomogeneità e incoerenza del medesimo sistema. L'entrata in vigore della *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* (in seguito, "Direttiva Rimpatri") avrebbe dovuto portare a una codificazione coerente del quadro giuridico, attraverso una riforma olistica dell'intero sistema, in linea con la Direttiva stessa e con il diritto internazionale dei diritti umani e dei rifugiati. Invece, è stata attuata mediante la promulgazione affrettata di un decreto legge, accelerata dall'eccessivo ritardo delle autorità italiane nel recepimento della Direttiva stessa e dall'inizio di una legittima procedura d'infrazione da parte della Commissione Europea. Questo processo frettoloso ha stroncato sul nascere qualsiasi tentativo di stabilire una coerenza e ha portato a quelle discrepanze tra la legislazione nazionale e il diritto comunitario a cui ci riferiremo successivamente.

Le procedure di rimpatrio, a cui faremo riferimento in questo rapporto, sono attuate in due fasi: una dichiarativa e una esecutiva. Nella fase dichiarativa, il provvedimento di espulsione o di respingimento stabilisce in genere lo status attribuito all'immigrato irregolare, vale a dire la situazione di incompatibilità della sua presenza sul territorio nazionale (o del suo ingresso) rispetto al quadro normativo nazionale. Nella fase esecutiva, gli ordini di trattenimento amministrativo, di accompagnamento coattivo o di partenza volontaria costituiscono le misure di attuazione del provvedimento dichiarativo. Nella prassi, queste distinzioni variano secondo la situazione: ad esempio, nei casi di respingimento alla frontiera, il provvedimento dichiarativo e la relativa esecuzione si fondono. Per contro, nei casi di respingimento "differito" (vedere Capitolo II) e di espulsione, potranno intervenire misure e autorità diverse nella fase dichiarativa e in quella esecutiva.

b) Il ruolo del diritto internazionale

La tutela dei diritti umani è sancita dal diritto italiano, sia espressamente nella Costituzione e mediante disposizioni di legge che ribadiscono la diretta applicabilità del diritto internazionale sui diritti umani, sia attraverso il diritto comunitario, in modo particolare la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (in seguito, "la Carta UE"). Diritti specifici, come il diritto alla salute, all'uguaglianza o all'istruzione, sono compresi esplicitamente nella Costituzione, mentre il suo articolo 2 lascia spazio all'inclusione di ulteriori diritti, stabilendo che "[l]a Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità."

Il diritto internazionale sui diritti umani è applicabile all'interno del sistema giuridico italiano, quando sia sufficientemente preciso da essere immediatamente esecutivo, attraverso l'art. 10 della Costituzione, che incorpora il diritto internazionale consuetudinario, e l'art. 117.1, il quale prevede che "[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali." Attraverso questa disposizione costituzionale, la legislazione nazionale deve garantire gli obblighi sui diritti umani espressi sia dal diritto internazionale consuetudinario sia da quello pattizio. La Corte Costituzionale, con le sentenze 348 e 349 del 2007, ha stabilito che tutta la legislazione interna deve essere compatibile con la Convenzione Europea dei Diritti Umani (CEDU), così come interpretata dalla Corte Europea dei Diritti Umani.

Infine, oltre al riferimento compreso nel sopra citato art. 117.1, il diritto comunitario è direttamente applicabile dai tribunali nazionali attraverso l'art. 11 della Costituzione, il quale stabilisce che l'Italia "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo." Attraverso questa clausola costituzionale, tutto il diritto comunitario è direttamente applicabile, tra cui, in primo luogo, la Carta UE, quando si è in competenze di diritto comunitario.[15] Tutta la normativa nazionale deve essere interpretata alla luce degli obblighi di diritto comunitario e deve essere disapplicata se ne è irrimediabilmente in conflitto.

c) Il giudice di pace

Il giudice di pace si trova al centro del sistema di protezione giurisdizionale dei diritti umani degli immigrati irregolari nelle situazioni di espulsione e di trattenimento amministrativo. L'importanza di questo ufficio merita una disamina già a questo punto.

L'ufficio del giudice di pace fu stabilito in Italia dalla legge n° 374 del 21 novembre del 1991. Ai sensi dell'art. 106 della Costituzione, la legge sull'Ordinamento Giudiziario prevede che il magistrato "onorario" abbia tutte le funzioni che sono attribuite al "giudice unico" togato. Per ciò che riguarda i magistrati togati, in contrasto con i giudici di pace, la Costituzione prevede che essi debbano essere nominati a seguito di concorso.[16] I magistrati togati hanno un mandato permanente, sono nominati a seguito di concorso pubblico e ricevono uno stipendio fisso. Vale la pena notare che, nonostante il loro status onorario, i giudici di pace sono giudici "ordinari" e, come tali, competenti a giudicare i casi che riguardano i diritti soggettivi, così come sancito dagli articoli 1 e 4 della legge sull'Ordinamento Giudiziario.[17] Essi non sono giudici amministrativi le cui competenze sono limitate ad interessi legittimi. Il giudice di pace, che era, in precedenza, competente soltanto per alcune cause civili specifiche (beni mobili di valore fino a 5.000 Euro e cause civili relative al risarcimento del danno per incidenti stradali fino ad un ammontare di 20.000 Euro),[18] è stato incaricato successivamente, dal decreto legislativo n° 274 del 28 agosto 2000, di deliberare su reati penali minori.

[15] Art. 52, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (in seguito, "la Carta UE").
[16] Cfr. art. 106.1, Costituzione.
[17] Artt. 1 e 4 del Regio Decreto n° 12 del 30 gennaio 1941, come modificato.
[18] Art. 7 c.p.c., come inserito dalla legge n° 374 del 21 novembre 1991, come modificata.

Riquadro n° 1: Giudici onorari e giudici di pace

La magistratura onoraria, in opposizione ai giudici togati, è composta da:

1. Giudici di pace istituiti nel 1991, come sopra citato;
2. Giudici onorari aggregati, nominati per assistere nella risoluzione di cause civili di primo grado in corso fino al 30 aprile 1995, a causa della riforma del codice di procedura civile;
3. Giudici onorari del tribunale in supporto degli uffici giudicanti;
4. Vice procuratori onorari, che collaborano con gli uffici inquirenti;
5. Esperti nei tribunali e sezioni di corte d'appello dei minori;
6. Giudici popolari nelle corti d'assise;
7. Esperti nel tribunale di sorveglianza;
8. Esperti nelle sezioni specializzate agrarie.

Ciascuno di questi gruppi di giudici è disciplinato da leggi diverse. A tutti essi ci si riferisce come "giudici onorari" sebbene i loro ruoli siano nettamente diversi.

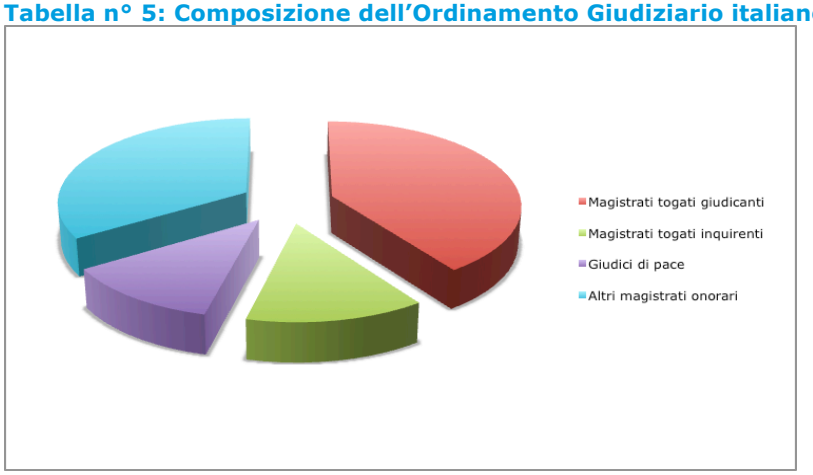
L'ufficio del giudice di pace è molto precario. In origine, l'art. 7 della legge n° 374/1991, stabiliva che i giudici di pace potessero essere nominati per un periodo di quattro anni, rinnovabili una volta sola. Alla fine di questi due mandati, i giudici di pace dovevano attendere quattro anni prima di richiedere una nuova nomina. Il suddetto articolo è stato emendato almeno sei volte, per risultare in termini di nomina a quattro anni, rinnovabili una volta sola, più un altro termine di due anni, e nel rinnovo del loro mandato per uno o due anni alla volta. Tali riforme sono state soltanto delle misure temporanee in attesa della riforma di tutta la categoria dei giudici onorari.[19] L'ultima modifica, nel 2013, stabilisce che, "[i]n attesa della complessiva riforma dell'ordinamento dei giudici di pace, il magistrato onorario che esercita le funzioni di giudice di pace dura in carica quattro anni e puo' essere confermato per un secondo mandato di quattro anni e per un terzo mandato di due anni."[20] La precarietà di tale ufficio è anche dimostrata dal fatto che i giudici di pace sono pagati a cottimo e non con stipendio.

Con la sentenza n° 222 del 15 luglio 2004, la Corte Costituzionale stabilì che il T.U. sull'Immigrazione, che consentiva di procedere all'accompagnamento coattivo alla frontiera senza una previa autorizzazione giudiziaria entro 48 ore, violava le garanzie procedurali sul diritto alla libertà personale sancite dall'art. 13 della Costituzione. La Corte sostenne che la mancanza di procedure giurisdizionali violava, inoltre, il diritto ad un procedimento in contraddittorio e i diritti della difesa ai sensi degli artt. 111 e 24 della Costituzione.

In risposta a questa sentenza, il Parlamento approvò la legge n° 271 del 12 novembre 2004 che convertiva in legge il decreto legge n° 241 del 14 settembre 2004. Tale legge ha attribuito al giudice di pace la competenza giurisdizionale sull'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera e il trattenimento amministrativo, rimuovendola dai giudici togati. Questa decisione venne motivata dal Legislatore come necessaria a ridurre il carico di lavoro dei giudici togati.[21]

[19] Vedere le modifiche in Normattiva, http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1991-11-21;374 .
[20] Art. 7.1, legge n° 374/1991, come modificata (traduzione non ufficiale).
[21] Relazione, d.d.l. n° 3107, Senato: "Il significativo aggravio del carico di lavoro, che l'introduzione della udienza di convalida dell'accompagnamento alla frontiera comporta, ha consigliato una complessiva rimeditazione della competenza, attribuendo l'intera materia della convalida dell'accompagnamento e del trattenimento, nonchè del reclamo avverso il decreto di espulsione, al giudice di pace, e liberando conseguentemente da tale incombenza il tribunale."

Tabella n° 5: Composizione dell'Ordinamento Giudiziario italiano

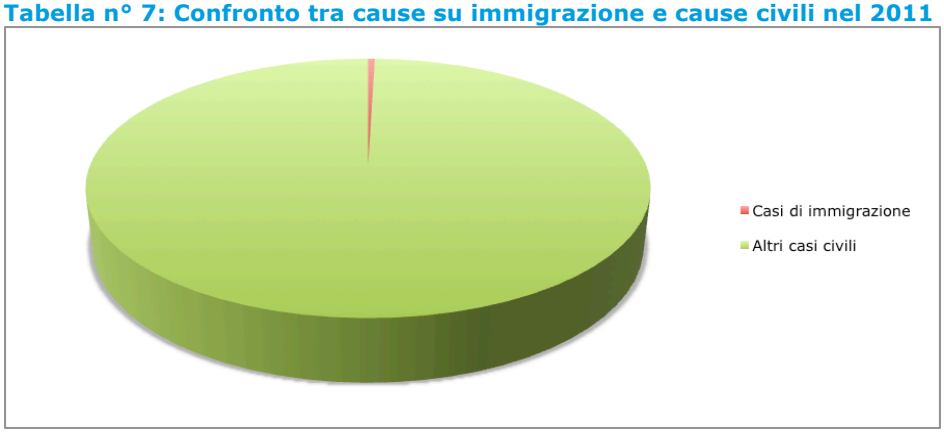


Fonte: Consiglio Superiore della Magistratura[22]

Tabella n° 6: Numero dei giudici di pace in Italia (1995-2013)

Fonte: Servizio studi Senato 2013

Tabella n° 7: Confronto tra cause su immigrazione e cause civili nel 2011



Fonte: ISTAT[23]

[22] Vedere in http://astra.csm.it/organicoOrdinari/orgord.php.
[23] Vedere in http://www.istat.it/en/files/2013/12/Cap_6.pdf.

Alcuni dei giudici di pace, incontrati dalla missione, hanno riferito di considerare che tale investitura si giustificasse nel fatto che il giudice di pace "è più radicato sul territorio" e conosce meglio le realtà locali. D'altra parte, è stato inoltre riferito da alcuni avvocati che l'attribuzione di tale competenza fu una conscia scelta politica, ben sapendo che la situazione precaria accrescerebbe la possibilità di assoggettare i giudici di pace alla pressione o al controllo del potere esecutivo.

La missione dell'ICJ ha incontrato un certo numero di giudici di pace che hanno dimostrato un grande impegno nello svolgimento delle proprie funzioni, incluso il loro dovere di salvaguardare lo stato di diritto nel campo dell'immigrazione. È stato riferito ai membri della missione, durante la loro visita a Roma e Milano, che i giudici di pace che lavorano nel campo dell'immigrazione hanno scelto volontariamente di specializzarsi nel settore e che tale scelta non li esenta dal doversi occupare anche di case civili o penali. È stato riferito che i giudici di pace devono spesso essere reperibili, per i casi di immigrazione, e che non si considerano sufficientemente remunerati. Alcuni giudici di pace, infatti, hanno comunicato ai membri della missione di aver scelto di occuparsi della materia dell'immigrazione per senso di dovere o per stimolo intellettuale, dato che i casi di immigrazione sono remunerati in maniera inferiore rispetto, ad esempio, a quelli sulle violazioni del codice della strada.

Molto giudici di pace incontrati dalla missione hanno espresso un senso generale di frustrazione dovuta al fatto di sentire di avere "gli stessi doveri dei magistrati togati, senza gli stessi diritti". Parecchi hanno manifestato un senso di abbandono ed alcuni hanno espresso l'opinione che la propria indipendenza istituzionale potrebbe esserne limitata, in particolare, considerando la precarietà della loro situazione lavorativa.

La missione ha notato una notevole disparità di condizioni tra gli uffici dei giudici di pace che lavorano su casi di immigrazione a Roma rispetto a quelli di Milano. L'impressione generale è stata che, riguardo gli uffici di Roma, all'interno della sezione penale dei giudici di pace, vi fosse una carenza di risorse adeguate, in modo particolare di risorse umane. La struttura dei due uffici era molto diversa, con l'ufficio di Milano molto più simile ad un aula di tribunale rispetto a quello di Roma.

Il Consiglio d'Europa nella sua *Raccomandazione sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità*[24] stabilisce che "[s]petta alle autorità responsabili per l'organizzazione e il funzionamento del sistema giudiziario creare le condizioni che consentano ai giudici di svolgere la loro missione e raggiungere l'efficacia, ferma la salvaguardia ed il rispetto per l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici."[25] Più precisamente, "[o]gni stato deve assegnare ai tribunali risorse, strutture e attrezzature adeguate che consentano loro di operare in conformità alle esigenze di cui all'articolo 6 della Convenzione e per consentire ai giudici di lavorare in modo efficace."[26] e "[a]i tribunali deve essere assegnato un numero sufficiente di giudici e di personale di supporto adeguatamente qualificato."[27]

Pur non essendo grado di intraprendere un'attività di ricerca significativa sulla ripartizione delle risorse finanziarie ai giudici di pace, l'ICJ esprime la preoccupazione che le autorità statali non stiano assegnando "ai tribunali risorse, strutture e attrezzature adeguate che consentano loro […] di lavorare in modo efficace" né personale di supporto sufficiente. Essendo cosciente che questo problema si estenderebbe a tutta la magistratura, l'ICJ sollecita il governo italiano ad assegnare risorse, strutture e attrezzature adeguate e personale di supporto alla magistratura nel suo insieme. Questa non è soltanto una questione di rispetto del diritto a un processo equo, ma tocca tutto il funzionamento dello stato di diritto.

[24] *Raccomandazione sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità,* Consiglio d'Europa, adottata dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010, in occasione della 1098a riunione dei Delegati dei Ministri.
[25] Art. 32, Raccomandazione sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità (traduzione ufficiosa del Consiglio d'Europa).
[26] Art. 33, *ibid*.
[27] Art. 35, *ibid*.

La missione è stata informata che il Ministro della Giustizia sta al momento preparando un programma globale di riforma dell'ufficio del giudice onorario, ivi compresi i giudici di pace, previa consultazione delle associazioni del settore. Benché la riforma del sistema nel suo insieme vada oltre lo scopo di questo rapporto, l'ICJ ha identificato due problemi fondamentali che riguardano la situazione strutturale dell'ufficio del giudice di pace e che sono incompatibili con la presunta indipendenza e imparzialità istituzionale e individuale e, pertanto, incidono sulla capacità dei giudici di pace di garantire un ricorso effettivo alle violazioni potenziali o effettive dei diritti umani e nell'assicurare l'accesso alla giustizia.[28]

Il primo ambito riguarda la **certezza di permanenza nelle funzioni**. Come si è visto, i giudici di pace non hanno una carica permanente. Il loro mandato è soggetto a rinnovo, e le condizioni dello stesso sono cambiate nel tempo, ma questa prassi è, di per se, altamente problematica in relazione alla pressione a cui sottopone l'indipendenza della magistratura, in termini sia di percezione che del suo esercizio. Durante la sua visita, l'ICJ è stata messa a conoscenza del fatto che vi sono degli impedimenti costituzionali per poter garantire una carica permanente ai giudici di pace. In effetti, la Corte Costituzionale considera che i giudici di pace non debbano sottoporsi a concorso pubblico, così come prevede l'art. 106 della Costituzione, proprio per la natura emergenziale e temporanea della carica. Qualora avessero una carica permanente dovrebbero essere considerati giudici togati e, come tali, dovrebbero sottoporsi al sistema di concorso pubblico.[29] Ciò dà adito necessariamente a dei timori riguardo la competenza e l'indipendenza dei magistrati onorari.

Le norme internazionali designano un quadro giuridico che disciplina la certezza di permanenza nelle funzioni come necessaria a salvaguardare l'indipendenza della magistratura. Secondo le norme universali, in particolare ai sensi dell'art. 12 dei *Principi fondamentali dell'ONU sull'indipendenza della magistratura,*[30] "i magistrati, siano essi nominati o eletti, devono godere della certezza di permanenza nelle funzioni fino al raggiungimento dell'età pensionabile obbligatoria o fino a scadenza del loro mandato, laddove ciò sia previsto."[31] Lo *Statuto Universale del Giudice*[32] dell'Unione Internazionale dei Magistrati afferma che un "[i]l giudice è nominato senza limitazione di durata ovvero per un periodo limitato in base a condizioni predeterminate, sempre che non resti compromessa l'indipendenza della giustizia.[33] La *Raccomandazione sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità*[34] del Consiglio d'Europa rileva che "[l]a certezza di permanenza nelle funzioni e l'inamovibilità sono elementi chiave dell'indipendenza dei giudici. Di conseguenza ai giudici deve essere garantita la permanenza nelle funzioni fino al raggiungimento dell'età di pensionamento obbligatorio, se essa esiste."[35] Inoltre, "[l]a permanenza nelle funzioni dei giudici deve essere stabilita dalla legge. Dopo una nomina a tempo indeterminato deve potersi disporre la destituzione solo in caso di gravi infrazioni della normativa disciplinare o penale stabilite dalla legge, o laddove il giudice non possa più esercitare le sue funzioni giurisdizionali. Deve essere consentito il pensionamento anticipato solo su richiesta del giudice interessato o per ragioni mediche."[36]

[28] Entrambi gli argomenti sono stati evidenziati dalla « Associazione Nazionale Giudici di Pace » che ha presentato uncaso contro l'Italia dinanzi al Comitato Europeo sui Diritti Sociali per inadempimento della Carta Sociale Europea per violazione del loro diritto all'assistenza sociale e condizioni di welfare ai sensi dell'art. 12. Vedere. Reclamo n° 102/2013 del 9 agosto 2013.
[29] Corte Costituzionale, sentenza n° 103/1998 del 6 aprile 1998, che richiama la sentenza n° 99/1964 del 7 dicembre 1964.
[30] Adottati dal 7o Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine e Trattamento del Reo tenutosi a Milano dal 26 agosto al 6 settembre 1985 e ratificato dall'Assemblea Generale con risoluzione 40/32 del 29 novembre 1985 e 40/146 del 13 dicembre 1985. Stando alle *Procedure per l'Implementazione efficace del Principi fondamentali sull'indipendenza della magistratura,* adottate dal Consiglio Economico e Sociale nella risoluzione 1989/60 e ratificata dall'Assemblea Generale ONU nella risoluzione 44/162 del 15 Dicembre 1989, i "principi fondamentali si dovranno applicare a tutti i giudici, compreso, laddove opportuno, ai magistrati onorari, laddove esistano" (traduzione ufficiosa).
[31] Traduzione ufficiosa.
[32] Approvato dall'Associazione Internazionale dei Magistrati il 17 novembre 1999.
[33] Art. 8.2, Statuto Universale del Giudice (versione ufficiale).
[34] Cfr.nota a piè di pagina n° 23.
[35] Art. 49, Raccomandazione sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità.
[36] Art. 50, *ibid*.

L'ICJ è consapevole degli impedimenti costituzionali avverso la garanzie per i giudici di pace della certezza di permanenza nelle funzioni. L'istituto, nel sistema giuridico italiano, infatti, è vitale, poiché pietra angolare del divieto di istituzione di tribunali speciali, che causarono tanto danno allo stato di diritto e alla protezione dei diritti umani durante gli anni del regime fascista. L'ICJ è inoltre informata del fatto che il Ministro della Giustizia ha proposto di istituzionalizzare la durata del mandato a quattro anni, rinnovabile due volte mediante la valutazione delle competenze del giudice di pace.[37]

Tuttavia, la Commissione considera che un incarico limitato con possibilità di rinnovo apporterebbe un *vulnus* significativo all'indipendenza e all'imparzialità della funzione giudiziaria, con gravi conseguenze per i diritti a un processo equo e a un ricorso effettivo. L'ICJ sottolinea la necessità di trovare una soluzione al problema della certezza di permanenza nelle funzioni per i giudici di pace che possa rispettare lo stato di diritto. Consci del significato dei limiti costituzionali ad un mandato permanente formale, ma anche dell'importanza del ruolo dei giudici di pace per la riduzione del carico di lavoro ai giudici togati, l'ICJ raccomanda che i giudici di pace siano nominati per un lungo mandato singolo fisso, senza possibilità di rinnovo, oppure per dei mandati fissi rinnovabili soltanto dalla magistratura, senza alcun intervento da parte del potere esecutivo. Il rinnovo di tali mandati dovrebbe essere negato soltanto a condizioni analoghe a quelle in vigore per il licenziamento dei giudici togati, come per incapacità o per illeciti. Ad esempio, in Francia, i *juges de proximité* vengono nominati per un periodo di sette anni non rinnovabili. In Inghilterra e in Galles, i *magistrates* sono nominati a vita e devono svolgere un minimo di 26 sedute di mezza giornata ed un massimo di 70 l'anno, in modo da permettere loro di svolgere un'altra professione. In Spagna, i giudici di pace (*juzgados de paz*) rimangono in carica per un periodo di quattro anni.[38]

Un secondo problema riguarda la **retribuzione.** A differenza di altri giudici, i giudici di pace non beneficiano di retribuzione a carattere continuativo, il che significa che il loro stipendio è commisurato al proprio lavoro in termini di lavoro a cottimo.[39] Ad esempio, un giudice di pace è retribuito con venti euro ad udienza riguardante l'espulsione e con dieci euro per ciascuna convalida di provvedimento di espulsione, ma riceverà 36.15 euro per altri tipi di udienza. La Corte Costituzionale ha ripetutamente respinto i ricorsi sulla questione di legittimità costituzionale della legge sui giudici di pace, i quali asserivano che il trattamento economico a cottimo degli stessi ne pregiudicasse l'imparzialità, sia da un punto di vista reale che nella percezione della funzione.[40]

I *Principi fondamentali dell'ONU sull'indipendenza della magistratura* riferiscono all'art. 11, che "la durata del mandato dei magistrati, la loro indipendenza, la sicurezza, l'adeguata remunerazione, le condizioni di servizio, la pensione e l'età di pensionamento dovranno essere garantite dalla legge in modo adeguato."[41] L'art. 13 dello *Statuto Universale del Giudice*

[37] Vedere accenni alla riforma in http://www.giustizia.it/giustizia/it/contentview.wp?previsiousPage=mg_2_7_1&contentId=ART1040205 .

[38] Art. 101 della Legge sulla Magistratura (*Ley Organica del Poder Judicial*) e l'art.4 del *Reglamento numero 3/1995, de 7 de junio, de los jueces de paz*. Non è chiaro se la carica sia rinnovabile. La legge non prevede un divieto di rinnovo (art. 28, del Reglamento) e riporta che coloro che abbiano già svolto l'incarico di giudice di pace non dovranno sottoporsi nuovamente a giuramento prima di assumere le loro funzioni (art. 21.2, Reglamento). È tuttavia poco chiaro se i giudici di pace avranno dovuto attendere un periodo di pausa dall'esercizio della funzione per poter fare nuova domanda oppure se possano farlo immediatamente dopo la fine del loro mandato.

[39] Le spese del giudice di pace sono esposte per sommi capi all'art 64 del D.P.R. n° 115 del 30 maggio 2002 (modificato dalla legge n° 147 del 27 dicembre 2013), che prevede l'applicazione dell'art. 11 della legge n° 374/1991:

- 36,15 euro per ciascuna udienza, tuttavia il numero massimo di udienze al mese è di dieci;
- 56,81 euro per ciascuna decisione finale/o composizione amichevole;
- 10,33 euro per ciascun decreto;
- 10 euro per ciascun decreto di convalida di espulsione;
- 20 euro per ciascuna udienza per la convalida di espulsione (art. 1, comma 7, del d.l. n° 241 del 14 settembre 2004);
- 258,23 euro al mese (art.24-bis della legge n° 341/2000);
- nessuna retribuzione oltre le 110 udienze convenute nell'arco di un anno.

[40] Corte Costituzionale, ordinanza n° 128/2013 del 5 giugno 2013; ordinanza n° 242/2013 del 9 ottobre 2013; ordinanza n° 48/2014 del 10 marzo 2014.

[41] Art. 11, *Principi fondamentali ONU sull'indipendenza della magistratura* (traduzione ufficiosa).

stabilisce che "[i]l giudice deve ricevere una remunerazione sufficiente ad assicurargli un'effettiva indipendenza economica. La remunerazione non deve dipendere dai risultati dell'attività del giudice e non potrà essere ridotta durante il corso del suo servizio professionale."[42] Il Consiglio d'Europa, nelle *Raccomandazioni sui giudici: indipendenza, efficienza a responsabilità* asserisce che "[l]e regole fondamentali in tema di remunerazione dei giudici professionali devono essere stabilite per legge"[43] e che "[l]a retribuzione dei giudici deve essere commisurata al loro ruolo professionale e alle loro responsabilità, ed essere di livello sufficiente a renderli immuni da qualsiasi pressione volta ad influenzare le loro decisioni. Deve essere garantito il mantenimento di una remunerazione ragionevole in caso di malattia, di congedo per maternità o paternità, nonché il pagamento di una pensione per il collocamento a riposo il cui livello deve essere ragionevolmente rapportato alla retribuzione dei giudici in servizio. Devono essere adottate specifiche disposizioni di legge per garantire che non possa essere disposta una riduzione delle retribuzioni rivolta specificamente ai giudici."[44] La Raccomandazione pone l'accento in modo significativo sul fatto che "[d]evono essere evitati sistemi che facciano dipendere dalle prestazioni gli elementi essenziali della retribuzione, in quanto essi possono creare difficoltà all'indipendenza dei giudici."[45] L'ex Relatore Speciale delle Nazioni Unite sull'indipendenza dei magistrati e degli avvocati, Leandro Despouy, nel suo rapporto all'Assemblea Generale ONU del 2008, ha sottolineato che "i magistrati devono percepire stipendi decenti tali da consentir loro di vivere soltanto dell'esercizio della propria funzione giudiziaria. È un fatto comprovato che, quando lo stipendio dei magistrati diminuisce o si mantiene basso, la corretta amministrazione della giustizia e, pertanto, l'affidabilità e la reputazione del sistema giudiziario, ne soffrono."[46]

L'ICJ esprime la propria preoccupazione in merito al sistema di retribuzione a cottimo di membri della magistratura, siano essi onorari o meno. Questa prassi, secondo gli standard internazionali e secondo il parere della stessa ICJ, mina seriamente non soltanto l'indipendenza e l'imparzialità dell'ufficio di giudice di pace, ma anche le fondamenta stesse del diritto a un processo equo e del diritto a un ricorso effettivo, garantiti dal diritto internazionale. Difatti, la retribuzione a cottimo ha come effetto oggettivo di indurre al lavoro quantitativo piuttosto che qualitativo, con la conseguenza che i giudici di pace possano diventare più propensi ad incrementare il numero di udienze, sentenze ed altri provvedimenti in modo tale da raggiungere una retribuzione decente, a scapito della qualità e del tempo necessari alla disamina giudiziale dei provvedimenti di espulsione e di trattenimento amministrativo, per non parlare delle altre competenze nel diritto penale e civile. Come verrà illustrato in seguito, questi effetti negativi risultano nella prassi dei giudici di pace per i casi di espulsione e di detenzione.

