



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2021, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova

Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano

Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff

Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE

Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno

Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione

Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale

Giuseppe Tesaurò, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale †

Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE

Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari

Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona

Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre

Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges

Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro

Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina

Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC

Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova

Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"

Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"

Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano

Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS

Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia

Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari

Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa

Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València

Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo

Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"

Elspeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS

Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén

Ivan Ingravallo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari

Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova

Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno

Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute

Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa

Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata

Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille

Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino

Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London

Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre

Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa

Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno

Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo

Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"

Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma

Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho

Angel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla

Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova

Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"

Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona

Anna Iermano, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina

Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario
2021, n. 2

numero monografico

**VERSO UN QUADRO COMUNE EUROPEO ED UNA NUOVA GOVERNANCE DELLA
MIGRAZIONE E DELL'ASILO**

**TOWARDS A COMMON EUROPEAN FRAMEWORK AND A NEW GOVERNANCE OF
MIGRATION AND ASYLUM**

- In memoriam*** p. 1
- Presentazione** p. 2
Angela Di Stasi
- Editoriale**
La tutela (negata) dei migranti e dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo p. 4
Paulo Pinto de Albuquerque
- Saggi, Articoli e Commenti**
Il "nuovo" Patto europeo sulla migrazione e l'asilo: recenti sviluppi in materia di solidarietà ed integrazione p. 9
Maria Cristina Carta
- La normalizzazione della detenzione amministrativa alle frontiere esterne dell'Unione nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo p. 43
Eleonora Celoria
- La trasformazione dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo in un'Agenzia per l'asilo: una lettura in prospettiva della proposta di riforma nel contesto del Nuovo Patto europeo su migrazione e asilo p. 71
Marcella Cometti
- Il "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo" e la protezione dei minori migranti p. 95
Francesca Di Gianni
- Accesso alle procedure di protezione internazionale e tutela delle esigenze umanitarie: la discrezionalità in capo agli Stati membri non viene intaccata dal Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo p. 124
Caterina Fratea



- Environmental migrants: UN recent and “soft” sensitivity v. EU deafening silence in the New European Pact on Migration and Asylum p. 150
Francesco Gaudiosi
- Captured between subsidiarity and solidarity: any European added value for the Pact on Migration and Asylum? p. 167
Luisa Marin, Emanuela Pistoia
- Sul partenariato UE-Stati terzi in ambito migratorio: le proposte del Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo in tema di rafforzamento delle capacità di *border management* p. 194
Daniele Musmeci
- The European Union’s Policy on Search and Rescue in the New Pact on Migration and Asylum: Inter-State Cooperation, Solidarity and Criminalization p. 215
Francesca Romana Partipilo
- Il Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo ed i migranti ambientali: una categoria “dimenticata”? p. 245
Francesca Perrini
- Osservazioni sul ruolo del Consiglio europeo in relazione al “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo” p. 261
Nicola Ruccia
- Quote di ricollocazione e meccanismi di solidarietà: le soluzioni troppo “flessibili” del Patto dell’Unione europea su migrazione e asilo p. 281
Teresa Russo
- The ‘inward-looking’ securitization of the EU external migration policy in the *New Pact on Migration and Asylum*: a critical appraisal from a perspective of international law with reference to migration from Africa p. 305
Pierluigi Salvati
- L’*Informal International Lawmaking* in materia di riammissione: prassi e implicazioni sul rapporto tra diritto internazionale e diritto dell’Unione europea p. 324
Alessandra Sardu
- Il Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo dalla prospettiva della vulnerabilità: un’occasione mancata p. 351
Chiara Scissa



Il fenomeno migratorio oltre l'ordinario: riflessioni sulla proposta della Commissione circa un solido sistema di preparazione e di risposta alle crisi e a situazioni di forza maggiore

p. 388

Susanna Villani



LA NORMALIZZAZIONE DELLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA ALLE FRONTIERE ESTERNE DELL'UNIONE NEL NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO

Eleonora Celoria*

SOMMARIO: 1. La detenzione quale strumento di gestione delle politiche migratorie: prima e dopo la “crisi” del 2015. – 2. La detenzione amministrativa nel diritto dell’Unione europea: nozione di privazione della libertà e disciplina del trattenimento nel diritto secondario. – 2.1. Il trattenimento in fase di espulsione: la Direttiva Rimpatri. – 2.2. Il trattenimento nell’ambito del Sistema Europeo Comune di Asilo. – 