L'ufficio del giudice di pace richiede chiaramente una riforma. Un pacchetto di iniziative è al momento in discussione presso il Governo, quale parte di una riforma più olistica sul sistema dei giudici onorari. Al momento una cosa è chiara: nei casi riguardanti gli immigrati irregolari, l'attuale sistema, che comprende precarietà dell'incarico, retribuzione insoddisfacente e – come sarà evidenziato più avanti – le mancanze in materia di garanzie sostanziali e procedurali, non è in grado di garantire un'indipendenza, imparzialità ed efficienza sufficienti alla supervisione giurisdizionale dei procedimenti di espulsione e di detenzione. L'ICJ è convinta che questi problemi, in gran parte strutturali, oltre ad altre considerazioni meglio precisate al capitolo IV, richiedano che i giudici togati di primo grado siano reintegrati in questi casi come organo di controllo giudiziario.

[42] Art. 13.1, Statuto Universale del Giudice (versione originale).
[43] Art. 53, *Raccomandazione sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità*.
[44] Art. 54, *ibid*.
[45] Art. 55, *ibid*.
[46] *Rapporto del Relatore Speciale delle N.U. sull'indipendenza dei giudici e degli avvocati all'Assemblea Generale ONU*, Doc. A/63/271, 12 agosto 2008, paragrafo 45 (traduzione ufficiosa).

II. L'espulsione

1. Diritto internazionale e comunitario

a) Il diritto internazionale sui diritti umani

L'espulsione, nel diritto internazionale "è un concetto autonomo e indipendente da ogni definizione contenuta negli ordinamenti nazionali […]. Escludendo l'estradizione, qualsiasi allontanamento forzato di uno straniero legalmente residente costituisce un "provvedimento di espulsione"."[47] In particolare, Le garanzie sui diritti umani implicate nella procedura di espulsione hanno origine nel divieto assoluto di espulsione collettiva e nel diritto a un ricorso effettivo. [48]

L'espulsione collettiva è proibita in maniera assoluta da diversi trattati sui diritti umani,[49] in particolare dall'art. 2 del Protocollo 4 della CEDU.[50] Il Comitato ONU sui Diritti Umani ha chiarito che "la normativa o i provvedimenti che prevedono le espulsioni collettive o di massa" comporterebbero una violazione dell'art. 13 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, (in seguito, "il Patto").[51] Il problema di fondo che viene rilevato nelle espulsioni collettive è la mancata considerazione del singolo caso individuale che deve essere esaminato in maniera equa e obiettiva.[52] La procedura di espulsione deve offrire sufficienti garanzie per poter dimostrare che la situazione personale di ciascuno degli interessati sia stata effettivamente presa in considerazione.[53] Nei casi in cui i provvedimenti individuali di espulsione non richiamano sufficientemente le circostanze particolari di ogni gruppo di migranti in situazioni simili, e dove le modalità e i tempi di espulsione dei membri del gruppo sono simili, ciò può essere considerata una ragione per riscontrare un'espulsione collettiva in violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU.[54]

Quando a un individuo viene intimato di abbandonare la giurisdizione nazionale in una maniera che possa dare adito a un caso sostenibile di violazione dei diritti umani, la persona ha **diritto di esperire un ricorso** avverso l'espulsione che sia effettivo, imparziale, indipendente e in grado di riesaminare e, eventualmente, annullare l'ordinanza di espulsione.[55]

---

[47] *Nolan e K. c. Russia*, Corte EDU, istanza n° 2512/04, sentenza del 12 febbraio 2009, paragrafo 112. Si veda, ICJ, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Guida per operatori del diritto n° 6, 2012, pp. 135-136 e nota a piè di pagina n° 465 per un'esauriente giurisprudenza.

[48] Pur riconoscendo che l'art. 13 del *Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici* (in seguito, "il Patto") e l'art. 1 del *Protocollo n° 7 alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali* (CEDU) sono centrali rispetto alla materia, essi sono applicabili esclusivamente ad un soggetto straniero che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato ("il Patto") oppure "regolarmente residente" sul territorio (Protocollo 7 CEDU). Sebbene vi siano dei casi residuali in cui questi provvedimenti si possano applicare agli immigrati irregolari, ad es. nel caso di residenti a lungo termine, questo ambito in genere va oltre lo scopo di questo rapporto. Si veda, ICJ, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Guida per operatori del diritto n. 6, 2012, capitolo III, sezione II, titolo 1.

[49] Art. 4 del Protocollo 4 CEDU, art. 12.5 della Carta Africana sui Diritti Umani e dei Popoli, art. 22.9 della Convenzione Americana sui Diritti Umani, art. 26.2 della Carta Araba dei Diritti Umani, e art. 22.1 della *Convenzione Internazionale sui Diritti dei Lavoratori Migranti e dei Membri delle Loro Famiglie* (ONU).

[50] Cfr. *Venti linee guida sul rimpatrio forzato*, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 4 Maggio 2005 al 925° incontro dei Delegati dei Ministri, Linea Guida 3.

[51] Comitato sui Diritti Umani, *Commentario Generale n. 15, La posizione degli stranieri secondo il Patto*, Doc. ONU n. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.1), 11 aprile 1986, paragrafo 10.

[52] La Corte Europa dei Diritti Umani ha dichiarato che "l'espulsione collettiva […] è da intendersi come qualsiasi provvedimento che costringa degli stranieri come gruppo a lasciare il Paese, salvo che tale misura venga adottata sulla base di un esame ragionevole e obiettivo del caso particolare di ogni individuo straniero appartenente al gruppo." (traduzione ufficiosa), *Čonka c. Belgio*, Corte EDU, istanza n° 51564/99, sentenza del 5 febbraio 2002, paragrafo 59. Cfr. anche *Sultani c. Francia*, Corte EDU, istanza No. 45223/05, sentenza del 20 Luglio 2007, paragrafo 81.

[53] *Čonka c. Belgio*, Corte EDU, *op. cit.*, paragrafo 63; *Sultani c. Francia*, Corte EDU, *op. cit.*, paragrafo 81; *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, Corte EDU, GC, *op. cit.,* paragrafi 184-186.

[54] *Čonka c. Belgio*, Corte EDU, *op. cit.*, paragrafi 61-63.

[55] Cfr. ICJ, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Guida per operatori del diritto n° 6, 2012, pp. 150-153 per un'esauriente giurisprudenza. Un'analisi approfondita del diritto ad un ricorso si può trovare in, ICJ, *Il diritto al ricorso e alla riparazione per violazioni gravi dei diritti umani*, Guida per operatori del diritto n° 2, Ginevra, dicembre 2006.

Un ricorso effettivo dovrebbe essere garantito dall'autorità giudiziaria e, nei casi riguardanti violazioni flagranti o gravi dei diritti umani, quali tortura e maltrattamenti, è d'obbligo l'accesso equo ad un ricorso effettivo davanti all'autorità giudiziaria.

Una normativa internazionale che governa il diritto a un ricorso e riparazione effettivi è stata concordata da tutti gli Stati Membri delle Nazioni Unite, che hanno adottato all'unanimità nell'Assemblea Generale ONU i *Principi di base e linee guida relativi ai ricorsi e alle riparazioni a favore delle vittime di flagranti violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e di gravi violazioni del diritto internazionale umanitari*.[56] I Principi di base e le Linee Guida attestano che "[l]e vittime di una flagrante violazione del diritto internazionale dei diritti umani o di una serie di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario hanno, in condizione di eguaglianza, accesso ad un effettivo ricorso giudiziario, in conformità con il diritto internazionale."[57]

Affinché un ricorso sia effettivo, esso deve avere il potere di determinare la cessazione della violazione e un'adeguata riparazione (restituzione, compensazione, riabilitazione, soddisfazione, garanzie di non ripetizione), compreso, laddove sia pertinente, l'annullamento del decreto di espulsione, e deve essere indipendente ed imparziale.[58] Il ricorso deve essere tempestivo ed efficace, nella prassi come in diritto, e non può essere ingiustificatamente ostacolato dalle azioni delle autorità statali.[59] Nei casi di *non-refoulement*, ove vi è il rischio di andare incontro a torture o maltrattamenti, il provvedimento espulsivo deve essere soggetto ad un esame attento e rigoroso.[60]

La Corte Europea dei Diritti Umani ha stabilito che, al fine di rispettare il diritto a un ricorso, la persona intimata di subire il provvedimento espulsivo, con probabile violazione di altri diritti convenzionali, deve avere:

- accesso ai documenti e alle informazioni rilevanti sul procedimento legale in corso;
- il materiale tradotto e il servizio di interpretariato, ove necessario;
- accesso effettivo alla consulenza legale ed, eventualmente, l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato; [61]
- il diritto al contradditorio nel procedimento legale;
- un provvedimento di espulsione motivato (una decisione che non prende adeguatamente in esame la situazione personale sarà ritenuta insufficiente) con un'adeguata e ragionevole opportunità di presentare le ragioni contrarie all'adozione del provvedimento espulsivo.[62]

Quando le autorità pubbliche non riescono a notificare in modo efficace l'instaurato procedimento di espulsione alla persona interessata, lo Stato non può eseguire l'allontanamento dell'individuo in virtù della mancata adempienza delle formalità del procedimento da parte dell'individuo stesso.[63] Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha raccomandato che "il provvedimento di allontanamento deve essere indirizzato per iscritto alla persona interessata, direttamente o mediante il rappresentante nominato legalmente, con indicazione dei motivi di fatto e di diritto su cui è basato il provvedimento e delle modalità e

[56] *Principi di base e linee guida relativi ai ricorsi e alle riparazioni a favore delle vittime di flagranti violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e di gravi violazioni del diritto internazionale umanitari*, adottati dall'Assemblea Generale ONU con risoluzione 60/147 del 16 dicembre 2005.
[57] Art. 12, *ibid.* (traduzione Università di Padova).
[58] Cfr. ICJ, Guida per operatori del diritto n° 2, *op. cit.*, pp. 49-54.
[59] *Muminov c. Russia*, Corte EDU, istanza n° 42502, sentenza del 4 novembre 2010, paragrafo 100; *Isakov c. Russia*, Corte EDU, istanza n° 14049/08, sentenza del 8 luglio 2010, paragrafo 136; *Yuldashev c. Russia*, Corte EDU, istanza n° 1248/09, sentenza del 8 luglio 2010, paragrafi 110-111; *Garayev c. Azerbaijan*, Corte EDU, istanza n° 53688/08, sentenza del 10 giugno 2010, paragrafi 82 e 84.
[60] *Jabari c. Turchia*, Corte EDU, istanza n° 40035/98, sentenza del 11 luglio 2000, paragrafo 39.
[61] *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, Corte EDU, GC, istanza n° 30696/09, sentenza del 21 Gennaio 2011, paragrafo 301.
[62] *Ibid.,* paragrafo 302; *C.G. e altri c. Bulgaria*, Corte EDU, istanza n° 1365/07, sentenza del 24 aprile 2008, paragrafi 56-65. Cfr. anche *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, Corte EDU, GC, *op. cit.*, paragrafi 202-204.
[63] *M.S.S. contro Belgio e Grecia*, Corte CEDU, GC, *op. cit.,* comma 312.

dei tempi per proporre ricorso, specificando la possibilità di disporre la sospensione dell'esecuzione del provvedimento."[64]

L'effettività del diritto a un ricorso richiede anche la possibilità di far riesaminare il provvedimento di espulsione da un'autorità d'appello indipendente e imparziale, che ha competenza per considerare le questioni relative ai diritti umani sostanziali, valutare i motivi sostanziali e procedurali del provvedimento di espulsione, e ordinarne eventualmente la revoca. La Corte Europea ha dichiarato che il controllo giurisdizionale costituisce, in linea di principio, un ricorso efficace, a condizione che soddisfi i seguenti criteri:[65] la procedura di ricorso deve essere accessibile in pratica e fornire gli strumenti all'individuo per ottenere consulenza legale, consentendogli di presentare ricorso nei termini stabiliti.[66] Nei casi di *non-refoulement*, i tempi del procedimento di ricorso eccessivamente lunghi possono rendere il rimedio inefficace, in considerazione della gravità e dell'urgenza degli interessi in pericolo.[67]

Con l'introduzione del ricorso, l'esecuzione del provvedimento espulsivo deve essere sospesa, consentendo alle autorità nazionali, prima che la misura venga eseguita, di poter considerare pienamente la compatibilità del provvedimento con l'applicazione dei diritti umani in modo da fornire un rimedio efficace.[68] Un sistema giuridico non tutela adeguatamente il diritto a un ricorso effettivo quando la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato è rimessa alla discrezionalità del giudice o di altro organismo, anche nel caso in cui il rischio di diniego della sospensione sia minimo.[69] Ciò significa anche, in pratica, che le autorità hanno l'obbligo di rispettare i provvedimenti provvisori stabiliti da un tribunale o autorità internazionale sui diritti umani che ingiunga allo Stato di astenersi dall'espellere il ricorrente o attuare altro tipo di trasferimento, fino a quando la causa non sarà decisa nel merito, in modo tale da evitare danni irreparabili.[70]

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha specificato che "al destinatario del provvedimento di allontanamento deve essere concesso un ricorso effettivo presso un'autorità o organismo competente composto di membri imparziali e indipendenti. L'autorità o l'organo competente deve avere il potere di rivedere il provvedimento di allontanamento e, eventualmente, di disporre la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato."[71] Il Comitato dei Ministri ha anche dichiarato che il termine fissato per la proposizione del ricorso non deve essere irragionevolmente breve, il rimedio deve essere accessibile, con la possibilità di avere una rappresentanza legale e il patrocinio a spese dello Stato.[72]

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha anche dichiarato, nelle sue *Venti linee guida sul rimpatrio forzato*, che "il ricorso deve essere accessibile, il che significa in particolare che, qualora il soggetto destinatario dell'ordine di allontanamento non abbia sufficienti mezzi per pagare la necessaria assistenza legale, questa dovrebbe essergli concessa gratuitamente, in conformità alle leggi nazionali relative al patrocinio a spese dello Stato."[73]

---

[64] *Venti linee guida sul rimpatrio forzato*, *op. cit.*, linea guida 4.1.
[65] *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, Corte EDU, istanze n° 13163/87 – 13164/87 – 13165/87 – 13447/87 – 13448/87, sentenza del 30 ottobre 1991, paragrafo 99; *Isakov c. Russia*, Corte EDU, *op. cit.*, paragrafo 137; *Yuldashev c. Russia*, Corte EDU, *op. cit.*, paragrafo 110-111; *Garayev c. Azerbaijan*, Corte EDU, *op. cit.*, commi 82 e 84; *Al-Nashif c. Bulgaria*, Corte EDU, istanza n° 50963/99, sentenza del 20 giugno 2002, paragrafo 133. Cfr. anche *C.G. e altri c. Bulgaria*, Corte EDU, *op. cit.*, paragrafo 56.
[66] *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, Corte EDU, *op. cit.*, paragrafo 318.
[67] *Ibid.*, paragrafo 320.
[68] Cfr. ICJ, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Guida per operatori del diritto n° 6, 2012, p. 152 e nota a piè di pagina n° 561 per un'esauriente giurisprudenza.
[69] *Čonka c. Belgio*, Corte EDU, *op. cit.*, paragrafi 81-85; *De Souza Ribeiro c. Francia*, Corte EDU, GC, istanza n° 22689/07, sentenza del 13 dicembre 2012, paragrafo 82; *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, Corte EDU, GC, *op. cit.*, paragrafo 206.
[70] Cfr. *Mannai c. Italia,* Corte EDU, istanza n° 9961/10, sentenza del 27 marzo 2012, paragrafi 49-57, per l'applicazione del principio all'Italia. Per la normativa generale, cfr. ICJ, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Guida per operatori del diritto n° 6, 2012, pp. 288-290 per un'esauriente giurisprudenza.
[71] *Venti linee guida sul rimpatrio forzato*, *op. cit.*, linea guida 5.1.
[72] *Ibid.*, linea guida 5.2.
[73] *Ibid.*, linea guida 5.2.

b) Diritto comunitario

i) Normativa

La Direttiva Rimpatri è la principale normativa sull'espulsione e la detenzione amministrativa degli immigrati irregolari nell'Unione Europea.[74] Dal momento della scadenza del suo termine per l'attuazione, il 24 dicembre 2010, ogni amministrazione e tribunale nazionale è obbligato ad applicare la suddetta Direttiva, oppure qualsiasi elemento della stessa che non sia stato incorporato nella normativa nazionale, in modo diretto, e a disapplicare qualsiasi normativa o prassi che sia in contrasto con essa.

Uno Stato Membro ha la possibilità decidere di non applicare la Direttiva nel caso di cittadini di Paesi terzi che siano "sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro."[75] Questa categoria di persone corrisponde, all'incirca, alla categoria di persone soggette alle misure di respingimento o di respingimento differito secondo il diritto italiano (cfr. sezione n° 2). Anche in questi casi, tuttavia, lo Stato Membro deve rispettare il principio di *non-refoulement* e provvedere "affinché siano loro riservati un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli" di quello stabilito dalla Direttiva riguardo alle limitazioni sull'uso di mezzi coercitivi, rinvio dell'allontanamento, assistenza sanitaria di emergenza e tenendo in considerazione le necessità delle persone vulnerabili, e le condizioni di detenzione.[76]

In modo particolare, l'art. 13 del Codice Frontiere Schengen, applicabile direttamente alla normativa italiana, prevede che i cittadini di Paesi terzi che non soddisfino le condizioni di ingresso, e non abbiano diritto a deroghe sui requisiti d'ingresso (si veda il riquadro n° 3) "[s]ono respinti dal territorio degli Stati […]. Ciò non pregiudica l'applicazione di disposizioni particolari relative al diritto d'asilo e alla protezione internazionale o al rilascio di visti per soggiorno di lunga durata."[77] Per quanto riguarda la procedura, il Codice prevede che "[i]l respingimento può essere disposto solo con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise. Il provvedimento è adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale ed è d'applicazione immediata."[78] Il provvedimento deve essere notificato attraverso il modello uniforme Schengen, tuttavia, le persone a cui è stato rifiutato l'ingresso "hanno il diritto di presentare ricorso. I ricorsi sono disciplinati conformemente alla legislazione nazionale. Al cittadino di paese terzo sono altresì consegnate indicazioni scritte riguardanti punti di contatto in grado di fornire informazioni su rappresentanti competenti ad agire per conto del cittadino di paese terzo a norma della legislazione nazionale. L'avvio del procedimento di impugnazione non ha effetto sospensivo sul provvedimento di respingimento."[79]

[74] L'oggetto della Direttiva Rimpatri è di stabilire "norme e procedure comuni da applicarsi negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, nel rispetto dei diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e di diritti dell'uomo," art. 1, Direttiva n° 2008/115/EC, del 16 dicembre 2008 (in seguito, "Direttiva Rimpatri").
[75] Art. 2.2.a, Direttiva Rimpatri.
[76] Cfr. art. 4.4, *ibid*.
[77] Art. 13.1, Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), come modificato (in seguito, il "Codice Frontiere Schengen").
[78] Art. 13.2, *ibid*.
[79] Art. 13.3, *ibid*.

Riquadro n° 2: Eccezioni all'applicazione della Direttiva Rimpatri per le espulsioni come sanzione penale

Gli Stati Membri dell'UE possono scegliere di non applicare la Direttiva Rimpatri ai cittadini di Paesi terzi che siano "sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione" (art. 2.2.b, Direttiva Rimpatri).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha chiarito che tale eccezione non può essere utilizzata per mascherare come sanzione penale ciò che in realtà sarebbe una espulsione amministrativa. Essa ha quindi statuito che una disposizione che preveda la reclusione per il mancato rispetto dell'ordine di lasciare il territorio nazionale sia contraria alla Direttiva Rimpatri (cfr. *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, caso C-61-11 PPU; *Alexandre Achughbabian v Préfet du Val-de-Marne*, caso C-329-11; *Procedure penali contro Md Sagor*, caso C-430/11).

Durante la sua visita, la missione ha spesso sentito che molti degli immigrati che passano dai Centri di Identificazione ed Espulsione (C.I.E.) sono espulsi in conseguenza della loro condanna penale, come ulteriore sanzione al termine del periodo di reclusione. Avvocati che assistono immigrati irregolari hanno posto l'accento sull'assurdità di sottoporre queste persone a detenzione amministrativa in vista dell'identificazione, oppure in preparazione all'espulsione, considerato il fatto che le autorità hanno il tempo per effettuare queste procedure mentre l'immigrato in attesa di espulsione sta scontando la pena in carcere (vedere Capitolo III).

In via generale, la Direttiva Rimpatri favorisce la partenza volontaria rispetto al rimpatrio forzato in questioni di espulsione. Infatti, l'art. 7.1 stabilisce che "[l]a decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni […]. Gli Stati membri possono prevedere nella legislazione nazionale che tale periodo sia concesso unicamente su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato. In tal caso, gli Stati membri informano i cittadini di paesi terzi interessati della possibilità di inoltrare tale richiesta." Esso prevede che "[p]er la durata del periodo per la partenza volontaria possono essere imposti obblighi diretti a evitare il rischio di fuga, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo."[80]

Soltanto in un numero limitato di situazioni è concesso agli Stati membri di ricorrere al rimpatrio forzato come prima opzione, oppure di concedere un periodo più breve per la partenza volontaria:

- il rischio di fuga, definito come "la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga,"[81]
- la domanda di soggiorno regolare sia stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta, oppure
- l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.[82]

Diversamente, il rimpatrio forzato ("allontanamento") potrà essere ordinato soltanto quando l'immigrato non ha adempiuto l'obbligo di partenza volontaria.[83]

[80] Art. 7.3, Direttiva Rimpatri.
[81] Art. 3.7, *ibid*.
[82] Art. 7.4, *ibid*.
[83] Art. 8.1-2, *ibid*.

La Direttiva Rimpatri stabilisce che "[l]e decisioni di rimpatrio sono corredate di un divieto d'ingresso […] qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria, oppure […] qualora non sia stato ottemperato all'obbligo di rimpatrio."[84] In tutti gli altri casi, il divieto d'ingresso non è obbligatorio e rimane a discrezione di ciascuno Stato membro.[85] La durata del divieto d'ingresso "è determinata tenendo debitamente conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso e non supera di norma i cinque anni. Può comunque superare i cinque anni se il cittadino di un paese terzo costituisce una grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale."[86]

Riquadro n° 3: Requisiti d'ingresso secondo il diritto comunitario e nazionale

Secondo il Codice Frontiere Schengen, le condizioni cumulative per l'ingresso autorizzato di un cittadino di un Paese terzo verso il territorio di uno Stato Membro sono:

a) essere in possesso di un documento di viaggio valido, rilasciato entro dieci anni precedenti la richiesta d'ingresso della persona, e che autorizzi il medesimo ad attraversare la frontiera. Il documento deve avere una validità di almeno tre mesi successivi alla data prevista di partenza dal territorio dello Stato Membro, a parte i casi di emergenza;
b) possesso di un visto valido, salvo che egli sia in possesso di un permesso di soggiorno valido oppure un visto valido di lunga durata;
c) giustificazione dello scopo e delle condizioni di soggiorno previsto, e il possesso di mezzi di sussistenza sufficiente, sia per la durata prevista del soggiorno sia per il ritorno al Paese di origine della persona o per il transito verso un Paese terzo nel quale essi hanno la certezza di essere ammessi, oppure di essere in grado di ottenere i suddetti mezzi legalmente;
d) non essere segnalato nel Sistema Informatico di Schengen ai fini della non ammissione;
e) non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri, in particolare non essere oggetto di segnalazione ai fini della non ammissione nelle banche dati nazionali degli Stati membri per gli stessi motivi.

Si può derogare a queste regole quando:

a) la persona non sia in possesso di un documento valido ma sia, tuttavia, in possesso di un permesso di soggiorno o un visto di lunga durata. In questo caso, il cittadino del Paese terzo è autorizzato all'ingresso nel territorio di altri Stati Membri ai fini di transito per potere raggiungere lo Stato Membro in cui sia stato rilasciato il permesso di soggiorno o il visto di lunga durata, a meno che il loro nome non sia sull'elenco nazionale delle persone segnalate dallo Stato Membro le cui frontiere questi stiano cercando di attraversare, e la segnalazione sia accompagnata da istruzione di rifiuto d'ingresso o di transito;
b) alla persona sia stato rilasciato un visto alla frontiera per motivi straordinari;
c) il cittadino di un Paese terzo che non soddisfi uno o più delle condizioni d'ingresso è autorizzato da uno Stato Membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari, per motivi di interesse nazionale o per obblighi internazionali.

Questi requisiti si riflettono all'art. 4 del T.U. sull'Immigrazione e sono, in ogni caso, direttamente applicabili in Italia.

[84] Art. 11.1, *ibid*.
[85] Art. 11.1, *ibid*.
[86] Art. 11.2, *ibid*.

Per ciò che riguarda le garanzie procedurali, la Direttiva Rimpatri prevede che "[l]e decisioni di rimpatrio e, ove emesse, le decisioni di divieto d'ingresso e le decisioni di allontanamento sono adottate in forma scritta, sono motivate in fatto e in diritto e contengono informazioni sui mezzi di ricorso disponibili."[87] Lo Stato deve provvedere, "su richiesta, alla traduzione scritta od orale dei principali elementi delle decisioni connesse al rimpatrio […], incluse le modalità di impugnazione disponibili, in una lingua comprensibile per il cittadino di un paese terzo o che si può ragionevolmente supporre tale."[88] Questo requisito è, tuttavia, meno stringente quando si applica a "cittadini di paesi terzi che sono entrati in modo irregolare nel territorio di uno Stato membro e non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato."[89] In questi casi, la Direttiva Rimpatri obbliga gli Stati unicamente a fornire un modello uniforme così come previsto dalla normativa nazionale e "schede informative generalizzate che espongono gli elementi principali del modello uniforme in almeno cinque delle lingue più frequentemente utilizzate o comprese dagli immigrati che entrano in modo irregolare nel loro territorio."[90]

È importante sottolineare che l'art. 13.1 della Direttiva Rimpatri prevede che agli immigrati "sono concessi mezzi di ricorso effettivo avverso le decisioni connesse al rimpatrio di cui all'articolo 12, paragrafo 1, o per chiederne la revisione dinanzi ad un'autorità giudiziaria o amministrativa competente o a un organo competente composto da membri imparziali che offrono garanzie di indipendenza." Dette autorità devono avere "la facoltà di rivedere le decisioni connesse al rimpatrio […], compresa la possibilità di sospenderne temporaneamente l'esecuzione, a meno che la sospensione temporanea sia già applicabile ai sensi del diritto interno.,"[91] e l'immigrato "ha la facoltà di farsi consigliare e rappresentare da un legale e, ove necessario, di avvalersi di un'assistenza linguistica."[92] Gli Stati membri "provvedono a che sia garantita, su richiesta, la necessaria assistenza e/o rappresentanza legale gratuita ai sensi della pertinente legislazione o regolamentazione nazionale in materia […]."[93]

ii) La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea

La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ("Carta UE"), all'art. 19, vieta le espulsioni collettive e prevede il dovere di rispettare il principio di *non-refoulement*. Per quanto riguarda le garanzie procedurali, l'art. 41 protegge il diritto a "una buona amministrazione" per "ogni persona" (e non solo ogni cittadino) che ha "il diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione."[94]

Ancora, l'art. 47 della Carta UE comprende il diritto a un ricorso effettivo in riferimento al quale "[o]gni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice", e il diritto a un processo equo: "[o]gni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed

[87] Art. 12.1, *ibid.*, che segue: "Le informazioni sui motivi in fatto possono essere ridotte laddove la legislazione nazionale consenta che il diritto di informazione sia limitato, in particolare per salvaguardare la sicurezza nazionale, la difesa, la pubblica sicurezza e per la prevenzione, le indagini, l'accertamento e il perseguimento di reati."
[88] Art. 12.2, *ibid*.
[89] Art. 12.3, *ibid*.
[90] Art. 12.3, *ibid*.
[91] Art. 13.2, *ibid*.
[92] Art. 13.3, *ibid*.
[93] Art. 13.4, *ibid*.
[94] Art. 41.1, Carta UE. Questo diritto comprende "il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio;… il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale;… l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni." (art. 41.2). Mentre l'art. 41 della Carta UE disciplina soltanto le procedure delle "istituzioni, organi e organismi dell'Unione," la Corte di Giustizia ha dichiarato che ciò riflette un principio generale di diritto comunitario, e in quanto tale, il suo contenuto può essere opponibile anche agli Stati Membri dell'UE quando questi esercitano l'autorità entro la competenza dell'UE, come ad esempio l'immigrazione e la richiesta di asilo. Cfr. *H.N. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform,* Caso C-604/12, 8 maggio 2014, paragrafo 49; *M.G. e N.R. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Caso C-383/13 PPU, 10 Settembre 2013; e *Y.S. e M. S c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, Casi C-141/12 e C-372/12, 17 luglio 2014.

entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia."

Diversamente dalla CEDU e dal Patto, che limitano l'ambito del diritto a un processo equo alle "controversie sui […] diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata" [95] e lo escludono nelle cause di espulsione, l'art. 47 è molto più vasto nell'applicazione. Simile all'approccio della Convenzione Americana sui Diritti Umani e della Carta Africana sui Diritti Umani e dei Popoli,[96] la norma applica il diritto a un processo equo *mutatis mutandis* anche ai casi riguardanti l'immigrazione, compreso il procedimento di espulsione.

Per questo motivo, è utile fare riferimento alla giurisprudenza degli organi di controllo di questi trattati sui diritti umani: la Corte Interamericana dei Diritti Umani, la Commissione Interamericana sui Diritti Umani e la Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli. Sebbene non abbiano giurisdizione sull'Italia, questi organi hanno affermato l'esistenza delle seguenti garanzie, con riguardo alle procedure di espulsione:

- il diritto a un'udienza pubblica;
- il diritto di avere un'adeguata opportunità per esercitare il diritto di difesa;
- il diritto a essere assistito da un avvocato e di avere accesso al patrocinio a spese dello Stato;
- il diritto di avere il tempo sufficiente per accertare gli addebiti contestati;
- il diritto di avere un tempo ragionevole per preparare e formalizzare una risposta e per la ricerca e la presentazione degli elementi di prova;
- il diritto di essere informato dei motivi di espulsione prima della sua esecuzione;
- il diritto di impugnare il provvedimento davanti a un giudice superiore o tribunale;
- il diritto di previa notifica del provvedimento.[97]

2. La normativa italiana in diritto e nella prassi

Il T.U. sull'Immigrazione stabilisce che "[a]llo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti."[98] È importante sottolineare che lo stesso T.U. sull'Immigrazione stabilisce che "[a]llo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge."[99]

a) Tipi di espulsione

In Italia, la normativa sull'espulsione è caratterizzata da una triplice struttura: 1) il respingimento immediato, 2) il respingimento differito (contemplati dall'art. 10 del T.U. sull'Immigrazione), e 3) le espulsioni (previste dall'art. 13 del T.U. sull'Immigrazione). Esse rispondono a tre diverse esigenze operative, tuttavia operano nell'ambito di quadri giuridici sostanzialmente simili. Dal punto di vista del diritto internazionale, costituiscono tutte delle espulsioni.

[95] Art. 6.1 CEDU.
[96] Cfr. ICJ, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Guida per operatori del diritto n° 6, 2012, pp. 143-146 per un'esauriente giurisprudenza.
[97] *Ibid*.
[98] Art. 2.1, T.U. sull'Immigrazione. Cfr. anche art. 2.2.
[99] Art. 2.5, *ibid*.

Ai sensi dell'art. 10.1 del T.U. sull'Immigrazione, il **respingimento immediato** è eseguito ogniqualvolta un migrante si presenti al valico di frontiera e non soddisfi i requisiti d'ingresso regolare (si veda, riquadro n° 3).[100] In questi casi, lo straniero è trasferito e preso in consegna dal medesimo vettore[101] con cui è arrivato. Il vettore ha l'obbligo di prenderlo a carico e ricondurlo nello Stato di provenienza, oppure verso lo Stato che ha rilasciato il documento di viaggio con cui il migrante ha viaggiato.[102] Il respingimento immediato è eseguito dalla polizia.

Per quanto riguarda sia il respingimento immediato sia quello differito (si veda più avanti), l'ICJ ricorda che qualsiasi trasferimento di persone al di fuori del territorio di uno Stato costituisce un'espulsione ai sensi del diritto internazionale sui diritti umani e sui rifugiati. Ciò significa che, in entrambe le procedure, deve essere rispettato il principio di *non-refoulement,* il divieto di espulsione collettiva e il diritto a un ricorso effettivo, così come previsto dall'art. 47 della Carta UE. Tale principio è ulteriormente attestato dal diritto comunitario pertinente, cioè il Considerando 20 del Codice Frontiere Schengen[103] e l'art. 4.4 della Direttiva Rimpatri.[104]

La missione dell'ICJ non ha avuto la possibilità di verificare in prima persona dei respingimenti immediati. Durante la visita è stato, tuttavia, riferito che i casi di respingimento immediato sono molto ricorrenti, e che solo raramente ne è stata impugnata la legittimità. L'ICJ ha avuto la possibilità di analizzare parte della giurisprudenza in materia di respingimenti immediati e ne deduce che è effettivamente possibile presentare un reclamo. Tuttavia, alla missione è stato riferito che è estremamente difficile, o pressoché impossibile, in pratica, avere accesso a un avvocato o a un'interprete, vista la rapidità della procedura. L'ICJ è particolarmente preoccupata dal fatto che il diritto comunitario stesso, all'art. 13 del Codice Frontiere Schengen (si veda alla sezione 1.b.1) non preveda la sospensione dell'esecuzione del respingimento immediato mentre è pendente un ricorso effettivo avverso il provvedimento. L'ICJ ricorda che, così come rilevato dalla Corte Europea dei Diritti Umani nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia,* le autorità, anche se in mare aperto, durante l'azione di respingimento immediato, devono:

- garantire il diritto ad ottenere informazioni sufficienti a permettere loro di avere un accesso effettivo alle procedure e di sostenere i loro ricorsi;[105]
- fornire garanzie sufficienti, compreso il personale addestrato a condurre i colloqui, consulenti legali ed interpreti;[106]
- garantire l'esame indipendente e rigoroso di qualsiasi reclamo presentato da una persona quando vi sia potenzialmente in gioco il principio di *non-refoulement*;
- garantire "la possibilità di soprassedere all'esecuzione della misura controversa."[107]

L'ICJ considera che la mancanza dell'effetto sospensivo automatico di un ricorso avverso il provvedimento di respingimento immediato sia in contrasto con gli obblighi della Repubblica Italiana ai sensi dell'art. 13 CEDU e dell'art. 2.3 del Patto, in combinato disposto con il principio di *non-refoulement.* L'ICJ è conscia del fatto che la presente legge si basa sul Codice Frontiere Schengen, strumento di diritto comunitario direttamente applicabile. Tuttavia, vuole sottolineare che, senza l'effetto sospensivo automatico del ricorso, l'art. 13 del Codice Frontiere Schengen non si trova in conformità con l'art. 47 della Carta UE. Indipendentemente da questa conclusione, l'ICJ raccomanda che l'Italia abroghi la norma sui respingimenti immediati ai sensi dell'art. 10.1 del T.U. sull'Immigrazione onde evitare qualsiasi confusione

[100] Art. 10.1, *ibid*.
[101] Il vettore potrebbe essere, in una lista non esaustiva, un traghetto, un'imbarcazione privata o un furgone, che arrivi alla frontiera.
[102] Art. 10.3, T.U. sull'Immigrazione.
[103] "Il presente regolamento rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi riconosciuti, in particolare, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Dovrebbe essere attuato nel rispetto degli obblighi degli Stati membri in materia di protezione internazionale e di non respingimento."
[104] "Per quanto riguarda i cittadini di paesi terzi esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva conformemente all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), gli Stati membri…. rispettano il principio di non-refoulement."
[105] Hirsi Jamaa e altri c. Italia, Corte EDU, GC, op. cit., paragrafo 204.
[106] *Ibid.,* paragrafo 185.
[107] *Ibid.,* paragrafo 198 (traduzione ufficiosa).

con l'art. 13 del Codice Frontiere Schengen, e raccomanda che si intraprendano azioni volte a invalidare quest'ultima norma comunitaria per contrasto con il diritto primario UE.

Il **respingimento differito** o "respingimento con accompagnamento alla frontiera" ai sensi dell'art. 10.2 del T.U. sull'Immigrazione, è una procedura disposta dal questore in due distinte situazioni:

a) nei confronti degli stranieri, "che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo";[108] oppure
b) nei confronti degli stranieri, che non hanno i requisiti legali per l'ingresso regolare, ma "sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso."[109]

In seguito all'emanazione del provvedimento, l'immigrato è accompagnato alla frontiera e trasferito in custodia al vettore che lo ha trasportato, se possibile.[110] Diversamente sarà passibile di trattenimento amministrativo (vedere Capitolo III).[111] Tuttavia, la Corte di Cassazione ha dichiarato che esiste un chiaro obbligo da parte del questore di verificare, anche se sommariamente, che non vi siano circostanze che possano rappresentare motivi fondati per la richiesta di protezione internazionale.[112]

Un rappresentante del Dipartimento della Pubblica Sicurezza presso il Ministero dell'Interno ha riferito alla missione che, nella prassi, l'espressione "subito dopo" generalmente significa "nell'arco di alcune ore dal momento dell'ingresso nel territorio". In genere, la norma copre persone soccorse in mare, portate a terra per motivi di salute, qualora questi siano considerati cittadini di quei Paesi considerati dal Ministero dell'Interno come "sicuri". La misura si basa sulla finzione che, siccome i migranti soggetti al respingimento differito sono giunti accompagnati dalle autorità italiane, non sono realmente "entrati" sul territorio nazionale e, pertanto, vengono trattati come se fossero ancora alla frontiera. Tuttavia, altri esperti hanno riferito alla missione che questa espressione è vaga e non specifica, almeno in diritto, un limite temporale né prevede parametri per il suo utilizzo. Ciò consente alla pubblica amministrazione una discrezionalità eccessiva e non sembra rispetti il principio di legalità dei provvedimenti di espulsione.

Per ciò che riguarda i respingimenti differiti, l'ICJ li ritiene "espulsioni mascherate" secondo il diritto internazionale. In quanto tali, dovrebbero essere soggette alla piena protezione del principio del *non-refoulement*, del divieto collettivo di espulsione e del diritto a un ricorso effettivo così come avviene per i decreti di espulsione. Ciò è particolarmente importante in rispetto ai meccanismi di controllo giurisdizionale, ivi comprese sulle misure di esecuzione (si veda Capitolo III). L'ICJ esprime la preoccupazione che queste procedure possano essere utilizzate per bypassare le garanzie legali associate alla procedura di espulsione e che l'espressione "subito dopo" possa essere utilizzata per comprendere situazioni che sono chiaramente motivi di espulsione.

L'ICJ teme ulteriormente che questa procedura di respingimento differito possa permettere, in pratica, il ricorso a trasferimenti verso Paesi considerati erroneamente come "sicuri". Ad esempio, al momento della visita, i membri della missione, nei loro incontri con i rappresentanti del Ministero dell'Interno e con i giudici di pace, hanno discusso la possibilità che l'Egitto potesse non essere considerato un Paese sicuro, poiché qualsiasi persona associata con i Fratelli Musulmani potrebbe essere a rischio di persecuzione o soggetta a trattamenti disumani o degradanti, oppure ad altre gravi violazioni dei diritti umani, per cui si applica il principio di *non-refoulement.*

[108] Art. 10.2.a, T.U. sull'Immigrazione.
[109] Art. 10.2.b, *ibid*.
[110] Art. 10.3, *ibid*.
[111] Art. 14.1, *ibid*.
[112] Corte di Cassazione, ordinanza n° 15115 del 17 giugno 2013.

L'**espulsione** è disposta dal prefetto, caso per caso, quando lo straniero:

a) "è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto",[113] sia in maniera immediata o differita;
b) è presente nel territorio e privo di documento di soggiorno valido, compresi i casi di soggiorno oltre i limiti autorizzati;[114] oppure
c) rientri in una delle vaghe categorie comprese dal Codice antimafia e misure di prevenzione (d.lgs n° 159/2011):
    a) "coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi;
    b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;
    c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica."[115]

La Corte Costituzionale nel 1980 ha decretato che l'uso di misure di prevenzione, per fattispecie simili, che conducano alla privazione della libertà ai sensi dell'art. 13 delle Costituzione non fosse in conformità con il principio di legalità.[116] Nella sua sentenza 177/1980, la Corte sosteneva che, per essere conforme al principio di legalità, le situazioni in cui le misure di prevenzione sono applicate devono essere prevedibili. La Corte ha statuito, inoltre, che i comportamenti considerati per l'applicazione di misure di prevenzione dovranno essere associati, sia in modo implicito sia esplicito, a reati o gruppi di reati da prevenire, poiché lo scopo delle misure di prevenzione è di prevenire la commissione di reati.[117]

La Corte Europea dei Diritti Umani ha osservato che alcune misure di prevenzione basate su simili presupposti, che interferiscano effettivamente sul diritto alla libertà di movimento, ed emanate avverso persone sospettate di essere membri della Mafia, erano legittime ancor prima della condanna in quanto intese a prevenire la commissione di reati.[118] La stessa ha anche osservato che un'assoluzione non priva necessariamente le suddette misure di ogni fondamento, poiché le prove concrete raccolte durante il processo, quantunque insufficienti per comprovare una condanna, potrebbero giustificare il ragionevole timore che la persona in questione possa commettere ulteriori reati.[119]

La giurisprudenza della Corte di Cassazione riguardo ai provvedimenti di espulsione per motivi di "pericolosità sociale" ritiene che il giudice, nell'accertare l'esistenza di presupposti per

[113] Art. 13.2.a, T.U. sull'Immigrazione.
[114] Le condizioni sono : a) il soggetto è rimasto nel territorio dello Stato senza alcuna comunicazione che autorizzasse l'ingresso e il soggiorno nei casi di trasferimento del lavoratore straniero, il quale stia lavorando per un datore di lavoro residente all'estero, e che è stato autorizzato ad entrare in Italia secondo una offerta pubblica; b) un soggetto che abbia soggiornato nel territorio dello Stato senza aver richiesto il permesso di soggiorno entro gli otto giorni, salvo se il ritardo non sia dovuto a forza maggiore (art. 5.2, T.U. sull'Immigrazione); c) non aver presentato una dichiarazione di presenza presso gli uffici del questore entro otto giorni dall'ingresso. Tale dichiarazione è necessaria se la presenza nello Stato è per motivi turistici, affari, visita o studio e si prevede una durata inferiore ai novanta giorni (art. 1.3, T.U. sull'Immigrazione); d) qualora il permesso sia stato revocato dal questore ed il soggetto sia comunque rimasta; e) il permesso di soggiorno sia stato annullato o rifiutato dal questore; f) un soggetto che abbia soggiornato nonostante il permesso di soggiorno sia scaduto da oltre sessanta giorni e non sia stato chiesto il rinnovo (tale provvedimento non è tuttavia applicabile nel caso in cui lo straniero adempia le condizioni di ricongiungimento familiare e il permesso sia scaduto da meno di un anno ai sensi dell'art. 30 del T.U. sull'Immigrazione); g) una persona che soggiorni oltre i novanta giorni qualora sia questa la data di scadenza indicata sul permesso di soggiorno rilasciato per motivi turistici, di studio, visita o affari; h) un soggetto a cui sia stato rilasciato il permesso di soggiorno o documento simile da un altro Stato Membro ma non abbia fatto dichiarazione presso gli uffici del questore sulla sua presenza entro sessanta giorni dal suo ingresso. In tal caso, tuttavia, l'espulsione non è obbligatoria (art. 5.7 del T.U. sull'Immigrazione).
[115] Art. 1, d.lgs. n° 159/2011 (Codice anti-mafia e misure preventive), che ha sostituito le leggi sulle misure preventive preventive numero 1423/1956 e 575/1965, a cui l'art. 13.2.c del T.U. sull'Immigrazione fa riferimento.
[116] Più precisamente, la Corte Costituzionale ha approvato la validità della prima definizione al punto a) e ha dichiarato l'incostituzionalità della versione precedente del punto c) che faceva riferimento in modo più generico a persone "proclivi a delinquere."
[117] Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 177/1980 del 22 dicembre 1980, paragrafo 4.
[118] *Labita c. Italia,* Corte EDU, GC, istanza n° 26772/95, sentenza del 6 aprile 2000, paragrafo 192.
[119] Ibid.

l'espulsione, debba adottare le medesime categorie interpretative utilizzate per la verifica della legittimità delle misure di prevenzione:

1. il carattere oggettivo degli elementi fondanti i sospetti e le presunzioni;
2. il requisito dell'attualità della pericolosità;
3. la necessità di un esame globale della personalità del soggetto.

In aggiunta, la verifica sulla condotta deve essere effettuata scrutinando la completezza, logicità e non contraddittorietà delle valutazioni fatte dalle autorità.[120] Alcuni giudici di pace hanno riferito alla missione che, mentre il termine "socialmente pericoloso" viene talvolta utilizzato come presupposto per l'emissione dei decreti di espulsione, gli stessi giudici ne verificheranno l'attualità della pericolosità. Alla missione è stato narrato di casi in cui i giudici di pace avevano annullato i decreti di espulsione in precedenza fondati su condanne penali precedenti, ma che tuttavia non giustificavano l'attuale e presente pericolosità della persona.

Sebbene queste sentenze pretendano di restringere l'ambito del presupposto di "pericolosità sociale", l'ICJ rimane preoccupata dal fatto che presupposti come "la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica" siano troppo vaghi per uniformarsi al principio di legalità ed evitare l'arbitrarietà del procedimento di espulsione. Il pericolo è che ci si possa appellare al presupposto di "pericolosità sociale" per detenere o espellere una persona sulla base, ad esempio, della sua situazione giuridica o di considerazioni sul suo stile di vita, piuttosto che del reale "pericolo". Inoltre, è difficile vedere nella pratica la differenza tra i due criteri: l'essere "abitualmente dediti a traffici delittuosi" (lettera a)) e dedicarsi alla commissione di reati così come previsto alla lettera c). Ad ogni modo, l'ICJ considera che il rischio di applicare il presupposto di "pericolosità sociale" a reati o altri crimini che non siano sufficientemente gravi da giustificare una misura di prevenzione sarebbe eccessivamente alto, e propone di modificare questi criteri in modo tale che siano più precisi e obiettivi e, decisamente, limitare la loro applicazione a comportamenti che conducano alla commissione di reati gravi passibile di lunghe pene edittali.

b) Ostacoli all'espulsione

Ai sensi della normativa nazionale, "[i]n nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione."[121] Questo divieto riflette gli standard corrispondenti ai sensi della normativa internazionale sui rifugiati.[122]

In aggiunta, la protezione di *non-refoulement* costituisce un impedimento al trasferimento di un cittadino straniero, così come riconosciuto dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza n° 11535 del 2008.[123] Inoltre, il T.U. sull'Immigrazione, all'art. 5.6 consente allo straniero la possibilità di richiedere un permesso di soggiorno per "motivi umanitari" qualora vi siano "seri motivi" di carattere umanitario oppure risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano, non necessariamente limitati all'ambito del principio di *non-refoulement* secondo il diritto internazionale. Gli stessi divieti sono esplicitamente reiterati per quanto riguarda i respingimenti, all'art. 10.4 del T.U. sull'Immigrazione, "nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato, ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari." Infine, per ciò che riguarda le misure di espulsione, la legge italiana fa divieto di trasferimento di minori,

[120] Cfr. Corte di Cassazione, sesta sezione civile, ordinanza n° 17585/2010 del 27 luglio 2010; sesta sezione civile, ordinanza n° 18482/2011 del 8 settembre 2011; sesta sezione civile, ordinanza n° 21796/2013 del 24 settembre 2013.
[121] Art. 19.1, T.U. sull'Immigrazione. Secondo l'art. 28.1.d del D.P.R. n° 394/1999, l'immigrato che rientri in una delle situazioni previste all'art. 19.1, sopra citato, ha il diritto di ricevere un permesso di soggiorno per motivi umanitari, salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato considerato "sicuro".
[122] Vedere, artt. 1 e 33 della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 1951.
[123] Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza n° 27310 del 17 novembre 2008. Una sentenza recente che applica il principio del *non-refoulement* e ricalca la sua assoluta natura si può trovare in Corte di Cassazione, sesta sezione civile, ordinanza no. 21667, rv. 627979.

salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; degli stranieri in possesso della carta di soggiorno; degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.[124]

Lo straniero presente alla frontiera ha il diritto di presentare richiesta di asilo.[125] In questi casi, le disposizioni riguardanti il respingimento non possono essere applicate.[126] Per ciò che riguarda i motivi umanitari, un giudice di pace ha riferito alla missione che egli od ella di norma provvede ad annullare il decreto di espulsione per motivi di salute, se l'avvocato dello straniero è in grado di dimostrare che i medicinali necessari allo straniero per essenziali motivi di salute non siano disponibili nel Paese di destinazione.

La Corte di Cassazione ha decretato che l'art. 19.1 del T.U. sull'Immigrazione obbliga il giudice di pace a "pronunciarsi sul concreto pericolo […] di essere sottoposto a persecuzione o a trattamenti inumani e/o degradanti in caso di espulsione nel paese di origine, pericolo concreto che, se accertato, [comporta] una situazione ostativa all'espulsione dello straniero[. Questo perché] l'istituto del divieto di espulsione o di respingimento previsto dalla richiamata disposizione costituisce una misura di protezione umanitaria a carattere negativo, che conferisce, al beneficiario il diritto di non vedersi nuovamente immesso in un contesto di elevato rischio personale, spettando al giudice di valutare in concreto la sussistenza delle allegate condizioni ostative all'espulsione o al respingimento".[127]

Un giudice della Corte di Cassazione ha riferito alla missione che, sebbene la Convenzione Europea sui Diritti Umani, e il diritto internazionale sui diritti umani in generale, fossero citate con frequenza crescente nelle decisioni dei giudici di pace impugnate davanti alla Suprema Corte, si faceva riferimento ad esse molto di rado in modo corretto e appropriato, e quasi mai nelle decisioni delle convalida della misura di trattenimento amministrativo (si veda, Capitolo III). Inoltre, alcuni avvocati che rappresentano immigrati irregolari hanno riferito alla missione che i giudici di pace non adempivano dovutamente il loro compito di verifica degli obblighi di *non-refoulement* ogniqualvolta un decreto di espulsione veniva impugnato. La stessa fonte ha evidenziato che era difficile verificare se i giudici di pace seguissero le stesse decisioni della Corte di Cassazione, vista la chiara diversità di approccio tra di essi nel processo decisionale.

Il principio di *non-refoulement*, come attuato dalla normativa italiana, comprende sia il divieto di espulsione che rimanda al diritto internazionale sui rifugiati, sia il divieto di espulsione laddove vi siano fondati motivi per credere che un soggetto possa andare incontro al rischio di tortura, trattamenti o pene disumane o degradanti, la pena di morte o un grave peggioramento della salute. L'ICJ non è al corrente di alcuna decisione italiana, che si riferisca all'applicazione del principio di *non-refoulement* a situazioni di palese negazione del diritto alla libertà o di giustizia, a seguito della giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti Umani nel caso *Othman c. il Regno Unito.* Tuttavia, l'ICJ è fiduciosa che, se e quando la questione sarà sollevata, i tribunali italiani applicheranno questa decisione storica, come richiesto in ottemperanza agli obblighi dell'Italia sull'osservanza del diritto internazionale che vincola tutti i poteri dello Stato.

Vista la potenziale importanza del principio di *non-refoulement* nei casi di espulsione, l'ICJ esprime preoccupazione per le affermazioni che i giudici di pace non applichino nel loro lavoro

[124] Art. 19.2, T.U. sull'Immigrazione. L'inclusione del "marito" nel divieto di espulsione è dovuta alla sentenza della Corte Costituzionale n° 376 del 2000 che ha appurato che contravveniva il diritto della vita familiare ed il dovere di cura dei figli ai sensi degli artt. 29 e 30 della Costituzione Italiana. La Corte Costituzionale ha interpretato questo obbligo alla luce degli artt. 8 e 12 CEDU, art. 10 del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, art. 23 del Patto, e art. 9 e 10 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo.
[125] Art. 6, d.l. n° 25 del 28 gennaio 2008.
[126] Art. 10.4, T.U. sull'Immigrazione.
[127] Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza del 17 febbraio 2011 n° 3898, paragrafo 5.1; sentenza del 3 maggio 2010, n° 10636.

in modo adeguato, corretto e sistematico la giurisprudenza della Corte di Cassazione, della Corte Europea dei Diritti Umani e di altri organi internazionali sui diritti umani quali il Comitato sui Diritti Umani delle Nazioni Unite. La mancanza di un'adeguata comprensione e valutazione di questi principi mette a notevole repentaglio l'efficacia del sistema di protezione internazionale e rischia, in pratica, di minare l'accesso all'asilo e alle altre forme di protezione. Inoltre, espone l'Italia a sentenze di violazione del principio di *non-refoulement* e al diritto a un ricorso effettivo dinanzi a tribunali e organismi internazionali per i diritti umani. Infine, costituisce una violazione della stessa normativa italiana che, come sostiene la Corte di Cassazione, richiede la valutazione dell'eventuale violazione del principio di *non-refoulement.*

L'ICJ considera che questa situazione sia insostenibile e raccomanda che la Repubblica Italiana prenda delle misure significative e immediate per garantire che i giudici di pace applichino in modo adeguato il principio di *non-refoulement* nei procedimenti riguardanti sia i decreti di espulsione, sia l'ordine di accompagnamento alla frontiera e gli ordini di trattenimento amministrativo, compreso attraverso la formazione obbligatoria e sostanziale sul diritto internazionale sui diritti umani e sui rifugiati.

c) Esecuzione del decreto di espulsione

Il decreto di espulsione, disposto dal prefetto, deve indicare le motivazioni fattuali e di diritto. Esso è immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato.[128] Quando lo straniero è arrestato per un reato ma non è soggetto a custodia cautelare, il decreto di espulsione diviene esecutivo soltanto a seguito del nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria competente.[129]

La Corte di Cassazione ha sancito che, per garantire la protezione dei diritti dello straniero, il decreto di espulsione deve contenere almeno una sintesi degli "elementi necessari e sufficienti dei quali, con la normale diligenza, sia possibile la cognizione certa e completa, affinché il destinatario possa individuare la violazione addebitatagli cui si riferisce la misura adottata".[130]

Una volta emesso il decreto di espulsione, lo straniero è accompagnato coattivamente alla frontiera, da agenti delle forze dell'ordine, oppure gli si potrà conferire un periodo termine per il ritorno volontario.

L'art. 13.4 del T.U. sull'Immigrazione prevede l'attuazione della misura di accompagnamento coattivo alla frontiera, disposta dal questore, nelle seguenti circostanze:

1. quando sussiste il rischio di fuga;
2. quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta;
3. qualora, senza un giustificato motivo, lo straniero non abbia osservato il termine concesso per la partenza volontaria;
4. quando lo straniero abbia violato le misure alternative al trattenimento oppure connesse alla provvedimento di rimpatrio volontario;
5. quando l'espulsione è stata disposta come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale; oppure
6. quando lo straniero non scelga il rimpatrio volontario.[131]

La sussistenza del rischio di fuga, sufficiente a fornire elementi per un ordine di accompagnamento coattivo alla frontiera, deve essere verificata dal questore se riscontra la presenza di uno dei seguenti elementi, con una valutazione caso per caso:

[128] Art. 13.3, T.U. sull'Immigrazione
[129] Artt. 13.3 al 13. quinquies, T.U. sull'Immigrazione.
[130] Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza n° 462/2010 del 13 gennaio 2010, paragrafo 4.5.
[131] Art. 13.4, T.U. sull'Immigrazione.

a) il mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità;
b) la mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato;
c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità;
d) non avere rispettato il termine per il rimpatrio volontario; essere rientrato nel territorio dello Stato a seguito di espulsione, nonostante il divieto d'ingresso; aver violato l'ordine di trattenimento o delle misure alternative al trattenimento o una delle misure di controllo emesse in attesa del rimpatrio volontario.[132]

L'ICJ fa notare che la Direttiva Rimpatri fa riferimento alla "sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga."[133] Dalla ricerca fornita dall'Università Roma Tre e dal colloquio con la coordinatrice della ricerca, dott.ssa Enrica Rigo, la missione ha appreso che il concetto di "rischio di fuga" nella normativa italiana è interpretato in maniera ampia, il che è oggetto di forti critiche.[134] È stato manifestato alla missione il parere che i criteri di valutazione del rischio di fuga non siano criteri obiettivi, ma piuttosto un "elenco di circostanze che operano come presunzioni del rischio di fuga."[135] La ricerca dell'Università Roma Tre è stata in grado di concludere che, sulla base delle osservazioni sulla ripetizione di espressioni identiche nei decreti di accompagnamento coattivo alla frontiera, "le questure ricorrano all'utilizzo di un "modello prestampato" per quanto attiene alla motivazione della sussistenza del rischio di fuga."[136]

L'ICJ conviene che, in diritto e nella prassi, i motivi enunciati nella normativa italiana, piuttosto che stabilire dei criteri oggettivi per una valutazione concreta del rischio di fuga, caso per caso, sembrerebbero costituire delle presunzioni per ricorrere automaticamente alla misura di accompagnamento coattivo su tale base. Se applicata in modo automatico, l'ICJ ritiene che questa parte del T.U. sull'Immigrazione non sia in linea con la Direttiva Rimpatri. Di conseguenza, i tribunali nazionali e le autorità amministrative dovrebbero adottare un'interpretazione conforme agli obblighi dell'Italia derivanti dal diritto comunitario.

Laddove non vi siano condizioni per l'applicazione della misura di accompagnamento coattivo alla frontiera, lo straniero può chiedere al prefetto la concessione di un periodo per la partenza volontaria. In tal caso, allo straniero sarebbe concesso un termine (tra i sette e trenta giorni, con possibilità di proroga) per lasciare il territorio dello Stato.[137] La questura ha la responsabilità di informare lo straniero della possibilità di richiedere il rimpatrio volontario, attraverso schede informative plurilingue.[138] La possibilità di rimpatrio volontario non è contemplata per nessuna delle due forme di respingimento.[139] In attesa del rimpatrio volontario, il questore sollecita lo straniero a dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti e sottopone lo straniero ad almeno una delle seguenti misure:
a) consegna del passaporto o altro documento equipollente;
b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato;
c) obbligo di presentazione periodica presso un ufficio della forza, in giorni ed orari stabiliti.

Il provvedimento su queste misure è preso attraverso un decreto motivato, ha effetto dal momento della notifica allo straniero e contiene informazioni per il medesimo sulla possibilità

[132] Art. 13.4-bis, *ibid*.
[133] Art. 3.7, Direttiva Rimpatri.
[134] Cfr. Enrica Rigo e Lucia Gennari, *Rapporto preliminare sullo stato della ricerca – aprile 2014*, Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace in materia di immigrazione, Clinica del Diritto dell'Immigrazione e della Cittadinanza, Dipartimento di Giurisprudenza, UniRoma3, p. 9.
[135] Cfr. *ibid.*, p. 9.
[136] Cfr. *ibid.*, p. 9.
[137] Art. 13.5, T.U. sull'Immigrazione.
[138] Art. 13.5.1, *ibid.*
[139] Art. 13.5, *ibid.*

di presentare osservazioni al giudice di pace prima della convalida. Il questore deve comunicare il decreto allo straniero.

Diversi avvocati che rappresentano immigrati irregolari e o.n.g. che offrono assistenza legale hanno comunicato alla missione che il recepimento della Direttiva Rimpatri avrebbe tradito lo spirito della Direttiva stessa, poiché la normativa nazionale prevede l'accompagnamento coattivo e al detenzione come regola e il ritorno volontario come eccezione. In pratica, le autorità concedono molto di rado periodi di trenta giorni per il ritorno volontario, ma ricorrono spesso ad ordini di lasciare il territorio nazionale entro sette giorni. Un rappresentante della polizia all'interno del C.I.E. di Ponte Galeria ha informato la missione che, solitamente, se uno straniero è in possesso di documenti, questi è soggetto ad ordine di lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni, diversamente sarà emanato l'ordine di trattenimento amministrativo. Nel decidere sulla lunghezza del periodo di rimpatrio volontario, sembra che, in pratica, non vi sia alcuna valutazione individuale di proporzionalità.

L'ICJ conviene che la lettura sistematica delle norme nazionali sull'accompagnamento coattivo alla frontiera e il rimpatrio volontario suggerisce che quest'ultimo sia secondario alla scelta dell'accompagnamento, lettura che sovverte lo spirito – e la lettera – della Direttiva Rimpatri. Il T.U. sull'Immigrazione dovrebbe, idealmente, essere riformulato, onde stabilire chiarezza e prevedibilità. Tuttavia, è anche possibile adottare un'interpretazione conforme al diritto comunitario, statuendo che il comma 5 dell'art. 13 del T.U. sull'Immigrazione abbia precedenza sul comma 4 sull'accompagnamento coattivo. In questo modo, vi sarebbe ricorso a quest'ultima misura soltanto qualora non sia stato possibile il rimpatrio volontario, fornendo inoltre la motivazione dettagliata sul perché non sia stato possibile. Inoltre, l'ICJ fa rilevare che la Direttiva Rimpatri non esige che lo straniero dimostri "la disponibilità di risorse economiche sufficienti" per accedere al rimpatrio volontario, condizione chiaramente contraria alla Direttiva e che non dovrebbe essere presa in considerazione nella decisione sul rimpatrio volontario.

d) Comunicazione dei provvedimenti

Il provvedimento di respingimento, sia esso alla frontiera o differito, l'ordine di rimpatrio volontario e il decreto di espulsione, devono contenere ciascuno un'indicazione delle modalità e procedure attraverso cui possono essere impugnati dallo straniero. Il provvedimento deve essere comunicato allo straniero *brevi manu* oppure a mezzo notifica, e deve essere per iscritto e motivato. Inoltre, qualora lo straniero non comprenda l'italiano, l'ordine di trasferimento deve essere emesso assieme a una sintesi del suo contenuto in una lingua che lo straniero possa comprendere. Qualora ciò non sia possibile, a causa dell'irreperibilità di interpreti idonei, il provvedimento sarà redatto in lingua inglese, francese o spagnola ("lingue veicolari"), secondo la scelta fatta dallo stesso straniero.[140]

La Corte di Cassazione ha dichiarato nel 2012 che "è da ritenersi ai fini di legge "impossibile" la traduzione del decreto espulsivo nella lingua conosciuta dall'espellendo, e si può procedere all'uso della lingua "veicolare", le volte in cui sia dall'Amministrazione affermata e dal giudice ritenuta plausibile la indisponibilità di un testo predisposto nella stessa lingua o la inidoneità di tal testo alla comunicazione della decisione in concreto assunta e venga quindi attestato che non sia reperibile nell'immediato un traduttore."[141] Si dovrà dimostrare, inoltre, che non è disponibile un testo del provvedimento predisposto in tale lingua, considerando che solitamente questi sono standardizzati, e spiegare e giustificare la non disponibilità. Soltanto allora sarà possibile all'amministrazione utilizzare una delle lingue veicolari per comunicare il provvedimento allo straniero.

[140] Art. 3.3 del D.P.R. n° 394/99 e art. 2.6 del T.U. sull'Immigrazione, e art. 13.7, T.U. sull'Immigrazione.
[141] Corte di Cassazione, sesta sezione civile, sentenza del 8 marzo 2012 n° 3678/12

L'ICJ rileva che la Direttiva Rimpatri stabilisce come standard minimo la disponibilità di "schede informative generalizzate che espongono gli elementi principali del modello uniforme in almeno cinque delle lingue più frequentemente utilizzate o comprese dagli immigrati che entrano in modo irregolare nel loro territorio."[142] Allo stato attuale, la legge nazionale prevede soltanto tre lingue veicolari obbligatorie. L'ICJ raccomanda di modificare il T.U. sull'Immigrazione in modo che faccia riferimento almeno alle cinque lingue più frequentemente usate o comprese dagli stranieri, e che il Ministero valuti periodicamente a quali lingue dare la priorità a seconda della composizione degli arrivi. Ad ogni modo, l'ICJ mette in risalto il fatto che si deve utilizzare qualsiasi mezzo di comunicazione per trasmettere alla persona soggetta al trasferimento, in modo efficace e per iscritto, informazioni relative al procedimento giudiziario relativo al suo caso, indicando le motivazioni giuridiche e fattuali su cui il provvedimento si basa e i mezzi di ricorso disponibili, se essi abbiano o meno un effetto sospensivo, ed i termini di legge per il ricorso.

d) Diritto al controllo giurisdizionale e diritti procedurali

i) Respingimento alla frontiera

Il T.U. sull'Immigrazione tace per ciò che riguarda l'autorità dinanzi alla quale si possa impugnare la validità del **respingimento alla frontiera**. Il 23 gennaio 2014 la Corte di Cassazione ha stabilito che il giudice ordinario, in questo caso, il giudice di pace, è colui competente nei casi di respingimento alla frontiera.[143] In precedenza, il Consiglio di Stato aveva statuito, con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Cassazione sui respingimenti differiti, che la misura di respingimento alla frontiera non se ne differenziasse dal punto di vista giuridico, visto che entrambe le misure interferiscono con il godimento dei diritti umani o dei "diritti soggettivi", cosicché il dovere di valutazione delle suddette misure deve ricadere sul giudice ordinario.[144]

ii) Respingimento differito

Nel corso di diversi anni, tra i tribunali amministrativi e quelli ordinari, vi sono state decisioni contrastanti sulla competenza riguardo al controllo giurisdizionale avverso le decisioni sul respingimento differito.[145] Tuttavia, recentemente, la Corte di Cassazione, nella sentenza n° 15115 del 15 giugno 2013, ha risolto il conflitto, aggiudicando la competenza dei **respingimenti differiti** al giudice ordinario, cioè il giudice di pace, territorialmente competente rispetto al luogo dove è stata disposta la decisione di respingimento differito.[146] La Corte di Cassazione ha stabilito che vi possa essere un doppio scrutinio delle decisioni di respingimento differito: il primo riguarda l'esame sull'eventuale sussistenza e l'adeguatezza delle motivazioni, ai sensi dell'art. 10.2(a) e (b) del T.U.; mentre il secondo riguarda l'esame sull'eventuale rispetto del principio di *non-refoulement*. La Corte ha dichiarato che le questioni afferenti alla protezione internazionale o umanitaria riguardano diritti soggettivi di carattere fondamentale che devono essere riconosciuti al cittadino straniero che si trova al valico di frontiera o nel territorio dello Stato.[147] Tali situazioni sono coperte dalle garanzie disposte dall'art. 2 della Costituzione secondo il qualle "[l]a Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'individuo." Secondo la Corte, queste situazioni non possono essere ridotte a

[142] Art. 12.3, Direttiva Rimpatri.
[143] Corte di Cassazione, sesta sezione civile, sentenza n° 1459/2014 del 23 gennaio 2014.
[144] Consiglio di Stato, sentenza n° 4543 del 13 settembre 2013, paragrafi 5-6.
[145] T.A.R. Sicilia, 9 settembre 2010 n° 1036 e 17 marzo 2009, n° 510; T.A.R. Campania, 3 luglio 2007, n° 6441; T.A.R. Calabria, 23 febbraio 2007, n° 112 e 113; T.A.R. Sicilia, 7 novembre 2006, n° 2706; T.A.R. Calabria, 26 aprile 2006, n° 432; giudice di pace di Agrigento 8 luglio 2011 n° 478, e 26 settembre 2008 n° 555; Consiglio di Stato, parere consultivo del 4 febbraio 2011, n° 571/11; T.A.R. Lombardia, 16 febbraio 2009, n° 1312; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 29 gennaio 2007, n° 102; T.A.R. Bolzano 23 settembre 2006, n° 119; T.A.R. Piemonte 19 luglio 2005, n° 2561; T.A.R. Lazio 28 maggio 2003, n° 4830; Tribunale di Agrigento, 26 marzo 2009; Tribunale di Palermo, 13 maggio 2005.
[146] Corte di Cassazione, ordinanza n° 15115, del 17 giugno 2013.
[147] Art. 2.1, TU sull'Immigrazione.

meri interessi legittimi, basandosi semplicemente sul fatto che la decisione è stata presa da un organo amministrativo.[148]

iii) Il decreto di espulsione

Il decreto di **espulsione** è soggetto a impugnazione dinanzi al giudice di pace del distretto in cui si trova il prefetto che lo ha disposto. Qualsiasi ricorso al giudice di pace deve essere inoltrato entro trenta giorni dalla notifica del decreto di espulsione, oppure entro sessanta giorni, se il ricorrente non si trova in Italia. Se non si rispettano i termini, il ricorso è inammissibile. Qualora il ricorrente non si trovi in Italia, egli o ella dovrà inoltrarlo attraverso una delegazione diplomatica o consolare italiana. Il ricorrente ha diritto al patrocinio a spese dello Stato (si veda, più avanti, alla sezione 2.g del Capitolo III) e a un interprete.[149] La decisione non è soggetta ad appello nel merito, ma solamente a ricorso davanti alla Corte di Cassazione per questioni di diritto.[150] Ai sensi dell'art. 3.1 del d.lgs. n° 150/2011 la procedura è "un rito sommario di cognizione". Conformemente alla suddetta disposizione legislativa, letta in combinato disposto con l'art. 702-ter del codice di procedura civile (c.p.c.), "alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande."[151]

I decreti di espulsione sono accompagnati da un divieto d'ingresso avente una durata dai tre a cinque anni, iniziando dalla data dell'esecuzione dell'espulsione attestata da un timbro sul documento di uscita oppure qualsiasi altro documento attestante l'assenza dello straniero dal territorio dello Stato. La violazione del divieto d'ingresso rende lo straniero passibile di reato, e punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera.[152]

La Corte di Cassazione ha stabilito che il giudice di pace debba valutare la sussistenza concreta delle motivazioni del decreto di espulsione attraverso l'uso di tutti i suoi poteri istruttori. Inoltre, la Corte di Cassazione ha evidenziato che i giudici di pace devono valutare e fornire motivazioni della loro decisione sul rispetto o meno del principio di *non-refoulement*.[153]

Un magistrato della Corte di Cassazione ha riferito alla missione che i provvedimenti provenienti dalle autorità amministrative e le decisioni dei giudici di pace sono solitamente motivati soltanto in modo superficiale o non sono facilmente comprensibili. La missione è stata informata che, in pratica, i giudici di pace hanno poteri istruttori nei procedimenti contro i decreti di espulsione.

Per i motivi di cui sopra alla sezione 2.b, l'ICJ ritiene che questa situazione non è sostenibile e raccomanda che l'Italia prenda dei provvedimenti seri e immediati per garantire che i giudici di pace svolgano in modo corretto la valutazione concreta e d'ufficio del rispetto del principio di *non-refoulement.*

Una riforma del 2011 ha dato adito a questioni interpretative riguardo la possibilità di sospensione dell'efficacia del decreto di espulsione in attesa di controllo giurisdizionale da parte del giudice. In precedenza, la Corte Costituzionale aveva stabilito che "non è inibito al

[148] Corte di Cassazione, ordinanza n° 15115 del 17 Giugno 2013. La Corte di Cassazione ha convenuto che, secondo la sentenza della Corte Europea per i Diritti Umani nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, le difficoltà nella gestione degli arrivi non possono giustificare il ricorso da parte di Stati a pratiche che sarebbero incompatibili con i loro obblighi nei confronti dei trattati internazionali e, in modo particolare, ai sensi dell'art. 3 della CEDU, con la motivazione che i richiedenti abbiano omesso di inoltrare richiesta di asilo o di spiegare i rischi cui essi sarebbero andati incontro qualora rimpatriati.
[149] Art. 18.4, d.l. n° 150/2011
[150] Art. 13.8, T.U. sull'Immigrazione, che rimanda all'art. 18 del d.l. 150/2011.
[151] Art. 702-ter, comma 5, c.p.c.
[152] Art. 13.13-14, T.U. sull'Immigrazione. Cfr. anche art. 4.6.
[153] Corte di Cassazione, sesta sezione civile, sentenza del 14 maggio 2013, n° 11466 (traduzione non ufficiale).

giudice dell'opposizione di individuare lo strumento più idoneo, nell'ambito dell'ordinamento, per sospendere l'efficacia del decreto prefettizio impugnato", ogniqualvolta i termini per impugnare la sua legittimità siano estesi in modo tale da non giungere ad una sospensione *de facto*.[154] Pertanto, i tribunali, quando ne avevano la competenza, facevano, di tanto in tanto, riferimento all'art. 700 c.p.c. per consentire la sospensione dell'esecutività del decreto di espulsione.[155] Tuttavia, un giudice di pace ha riferito alla missione che questo stratagemma non era adeguato in questo contesto e non è attuabile nella procedure dinanzi al giudice di pace. Un'altra soluzione, apparentemente utilizzata da alcuni giudici di pace prima del 2011, era l'applicazione per analogia dell'art. 22, ultimo comma, della legge n° 689/1981.[156]

Tuttavia, al momento, l'art. 18 del d.lgs. n° 150/2011 non prevede alcuna possibilità di sospendere il decreto di espulsione e esclude in modo esplicito di ricorrere a norme esterne al decreto stesso, sebbene generiche, per giustificare la facoltà di sospensione. Ciò priva il sistema giudiziario italiano di un strumento con effetto sospensivo sull'esecuzione nei ricorsi avverso i decreti di espulsione. Sembrerebbe, che al momento, l'unica possibilità rimasta sia di ricorrere direttamente all'art. 13 della Direttiva Rimpatri, la quale, a seguito della scadenza del termine per il recepimento, si può applicare direttamente a causa del mancato recepimento. Ciononostante, alcuni avvocati che rappresentano migranti irregolari hanno riferito alla missione che non erano molti i giudici di pace a utilizzare questa facoltà di sospensione. Per contro, un rappresentante della polizia all'interno del C.I.E. di Ponte Galeria ha riferito alla missione che, solitamente, l'esecuzione dell'espulsione non avviene nei quindici giorni successivi la notifica del decreto di espulsione, periodo durante il quale si può presentare ricorso.

Come accennato in precedenza, per garantire che il rimedio sia effettivo, il ricorso deve essere sospensivo della misura di espulsione dal momento in cui viene formulato, poiché la nozione di rimedio effettivo richiede che le autorità nazionali abbiano diano piena considerazione alla compatibilità di una misura con le normative sui diritti umani prima di eseguire il provvedimento. In un sistema giudiziario dove la sospensione dell'esecuzione sia a discrezione di un tribunale o altro organo, non è sufficientemente garantito il diritto ad un rimedio efficace, ancor quando il rischio di rifiuto della sospensione dell'esecuzione sia minimo. In pratica, ciò significa che le autorità hanno l'obbligo di rispettare le misure provvisorie stabilite da un tribunale o da un'autorità sui diritti umani imponendo allo Stato di desistere dall'espulsione o trasferimento fintantoché la causa non sia decisa nel merito, in modo tale da evitare danni irreparabili allo straniero.

L'ICJ raccomanda che sia introdotta una norma nella legislazione italiana che attribuisca effetto sospensivo automatico a tutti quei ricorsi che rivendicano la violazione del principio di *non-refoulement.* Quantunque la Direttiva Rimpatri non imponga un effetto sospensivo automatico, l'art. 4 della stessa permette l'attuazione di disposizioni più favorevoli per lo straniero. Procedendo in tal modo, l'Italia sarebbe in linea con i suoi obblighi ai sensi sia del diritto internazionale sui diritti umani, sia del diritto comunitario. Se il governo oppure il parlamento non provvederanno in tal senso, sarà a quel punto responsabilità della magistratura, ivi compresi i giudici di pace, di presentare un quesito preliminare alla Corte Costituzionale sulla conformità del T.U. sull'Immigrazione con il diritto internazionale sui diritti umani.

L'ICJ raccomanda, inoltre, che, in tutti gli altri casi non legati al principio di *non-refoulement*, siano i giudici di pace ad applicare sistematicamente la facoltà di sospensione dell'esecuzione

[154] Corte Costituzionale, sentenza n° 161/2000 del 31 maggio 2000, paragrafo 5. Al momento della decisione, il periodo comprendeva un totale di dieci giorni che, secondo il parere della Corte, costituiva una sospensione *de facto*.
[155] Art. 700 c.p.c.: "Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito."
[156] Tommaso Cataldi, *Provvedimento di espulsione del prefetto e sua impugnativa*, 23 febbraio 2011, p. 6.

del decreto di espulsione, ai sensi dell'art. 13 della Direttiva Rimpatri.

iv) Accompagnamento coattivo alla frontiera

Il provvedimento per misura esecutiva dell'**accompagnamento coattivo alla frontiera**, qualora abbia origine da un decreto di espulsione, sarà notificato immediatamente al giudice di pace dal questore e, in ogni caso, entro 48 ore dalla sua emenazione. L'esecuzione del provvedimento è sospesa fintantoché non sarà presa una decisione sulla convalida. Lo straniero ha diritto all'assistenza legale e all'assistenza di un interprete. L'immigrato è immediatamente informato sulla data dell'udienza, che si terrà in camera di consiglio con la presenza dello straniero e del suo avvocato. Il giudice di pace emette un decreto contenente le motivazioni della decisione, in seguito alla richiesta di convalida, entro le 48 ore dalla notifica della decisione all'ufficio del cancelliere. La convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera è soggetta a ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione, tuttavia tale ricorso non sospende gli effetti o la sua attuazione. Qualora il giudice di pace decida di non convalidare la decisione, questi annulla l'ordinanza.[157] In attesa della decisione del giudice di pace, il questore può emettere un'ordinanza di trattenimento amministrativo dello straniero (vedere Capitolo III).

È stato riferito alla missione che la procedura di convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera da parte del giudice di pace ha luogo soltanto quando questa misura è esecutiva di un decreto di espulsione, mentre le medesime garanzie giudiziali non sono contemplate nel caso di accompagnamento coattivo alla frontiera disposto in esecuzione di una decisione di respingimento differito.

Il Capitolo III sulla detenzione amministrativa tratterà delle procedure e della valutazione di potenziali violazioni. Ciononostante, l'ICJ esprime la sua preoccupazione per l'assenza di controllo giurisdizionale e di procedura di *habeas corpus* nei casi di accompagnamento coattivo alla frontiera originanti da un provvedimento di respingimento differito. Come statuito dalla Corte Costituzionale nella sua sentenza n° 105/2001, queste sono misure privative della libertà personale e devono rispettare le garanzie sancite sia dalla Costituzione sia dalla normativa internazionale dei diritti umani. La mancanza di controllo giurisdizionale e di procedura di *habeas corpus* è contraria all'art. 13 della Costituzione (si veda, Capitolo III) e non conforme agli artt. 5.4 CEDU e 9.4 del Patto.

L'ICJ raccomanda che l'Italia introduca al più presto un meccanismo di controllo giurisdizionale e di *habeas corpus* per l'accompagnamento coattivo alla frontiera che scaturisca dal provvedimento di respingimento differito.

v) Rimpatrio volontario

Per ciò che riguarda il **rimpatrio volontario**, i giudici di pace sono obbligati a decidere entro 48 ore, con decreto motivato, sulle misure di controllo ad esso allegate. Ciononostante, lo straniero ha accesso al giudice di pace, sia personalmente sia attraverso il suo difensore, presentando le sue memorie, chiedendo al giudice di pace di modificare o annullare la misura, in seguito alla convalida.[158] I ricercatori dell'Università Roma Tre (si veda riquadro n° 4) ad oggi non sono stati in grado di identificare una decisione di un giudice di pace che convalidi o invalidi le misure di controllo del rimpatrio volontario.[159]

L'ICJ fa riferimento alla sua raccomandazione di cui alla sezione 2.c sul ripristino dello spirito e approccio della Direttiva Rimpatri, e che si dia priorità ai rimpatri volontari rispetto a quelli coattivi.

[157] Articolo 13.5-bis, T.U. sull'Immigrazione.
[158] Art. 13.5.2, *ibid*.
[159] Cfr. Enrica Rigo e Lucia Gennari, *Rapporto preliminare sullo stato della ricerca – aprile 2014*, *op. cit*., p. 17.

Riquadro n° 4: Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace in materia di immigrazione

La clinica legale dell'Università di Roma Tre ha istituito, sotto il coordinamento della dott.ssa Enrica Rigo, un osservatorio di giurisprudenza dei giudici di pace nei casi di immigrazione.

Obiettivo del progetto è di monitorare le pronunce dei giudici di pace concernenti i procedimenti di espulsione e di trattenimento amministrativo che possano incidere sui diritti umani degli immigrati. L'osservatorio sta focalizzando la sua ricerca sui giudici di pace di Roma, Torino, Bologna, Firenze, Bari e Napoli. L'osservatorio raccoglie e analizza le pronunce riguardanti le convalide di ordini di trattenimento, proroga e le impugnazioni avverso i decreti di espulsione. Il periodo di riferimento della ricerca include le pronunce emanate dal 1 ottobre 2013 al 31 dicembre 2013.

Sulla base di questi dati empirici, il progetto mira a sistematizzare le pronunce dei giudici di pace in conformità con la natura dei procedimenti, in modo tale da accertare il criterio con cui queste udienze sono gestite, e quali gli elementi presi in considerazione nella pronuncia del giudice. Il suo obiettivo è di valutare la conformità di questi procedimenti e pronunce con la normativa nazionale e europea.

L'osservatorio mette a disposizione online tutte le pronunce utilizzate per la ricerca, ancora in corso. Un rapporto provvisorio è disponibile anche su:

Sito web: http://giudicedipace.giur.uniroma3.it/

Rapporto provvisorio della ricerca: http://giudicedipace.giur.uniroma3.it/wp-content/uploads/2014/05/Rapporto-gdpMaggio2014.pdf

f) Mezzi di ricorso

L'art. 111 della Costituzione garantisce che "[c]ontro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge". Ciò implica che, in assenza di qualsiasi provvedimento legislativo applicabile, i ricorsi avverso le decisioni dei tribunali ordinari sui respingimenti e sui respingimenti differiti, potranno essere impugnati alla Corte di Cassazione per questioni di diritto, ma non di merito. Come sopra descritto, la pronuncia del giudice di pace sul decreto di espulsione non è soggetta a appello ma a ricorso davanti alla Corte di Cassazione.[160] La medesima condizione si applica alla pronuncia di convalida del giudice di pace sull'accompagnamento coattivo alla frontiera.[161] Nessuno di questi ricorsi alla Corte di Cassazione è sospensivo dell'esecuzione della misura contestata. La missione dell'ICJ, durante la sua visita a Roma, ha ricevuto indicazioni che mostravano un netto calo dei ricorsi alla Corte di Cassazione relativi a materie di immigrazione negli ultimi due anni.

Avvocati e soggetti della società civile che rappresentano immigrati irregolari hanno esternato alla missione le loro preoccupazioni riguardo al fatto che l'unico organo giurisdizionale presso il quale si può presentare ricorso è la Corte di Cassazione, la quale si pronuncia soltanto su questioni di diritto, avrebbe un'alta percentuale di decisioni di inammissibilità, e richiede che la causa sia presentata soltanto da avvocati autorizzati a presentare ricorso dinanzi alla Corte

[160] Art. 13.8, T.U. sull'Immigrazione, che rimanda all'art. 18 del d.l. 150/2011.
[161] Art. 13.5-bis, *ibid*.

di Cassazione, i c.d. *cassazionisti.* Sembrerebbe che siano pochi i cassazionisti disponibili a presentare questi ricorsi.

In aggiunta, gli avvocati hanno fatto notare che il ricorso non è sospensivo dell'esecuzione del decreto di espulsione e che le procedure e il tempo fino al momento della pronuncia sono solitamente lunghi. Di solito, lo straniero sarà già stato allontanato quando la causa di appello è decisa. Si è proposto che sarebbe opportuno fare domanda di applicazione di misure provvisorie dinanzi alla Corte Europea dei Diritti Umani fintantoché la propria causa non venga udita dalla Corte di Cassazione.

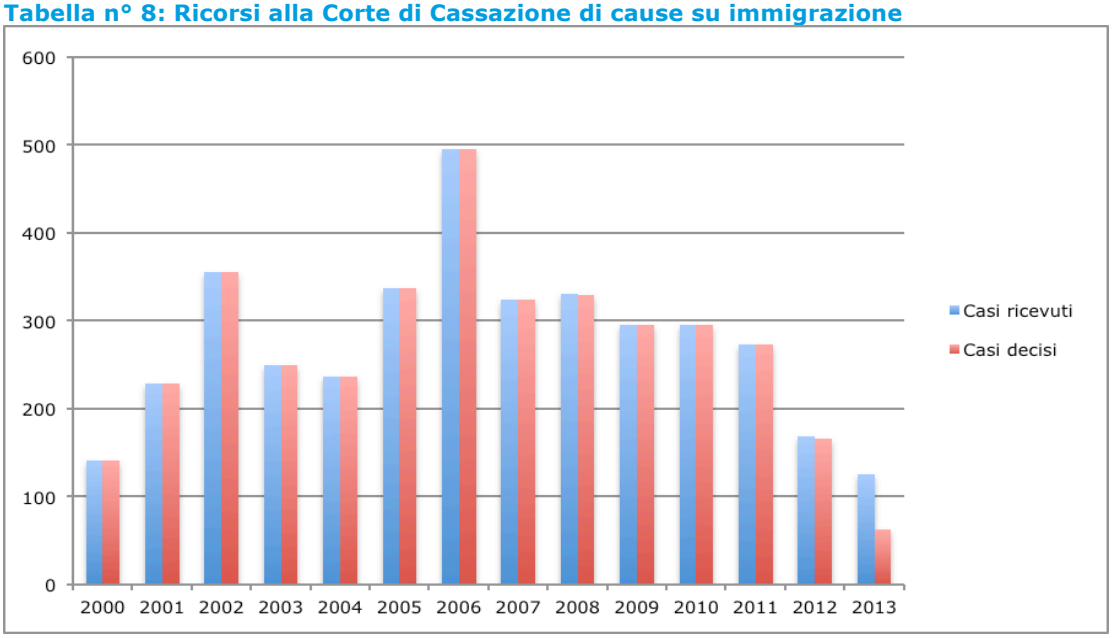
Come accennato sopra, per stabilire l'effettività di un rimedio, qualunque ricorso deve essere sospensivo della misura di espulsione dal momento in cui tale ricorso è presentato, poiché la nozione di rimedio effettivo vuole che le autorità nazionali prendano pienamente in considerazione la compatibilità della misura con gli standard sui diritti umani, prima che la misura diventi esecutiva. Questo effetto sospensivo automatico deve rimanere in vigore fintantoché la questione non sia risolta in ultimo grado. La Corte Europea dei Diritti Umani ha rilevato una violazione del diritto al rimedio effettivo nel caso di *Gebremedhin c. Francia,* perché l'ordine di espulsione del richiedente non era soggetto ad effetto sospensivo automatico per ricorso davanti al *Conseil d'Etat*.[162]

L'ICJ raccomanda che l'Italia introduca nella legislazione una norma che attribuisca un'effetto sospensivo automatico per tutti i ricorsi afferenti la violazione del principio di *non-refoulement*, fino a, e compresi i, ricorsi in Cassazione. Sebbene la Direttiva Rimpatri non richieda un effetto sospensivo automatico, l'art. 4 della Direttiva consente l'attuazione di norme più favorevoli allo straniero. In tal modo, l'Italia sarebbe conforme ai suoi obblighi sia di diritto internazionale sui diritti umani, sia di diritto comunitario. Qualora il governo o il parlamento non intraprendano queste azioni, sarà, a questo punto, responsabilità della magistratura, ivi compresi i giudici di pace, presentare un quesito preliminare alla Corte Costituzionale sulla conformità della T.U. sull'Immigrazione con la il diritto internazionale sui diritti umani.

L'ICJ raccomanda inoltre, che la Corte di Cassazione, in tutti i casi non legati al principio di *non–refoulement*, applichi sistematicamente il potere di sospensiva dell'esecuzione del decreto di espulsione ai sensi dell'art. 13 della Direttiva Rimpatri.

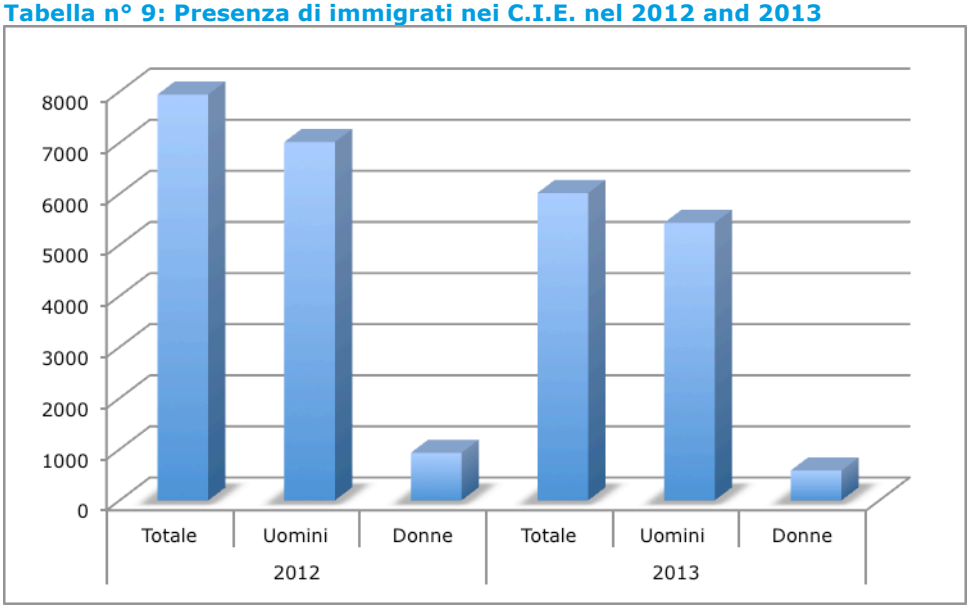
[162] *Gebremedhin c.* Francia, Corte EDU, istanza n° 25389/05, sentenza del 26 aprile 2007, paragrafo 66.

Tabella n° 8: Ricorsi alla Corte di Cassazione di cause su immigrazione



Fonte: Corte di Cassazione.

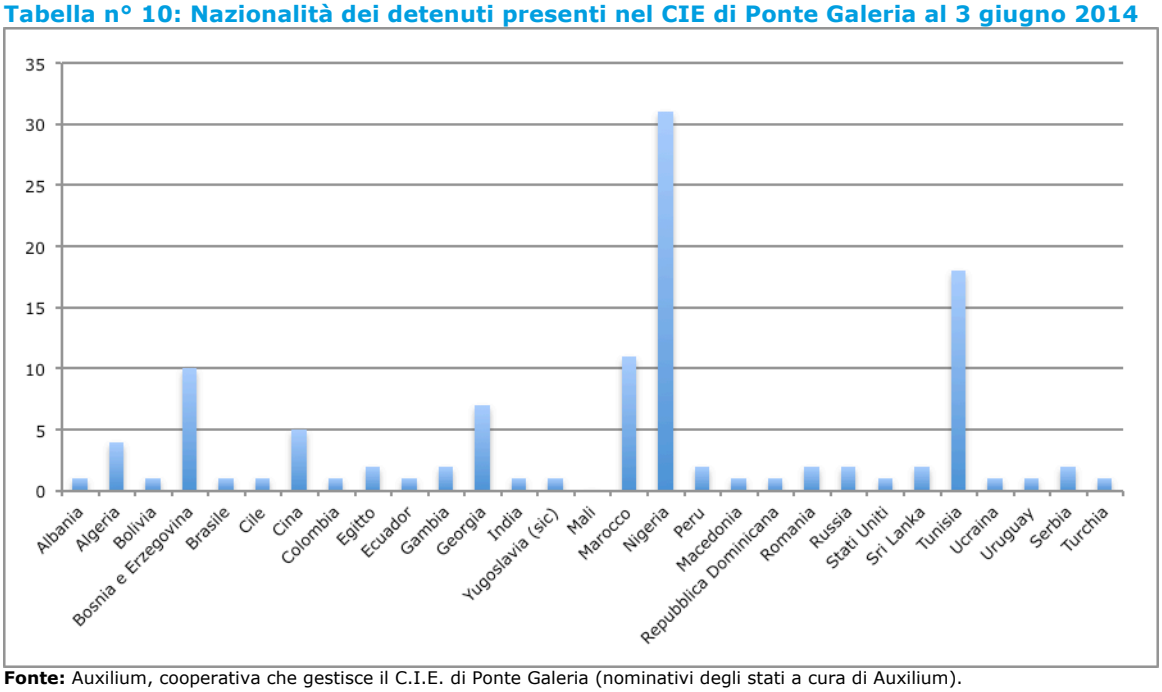
Tabella n° 9: Presenza di immigrati nei C.I.E. nel 2012 and 2013



Fonte: Medici per i Diritti Umani.[163]

[163] Elaborato dai dati della polizia, cfr. http://www.mediciperidirittiumani.org/pdf/Tabella_comparativa_2012-2013.pdf .

Tabella n° 10: Nazionalità dei detenuti presenti nel CIE di Ponte Galeria al 3 giugno 2014



Fonte: Auxilium, cooperativa che gestisce il C.I.E. di Ponte Galeria (nominativi degli stati a cura di Auxilium).

III. Il sistema di detenzione

1. Diritto internazionale e comunitario

a) Il diritto internazionale sui diritti umani

Al diritto alla libertà personale e al divieto di detenzione arbitraria sono dedicati un certo numero di strumenti giuridici internazionali, tre dei quali sono particolarmente pertinenti alla situazione degli immigrati in Italia. L'art. 9.1 del Patto prevede che "[o]gni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della propria persona. Nessuno può essere soggetto ad arresto o detenzione arbitraria. Nessuno può essere privato della propria libertà, se non per i motivi, e secondo la procedura, previsti dalla legge."[164] L'art. 5.1.f della CEDU prevede che "[o]gni 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: … se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione." L'art. 6 della Carta UE prevede che "[o]gni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza."

Per determinare la conformità con l'essenza di questi obblighi, bisogna porsi due questioni: 1) vi è privazione della libertà personale? 2) Se sì, è questa privazione della libertà personale arbitraria perché non è fondata su motivi ammissibili di restrizione della libertà individuale, oppure è stata eseguita non tenendo conto dei dovuti diritti procedurali? Con riguardo alla prima questione, si noti che certe restrizioni sull'individuo potrebbero non giungere al livello di privazione della libertà personale in senso stretto, ma potrebbero, ciononostante, costituire una negazione del diritto alla libertà di movimento, protetto anch'esso dal diritto internazionale.[165] La privazione della libertà non significa soltanto reclusione prolungata. In verità, "qualunque confino o trattenimento di un individuo accompagnata dalla restrizione della sua libertà di movimento, sebbene di breve durata, può equivalere a una privazione di fatto della libertà personale."[166] L'insieme di restrizioni minori può ammontare a una privazione della libertà. La Corte Europea dei Diritti Umani, ad esempio, in *Guzzardi c. Italia,*[167] ha accertato la privazione della libertà personale nel luogo in cui il ricorrente era stato confinato, su una piccola isola e soggetto a coprifuoco, con obbligo di firma, restrizione di movimento e di comunicazione.[168]

Per ciò che riguarda i motivi ammissibili di restrizione della libertà personale, l'art. 9 del Patto vieta la detenzione "arbitraria", il cui significato è stato elaborato nella giurisprudenza del Comitato sui Diritti Umani. L'art. 5 della CEDU, tuttavia, consente la privazione della libertà soltanto in quelle situazioni elencate nei sei sotto-commi del comma 5.1. Di questi, i due identificati al 5.1.f sono quelli più attinenti al contesto dell'immigrazione su cui questo rapporto si basa: per impedire l'ingresso non autorizzato nel Paese, e in attesa di deportazione o estradizione.

Qualunque forma di detenzione deve essere prevista dalla legge, in base al principio di legalità. Ciò significa che essa deve concordare con la normativa e procedure nazionali, e che

[164] Traduzione ufficiosa.
[165] Cfr. art. 12 del Patto, art. 2 del Protocollo 4 CEDU, e art. 22 della Convenzione Americana sui Diritti Umani.
[166] Gruppo di Lavoro della Nazioni Unite sulla Detenzione Arbitraria (WGAD), paragrafo 55 della *Delibera No. 9 relativa alla definizione e scopo della privazione arbitraria della libertà ai sensi del diritto internazionale consuetudinario* (taduzione ufficiosa). Cfr. anche paragrafo 59, che recita: "La sistemazione di soggetti in custodia temporanea nelle stazioni, porti e aeroporti o qualsiasi altra struttura dove questi rimangano sotto costante sorveglianza può non equivale soltanto alla restrizione della libertà personale di movimento, ma costituire inoltre, di fatto, una privazione della libertà personale. Il Gruppo di Lavoro ha confermato quanto detto, nelle sue precedenti delibere riguardanti gli arresti domiciliari, riabilitazione attraverso il lavoro, trattenimento in centri non riconosciuti per immigrati o richiedenti asilo, strutture psichiatriche e le così dette zone internazionali o di transito nei porti, aeroporti internazionali, centri di raccolta o ospedali" (traduzione ufficiosa).
[167] *Guzzardi c. Italia*, Corte EDU, plenaria, istanza n° 7367/76, sentenza del 6 novembre 1980, paragrafo 93.
[168] Cfr. ICJ, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Guida per operatori del diritto n° 6, 2012, pp. 158-160 per un'esauriente giurisprudenza.

tali normativa e procedure devono essere in grado di proteggere l'individuo da qualunque comportamento arbitrario da parte delle autorità dello Stato.[169] A questo riguardo, la Corte Europea dei Diritti Umani ha rilevato che "l'assenza di motivazioni elaborate [sulla] privazione della libertà personale rende tale misura incompatibile con la riserva di legge inerente all'articolo 5 della Convenzione."[170] Per essere accessibile, l'informazione sui motivi della detenzione deve, inoltre, presentarsi in modo tale da tenere conto del livello d'istruzione dell'individuo, e potrebbe essere necessaria la consulenza legale per consentire al medesimo di comprendere la sua situazione.[171]

Per evitare ogni rischio di arbitrarietà, la Corte Europea dei Diritti Umani ha dichiarato che la regolarità di una detenzione implica la sua conformità al diritto interno e alle seguenti caratteristiche:[172]

- esecuzione del provvedimento in buona fede senza sotterfugi da parte delle autorità;
- stretta connessione con lo scopo di prevenire l'ingresso senza autorizzazione o di espulsione;
- il luogo e le condizioni di detenzione devono essere appropriate, tenendo conto del fatto che la misura si applica non a responsabili di condotte passibili sotto il diritto penale, ma a stranieri che, spesso temendo per la loro vita, fuggono dal loro Paese;
- la durata della detenzione non deve essere superiore a quella ragionevolmente necessaria per lo scopo perseguito.[173]

Un individuo detenuto per qualunque motivo, compreso quello del controllo dell'immigrazione, ha il diritto di essere informato al più presto dei motivi della detenzione, ai sensi degli artt. 5.2 CEDU e 9.2 del Patto. L'informazione sui motivi del suo trattenimento sarà fornita in un linguaggio non tecnico, che possa essere facilmente compreso, e deve contenere motivazioni essenziali, giuridiche e di fatto, che giustificano la misura detentiva – compreso l'ordine di trattenimento – e le informazioni riguardanti i rimedi disponibili al detenuto. L'informazione fornita deve essere sufficientemente esauriente e precisa, onde consentire al detenuto di poter impugnare la sua detenzione davanti all'autorità giudiziaria.[174] Il principio che l'informazione deve essere fornita in modo accessibile potrebbe richiedere, nel caso di stranieri, che sia tradotta. Le motivazioni della detenzione devono andare oltre una mera indicazione della sua base legale, ma deve contenere anche qualche indicazione di fondamento fattuale. La responsabilità dello Stato nell'informare il detenuto sui motivi del suo trattenimento non è assolta laddove il detenuto debba cercare di dedurre dalle circostanze, o da varie fonti, il fondamento della privazione della sua libertà personale. In tali circostanze rimane a carico dello Stato l'obbligo di fornire l'informazione.[175]

Gli stranieri detenuti, così come qualsiasi altra persona privata della propria libertà personale, hanno il diritto di accesso immediato a un difensore e devono essere informati immediatamente di questo diritto.[176] In conformità agli standard internazionali, i detenuti devono avere accesso alla consulenza legale e a strutture che consentano di interloquire con il proprio avvocato in modo riservato e, in seguito, a intervalli regolari. Laddove necessario, si dovrà fornire assistenza legale gratuita. Si dovrà fornire la traduzione degli atti essenziali

[169] Vedere, *ibid.*, pp 160-161 per un'esauriente giurisprudenza.
[170] *Lokpo e Toure c. Ungheria*, Corte EDU, istanza n° 10816/10, sentenza del 20 settembre 2011, paragrafo 24 (traduzione ufficiosa).
[171] Cfr. ICJ, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Guida per operatori del diritto n° 6, 2012, pp. 161-162 per un'esauriente giurisprudenza.
[172] Una giurisprudenza equivalente è stata espressa dal Comitato sui Diritti Umani (cfr., tra gli altri, *A c. Australia*, comunicazione n° 560/1993, parere del 30 aprile 1997; *Saed Shams e altri c. Australia*, comunicazione n° 1255/2004, parere del 11 settembre 2007; *Sambo Jalloh c. i Paesi Bassi*, comunicazione n° 794/1998, parere del 15 aprile 2002) e dal Gruppo di Lavoro sulla Detenzione Arbitraria (*Delibera n° 5 sulla situazione degli immigrati e richiedenti asilo*, disponibile in http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/CompilationWGADDelibera .pdf).
[173] Cfr. ICJ, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Guida per operatori del diritto n° 6, 2012, p. 163 per un'esauriente giurisprudenza.
[174] *Ibid.*, pp. 192-194 per un'esauriente giurisprudenza associata.
[175] *Ibid*.
[176] *Ibid.*, pp. 194-195 per un'esauriente giurisprudenza associata.

laddove necessario, come l'interpretariato durante i colloqui con l'avvocato. Le strutture per i colloqui con il proprio legale dovranno rispettare la riservatezza nel rapporto cliente-avvocato.

Sebbene né l'art. 5 della CEDU né l'art. 9 del Patto facciano riferimento esplicito al difensore,[177] la notevole giurisprudenza in entrambi i trattati evidenzia che tali disposizioni comprendono il diritto dei detenuti all'accesso a un legale. Il Comitato sui Diritti Umani ha stabilito che "[d]eve essere consentito l'accesso immediato e regolare a personale medico indipendente e agli avvocati e, con adeguata supervisione ogniqualvolta lo scopo legittimo della detenzione lo richieda, anche ai membri della famiglia."[178] La Corte Europea dei Diritti Umani ha stabilito che non fornire un qualsiasi accesso o un adeguato accesso a un legale, oppure ostacolarlo, può costituire una violazione dell'art. 5.4 della CEDU, laddove tale comportamento prevenga al detenuto di impugnare effettivamente la legittimità della sua detenzione. [179] Le interferenze nei colloqui riservati tra avvocato e cliente, durante la detenzione, sono anch'esse passibili di violazione del diritto a impugnare la legittimità della detenzione ai sensi dell'art. 5.4.[180] Nel caso di *Suso Musa c. Malta*, la Corte Europea ha stabilito che "sebbene le autorità non siano obbligate a fornire un'assistenza legale gratuita nell'ambito di un procedimento per detenzione […], la sua mancanza, in particolare quando è richiesta dal contesto nazionale per i motivi di cui all'art. 5.4, potrebbe dare adito al problema dell'accessibilità a tale rimedio."[181]

Il diritto a impugnare giudizialmente la legittimità della detenzione, diritto che è protetto dagli artt. 9.4 del Patto e 5.4 CEDU e non consente alcuna limitazione o deroga,[182] è una protezione fondamentale contro la detenzione arbitraria, così come contro la tortura o il maltrattamento durante la detenzione.[183]

Il diritto al riesame giudiziale della detenzione si applica a persone che sono soggette a qualsiasi forma di privazione della libertà, siano esse legittime o illegittime, e richiede che esse abbiano accesso effettivo a un giudice o tribunale indipendente per impugnare la legittimità della propria detenzione, e, inoltre, che sia essi che il loro avvocato abbiano l'opportunità di essere ascoltati dinanzi ad un tribunale.[184] I soggetti detenuti devono avere un accesso tempestivo al tribunale sin dal momento dell'arresto, ma, in seguito, dovranno eseguirsi dei controlli giudiziali regolari per constatare la legittimità della detenzione.

Il riesame giudiziale della detenzione deve offrire un mezzo pratico, accessibile ed efficace per la sua impugnazione. Il principio di accessibilità esige che lo Stato garantisca che il detenuto abbia una possibilità reale di effettuare il ricorso, sia nella pratica che nella teoria. Ciò potrebbe richiedere il reperimento d'informazioni, di assistenza legale e di traduzione.

Per rispettare il diritto internazionale dei diritti umani, un ricorso giurisdizionale deve soddisfare una serie di requisiti, sintetizzabili come segue:

- Il riesame deve essere previsto chiaramente dalla legge.
- Il riesame deve essere eseguito da un organo giudiziario indipendente ed imparziale.

[177] Il diritto al difensore è garantito dall'art. 6 CEDU, art. 14 del Patto e art. 47 della Carta UE.
[178] Cfr. Comitato sui Diritti Umani, *Bozza di Commentario Generale n° 35*, paragrafo 58 (traduzione ufficiosa), riferito alle osservazioni conclusive su Algeria 2007, paragrafo 11; Armenia 2012, paragrafo 19; Belgio 2010, paragrafo 17; Benin 2004, paragrafo 16; Vietnam 2002, paragrafo 13; Kuwait 2012, paragrafo 19. Cfr. *Corpus dei Principi per la Protezione di tutte le Persone soggette a qualsiasi forma di Detenzione o Reclusione*, principi 17-19, 24, approvato dall'Assemblea Generale ONU con risoluzione 43/173; Comitato sui Diritti del Fanciullo, *Commentario Generale n° 10*, paragrafo 87.
[179] *Öcalan c. Turchia*, Corte EDU, istanza n° 46221/99, sentenza del 12 marzo 2003, paragrafo 72, ribadita dalla sentenza della Grande Camera del 12 maggio 2005, paragrafo 70.
[180] *Istratii contro. Moldova*, Corte EDU, istanze n° 8721/05, 8705/05 e 8742/05, sentenza del 27 marzo 2007, paragrafi 87-101.
[181] *Suso Musa c. Malta*, Corte EDU, istanza n° 42337/12, sentenza del 23 Luglio 2013, paragrafo 61 (traduzione ufficiosa).
[182] Cfr. ad esempio, Comitato sui Diritti Umani, *Commentario Generale no. 29, stati di emergenza*, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).
[183] *A. e altri c. Regno Unito*, Corte EDU, GC, istanza n° 3455/05, sentenza del 19 febbraio 2009, paragrafo 202; *Kurt c. Turchia*, Corte EDU, caso n° 15/1997/799/1002, sentenza del 25 maggio 1998, paragrafo 123.
[184] Cfr. ICJ, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Guida per operatori del diritto n° 6, 2012, pp. 198 - 203 per un'esauriente giurisprudenza.

- Il riesame deve essere tempestivo, sufficientemente ampio, sufficiente ad essere effettivo e reale e non puramente formale, ma basato sui motivi e le circostanze della detenzione, e deve avere la discrezionalità giudiziaria di ordinare il rilascio**.**
- Il riesame deve soddisfare gli standard del processo equo ed essere in grado di garantire la "parità delle armi" tra le parti.
- L'assistenza legale deve essere fornita nella misura necessaria per presentare in maniera effettiva l'istanza di scarcerazione.
- Nei casi di detenzione di lungo periodo, le garanzie procedurali dovrebbero avvicinarsi a quelle previste per i procedimenti penali.

Le persone cui sia stato riconosciuto da giudici nazionali o internazionali, o da altre autorità idonee, che siano stati ingiustamente detenuti, hanno il diritto alla totale riparazione, compreso il risarcimento,[185] per l'ingiusta detenzione (artt. 5.5 CEDU e 9.5 del Patto). Ai sensi del Patto, questo diritto si attiva ogniqualvolta vi sia una detenzione "illegittima", cioè la detenzione è in violazione della normativa nazionale oppure del Patto. Secondo la CEDU, essa sorge, in particolar modo, laddove la detenzione sia in violazione della Convenzione stessa, sebbene, nella pratica, ciò comprenda i casi in cui la detenzione non sia fondata nella normativa nazionale.[186]

b) Il diritto comunitario

L'art. 6 della Carta UE stabilisce che "[o]gni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza." Ai sensi dell'art. 52 della Carta, il significato e scopo del presente diritto è mutuato dalla CEDU, e, di conseguenza, la giurisprudenza della Corte Europea di Diritti Umani sull'art. 5 della CEDU sarà applicabile direttamente per poter interpretare l'art. 6 della Carta.

Gli artt. 15 e 16 della Direttiva Rimpatri forniscono il quadro del diritto derivato della UE sulla detenzione amministrativa, o trattenimento, di immigrati irregolari. L'art. 15.1 prevede che la detenzione sia una misura di *ultima ratio* che può essere disposta soltanto "[s]alvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive."[187] Se non vi fossero altre misure alternative, allora, e soltanto allora, lo Stato potrà "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 […] sussiste un rischio di fuga o […] il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento."[188]

Riguardo alla durata della detenzione, il principio fondamentale è quello che "[i]l trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio."[189] In particolare, "[q]uando 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."[190] In vero, "[i]l trattenimento è mantenuto finché perdurano le condizioni [per il trattenimento] e per il periodo necessario ad assicurare che l'allontanamento sia eseguito",[191] ed in ogni caso non potrà durare oltre i sei mesi. In via eccezionale la detenzione si può prolungare "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 […] della mancata cooperazione da parte

[185] Cfr., *Principi di base e linee guida relativi ai ricorsi e alle riparazioni a favore delle vittime di flagranti violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e di gravi violazioni del diritto internazionale umanitari*, *op. cit*.
[186] Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights Commentary*, seconda edizione rivista, ed. N.P. Engel, 2005, pp.180-182.
[187] Art. 15.1, Direttiva Rimpatri.
[188] Art. 15.1, *ibid*.
[189] Art. 15.1, *ibid*.
[190] Art. 15.4, *ibid*.
[191] Art. 15.5, *ibid*.

del cittadino di un paese terzo interessato, o […] dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi."[192]

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea[193] ha chiarito che la detenzione non può essere indefinita sia che vi siano o meno "prospettive ragionevoli di allontanamento". La Corte di Giustizia ha chiarito che, anche quando vi sia anche la sussistenza di tali prospettive di allontanamento, non si può giustificare il prolungamento della detenzione oltre il periodo massimo assoluto di diciotto mesi[194] e che "solo una concreta prospettiva di esecuzione dell'allontanamento […] corrisponde ad una prospettiva ragionevole di allontanamento e che quest'ultima non sussiste quando risulta poco probabile che l'interessato sia accolto in un paese terzo tenuto conto dei detti termini."[195] Ancora, la Corte di Giustizia ha voluto rilevare che il periodo iniziale di sei mesi "osta ad una disciplina nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che consenta la proroga del periodo iniziale di trattenimento di sei mesi già per il sol fatto che il cittadino del paese terzo sia privo di documenti d'identità" e ha chiarito che questi fatti si possono considerare "mancanza di cooperazione" soltanto se la valutazione del comportamento del cittadino del Paese terzo provi la sua mancanza di collaborazione e sia stata strumentale al ritardo nell'espulsione.[196]

Quando la decisione sulla detenzione è disposta, l'ordine di detenzione deve essere "disposto per iscritto ed è motivato in fatto e in diritto."[197] L'ordine potrà essere disposto sia dalle autorità giudiziarie sia da quelle amministrative. Tuttavia, quando proviene da un'autorità amministrativa, gli Stati Membri devono accertarsi che vi sia comunque "un pronto riesame giudiziario della legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'inizio del trattenimento stesso."[198] Alternativamente, "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."[199]

Riguardo al riesame giudiziario della detenzione, la Direttiva stabilisce che "il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d'ufficio. Nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo di un'autorità giudiziaria."[200]

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha recentemente stabilito dei principi dettagliati riguardo al riesame giudiziario della detenzione ai sensi della Direttiva Rimpatri. Nel caso di *Bashir Mohamed Ali Mahdi,*[201] la Corte ha dichiarato che la Direttiva, letta alla luce degli artt. 6

[192] Art. 15.6, *ibid*. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha dichiarato che "il periodo durante il quale l'esecuzione del decreto di riaccompagnamento coattivo alla frontiera è stata sospesa a causa di un procedimento giurisdizionale avviato dall'interessato avverso tale decreto è preso in considerazione nel calcolo del periodo di trattenimento ai fini dell'allontanamento quando, durante tale procedimento, l'interessato abbia continuato a soggiornare in un Centro di permanenza temporanea," *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, Caso C-357/09 PPU, sentenza del 30 novembre 2009, Massima 3. La Corte ha inoltre rilevato che " consente, quando il periodo massimo di trattenimento previsto da tale direttiva sia scaduto, di non liberare immediatamente l'interessato in quanto egli non è in possesso di validi documenti, tiene un comportamento aggressivo e non dispone di mezzi di sussistenza propri né di un alloggio o di mezzi forniti dallo Stato membro a tale fine," *Said Shamilovich Kadzoev* (Huchbarov), Caso C-357/09 PPU, sentenza del 30 novembre 2009, Pronuncia 6.

[193] A beneficio della leggibilità nel presente rapporto, si farà riferimento alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con l'attuale nomenclatura anche in rapporto a quei casi precedenti al Trattato di Lisbona quando era nota come Corte Europea di Giustizia.

[194] *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, *op. cit*., Massima 4.

[195] *Ibid.*, Massima 5

[196] *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, *op. cit*., Massime 3 e 4.

[197] Art. 15.2, Direttiva Rimpatri.

[198] Art. 15.2.a, *ibid*.

[199] Art. 15.2.b, *ibid*. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha dichiarato che, "quando nell'ambito di un procedimento amministrativo la proroga di una misura di trattenimento è stata adottata in violazione del diritto di essere sentiti, il giudice nazionale chiamato a valutare la legittimità di tale decisione può ordinare la cessazione del trattenimento soltanto se ritiene, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto e di diritto di ciascun caso di specie, che tale 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," *M. G. e N. R. contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Caso C-383/13 PPU, sentenza del 10 settembre 2013, Massimo.

[200] Art. 15.3, *ibid*.

[201] *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, *op. cit*., Massima 1.

e 47 della Carta UE, comporta i seguenti obblighi:

- tutte le decisioni sulla detenzione, compresa il sua prororga, devono essere sotto forma di atto scritto che comprenda le motivazioni di fatto e di diritto di quella decisione;
- il riesame giudiziario obbligatorio dovrà pronunciarsi sulla misura di detenzione:
    - caso per caso;
    - valutando il principio di proporzionalità;
    - valutando se la detenzione possa essere sostituita da una misura meno afflittiva oppure se la persona in questione debba essere rilasciata;
- il tribunale o il giudice devono avere il potere di prendere in considerazione i fatti esposti e le prove addotte dall'autorità amministrativa che ha portato la questione dinanzi ad essa, come anche i fatti, le prove e le osservazioni che possono essere inoltrate all'autorità giudiziale nel corso del processo.

Sono state date delle indicazioni positive alla missione dell'ICJ, sia da parte dei giudici di pace sia da parte degli avvocati incontrati, nel considerare che la Direttiva Rimpatri fosse uno strumento che aveva prodotto coerenza, chiarezza e un quadro di analisi, a dispetto di un panorama legislativo complesso e in costante evoluzione. Tuttavia è stato riferito alla missione che la Direttiva, in generale, non è stata ben compresa da parte degli operatori del diritto, compresi i funzionari governativi, giudici di pace e avvocati. Sembra vi sia una mancanza di comprensione su ciò che implica l'effetto necessario che ha la Direttiva Rimpatri sull'interpretazione della normativa nazionale. In modo particolare, l'obbligo, ai sensi della Direttiva, di intraprendere una valutazione sulla proporzionalità, e di ricorrere alla detenzione soltanto come *ultima ratio*, non è stato compreso o, almeno, non interiorizzato.

2. La normativa italiana in diritto e nella prassi

L'art. 13 della Costituzione prevede che:

> *"La libertà personale è inviolabile.*
> *Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.*
> *In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.*
> *È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.*
> *La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva."*

Pertanto, l'art. 13 della Costituzione stabilisce, in conformità con il principio di legalità, l'obbligo di imporre restrizioni sulla libertà personale soltanto attraverso una riserva di legge assoluta. Esso prevede, inoltre, che la competenza della valutazione della legittimità della privazione di liberta personale di una persona sia, solo ed esclusivamente, dell'autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione).

Riquadro n° 5: Il Centro di Identificazione ed Espulsione di Ponte Galeria

Il 3 giugno, la missione ha visitato il C.I.E. di Ponte Galeria. Lo scopo della visita era di valutare la situazione in cui gli immigrati si trovavano una volta in contatto con il sistema giudiziario nell'ottenere assistenza legale. Il centro di detenzione, il più grande in Italia, nel giorno della visita, era soltanto a metà della sua capienza. Non è stato quindi possibile per la missione valutare la situazione in condizioni di capienza totale. La struttura è divisa in due ali principali: una per gli uomini e l'altra per le donne. Entrambe sono circondate da barre metalliche molto alte che si trovano anche tra le zone degli alloggi. Non è possibile per alcuno dei detenuti passare da un'ala all'altra, tuttavia è concesso loro di spostarsi all'interno della loro ala durante il giorno. Durante la notte, i detenuti sono confinati nella sezione dei loro alloggi all'interno dell'ala.

Il compito della missione non era quello di procedere a una valutazione su vasta scala delle condizioni di detenzione. Ciononostante, essa è in grado di fornire delle osservazioni sommarie a questo riguardo. La missione considera che le condizioni fisiche, nel loro complesso, siano desolanti date le sbarre di ferro torreggianti che possono dare ai soggetti all'interno un profondo senso di oppressione. La missione osserva che vi è la disponibilità di servizi didattici, educativi e ricreativi, sebbene la struttura non sembri adeguata. Il C.I.E. ospita una piccola aula per udienze del giudice di pace, sita all'interno dei quartieri della polizia presso l'ingresso principale, ma, comunque, all'interno del centro di detenzione. I detenuti hanno accesso all'aula attraverso una stanza separata fornita soltanto di sedie. Accanto al corridoio che dà accesso all'aula, vi è a disposizione una stanza per i colloqui tra gli avvocati e i loro clienti. La missione ha costatato che la stanza era insonorizzata. Ciononostante, questa è dotata di una grande vetrata che consente alla polizia di scorgere cosa avviene al suo interno.

La polizia e il personale del centro sono stati disponibili a rispondere a tutte le domande della missione e a mostrare tutte le zone del centro di detenzione. Per quanto riguarda le detenute, nessuna si è rivolta alla missione, diversamente da alcuni degli uomini che hanno manifestato dei reclami di ingiusta detenzione. Uno dei detenuti, che ha riferito alla missione che suo fratello era morto sotto i suoi occhi mentre tentavano di attraversare il Mediterraneo, ha chiesto disperatamente perché fosse stato mandato dalla Francia in Italia dal momento che lui vi era arrivato per ricongiungersi alla sua fidanzata. Il detenuto presentava segni di automutilazione.

Bisogna ricordare che. in Italia, sia nel diritto sia nel lessico amministrativo, la situazione degli immigrati privati della loro libertà non è riferita come detenzione bensì come "trattenimento". Allo stesso modo, la polizia che gestisce il centro si riferisce ai detenuti come "ospiti". Il C.I.E. è gestito da un'organizzazione non governativa, Auxilium, finanziata dal Ministero dell'Interno. La polizia è presente nel centro per motivi di sicurezza e per rappresentare la questura.

La Corte Costituzionale, nella sua sentenza storica n° 105 del 2001, ha dichiarato che trattenimento amministrativa di un immigrato "è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 della Costituzione."[202] La Corte ha affermato il carattere assoluto delle garanzie previste dall'art. 13 che non subiscono "attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti."[203]

[202] Corte Costituzionale, sentenza n° 105/2001 del 10 Aprile 2001, paragrafo 4.
[203] *Ibid.*, paragrafo 4.

L'ICJ rileva che, nonostante le chiare pronunce nelle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte Europea per i Diritti Umani sull'argomento (si veda, sezione n° 1), e benché per i membri della missione vi fossero pochi dubbi sul fatto che i C.I.E costituissero una privazione di libertà non minore rispetto a quella incontrata in molti penitenziari di livello medio-alto nel mondo, tuttavia, e in modo sorprendente, un giudice di pace ha riferito alla missione che la situazione degli immigrati nei C.I.E. equivaleva semplicemente a una restrizione della libertà di movimento e non a una privazione della libertà personale.

L'ICJ è stata fatta parte da parte di un certo numero di avvocati di argomenti piuttosto convincenti sull'incostituzionalità di alcuni aspetti del sistema di detenzione amministrativa degli immigrati irregolari, giacché in violazione della riserva di legge assoluta ai sensi dell'art. 13 della Costituzione. Si è discusso sul fatto che il T.U. sull'Immigrazione non regola i "modi" della detenzione, diversamente dal diritto penitenziario per il quale la legislazione prevede abbondanti particolari. Invero, il T.U. sull'Immigrazione non fa quasi menzione dei "modi" della detenzione e i riferimenti a tali "modi" nel regolamento attuativo, fonte normativa secondaria,[204] sono, inoltre, piuttosto scarsi. Questa omissione lascia la regolamentazione dettagliata dei C.I.E. alle direttive ministeriali o agli accordi formali o informali con l'ente gestore del centro.[205] Per ciò che riguarda l'obbligo costituzionale della riserva di giurisdizione, alcuni rappresentanti della società civile e alcuni avvocati hanno segnalato che è soltanto sulle questioni riguardanti l'immigrazione che il giudice demandato alla convalida di una detenzione non sia necessariamente togato, situazione considerata dagli stessi estremamente problematica.

a) <u>Motivi della detenzione</u>

Il T.U. sull'Immigrazione riconosce al questore il potere di trattenere l'immigrato in modo tale da poter disporre il respingimento differito o l'espulsione, per il tempo "strettamente necessario". [206] Il trattenimento può essere disposto quando l'espulsione attraverso l'accompagnamento coattivo alla frontiera [207] o il respingimento differito [208] non possano eseguirsi nell'immediato a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento. [209] Tali situazioni potrebbero includere: l'esistenza di una situazione di rischio di fuga; e/o la necessità di prestare soccorso allo straniero, di "effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo".[210]

Il questore è inoltre autorizzato a disporre un provvedimento sulla detenzione di indagati o di soggetti in attesa di decreto di espulsione, in modo specifico:

a) in attesa del nulla osta dell'autorità giudiziaria richiesto da questore per l'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale che non si trova in stato di custodia cautelare in carcere;[211]
b) nell'attesa della comunicazione della decisione del giudice di pace sulla convalida del provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, salvo che l'udienza si possa tenere nel luogo dove è stato disposto il provvedimento di espulsione e ancor prima del suo trasferimento al C.I.E.[212]

[204] D.P.R. n° 394 del 31 agosto 1999.
[205] Alberto di Martino, *La disciplina dei "C.I.E." è incostituzionale – Un pamphlet*, Diritto Penale Contemporaneo, 2010. Purtroppo, il ricorso avverso l'incostituzionalità del sistema di detenzione nel suo insieme è stato rigettato dalla Corte Costituzionale poiché troppo generico, Corte Costituzionale, ordinanza n° 93/2014, 7 aprile 2014.
[206] Art. 14.1, T.U. sull'Immigrazione.
[207] Art. 13.4, *ibid*.
[208] Art. 10.2, *ibid*.
[209] Art. 14.1, *ibid*.
[210] Art. 14.1, *ibid*.
[211] Art. 13.3, *ibid*.
[212] Art. 13.5-bis, *ibid*.

Un rappresentante del Dipartimento della Pubblica Sicurezza presso il Ministero dell'Interno ha informato la missione che le direttive interne prevedono che la decisione sull'eventuale detenzione debba basarsi su valutazioni caso per caso. In pratica, è stato confermato, che, nella decisione, sono presi in considerazione almeno tre parametri: l'eventuale arresto dello straniero per sospetta commissione di reato; l'eventuale condanna precedente dello straniero; e/o l'eventuale sospetto dell'uso in passato di pseudonimi vari da parte dello straniero. Inoltre, i funzionari di polizia incontrati dalla missione presso il C.I.E. di Ponte Galeria hanno dichiarato che, qualora lo straniero fosse in possesso di un documento identificativo in corso di validità, questi solitamente sarà soggetto all'ordine di lasciare il territorio nazionale entro sette giorni. Diversamente, lo straniero sarà trattenuto, poiché il possesso di un documento di identificazione è considerato un elemento essenziale per decidere di procedere a un trattenimento.

Un certo numero di o.n.g. e di avvocati che rappresentano immigrati irregolari hanno riferito alla missione che, spesso, qualora lo straniero abbia subito una condanna oppure sia stato soggetto di denuncia penale, ciò comporterebbe, in pratica, l'innesco automatico della convalida della sua detenzione. Di altri immigrati è stato riferito che siano trattenuti sulla base di una presunta "pericolosità sociale", standard vago e privo di definizione e non meglio precisato da coloro che la missione ha incontrato.

È stato riferito che, in questo momento, coloro che sono trattenuti presso i C.I.E. sono prevalentemente persone con precedenti penali. Gli avvocati hanno comunicato alla missione la loro visione, secondo la quale la detenzione amministrativa degli immigrati in seguito al rilascio dal carcere sia una assurdità e che sia di fatto una punizione ulteriore, poiché lo straniero avrebbe potuto essere identificato, e l'espulsione predisposta, durante il periodo in cui questi scontava la pena. Queste conclusioni sono state ulteriormente avvalorate dalla dichiarazione autorevole del Gruppo di Lavoro dell'ONU sulla Detenzione Arbitraria, alla fine della loro missione in Italia, l'11 luglio 2014, sul fatto che "un numero significativo di detenuti presso i CIE sono cittadini stranieri condannati per reati penali i quali sono stati successivamente trasportati presso questi centri…. [Il Gruppo di Lavoro ha invitato] il Governo ad astenersi dal trasferire presso i CIE gli immigrati condannati che dovrebbero essere identificati durante il periodo di permanenza in carcere."[213]

L'ICJ è al corrente che la Corte Europea dei Diritti Umani ha segnalato che "revocare un permesso di soggiorno e/o l'imporre un decreto di espulsione, a un immigrato già residente, successivamente a una condanna per la quale lo straniero ha scontato una pena, non costituisce doppia punizione."[214] Tuttavia, l'ICJ ritiene che ciò non esonera le autorità italiane dal soddisfare i propri obblighi di diligenza nella predisposizione ed esecuzione delle misure di espulsione, e conviene con gli avvocati incontrati che la predisposizione all'espulsione si possa iniziare mentre lo straniero stia scontando la pena dopo la condanna. Le autorità, pertanto, dovranno dimostrare il perché non siano stati in grado di intraprendere queste iniziative preparatorie, per giustificare la dovuta diligenza nel procedimento espulsivo, necessaria perché la misura di detenzione amministrativa sia conforme ai dettami degli artt. 5.1.f della CEDU e 9.1 del Patto.

L'ICJ non è a conoscenza di alcun ostacolo legale a queste attività preliminari. Pertanto raccomanda che le autorità governative inizino la predisposizione di tutte le misure per l'espulsione prima che lo straniero sia scarcerato. Raccomanda, inoltre, ai giudici di pace di non convalidare le misure di espulsione o le misure esecutive della detenzione e

[213] ONU, "Italia/Detenzione Arbitraria: l'organismo di esperti delle NU sollecita l'immediata azione per terminare il sovraffollamento delle carceri e la protezione dei diritti dei migranti", 11 Luglio 2014, disponibile in http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/(httpNewsByYear_en)/98644DDF78A6E0FFC1257D1200560FFE?OpenDocument .
[214] *Üner c. i Paesi Bassi*, Corte EDU, GC, istanza n° 46410/99, sentenza del 18 ottobre 2006, paragrafo 56.

l'accompagnamento alla frontiera, se le autorità non hanno chiaramente, credibilmente e ragionevolmente illustrato il perché tali azioni preparatorie non siano state possibili.

b) Comunicazione della decisione

Ai sensi del T.U. sull'Immigrazione, l'ordine di detenzione è tradotto in una lingua comprensibile al detenuto ovvero, qualora ciò non sia possibile, nelle lingue francese, inglese o spagnola (le "lingue veicolari"), secondo l'indicazione del detenuto.[215] Inoltre, la decisione deve essere messa per iscritto e motivata.[216] La decisione deve contenere l'indicazione dell'autorità competente in caso di ricorso e il diritto a essere assistito da un legale in caso di appello.[217]

Gli stranieri giunti più di recente in Italia provengono da diversi Paesi. Ad esempio, durante la visita della missione nel C.I.E. di Ponte Galeria, coloro che rappresentavano il numero maggiore, in ordine numerico, erano persone provenienti da: Nigeria, Tunisia, Marocco, Bosnia e Erzegovina, Georgia e Cina. La maggior parte di questi detenuti, pertanto, parla arabo, serbo-croato, georgiano o cinese.

La polizia in servizio al C.I.E. di Ponte Galeria ha confermato alla missione che, spesso, non era possibile trovare un traduttore nella lingua richiesta per tradurre l'ordine, e che, in quei casi, la decisione veniva fornita in inglese, francese o spagnolo, le lingue "veicolari".

La ICJ sottolinea che è fondamentale che le persone soggette a privazione della libertà personale siano informate tempestivamente delle motivazioni della detenzione in una lingua che comprendono,[218] e fa notare che, al momento, la legge prevede soltanto tre lingue obbligatorie e che ciò non è in linea con gli obblighi dell'Italia ai sensi degli artt. 5.2 della CEDU e 9.2 del Patto.

L'ICJ raccomanda di emendare il T.U. sull'Immigrazione in modo tale da fare riferimento alle cinque lingue più frequentemente utilizzate o comprese dagli immigrati irregolari, e che il Ministero rivaluti periodicamente a quali lingue dare priorità a seconda della composizione degli arrivi. In ogni caso, l'ICJ sottolinea che, quando si tratti di misure che costituiscono privazione della libertà personale, si dovrà usare qualunque mezzo per comunicare efficacemente per iscritto con la persona a rischio di espulsione tutto ciò che riguarda il procedimento giudiziario a suo carico, indicando le motivazioni legali e fattuali su cui si basa la detenzione e quali rimedi siano disponibili, e i termini entro i quali tali rimedi si possono esercitare.

c) Durata della detenzione

Dopo un periodo iniziale di detenzione di trenta giorni, lo stesso potrà essere prorogato dal giudice di pace su richiesta del questore, per:

1) ulteriori trenta giorni in caso di gravi difficoltà per l'accertamento dell'identità dello straniero e/o per l'acquisizione di documenti per il viaggio;
2) ulteriori sessanta giorni qualora persistano le medesime difficoltà;
3) ulteriori sessanta giorni qualora persistano ancora le medesime difficoltà. Ne consegue che il periodo massimo ammonti a 180 giorni, anche quando il questore può eseguire l'accompagnamento coattivo nel più breve tempo possibile senza attendere la scadenza per ciascun periodo;

[215] Artt. 2.6 e 14.2, T.U. sull'Immigrazione.
[216] Art. 20, D.P.R. n° 394/99.
[217] Ibid.
[218] Art. 5.2 CEDU e art. 9.2 del Patto; Principio 1, Delibera WGAD n° 5; *Corpus dei Principi*, Principio 14; *Rahimi c. Grecia,* Corte EDU, *op. cit*., paragrafo 79.

4) tuttavia, il giudice di pace, dietro richiesta del Questore, può estendere nuovamente la detenzione per ulteriori periodi di sessanta giorni fino ad un totale di diciotto mesi, "qualora non sia stato possibile procedere all'allontanamento, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, a causa della mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi".[219]

Durante la sua visita al C.I.E. di Ponte Galeria, alla missione è stato riferito che gli immigrati in genere non rimangono nel centro di detenzione per più di sei mesi. Vi sono stati soltanto uno o due casi di persone che sono rimaste per otto o nove mesi, secondo la polizia del centro. La motivazione addotta è stata che sarebbe stato irragionevole trattenere persone per oltre sei mesi poiché, se non è stato possibile giungere a un'identificazione durante detto periodo, non sarebbe possibile identificare la persona in un futuro ragionevolmente prevedibile. È stato riferito alla missione che, in genere, dopo sei mesi, la polizia non procede alla richiesta di proroga della detenzione.

L'ICJ reputa che il limite di diciotto mesi, ai sensi dell'art. 15 della Direttiva Rimpatri, sia eccessivo per qualunque caso di detenzione in vista di espulsione, eseguita con la dovuta diligenza.[220] L'ICJ ricorda che, nella sua recente visita, il Gruppo di Lavoro dell'ONU sulla Detenzione Arbitraria ha dichiarato di essere "profondamente preoccupato per la durata della detenzione amministrativa (una durata legale massima di 18 mesi) e per le condizioni di detenzione presso i Centri di Identificazione e Espulsione (CIE), ma di essere incoraggiati dalle recenti iniziative legislative sulla riduzione del periodo massimo di detenzione dei migranti irregolari a 12, o persino sei, mesi."[221] L'ICJ sottolinea l'affermazione dei rappresentanti della polizia, che lavorano a stretto contatto con gli immigrati detenuti e che consideravano che, in generale, sei mesi costituivano un tempo più che sufficiente per un tentativo reale di preparazione di un'espulsione. L'ICJ accoglie favorevolmente, come un passo nella direzione giusta, l'approvazione da parte del Parlamento, il 21 ottobre 2014, dell'art. 3 della Legge Europea 2013-*bis*, che riduce la durata massima del trattenimento amministrativo a novanta giorni.[222]

L'ICJ vuole evidenziare che la pietra angolare della legalità della detenzione, più che la stessa durata, deve rimanere l'obbligatoria valutazione della necessità e della proporzionalità della misura detentiva; una valutazione della disponibilità di alternative alla detenzione; e la disponibilità in qualsiasi momento di un rimedio di *habeas corpus* e di un riesame periodico obbligatorio della legittimità e delle condizioni di detenzione. Nonostante ciò, poiché l'art. 4 della Direttiva Rimpatri della UE consente l'introduzione di misure più favorevoli allo straniero, l'ICJ raccomanda che il governo italiano e il Parlamento riducano considerevolmente il termine massimo di detenzione a un periodo che sia il più breve possibile in modo tale da garantire che l'allontanamento si svolga con la tempestività necessaria e la dovuta diligenza.

d) <u>Diritti e procedure nel riesame giudiziario</u>

Durante la sua visita, la missione è stata informata su un certo numero di elementi problematici relativi alle regole applicabili alla procedura di riesame giudiziario della detenzione, assieme al modo in cui questa procedura viene generalmente gestita e gli esiti di molti di questi riesami.

[219] Art. 14.5, T.U. sull'Immigrazione.
[220] Cfr. art. 5.1.f CEDU.
[221] ONU, "Italia/Detenzione Arbitraria l'organismo di esperti delle NU sollecita l'immediata azione per terminare il sovraffollamento delle carceri e la protezione dei diritti dei migranti", 11 Luglio 2014, disponibile in http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/(httpNewsByYear_en)/98644DDF78A6E0FFC1257D1200560FFE?OpenDocument .
[222] Cfr. il testo attuale davanti alla Camera dei Deputati, d.d.l. C-1864-B.

i) Procedura generale

In seguito all'emissione dell'ordine di trattenimento, il questore avente giurisdizione nell'area del centro di detenzione (C.I.E.) trasmette una copia della documentazione relativa al giudice di pace avente competenza giurisdizionale nella zona. Detto giudice di pace ha l'onere della convalida del trattenimento entro le 48 ore successive alla notifica della decisione. L'immigrato deve essere tempestivamente informato del luogo e della data dell'udienza e, al momento opportuno, accompagnato all'udienza. Questa si tiene in camera di consiglio, con la presenza obbligatoria dell'avvocato difensore e, qualora fosse necessario, di un interprete. Il giudice di pace deve verificare "l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dall'articolo 13 e [dall'articolo 14]".[223] Qualora il giudice di pace non convalidi l'ordine entro 48 ore, l'immigrato non potrà essere trattenuto. L'azione, o la mancata azione, sull'ordine di detenzione non ha tuttavia alcun effetto sul decreto di espulsione, il quale, in ogni caso, rimane valido *prima facie.*

Ai sensi di legge, la convalida del trattenimento, in principio, può essere pronunciata assieme alla convalida di altri ordini, quali l'ordine di accompagnamento coattivo alla frontiera, così come per la decisione di ricorso avverso l'espulsione.

Qualora il giudice di pace convalidi l'ordine di espulsione, l'immigrato può essere detenuto nel C.I.E. per trenta giorni, periodo di tempo che può essere prorogato diverse volte secondo l'art. 14.5 del TU sull'Immigrazione, senza però eccedere i diciotto mesi (si veda, sezione 2.c).[224] Qualunque proroga dei periodi di detenzione deve essere confermata, per ciascuna occorrenza, dal giudice di pace.

La normativa non esige che il giudice di pace tenga un'udienza per decidere sulla proroga. Tuttavia, la Corte di Cassazione, nella sua decisione n° 4544 del 24 febbraio 2010, ha dichiarato che le procedure di proroga del trattenimento devono essere soggette alle medesime garanzie che sono offerte per la convalida, compresa la presenza obbligatoria di un avvocato e l'audizione del detenuto. La Corte di Cassazione ha ribadito questo principio nella sentenza n° 13767 dell'8 giugno 2010, laddove la stessa evidenzia che il detenuto deve essere sentito e che la richiesta deve essere formulata con abbondante anticipo, in modo tale da consentire la possibilità al giudice di pace di decidere entro le 48 ore. La Corte di Cassazione ha anche dichiarato che "una espulsione la cui efficacia sia stata, se pur indebitamente, sospesa non può […] sorreggere alcun provvedimento restrittivo della libertà personale dello straniero."[225]

Secondo i funzionari di polizia che la missione ha incontrato durante la sua visita al C.I.E. di Ponte Galeria, la durata generale di un'udienza dinanzi al giudice di pace va dai quindici minuti a un'ora. La ricerca dell'Università Roma Tre (si veda riquadro n° 4), tuttavia, ha riferito che le udienze di convalida delle misure di detenzione solitamente durano soltanto dai cinque ai dieci minuti.[226] La durata dell'udienza sulla proroga della detenzione è stata calcolata in termini reali, laddove è stato possibile, tra un minuto e 22 minuti. [227] La missione è rimasta sorpresa da dati così contrastanti riguardo alla durata delle udienze. Tuttavia, considerando la metodologia empirica e oggettiva della ricerca dell'Università Roma Tre, la loro valutazione è particolarmente convincente. L'ICJ, tuttavia, mette in evidenza che il riesame giudiziario delle misure di privazione della libertà personale richiede il più severo vaglio, e teme che la durata delle udienze presentate non sia di per se dispositiva o anche necessariamente indicativa della misura del rispetto di questo obbligo.

[223] Art. 14.4, T.U. sull'Immigrazione.
[224] Art. 14.3, *ibid*.
[225] Corte di Cassazione, sesta sezione civile, ordinanza n° 20869 del 10 ottobre 2011.
[226] Enrica Rigo e Lucia Gennari, *Rapporto preliminare sullo stato della ricerca – aprile 2014*, *op. cit*., p. 7.
[227] *Ibid.*, p. 12.

Un gruppo di avvocati e di rappresentanti della società civile, che forniscono assistenza legale agli immigrati irregolari, hanno indicato alla missione che un problema significativo della procedura di convalida e proroga della detenzione è che questa applica la procedura civile (come prevede la normativa), la quale è più accusatoria e meno formale della procedura penale. Secondo i loro punti di vista, la procedura penale sarebbe stata più adeguata e, nella maggior parte degli altri casi, già governa situazioni di privazione della libertà personale, così come accennato nel paragrafo successivo. È stato anche evidenziato che l'utilizzo della procedura civile potrebbe essere contrario al diritto alla libertà personale ai sensi dell'art. 13 della Costituzione.

In effetti, alla missione è stato costantemente e più volte riferito, durante la sua visita, che l'unica procedura analoga è quella della convalida del fermo di polizia a seguito di arresto per sospetta commissione di reato. È stato, comunque, evidenziato che, anche in casi eccezionali, la detenzione su queste basi potrebbe durare al massimo dalle 72 alle 96 ore, prima che il detenuto sia portato dinanzi ad un giudice togato. In questi casi, dopo la convalida, l'indagato sarebbe trattenuto in custodia cautelare, con tutte le garanzie annesse, ivi compresa la possibilità di rivolgersi in qualsiasi momento al magistrato di sorveglianza per chiedere il riesame della decisione di detenzione, e di inoltrare ricorso a un tribunale ordinario nel merito, cioè il tribunale della libertà. Invece, l'unica opportunità possibile rimasta agli immigrati irregolari per contestare la legittimità della detenzione in seguito alla sua convalida è il momento della proroga del periodo di trattenimento. Questo problema è stato identificato e presentato in simili termini sia dalle o.n.g. sia dagli avvocati.

ii) L'udienza e il ruolo del giudice di pace

L'udienza dinanzi al giudice di pace in camera di consiglio è disciplinata dagli artt. 737 al 742-bis c.p.c. La norma prevede che i decreti emanati in camera di consiglio siano motivati (art. 737) e che il giudice abbia il potere di "assumere informazioni" (art. 738). Oltre a questi ambiti, non vi sono molti altri riferimenti normativi sulla procedura in camera di consiglio del c.p.c. che sembrino adattarsi alle esigenze del T.U. sull'Immigrazione, lasciando ampia o nessuna discrezionalità al giudice di pace.

La Corte Costituzionale nella sua sentenza 105/2001 aveva dichiarato che il giudice deve garantire "controllo giurisdizionale pieno, e non un riscontro meramente esteriore" sulle misure di trattenimento e sull'accompagnamento coattivo alla frontiera, e su tutte le privazioni di libertà. Ciò significa che il giudice non deve fermarsi al puro rispetto delle formalità e dell'esistenza degli atti su cui si basa la misura di esecuzione, bensì "deve investire i motivi che hanno indotto l'amministrazione procedente a disporre quella peculiare modalità esecutiva dell'espulsione". [228]

Riguardo alla procedura ai sensi dell'art. 738.3 c.p.c., la Corte Costituzionale ha specificato che il potere di "assumere informazioni" può assistere il giudice nel valutare "la reale sussistenza degli impedimenti addotti dall'autorità di polizia ad una immediata esecuzione dell'accompagnamento alla frontiera ed accertare se ricorrano ipotesi di divieto di espulsione."[229] La Corte ritiene che il potere sia abbastanza ampio e flessibile e consenta al giudice di acquisire informazioni da qualsiasi persona o ente giuridico.

Queste due sentenze della Corte Costituzionale sono state emesse in cause in cui giudici togati erano investiti del controllo giudiziario, tuttavia non vi è motivo di considerare che esse non siano applicabili anche ai giudici di pace.

[228] Corte Costituzionale, sentenza n° 105/2001 del 10 aprile 2001, paragrafo 5.
[229] Corte Costituzionale, ordinanza n° 35/2002 del 26 febbraio 2002.

Con riguardo alla possibilità di eseguire una valutazione completa d'ufficio, attraverso un interrogatorio diretto dell'immigrato o della polizia o tramite altre azioni di istruttoria nell'ambito dell'udienza, la Corte di Cassazione ha spesso ribadito che, nelle cause ordinarie, i giudici di pace devono valutare soltanto la pura esistenza formale e l'efficacia del atto presupposto.[230]

D'altro canto, la Corte di Cassazione ha ugualmente dichiarato che, se l'efficacia dell'atto presupposto, per esempio un decreto di espulsione o un'ordinanza di respingimento differito, è stata sospesa, in tal caso il giudice di pace deve automaticamente invalidare quella misura di esecuzione. In una recente sentenza, la Suprema Corte ha identificato una situazione intermedia nella quale il giudice di pace deve valutare occasionalmente d'ufficio, nel momento in cui determini la validità della misura di esecuzione, se l'atto presupposto sia manifestamente illegittimo, come potrebbe esserlo quando le modalità di espulsione non diano in modo alcuno all'immigrato la possibilità di impugnare ll decreto espulsivo.[231] La Corte ha dichiarato che la manifesta illegittimità è un criterio che deve essere interpretato in linea con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani riguardo all'art. 5.1.f CEDU. Tale criterio comprende la mancanza di competenza dell'autorità emittente, l'assenza di buona fede delle autorità e l'esistenza di ostacoli giuridici all'espulsione.[232]

Alla missione è stato riferito che, mentre tale valutazione sarebbe possibile da un punto di vista legale, nella pratica sono generalmente decise soltanto questioni formali. Un giudice della Corte di Cassazione ha informato la missione che l'istruttoria sarebbe in pratica più sbrigativa nelle udienze di convalida, a causa del brevissimo arco di tempo delle 48 ore imposte per legge. Il giudice ha anche specificato che il termine di 48 ore è un obbligo costituzionale per tutte le misure restrittive della libertà personale, che, comprensibilmente, non permette di condurre sempre un'istruttoria piena. Tuttavia, un rappresentante della polizia a Ponte Galeria ha riferito alla missione che, sebbene la competenza dei giudici di pace sia piuttosto limitata per legge, nella pratica essi godono di un certo grado di discrezionalità e che tutto viene preso in considerazione durante l'udienza, compresi elementi formalmente inammissibili.

Durante una riunione con i giudici di pace della sezione immigrazione a Roma, sembrava non esservi consenso tra gli stessi sul fatto se i giudici di pace avessero poteri istruttori su questioni diverse da quelle sollevate dalle parti. Ciò sembra essere legato alla specializzazione dei giudici di pace: gli esperti in diritto penale sarebbero propensi a compiere istruttorie d'ufficio mentre quelli versati in diritto civile userebbero un modello puramente accusatorio, basandosi soltanto su questioni sollevate dalle parti. L'impressione d'insieme della missione è stata che tra i giudici di pace vi sia una diffusa confusione sui loro poteri istruttori nelle cause di convalida e di proroga.

L'ICJ sottolinea che la Corte Europea dei Diritti Umani ha dichiarato che il riesame dovrebbe essere abbastanza ampio da considerare le condizioni che sono essenziali per una detenzione legittima. [233] Il Comitato sui Diritti Umani ha ripetutamente enfatizzato che il riesame giudiziario richiede il controllo reale, e non puramente formale, dei motivi e circostanze della detenzione e la discrezionalità giudiziaria per ordinare il rilascio.[234] L'ICJ ricorda ulteriormente la sentenza di *Bashir Mohamed Ali Mahdi*[235] della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (si veda, sezione 1.b) che sollecita un riesame completo delle misure di detenzione e dei motivi sussistenti.

[230] Cfr., tra gli altri, Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza n° 462/2010 del 13 gennaio 2010, e sentenza n° 5715/2008 sull'accompagnamento coattivo alla frontiera.
[231] Corte di Cassazione, sesta sezione civile, sentenza n° 17407/2014 del 30 luglio 2014.
[232] Corte di Cassazione, sesta sezione civile, sentenza n° 12609/2014 del 5 giugno 2014.
[233] *A. e altri c. Regno Unito*, Corte EDU, *op. cit*., paragrafo 202; *Chahal c. Regno Unito*, Corte EDU, GC, istanza n° 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996, paragrafi 127-130.
[234] *A c. Australia*, *op. cit*.
[235] *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, *op. cit*., Massima 1.

L'ICJ mette in evidenza e accoglie i recenti sviluppi nella Corte di Cassazione che ha incrementato l'ambito del riesame giudiziario dell'ordine di trattenimento. Tuttavia, essa ritiene che, alla luce della decisione del 2001 della Corte Costituzionale e della posizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, questo sviluppo non sia sufficiente e che, in tutti i processi di riesame giudiziario sulla detenzione, deve essere garantita una valutazione piena, comprendente anche la validità e ragionevolezza propedeutici alla misura di esecuzione.

Così come risulta allo stato attuale, questa mancanza di poteri istruttori pieni, compreso nell'esame della necessità e proporzionalità della misura di detenzione, non è in conformità con gli obblighi della Repubblica Italiana ai sensi degli artt. 5.4 CEDU e 9.4 del Patto e 6 e 47 della Carta UE, oppure della Direttiva Rimpatri. Pertanto, l'ICJ raccomanda che i giudici di pace e, qualora essi non prendano l'iniziativa, la Corta di Cassazione, modifichino la loro giurisprudenza in modo tale da garantire che una tale piena valutazione sia attuata.

iii) Processi decisionali e motivazioni

Per quanto riguarda la base delle decisioni dei giudici di pace, la ricerca portata avanti dall'Università Roma Tre a Roma (si veda riquadro n° 4) mostra che, nelle decisioni di convalida del trattenimento, "[l]a motivazione dei provvedimenti analizzati è spesso scarna se non addirittura del tutto assente, ad esempio risultano completamente prive di motivazione ben 10 pronunce sul totale di 66."[236] La ricerca ha rilevato che, in almeno la metà dei provvedimenti esaminati, i giudici di pace hanno fatto uso di formule stereotipate. Il rapporto preliminare della ricerca rivela che, anche in un caso in cui lo straniero era già in possesso di un biglietto aereo per lasciare il Paese, il giudice di pace ha "ritenuto che sussistono i presupposti [per la detenzione] e che sussiste la volontà di partire",[237] e ha convalidato l'ordine di detenzione, in diretto contrasto con lo scopo del trattenimento di facilitare l'espulsione. Alcuni avvocati e rappresentanti della società civile, che forniscono assistenza legale agli immigrati irregolari, hanno espresso la loro preoccupazione sul fatto che i giudici di pace sembra si comportino come delle "macchine da convalida". Il rappresentante della polizia ha riferito alla missione che le differenze nelle motivazioni delle decisioni tra i giudici di pace dipendono prevalentemente dal lavoro degli avvocati e dalla loro capacità di presentare o meno argomentazioni legali sostanziali e convincenti. Per quanto riguarda le decisioni sulla proroga della detenzione, la ricerca dell'Università Roma Tre ha evidenziato che, nel periodo che va da ottobre a novembre 2013, a Roma, 60 su 61 decisioni di proroghe hanno approvato il prolungamento.[238]

La missione è stata informata da diverse fonti dell'estrema difficoltà di anticipare i criteri che potrebbero essere applicati da un determinato giudice di pace nelle decisioni sulla detenzione, vista la gran diversità di atteggiamento, valutazione che è stata confermata da un giudice della Corte di Cassazione e da un rappresentante della polizia incontrato al C.I.E. di Ponte Galeria.

In una riunione con i giudici di pace della sezione immigrazione di Roma, è stato riferito alla missione che una conferma da parte del giudice per le indagini preliminari sulla sospetta commissione di reato è solitamente presupposto sufficiente di attività criminosa perché un giudice di pace possa convalidare il trattenimento.[239] Un giudice di pace ha riferito, in modo inquietante, alla missione che era difficile interrogare gli stranieri durante le udienze perché gli avvocati delle o.n.g. riferivano ai propri clienti informazioni fuorvianti inducendoli a non

[236] Enrica Rigo e Lucia Gennari, *Rapporto preliminare sullo stato della ricerca – aprile 2014*, *op. cit*., p. 8.
[237] *Ibid.*, p. 10.
[238] *Ibid.*, p. 12.
[239] Un giudice di pace ha esternato che, se la persona soggetta a giudizio ha precedenti penali per reati gravi, ad esempio per stupro, ciò porterebbe alla convalida del suo trattenimento, anche in esistenza di eccezioni alla convalida.

parlare, e che soltanto un colloquio meno rigido e senza la presenza dell'avvocato avrebbe potuto aiutare i giudici di pace a scoprire la verità.

Questi punti di vista non sono necessariamente rappresentativi di tutti i giudici di pace che la missione ha incontrato, e certe decisioni di alcuni giudici di pace in effetti sono ampiamente motivate. Tuttavia, sembrerebbe esserci una mancanza di accuratezza nel lavoro di alcuni giudici di pace, che la ricerca dell'Università Roma Tre ha anche documentato per ciò che riguarda un'adeguata motivazione delle loro decisioni, almeno a Roma.

L'ICJ teme che queste informazioni, prese nell'insieme, evidenzino gravi lacune non soltanto sulla conoscenza e l'uso del diritto internazionale sui diritti umani e del diritto UE nelle udienze di convalida e di proroga, ma anche nell'applicazione di parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione evidenziata in questo rapporto. Situazioni come quelle incontrate durante la missione danno adito al rischio di violazioni del diritto a un riesame giudiziario della detenzione, ai sensi degli artt. 5.4 CEDU, 9.4 del Patto e 6 e 47 della Carte UE, per mancanza di un'adeguata motivazione.

L'ICJ sollecita i giudici di pace a modificare le loro prassi e ad allinearle con quelle dei giudici togati, fornendo motivazioni esaurienti alle loro decisioni, non soltanto con riferimento alla normativa nazionale, ma altresì al diritto internazionale e comunitario. In modo particolare, ogni decisione deve riportare i motivi per cui la misura di detenzione è necessaria e proporzionata, e per cui non si è fatto ricorso ad altre misure alternative alla detenzione.

iv) Strutture

Il T.U. sull'Immigrazione prevede la possibilità che "le questure forniscono al giudice di pace, nei limiti delle risorse disponibili, il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo."[240] Questa misura è considerate necessaria per garantire la "tempestività del procedimento di convalida" degli ordini di trattenimento, accompagnamento coattivo alla frontiera, oppure misure preventive.

La ricerca dell'Università Roma Tre ha comprovato che è prassi dei giudici di pace di Roma, Bari e Torino tenere le udienze all'interno delle strutture dei centri di detenzione, sebbene i giudici di pace di Roma abbiano iniziato a tenere udienze presso le loro strutture a partire da marzo del 2014.[241]

Giudici di pace incontrati dalla missione a Roma hanno dichiarato che l'ambiente dei C.I.E. induce gli immigrati irregolari a una certa reticenza, e perfino i loro stessi avvocati hanno difficoltà a superare questo inconveniente. I giudici di pace erano, tuttavia, divisi sulla preferenza di tenere le udienze presso il locale dei centri di detenzione oppure presso le loro strutture, che sono, invero, alquanto modeste.

A Milano, gli avvocati e i rappresentanti della società civile hanno riferito alla missione che tenere le udienze in un locale del Ministero dell'Interno accanto ai locali della polizia non dava l'impressione di indipendenza istituzionale. Piuttosto, forniva la percezione che il giudice di pace fosse un ospite del Ministero dell'Interno, il quale è parte in causa e che decide anche quando e per quanto tempo l'avvocato può colloquiare con il cliente.

Alla missione sono state segnalate due decisioni del Consiglio Superiore della Magistratura, del 2009 e del 2010, che sconsigliavano vivamente di tenere le udienze dei giudici di pace presso le questure, per non parlare dei centri di detenzione. Pur ricordando che il Consiglio aveva espresso in passato le sue riserve sull'idea stessa di attribuire competenze ai giudice di

[240] Art. 13.5-ter, T.U. sull'Immigrazione.
[241] Enrica Rigo e Lucia Gennari, *Rapporto preliminare sullo stato della ricerca – aprile 2014*, *op. cit*., pp. 5 e 7.

pace in materia di restrizione della libertà personale, il Consiglio ha dichiarato che "la salvaguardia primaria dei valori di libertà coinvolti e la necessità di tutelare anche l'immagine di imparzialità del giudice, imponessero di ricorrere al supporto logistico ed organizzativo fornito dalle questure solo in via residuale e quando non fosse possibile procedere alle convalide accompagnando lo straniero presso l'ufficio del giudice."[242]

L'ICJ condivide la posizione del Consiglio Superiore della Magistratura che tenere le udienze presso le strutture sotto il controllo del Ministero dell'Interno, parte interessata nei processi, mina la percezione di indipendenza e imparzialità del giudice di pace ed è, pertanto, incompatibile con i principi di terzietà del giudice e il diritto a un equo processo nonché l'efficacia del diritto al ricorso, anche a causa della sensazione di soggezione che potrebbe istillare nello straniero. Per questo motivo, l'ICJ sollecita che le udienze dinanzi al giudice di pace siano tenute soltanto presso le loro strutture. Le difficoltà economiche e di risorse umane non possono essere considerati motivi legittimi per la limitazione di questi diritti.

e) Misure alternative alla detenzione

Qualora il questore decida di non emettere un provvedimento di trattenimento, potrebbe sottoporre lo straniero a una o più delle seguenti misure: la confisca temporale di un passaporto valido; l'obbligo di dimora; e/o l'obbligo di firma.

Queste misure devono essere adottate con decisione motivata, sotto forma di decreto, notificata allo straniero e contenente l'informazione sulla possibilità che egli ha di presentare osservazioni, sia di persona che attraverso un legale, al giudice di pace. La decisione viene comunicata entro 48 ore dalla notifica al giudice di pace che abbia competenza giurisdizionale nella zona dove è stata adottata. Il giudice di pace decide sulla convalida entro le 48 ore. Tuttavia, il destinatario delle misure potrebbe chiedere in seguito il riesame, e le misure potrebbero essere modificate o annullate dal giudice.[243]

Qualora non sia stato possibile trattenere uno straniero presso un C.I.E., oppure, nonostante il trattenimento presso un C.I.E., non sia stato possibile espellere lo straniero coattivamente, il questore potrebbe disporre nei suoi confronti un ordine di lasciare il territorio nazionale entro sette giorni. Questa decisione deve essere emessa per iscritto, deve essere motivata e tradotta, e contenere l'indicazione delle sanzioni penali derivanti da una sua possibile trasgressione. Inoltre, potrebbe essere accompagnata dall'informazione su come raggiungere una sede consolare in Italia del Paese di nazionalità o di origine dello straniero,[244] benché non vi sia obbligo di fornire tali informazioni.

La ricerca dell'Università Roma Tre, al momento della visita, non era ancora riuscita a trovare decisioni di giudici di pace che avessero convalidato delle misure alternative alla detenzione, o che avessero effettuato valutazioni di proporzionalità nel decidere se la detenzione fosse stata adeguatamente esaminata come *ultima ratio*.

L'ICJ fa notare che, per quanto riguarda il rimpatrio volontario e l'espulsione coattiva, la normativa italiana sull'immigrazione sembrerebbe ribaltare le priorità sancite dal diritto internazionale sui diritti umani e dal diritto comunitario, rispetto alle misure alternative alla detenzione. Come sopra accennato, questi *corpus* normativi prevedono che la prima valutazione delle autorità dovrebbe considerare se si possa applicare qualsiasi misura alternativa alla detenzione ai sensi dell'art. 9 del Patto e dell'art. 15.1 della Direttiva Rimpatri. L'ICJ, pertanto, sollecita i tribunali nazionali e le amministrazioni a interpretare il T.U. sull'Immigrazione in modo tale che rispetti questi obblighi internazionali e comunitari dando la

[242] Cfr. Consiglio Superiore della Magistratura, direttive del 8 Luglio 2009 at http://www.csm.it/circolari/090708_6.pdf e del 21 Luglio 2010 at http://www.csm.it/circolari/100721_6_7.pdf .
[243] Art. 14(1-bis), T.U. sull'Immigrazione.
[244] Art. 14(5 bis), *ibid*.

priorità alle misure alternative alla detenzione, e ricorrendo al trattenimento solamente quando queste non siano disponibili, nella rigorosa applicazione dei principi di necessità e proporzionalità.

f) Accesso all'avvocato

La missione dell'ICJ ha tenuto incontri a Milano e a Roma con diversi avvocati che rappresentano immigrati irregolari, e con dei rappresentanti della società civile che offrono loro assistenza legale e supporto. Queste persone hanno condiviso le loro esperienze sulla base delle quali hanno evidenziato un certo numero di problemi sotto l'aspetto del diritto, ma anche difficoltà riscontrate in pratica, nel garantire un accesso adeguato a un difensore e l'assistenza legale agli immigrati irregolari.

Durante la visita al C.I.E. di Ponte Galeria, alla missione è stato riferito che i detenuti potevano vedere i loro avvocati dalle ore 15:00 alle ore 18:00, in un locale vicino all'ingresso del centro ed esattamente accanto agli uffici della polizia. È stato riferito che la stanza era insonorizzata, così da garantire che i colloqui tra avvocato e clienti rimanessero confidenziali. Ciononostante, essa è aperta alla vista della polizia attraverso una finestra di vetro che consente di visualizzare lo spazio per intero.

Alla missione è stato comunicato che, solitamente, i detenuti hanno un difensore di fiducia, il cui nominativo è procurato attraverso altri detenuti, con il risultato che vi è un piccolo gruppo di avvocati di cui solitamente gli immigrati si "fidano". In genere, questi sono singoli avvocati che esercitano privatamente, sebbene alcune o.n.g. abbiano anche fornito assistenza legale. Questa impressione è stata confermata dalla ricerca dell'Università Roma Tre che ha appurato, nell'analisi sulle decisioni dei giudici di pace a Roma sulle udienze nel periodo tra ottobre e novembre del 2013, che "i nomi di pochi difensori ricorrono […] in maniera costante. Ad esempio, prendendo come campione il totale dei 66 provvedimenti che sono oggetto di studio, uno stesso avvocato risulta nominato in 16 procedimenti, altri due rispettivamente in 9 e in 7."[245] La ricerca ha rivelato che, in circa un terzo dei casi, gli avvocati difensori utilizzati si avvalevano di formule stereotipate per le loro argomentazioni, almeno secondo le trascrizioni delle udienze su formulari standardizzati. La ricerca ha, inoltre, evidenziato problemi nella qualità dell'assistenza legale, solitamente fornita dai medesimi quattro o cinque avvocati. La missione è stata informata anche da altri avvocati che alcuni di questi legali ricorrenti rappresentavano gli immigrati in modo poco etico e poco professionale.

L'ICJ non ha, allo stato attuale, informazione sufficiente per valutare con precisione empirica se l'assistenza legale generalmente fornita agli immigrati irregolari, in modo particolare a Roma, varchi la linea dei principi etici della professione forense. Tuttavia, quanto la missione ha appreso solleva alcune preoccupazioni a questo riguardo. Sebbene la missione si sia incontrata con un certo numero di avvocati e rappresentanti della società civile altamente competenti, diverse persone, provenienti da diversi gruppi incontrati, hanno avanzato le proprie riserve riguardo la mancanza di qualità dell'assistenza legale offerta da alcuni avvocati, diversi da quelli che la missione ha incontrato durante la sua visita.

L'ICJ sottolinea che, secondo i *Principi fondamentali dell'ONU sul ruolo dell'avvocato,* gli avvocati, "nel proteggere i diritti dei loro clienti e nel promuovere la causa di giustizia, […] devono agire, in ogni momento, liberamente e diligentemente, in conformità con la legge e gli standard e la deontologia riconosciuti della professione forense"[246] e che essi "dovranno sempre rispettare lealmente gli interessi dei propri clienti."[247] L'ICJ, pertanto, vorrebbe

[245] Enrica Rigo e Lucia Gennari, *Rapporto preliminare sullo stato della ricerca – aprile 2014*, *op. cit*., p. 7.
[246] Art. 14, *Principi Fondamentali ONU sul Ruolo degli Avvocati,* adottati dall'ottavo Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine e Trattamento dei Rei, L'Avana, Cuba, dal 27 agosto al 7 settembre 1990.
[247] Art. 15, *ibid*.

segnalare al *Consiglio Nazionale Forense* di esaminare la questione della rappresentanza degli immigrati e di valutare se le prassi in vigore siano in linea con il suo Codice Deontologico.

La missione è stata messa a conoscenza di un certo numero di ostacoli all'assistenza legale effettiva che emergono dalle disposizioni di legge che attribuiscono a giudici di pace differenti la competenza nel trattare i ricorsi avverso i decreti di espulsione, l'accompagnamento coattivo alla frontiera e gli ordini di trattenimento, rispettivamente nei locali del prefetto e in quelli del centro di detenzione. Per fare un esempio, ciò comporterebbe che un avvocato di Trento, che ha assistito l'immigrato nel ricorso avverso il decreto di espulsione del prefetto di detta città, dovrebbe viaggiare fino a Roma, qualora lo straniero fosse detenuto in quel luogo, per impugnare l'ordine di trattenimento, una misura di esecuzione del decreto di espulsione stesso, dinanzi a un altro giudice di pace, a Roma. Il viaggio, così come la preparazione alla celebrazione della causa, compresi gli incontri con il cliente, si devono svolgere entro 48 ore. Oltre ciò, bisogna sottolineare che la decisione sulla scelta del C.I.E. nel quale trattenere l'immigrato è dettata dalla disponibilità dei posti, e non, solitamente, dall'effettiva amministrazione della giustizia.

È stato riferito alla missione dalla polizia che presidia il C.I.E. di Ponte Galeria che i detenuti non parlano solitamente con un avvocato subito prima dell'udienza, denotando che tali colloqui non erano indispensabili, ma che, in genere, hanno luogo il giorno precedente. La polizia ha affermato che, benché un interprete sia presente durante l'udienza, questi solitamente non è disponibile prima di essa, compreso durante qualsiasi colloquio con il difensore. Gli avvocati che rappresentano gli immigrati irregolari hanno affermato che, sebbene in teoria possano avvalersi di un proprio interprete, questi dovrebbe essere separatamente autorizzato dalla polizia all'ingresso e, nella prassi, è impossibile ottenere l'autorizzazione entro le 48 ore. Essi sono pertanto obbligati a chiedere, per l'interpretariato, l'assistenza di altri detenuti o dei gestori del C.I.E. È stato fatto notare che succede che l'avvocato venga contattato la sera prima dell'udienza, a volte per la convalida di dieci o dodici persone. Sebbene l'avvocato possa parlare con il cliente, il tempo a disposizione sarebbe di uno o due minuti per ciascun cliente, solitamente senza l'interprete, rendendo in tal modo inutile l'incontro ai fini della causa. Alla missione è stato, tuttavia, riferito che, a Milano, a volte gli interpreti, qualora disponibili, assistono informalmente e gratuitamente gli avvocati nei loro colloqui.

L'ICJ sottolinea che, come sopra accennato alla sezione 1 sul diritto internazionale sui diritti umani e il diritto comunitario, l'effettività dell'accesso a, e alla rappresentanza di, un avvocato, nei casi di privazione della libertà personale, è essenziale per garantire che il diritto al riesame giudiziario sulla detenzione sia rispettato. Come ha sostenuto la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo nel caso *Suso Musa c. Malta* (si veda, sezione 1), la mancata consulenza e rappresentanza legale effettiva possono condurre a una violazione degli artt. 5.4 della CEDU, 9 del Patto e 6 e 47 della Carta UE.

L'ICJ raccomanda, pertanto, che vengano messi a disposizione interpreti indipendenti per gli avvocati durante i loro colloqui con i clienti. Oltre a ciò, raccomanda che la Repubblica Italiana valuti la possibilità di apportare delle modifiche al proprio ordinamento giuridico relativo al patrocinio a spese dello Stato, in modo tale da garantire che le spese relative alla difesa di immigrati irregolari, quali spese di viaggio e alloggio per gli avvocati e le tariffe per gli interpreti, siano adeguatamente coperte.

Riguardo all'impatto dei tempi ristretti sull'efficacia della rappresentanza dell'avvocato, l'ICJ si rende conto che il termine di 48 ore per l'udienza del riesame giudiziario sia un requisito costituzionale previsto dall'art. 13 della Costituzione Italiana. Esso è anche un obbligo del diritto internazionale sui diritti umani. L'ICJ, tuttavia, è convinta che il disagio condiviso da molti avvocati sulla loro inadeguatezza nel rappresentare in modo opportuno i propri clienti, a

causa dei tempi stretti, si potrebbe ovviare attraverso l'introduzione di un'azione di *habeas corpus* che l'immigrato potrebbe iniziare in qualunque momento, anche successivamente alla prima convalida entro le 48 ore dal trattenimento. Tale azione di *habeas corpus* dovrebbe essere totalmente coperta dalla normativa sul patrocinio a spese dello Stato in modo tale da garantire l'effettività dell'accesso alla giustizia. Inoltre, l'ICJ sottolinea che ciò è un obbligo ai sensi degli artt. 5.4 della CEDU e 9.4 del Patto.

Per quanto riguarda l'accesso ai documenti, alla missione è stato riferito che l'ordine di detenzione viene depositato nel fascicolo del giudice di pace entro 48 ore dalla notifica di detenzione al detenuto. L'avvocato è in grado di visionare l'ordine all'udienza, oppure può richiedere di visionare il fascicolo, ma non è notificato direttamente. L'ICJ è stata informata dai ricercatori dell'Università Roma Tre che le difficoltà nel conoscere il caso di un immigrato sono anche dovute, almeno a Roma, a un sistema infelice di iscrizione al ruolo. La ricerca ha evidenziato che, per ciascun procedimento di convalida e di proroga, ancorché riguardante la medesima persona, questa riporta un numero a se stante, e fa parte di un fascicolo giudiziario distinto.[248] Ciò rende estremamente difficile ricostruire la storia dell'immigrato e valutare la validità degli atti ad esso connessi.

Per quanto riguarda gli avvocati nominati d'ufficio, il T.U. sull'Immigrazione vuole che i giudici di pace nominino un avvocato d'ufficio, qualora lo straniero non ne abbia uno di fiducia, nei processi d'impugnazione del decreto di espulsione, [249] della convalida dell'ordine di accompagnamento alla frontiera[250] e della convalida dell'ordine di trattenimento.[251] Il T.U. sull'Immigrazione e il d.lgs. n° 150/2011 prevedono entrambi che l'avvocato d'ufficio sia scelto da un elenco di avvocati nominati d'ufficio stabilito dai dispositivi di attuazione del codice di procedura penale (c.p.p.).[252]

La missione è stata informata che la procedura per la nomina degli avvocati differisce da una giurisdizione all'altra, a seconda della prassi locale dell'ordine degli avvocati. È stato riferito che, a Roma, l'avvocato nominato d'ufficio proviene spesso da un elenco di difensori d'ufficio in ambito penale, i quali non sono necessariamente in possesso di esperienza in materia di procedura civile che governa i procedimenti dinanzi al giudice di pace in questioni di immigrazione. Gli avvocati e le o.n.g. di Roma hanno suggerito che sarebbe utile avere un elenco di avvocati specializzati nel diritto dell'immigrazione cui poter fare riferimento per la nomina degli avvocati d'ufficio. A Milano, sembra sia stata elaborata una tale lista.

L'ICJ evidenzia che, spesso, nei procedimenti giudiziari, dei semplici cambiamenti amministrativi possono avere un forte impatto, e pensa che la creazione di fascicoli giudiziari centrati sulla persona, e non sul processo, possa aiutare i giudici di pace, e l'avvocato dell'immigrato, a ricostruire in modo cogente la sua storia, e a effettuare una valutazione completa sulla legittimità della detenzione, come richiesto dal diritto internazionale e comunitario. L'ICJ considera, inoltre, che la creazione di un elenco di avvocati specializzati nel diritto dell'immigrazione all'interno degli ordini degli avvocati, sia per i difensori d'ufficio in tribunale sia per scopi di gratuito patrocino, sull'esempio di Milano, possa costituire uno strumento utile a garantire che l'adeguata competenza legale sia al servizio degli immigrati detenuti.

g) Patrocinio a spese dello Stato

All'immigrato irregolare è automaticamente garantito il patrocinio a spese dello Stato nei processi connessi alla convalida dell'ordine di accompagnamento coattivo alla frontiera,[253] alla

[248] Enrica Rigo e Lucia Gennari, *Rapporto preliminare sullo stato della ricerca – aprile 2014*, *op. cit*., p. 6.
[249] Art. 18.4, d.lgs. 150/2011.
[250] Art. 13.5-bis, T.U. sull'Immigrazione.
[251] Art. 14.4, *ibid.*.
[252] Art. 29, norme attuative del c.p.p.
[253] Art. 13.5-bis, T.U. sull'Immigrazione.

convalida dell'ordine di detenzione,[254] e ai processi per l'impugnazione del decreto di espulsione.[255] Il patrocinio a spese dello stato copre le spese sia dell'avvocato di fiducia sia di quello d'ufficio.

Alla missione è stato riferito dagli avvocati che rappresentano immigrati che la tariffa del patrocinio a spese dello Stato corrisposta loro è di norma pari a 115 euro per ciascuna convalida dell'ordine di trattenimento. Le tariffe per la trasferta, indispensabili quando il centro di detenzione si trova in una città diversa da quella dove è stato disposto il decreto di espulsione, e le spese per l'interprete, spesso necessarie per il colloquio con il cliente, non sono coperte. A Milano, presso l'ordine degli avvocati, vi è un elenco di avvocati specializzati in materia d'immigrazione che sono disponibili a coprire le spese per i clienti autorizzati al patrocinio a spese dello Stato.

L'ICJ ribadisce la sua raccomandazione sulla modifica del sistema di gratuito così da poter garantire la copertura di tutte le spese connesse alla difesa dello straniero detenuto.

h) Mezzi di ricorso

Ai sensi dell'art. 14.6 del T.U. sull'Immigrazione, è possibile per uno straniero inoltrare ricorso alla Corte di Cassazione per impugnare i decreti di convalida e di proroga della detenzione, disposti dal giudice di pace. Tuttavia, e in modo critico, l'eventuale ricorso non sospende l'esecuzione della misura di detenzione.

Gli avvocati e le organizzazioni della società civile che rappresentano stranieri irregolari hanno esternato alla missione la loro preoccupazione riguardo a queste limitazioni, facendo notare che l'unico tribunale di appello avente giurisdizione è la Corte di Cassazione, e che questa riesamina i casi solo su questioni di diritto. Inoltre, la Corte di Cassazione ha una forte percentuale di rigetti. Un ulteriore impedimento è che questo tipo di causa può essere inoltrato soltanto da avvocati autorizzati al patrocinio davanti alla Suprema Corte, vale a dire i c.d. *cassazionisti.*

In più, un certo numero di avvocati ha evidenziato che, sebbene nelle cause penali è possibile difendersi da solo (*pro se*), senza la necessaria nomina di un avvocato, ciò non è possibile nei casi di ricorso avverso un decreto di espulsione, accompagnamento coattivo, convalida di detenzione o proroga. Ai sensi della procedura civile applicabile, in contrasto con la procedura penale, non è possibile non essere rappresentati da un avvocato.

Alla missione è stato riferito, da un giudice della Corte di Cassazione, che, nella sua esperienza, la percentuale di ricorsi che raggiungono la Suprema Corte avverso un ordine di convalida o un decreto di espulsione di un giudice di pace è nella media di uno su dieci. Inoltre, è stato riferito che negli ultimi due anni il numero di casi riguardanti l'immigrazione che sono giunti alla Corte erano decisamente diminuiti (si veda grafico n° 8).

[254] Art. 14.4, *ibid*.
[255] Art. 142 (L), D.P.R. 115 del 30 maggio 2002, e art. 18.4 del d.lgs. 150/2011.

Riquadro n° 6: La valutazione del giudice del tribunale penale sul riesame giudiziario e sui diritti procedurali in detenzione: un caso

In una sentenza del tribunale penale di Crotone (Calabria) (sentenza n° 1410 del 12 dicembre 2010) tre immigrati, provenienti da Marocco, Algeria e Tunisia, sono stati prosciolti dall'accusa di aver arrecato danni al C.I.E. di Isola Capo Rizzuto durante una protesta. Il tribunale ha dichiarato che l'ordine di detenzione non era stato dovutamente motivato perché la Direttiva Rimpatri richiede che sia eseguita una valutazione proporzionale e che il trattenimento sia utilizzato come *ultima ratio*, e che tale valutazione non appariva chiara nelle motivazioni dell'ordine di detenzione. Il giudice ha dichiarato che l'amministrazione "è tenuta a motivare la sua scelta, ed in particolare, ad esporre le ragioni in forza delle quali, nel caso concreto, non è possibile applicare una misura coercitiva meno afflittiva del trattenimento presso un Centro di identificazione ed espulsione" (punto 5.6). Il tribunale ha appurato che tutti gli ordini di detenzione erano illegittimi e contrari alla Direttiva Rimpatri. Il tribunale ha anche dichiarato che il rischio di fuga (così come quello di comportamento ostile del cittadino straniero interessato) non costituisce di per se un'eccezione al principio di proporzionalità e non esonera l'autorità amministrativa dall'onere di valutare la possibilità di ricorrere ad una misura coercitiva meno afflittiva.

Il tribunale ha anche dichiarato che gli standard delle condizioni del trattenimento non devono essere rapportati al cittadino straniero irregolare medio (magari abituato a condizioni abitative precarie), ma al cittadino medio, senza distinzione di condizione o di nazionalità o di razza. Il giudice ha dichiarato che gli stranieri avevano agito in legittima difesa, poiché l'articolo 52 c.p. implica che l'esonero dalla responsabilità penale è riconosciuto quando il soggetto agisce per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo concreto di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

Il tribunale ha ulteriormente dichiarato che il controllo giurisdizionale sulla detenzione non poteva ritenersi essere stato effettivo, poiché l'ordine non era stato tradotto nella lingua madre degli stranieri; gli stranieri non erano assistiti da un interprete all'udienza di convalida e che i difensori d'ufficio che assistevano gli stranieri durante l'udienza di convalida dinanzi al giudice di pace sono risaputi per essere nominati il giorno stesso dell'udienza o immediatamente prima, e non hanno quindi la possibilità di conoscere adeguatamente il singolo caso specifico. Tuttavia, non sembra che questa sentenza sia stata presa in considerazione nella giurisprudenza dei giudici di pace o dalla Corte di Cassazione riguardo ai processi di espulsione e di detenzione.

i) Ricorsi contro le condizioni di detenzione

Durante la visita al C.I.E. di Ponte Galeria, alla missione è stato riferito che non vi è un equivalente del "magistrato di sorveglianza", ma che lo straniero può rivolgere i suoi reclami sulle condizioni di detenzione o sul trattamento durante la detenzione al giudice di pace, il quale potrebbe ordinare un qualsiasi controllo sanitario e altri accertamenti. È stato riferito che questi elementi erano di una certa importanza per la decisione del giudice di pace sulla proproga della detenzione. Non è stato chiarito, però, alla missione su quale norma si baserebbe una tale competenza del giudice di pace, né è stato possibile reperirlo. Alla missione è stato, inoltre, riferito che i detenuti potevano rivolgere reclami sulle condizioni di detenzione e trattamento, durante il periodo di detenzione, alle o.n.g., alla polizia o al

Garante dei detenuti del Lazio, il quale è un ente regionale incaricato di eseguire ispezione presso i centri di detenzione. Tuttavia, il Garante non sembra avere poteri vincolanti verso le autorità.

Nel diritto penitenziario, l'art. 35 della legge n° 354 del 26 luglio 1975 (in seguito, "diritto penitenziario") prevede che qualsiasi persona soggetta a detenzione, in attesa di giudizio o a seguito di condanna, ha il diritto di rivolgere "istanze o reclami" a un magistrato di sorveglianza. A seguito della sentenza della Corte Europea per i Diritti Umani nel caso *Torreggiani e altri c. Italia*,[256] in cui la Corte ha dichiarato che tale rimedio non è effettivo ai sensi dell'art. 13 CEDU, il Parlamento ha approvato la legge n° 10 del 21 febbraio 2014, che ha convertito il d.l. n° 146 del 23 dicembre 2013. Questa normativa ha introdotto nel diritto penitenziario la possibilità di presentare una "istanza" che potrà essere inoltrata al magistrato di sorveglianza per impugnare un'azione illegittima dell'amministrazione penitenziaria rispetto alla applicazione di sanzioni disciplinari, oppure per la violazione dei diritti del detenuto.[257]

Il reclamo può essere inoltrato direttamente dal detenuto, o dal proprio avvocato, al magistrato di sorveglianza avente giurisdizione sul centro di detenzione in questione. La procedura è regolata dagli artt. 666 e 678 c.p.p. Qualora il magistrato di sorveglianza accolga il reclamo, sarà approvato l'ordine indirizzato all'amministrazione che impone la cessazione della condotta illegittima. La decisione del magistrato di sorveglianza potrà essere impugnata entro quindici giorni dinanzi al tribunale di sorveglianza e, infine, alla Corte di Cassazione.

L'ICJ considera discriminatoria la prassi di non prevedere per gli immigrati irregolari detenuti l'accesso a un meccanismo di reclamo sulle condizioni di detenzione e trattamento, concesso invece a tutti gli altri detenuti. Questa prassi non è in conformità con gli obblighi dell'Italia ai sensi dell'art. 14 della CEDU in combinato disposto con gli artt. 3 e 5 della CEDU; dell'art. 2.1 in combinato disposto con gli artt. 7, 9 e 10 del Patto; e degli articoli 1, 3.1, 4, 6, 20 e 21 della Carta UE. Pertanto, l'ICJ raccomanda che questo rimedio sia esteso alle persone soggetto a detenzione ai sensi del T.U. sull'Immigrazione.

j) Riparazione dell'ingiusta detenzione

Secondo il diritto internazionale, la vittima di una violazione dei diritti umani, compresa l'ingiusta detenzione o la detenzione arbitraria in violazione del diritto alla libertà personale, ha diritto a un rimedio e a una riparazione del danno subito.

Pare vi sia una lacuna normativa riguardo alla riparazione, in modo particolare sotto forma di compensazione, per quanto riguarda la detenzione di uno straniero presso un Centro di Identificazione ed Espulsione. Alla missione non è stato dato alcun orientamento su eventuali disposizioni di legge riguardo a questo tipo di riparazione. Pur esistendo una procedura di compensazione per ingiusta detenzione nel diritto penale, agli artt. 314 e 315 c.p.p., essa comprende soltanto i soggetti ingiustamente detenuti o reclusi per commissione di reato.

Tuttavia, la missione è stata informata di una sentenza emessa dal tribunale di Roma il 15 marzo 2013 (n° 5764) ove è stato riconosciuto il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione presso un C.I.E. e ha dichiarato che la vittima aveva diritto a un risarcimento per danni patrimoniali[258] e non patrimoniali. Il tribunale faceva riferimento, per analogia, al principio di compensazione per ingiusta detenzione nel diritto penale per arrivare a una quantificazione del danno pari a 235,82 Euro per ogni giorno di ingiustificata detenzione. Non è chiaro quali siano le disposizioni di legge o le norme su cui il tribunale si sia basato per giungere alla sentenza. Tuttavia, poiché tale tribunale era competente in questioni civili, e non

[256] *Torreggiani e altri c. Italia*, Corte EDU, istanza n° 43517/09 e altre, sentenza del 8 gennaio 2013.
[257] Art. 35-bis, legge n° 354 del 26 luglio 1975.
[258] Il tribunale non ha concesso alcuna indennità per questi danni poiché l'immigrato non aveva redditi al momento della sua detenzione.

penali o amministrative, è plausibile che abbia fatto ricorso alle disposizioni generali della normativa del codice civile sugli illeciti, ai sensi dell'articolo 2043 e segg.[259]

La Corte di Cassazione ha di recente confermato, nella sua sentenza sul caso Shalabayeva, che "il trattenimento illegittimo determina il diritto al risarcimento del danno per la materiale privazione della libertà personale, non giustificata dalla sussistenza delle condizioni di legge".[260]

[259] La Corte di Appello di Roma ha concesso l'indennità in un caso di detenzione illegittima in un C.I.E. nella sentenza n° 4865/10 del 6 ottobre 2010, ma ha utilizzato un "criterio equitativo" per quantificare il danno.
[260] Corte di Cassazione, sesta sezione civile, sentenza n° 17407/2014 del 30 luglio 2014.

IV. Conclusioni e raccomandazioni

La Commissione Internazionale di Giuristi (*International Commission of Jurists - ICJ*) fonda il suo lavoro sul principio che una solida e indipendente professione legale, che comprende giudici, avvocati e procuratori, ha un ruolo fondamentale nel garantire la disponibilità e l'accesso equo alla giustizia e nel promuovere e proteggere il diritto sui diritti umani e lo stato di diritto. Questo ruolo fondamentale dei giuristi è indispensabile quando vi sia in gioco l'accesso alla giustizia per i più emarginati, in questo caso gli immigrati irregolari che sono soggetti a espulsione e detenzione.

Le risultanze di questo rapporto sono inequivocabili: la necessità di riforme sostanziali sia nel quadro giuridico e nelle politiche e prassi dei funzionari italiani incaricati di amministrare il regime delle espulsioni e delle detenzioni, sia nel potere esecutivo sia in quello giudiziario, è d'obbligo per garantire l'accesso equo alla giustizia agli immigrati irregolari.

La missione dell'ICJ, nella sua visita in Italia, seppur limitata a Roma e Milano, ha trovato un sistema che conferisce un dovere decisionale che comporta delle profonde implicazioni per i diritti umani, compresi il diritto alla libertà personale e il principio di *non-refoulement*, a giudici (i giudici di pace) aventi uno status professionale precario, e un sistema procedurale estremamente informale, privo di regole chiare e tutele sotto un certo numero di aspetti operativi. È difficile poter immaginare che il diritto di un cittadino italiano alla sua libertà personale e sicurezza si possa affidare a un tale sistema informale. Non vi è dubbio che l'ufficio del giudice di pace, con la sua flessibilità e procedure più informali, sia accettabile, e anche importante, in altri campi del diritto, considerando l'aiuto che apporta alla magistratura togata in termini di carico di lavoro nelle cause civili ordinarie e per alcune sanzioni amministrative. Tuttavia, gli obblighi internazionali nel campo dei diritti umani e delle libertà fondamentali impongono un livello più elevato di tutela delle garanzie.

In contrasto con l'operazione *Mare Nostrum,* dove l'Italia aveva agito nell'intervenire e assumersi la responsabilità di proteggere il diritto alla vita dei migranti, lo Stato, riguardo all'accesso alla giustizia, ha concepito un sistema pesantemente diversificato per ciò che riguarda le garanzie – anche a livello strutturale – tra gli immigrati irregolari e il resto della popolazione. Questo discrimine non soltanto pesa fortemente sugli stessi immigrati, ma anche sullo stato di diritto in Italia, poiché comprova la riluttanza dello Stato di adempiere in modo efficace ai suoi obblighi per quanto riguarda il diritto internazionale. Infatti, la precarietà dello status dei giudici di pace, le irregolarità, le incongruenze e informalità nella prassi, e la mancanza di omogeneità e di motivazioni adeguatamente articolate nel sistema, sembra riflettere, in un certo qual modo, la condizione più precaria che lo stesso immigrato irregolare deve affrontare. Non sono solo degli immigrati a essere "precari"; anche lo stesso sistema giuridico, quando si trova a trattare con gli stranieri, sembrerebbe, per certi aspetti, essere precario, così come suggerito dal titolo del presente rapporto.

La missione dell'ICJ ha constatato che l'attuale sistema è gravemente, e inaccettabilmente, viziato, e non è in grado di garantire un rimedio effettivo agli immigrati in situazioni di espulsione o di detenzione. In effetti, data la natura temporanea del loro incarico, abbinato alla possibilità di rinnovo dello stesso e a un sistema retributivo basato sul lavoro a cottimo piuttosto che uno stipendio costante, i giudici di pace, al momento, non godono di quelle garanzie fondamentali di indipendenza istituzionale o strutturale che presuppongono gli standard internazionali. La loro situazione porta a una certa preoccupazione generale, ma è chiaramente inaccettabile nei casi di immigrazione, dove sono fortemente presenti gli interessi dello Stato. Il problema, pertanto, è strutturale. Inoltre, l'attuale sistema manca notevolmente di garanzie connesse al diritto a un rimedio effettivo, al diritto di *habeas corpus*

e di riesame della detenzione. L'odierno sistema, allo stato degli atti, rischia di dar adito a molteplici violazioni degli artt. 5 e 13 della CEDU, 2.3 e 9 del Patto, e 6 e 47 della Carta UE.

1. Il giudice e il diritto al ricorso

La legge n° 271/2004, che ha trasferito la supervisione sull'espulsione e alla detenzione dai giudici togati ai giudici di pace, si basava sul presupposto che vi fosse una necessità impellente di diminuire il carico di lavoro della magistratura togata. Nonostante sia consapevole delle difficoltà che la pressione del pesante carico di lavoro pone sia sui singoli giudici, sia sull'amministrazione della giustizia, l'ICJ ricorda che, in nessun caso, ci si può avvalere dell'eccessivo carico di lavoro come giustificazione per limitare il diritto a un rimedio effettivo e all'accesso alla giustizia per la protezione dei diritti umani. La pressione del carico di lavoro può essere ovviata attraverso riforme e una nuova ridistribuzione di risorse verso il sistema giudiziario ordinario, e non creando una giustizia di secondo livello. Inoltre, l'ICJ evidenzia il fatto che i casi di immigrazione sono soltanto una piccola parte del carico di lavoro dei giudici di pace (cfr. tabella n° 7).

L'ICJ ritiene non valido l'argomento secondo il quale i giudici di pace dovrebbero mantenere le competenze esistenti su espulsioni e trattenimento siccome hanno acquisito un'esperienza specifica negli ultimi dieci anni. Per quanto molti giudici di pace abbiano certamente un'esperienza notevole e siano dei giuristi molto competenti, i magistrati togati hanno acquisito un'esperienza simile poiché coprono un'area ancor più vasta, data la loro competenza del riesame giudiziario sulle decisioni nelle richieste di asilo, e sono in possesso di una maggiore esperienza per ciò che riguarda le decisioni sulla privazione della libertà personale. Inoltre, assegnare ai magistrati togati la competenza su tutta la materia riguardante l'immigrazione e l'asilo garantirebbe un'interpretazione olistica del diritto internazionale, comunitario e nazionale in queste materie, con il possibile risultato della diminuzione considerevole delle lacune riguardo la normativa internazionale sui diritti umani e sui rifugiati e il Sistema Europeo Comune di Asilo della UE.

Per questi motivi, l'ICJ raccomanda che il governo italiano e il Parlamento reintegrino la competenza sul riesame giudiziario riguardante i procedimenti di espulsione e trattenimento amministrativo sugli immigrati ai magistrati togati ordinari di prima istanza. Ciononostante, l'ICJ ritiene che il ruolo dei giudici di pace nell'alleviare il carico di lavoro dei magistrati togati sia importante e raccomanda al governo italiano di prendere in considerazione altri modi in cui la competenza dei giudici di pace possa essere ampliata, anche con riguardo ad ulteriori competenze civili. Queste raccomandazioni dipendono, tuttavia, dalla riforma del sistema giudiziario sulla magistratura onoraria atta ad assicurare almeno le garanzie accennate in seguito.

L'ICJ considera che il governo e Parlamento italiano debbano assegnare, quanto meno, l'appello di merito e la convalida della detenzione alla magistratura togata.

Il governo e Parlamento italiano, per garantire l'indipendenza, l'imparzialità e l'effettività dell'ufficio i giudice di pace nel fornire un rimedio effettivo alle violazioni dei diritti umani e al rispetto di un processo equo, dovrebbe:

- fornire agli uffici dei giudici di pace le risorse finanziarie, umane e logistiche necessarie ad amministrare completamente ed efficacemente la giustizia nei settori di loro competenza;
- garantire la certezza di permanenza nelle funzioni dei giudici di pace, in modo da tutelare la loro indipendenza e imparzialità, o consentendo un mandato unico fisso a lungo termine senza possibilità di rinnovo, oppure dei termini fissi rinnovabili soltanto dalla magistratura senza l'intervento dell'esecutivo. Il termine potrebbe essere presumibilmente, ma non automaticamente, rinnovato, ma i termini e le condizioni per

il mancato rinnovo dovrebbero essere simili a quelli in vigore sulla rimozione dei magistrati togati;
- retribuire in modo fisso e adeguato i giudici di pace, abbandonando la retribuzione a cottimo.

2. Questioni riguardanti il T.U. sull'Immigrazione

L'ICJ ritiene che il sistema di accesso alla giustizia per gli immigrati irregolari e l'attuazione del T.U. sull'Immigrazione siano inconsistenti con agli obblighi della Repubblica Italiana ai sensi del diritto internazionale sui diritti umani e del diritto comunitario. La Direttiva Rimpatri non è stata attuata in modo efficace e diverse disposizioni del T.U. sull'Immigrazione sembrano formulate più per aggirare queste garanzie piuttosto che per applicarle. L'ICJ ha identificato in questo rapporto diverse situazioni di incongruenza con il diritto internazionale sui diritti umani e il diritto UE, in modo particolare con la Direttiva Rimpatri. In modo specifico, la preoccupazione dell'ICJ riguarda l'esistenza di una procedura di respingimento differito avente potenziale per essere utilizzata in modo tale da prevalere sulle garanzie procedurali connesse alla procedura di espulsione ordinaria. In particolare, si teme che la normativa non preveda un riesame giudiziario delle misure di esecuzione per i respingimenti differiti quali l'accompagnamento coattivo alla frontiera e il trattenimento.

L'ICJ ritiene piuttosto problematico, in diritto e in pratica, che la definizione italiana di "rischio di fuga" consenta di ricorrere, di fatto quasi automaticamente, all'accompagnamento coattivo alla frontiera e al trattenimento. Inoltre, l'approccio della normativa italiana nel favorire il rimpatrio coattivo su quello volontario, e il trattenimento sulle alternative alla detenzione, non sembra rispettare lo spirito della Direttiva Rimpatri e va in direzione contraria agli obblighi dell'Italia ai sensi dell'arti. 9 del Patto. L'ICJ è, inoltre, preoccupata dell'assenza di effetto sospensivo automatico dei ricorsi avverso l'espulsione nella sua esecuzione, sia in prima istanza che dinanzi alla Corte di Cassazione, quando è in gioco il rispetto del principio di *non-refoulement*. Questa situazione non è in linea con l'effettività del diritto al rimedio ai sensi degli artt. 2.3 del Patto, 13 della CEDU e 47 della Carta Europea, in combinato disposto con il principio del *non-refoulement.*

Infine, all'ICJ preoccupa la mancanza di chiarezza, in diritto e in pratica, per ciò che riguarda i poteri istruttori dei giudici di pace per poter valutare a pieno il rispetto del principio di *non-refoulement* e del diritto internazionale e nazionale nei casi di espulsione, e all'ambito tuttora limitato dei poteri dei giudici di pace nel valutare la validità degli ordini di espulsione quando si prende in considerazione la legittimità delle misure di trattenimento o di accompagnamento coattivo.

L'ICJ si augura che l'Italia, in quanto membro fondatore dell'Unione Europea, e Stato di antichi precedenti in quanto una delle culle dello stato di diritto, metta in campo ogni sforzo e risorsa per riallineare il suo sistema giuridico ai propri obblighi in base al diritto comunitario e al diritto internazionale.

In questa linea, l'ICJ raccomanda al governo italiano e al Parlamento:

- Per quanto riguarda il sistema dei respingimenti:
    - Eliminare totalmente il sistema dei respingimenti alla frontiera ai sensi dell'art. 10.1 del T.U. sull'Immigrazione;
    - Eliminare totalmente dalla normativa nazionale le procedure di respingimento differito.
- Per quanto riguarda il sistema dei decreti di espulsione
    - Riformare e adottare un'interpretazione dell'art. 13 del T.U. sull'Immigrazione in modo tale da consentire la priorità generale ai rimpatri volontari rispetto a

quelli coattivi, in linea con la Direttiva Rimpatri; ed eliminare il requisito di "dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite" per l'accesso al rimpatrio volontario;
    - Introdurre nella normativa un effetto sospensivo automatico per tutti gli appelli o ricorsi che lamentino la violazione del principio di *non-refoulement.*
- Per quanto riguarda la detenzione amministrativa degli immigrati irregolari:
    - Approvare una legge parlamentare che gestisca i "modi" della detenzione amministrativa degli immigrati irregolari;
    - Introdurre un sistema di riesame giudiziario e procedura di *habeas corpus* per la detenzione amministrativa e l'accompagnamento coattivo alla frontiera;
    - Nel caso di espulsioni contemplate a seguito di reclusione dovuta a condanna penale, attuare delle misure preparatorie all'espulsione prima del rilascio dello straniero dal carcere, in modo tale da evitare la detenzione prolungata per motivi amministrativi;
    - Ridurre in modo considerevole la durata massima di detenzione in attesa dell'espulsione nel tempo più breve possibile, in modo tale da consentire l'allontanamento con la dovuta tempestività e la dovuta diligenza;
    - Riformare il T.U. sull'Immigrazione in modo tale da dare priorità alle misure alternative alla detenzione e applicare il trattenimento amministrativo come *ultima ratio*, in stretta applicazione dei principi di necessità e proporzionalità.
- In tutte le procedure riguardanti gli immigrati irregolari:
    - Consentire la disponibilità di interpreti indipendenti agli avvocati per i colloqui con i loro clienti e consentire il loro accesso effettivo durante e prima di ogni fase del procedimento;
    - Modificare il sistema del patrocinio a spese dello Stato in modo tale da garantire che le spese riguardanti la difesa di un immigrato irregolare, quali trasferta e alloggio per l'avvocato e tariffe dell'interprete, siano coperte in modo adeguato;
    - Estendere il meccanismo del reclamo giudiziario relativo alle condizioni di detenzione e di trattamento volti a garantire la protezione dei diritti umani del detenuto, così come compresi nella legge n° 10 de 21 febbraio 2014, agli immigrati irregolari in detenzione amministrativa;
    - Emendare il T.U. sull'Immigrazione in modo tale da garantire che ogni comunicazione riguardante le espulsioni, respingimenti e la loro esecuzione, sia fornita in una lingua che lo straniero comprende, e, qualora ciò non sia fattibile in modo provato, almeno nelle cinque lingue più frequentemente utilizzate o comprese dagli immigrati irregolari, e che queste siano periodicamente riviste.

3. Il ruolo della magistratura

Questo rapporto prova che le debolezze della normativa sull'immigrazione potrebbero, al meno in parte, essere trattate direttamente dai tribunali e dai giudici di pace, anche attraverso l'interpretazione, costruzione e applicazione del diritto internazionale sui diritti umani e il diritto comunitario. L'ICJ raccomanda che la magistratura, compresi i giudici di pace:

- Per quanto riguarda i procedimenti di espulsione e di respingimento:
    - Applichino il principio di *non-refoulement*, come previsto dal diritto internazionale sui diritti umani e sui rifugiati, e valutino sistematicamente e d'ufficio la sua potenziale applicazione in ogni singolo caso;
    - Adottino un'interpretazione della definizione di "rischio di fuga" in linea con il diritto comunitario, che sia basata su una valutazione caso per caso del rischio reale di fuga;

- Adottino un'interpretazione dell'art. 13 del T.U. sull'Immigrazione tale da consentire un uso prioritario del ritorno volontario su quello coattivo, in linea con la Direttiva Rimpatri ;
- Effettuino una valutazione approfondita e d'ufficio di tutte le motivazioni sulla validità e legittimità dei decreti di espulsione, delle implicazioni potenziali per il principio di *non-refoulement*, dell'esistenza di possibilità concrete di rimpatrio volontario, della legittimità, necessità e proporzionalità della detenzione e dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, e della mancata sussistenza di qualsiasi alternativa alla detenzione.

- Per quanto riguarda l'esecuzione del decreto di espulsione:
  - Applichino sistematicamente il potere di sospensione dell'esecuzione del decreto di espulsione ai sensi dell'art. 13 della Direttiva Rimpatri, in tutti quei casi non vincolati al principio di *non-refoulement;*
  - Desistano dal convalidare decreti di espulsione, o misure di esecuzione di detenzione e accompagnamento coattivo alla frontiera, nei casi di espulsioni a seguito di reclusione dovuta a condanna penale, qualora le autorità non abbiano chiaramente, credibilmente e ragionevolmente spiegato il motivo per cui tali atti preparatori non sono stati possibili durante il periodo di detenzione penitenziaria;
  - Forniscano motivazioni integrali per le decisioni, non soltanto basate su motivi di normativa nazionale, ma anche sul diritto internazionale sui diritti umani e sul diritto comunitario, evidenziando le ragioni per cui la misura di detenzione sia necessaria e proporzionata e il perché non si è avuto ricorso ad altre misure alternative alla detenzione;
  - Interpretino e applichino il T.U. sull'Immigrazione in modo tale da rispettare gli obblighi comunitari e di diritto internazionale, dando la priorità alle misure alternative alla detenzione, e ricorrendo alla detenzione soltanto quando queste non siano disponibili, in severa applicazione dei principi di necessità e di proporzionalità.
- In tutti i processi riguardanti gli immigrati irregolari:
  - Si astengano dal tenere udienze in strutture del Ministero dell'Interno;
  - Creino fascicoli relativi alle persone singole e non semplicemente al procedimento, in modo tale da assistere i giudici di pace e l'avvocato dello straniero nel poter valutare in modo oggettivo le circostanze del caso e in modo tale da effettuare una valutazione completa sulla legittimità della detenzione, come richiesta dal diritto internazionale sui diritti umani e dal diritto comunitario;
  - Forniscano una formazione professionale metodica del diritto internazionale sui diritti umani e sui rifugiati ai giudici che hanno giurisdizione sulle decisioni amministrative sugli immigrati irregolari.

Attraverso la sua storia, la Repubblica Italiana ha dovuto affrontare totalitarismo e terrorismo e, conscia dell'effetto deleterio che porta il lasciarsi andare a misure eccezionali, non si è mai arresa effettivamente all'uso di leggi speciali o stati di emergenza. Lo stato di diritto è stato e rimane il caposaldo della Repubblica Italiana. Anche gli italiani sono stati migranti ed hanno conosciuto che cosa significa essere considerati esseri umani di seconda classe. Questa esperienza dovrebbe mostrare in modo chiaro che un sistema giudiziario che non promuove le medesime garanzie giudiziarie e procedurali dei cittadini italiani agli immigrati irregolari sia una negazione profonda delle stesse basi dello stato di diritto. Le raccomandazioni di questo rapporto sono destinate a far sì che l'Italia sia all'altezza delle sue profonde tradizioni di rispetto dello stato di dritto, facendo in modo che l'essere "precari" non equivalga mai a una "espulsione dalla giustizia".

Membri della Commissione ICJ

Al settembre 2014 (per una lista aggiornata : www.icj.org/commission)

Presidente:
Prof. Sir Nigel Rodley, Regno Unito

Vice-Presidenti:
Prof. Robert Goldman, Stati Uniti
Giudice Michèle Rivet, Canada

Comitato esecutivo:
Prof. Carlos Ayala, Venezuela
Giudice Azhar Cachalia, Sudafrica
Prof.ssa Jenny E. Goldschmidt, Paesi Bassi
Dott.ssa Imrana Jalal, Figi
Dott.ssa Hina Jilani, Pakistan
Dott.ssa Karinna Moskalenko, Russia
Prof.ssa Mónica Pinto, Argentina

Altri membri della Commissione:
Prof. Kyong-Wahn Ahn, Repubblica di Corea
Giudice Adolfo Azcuna, Filippine
Dott. Muhannad Al-Hasani, Siria
Dott.ssa Catarina de Albuquerque, Portogallo
Dott. Abdelaziz Benzakour, Marocco
Giudice Ian Binnie, Canada
Sir Nicolas Bratza, Regno Unito
Prof. Miguel Carbonell, Messico
Giudice Moses Chinhengo, Zimbabwe
Prof. Andrew Clapham, Regno Unito
Giudice Radmila Dicic, Serbia
Giudice Unity Dow, Botswana
Giudice Elisabeth Evatt, Australia
Dott. Roberto Garretón, Cile
Prof. Michelo Hansungule, Zambia
Dott.ssa Sara Hossain, Bangladesh
Dott.ssa Gulnora Ishankanova, Uzbekistan
Dott. Shawan Jabarin, Palestina
Giudice Kalthoum Kennou, Tunisia
Prof. David Kretzmer, Israele
Prof. César Landa, Peru
Giudice Ketil Lund, Norvegia
Giudice Qinisile Mabuza, Swaziland
Giudice José Antonio Martín Pallín, Spagna
Giudice Charles Mkandawire, Malawi
Giudice Kathurima M'Inoti, Kenya
Giudice Yvonne Mokgoro, Sudafrica

Giudice Sanji Monageng, Botswana
Giudice Tamara Morschakova, Russia
Prof. Vitit Muntarbhorn, Tailandia
Giudice Egbert Myjer, Paesi Bassi
Dott.ssa Jarna Petman, Finlandia
Prof. Victor Rodriguez Rescia, Costa Rica
Dott. Belisario dos Santos Junior, Brasile
Prof. Marco Sassoli, Italia-Svizzera
Prof. Olivier de Schutter, Belgio
Giudice Ajit Prakash Shah, India
Dott. Raji Sourani, Palestina
Giudice Philippe Texier, Francia
Giudice Stefan Trechsel, Svizzera
Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombia

Membri della Commissione ICJ

Al settembre 2014 (per una lista aggiornata : www.icj.org/commission)

Presidente:

Prof. Sir Nigel Rodley, Regno Unito

Vice-Presidenti:

Prof. Robert Goldman, Stati Uniti
Giudice Michèle Rivet, Canada

Comitato esecutivo:

Prof. Carlos Ayala, Venezuela
Giudice Azhar Cachalia, Sudafrica
Prof.ssa Jenny E. Goldschmidt, Paesi Bassi
Dott.ssa Imrana Jalal, Figi
Dott.ssa Hina Jilani, Pakistan
Dott.ssa Karinna Moskalenko, Russia
Prof.ssa Mónica Pinto, Argentina

Altri membri della Commissione:

Prof. Kyong-Wahn Ahn, Repubblica di Corea
Giudice Adolfo Azcuna, Filippine
Dott. Muhannad Al-Hasani, Siria
Dott.ssa Catarina de Albuquerque, Portogallo
Dott. Abdelaziz Benzakour, Marocco
Giudice Ian Binnie, Canada
Sir Nicolas Bratza, Regno Unito
Prof. Miguel Carbonell, Messico
Giudice Moses Chinhengo, Zimbabwe
Prof. Andrew Clapham, Regno Unito
Giudice Radmila Dicic, Serbia
Giudice Unity Dow, Botswana
Giudice Elisabeth Evatt, Australia
Dott. Roberto Garretón, Cile
Prof. Michelo Hansungule, Zambia
Dott.ssa Sara Hossain, Bangladesh
Dott.ssa Gulnora Ishankanova, Uzbekistan
Dott. Shawan Jabarin, Palestina
Giudice Kalthoum Kennou, Tunisia
Prof. David Kretzmer, Israele
Prof. César Landa, Peru
Giudice Ketil Lund, Norvegia
Giudice Qinisile Mabuza, Swaziland
Giudice José Antonio Martín Pallín, Spagna
Giudice Charles Mkandawire, Malawi
Giudice Kathurima M'Inoti, Kenya
Giudice Yvonne Mokgoro, Sudafrica
Giudice Sanji Monageng, Botswana
Giudice Tamara Morschakova, Russia
Prof. Vitit Muntarbhorn, Tailandia
Giudice Egbert Myjer, Paesi Bassi
Dott.ssa Jarna Petman, Finlandia
Prof. Victor Rodriguez Rescia, Costa Rica
Dott. Belisario dos Santos Junior, Brasile
Prof. Marco Sassoli, Italia-Svizzera
Prof. Olivier de Schutter, Belgio
Giudice Ajit Prakash Shah, India
Dott. Raji Sourani, Palestina
Giudice Philippe Texier, Francia
Giudice Stefan Trechsel, Svizzera
Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombia

ISBN 978-92-9037-199-4

International Commission of Jurists

P.O. Box 91
Rue des Bains 33
CH 1211 Geneva 8
Switzerland

t +41 22 979 38 00
f +41 22 979 38 01
www.icj.org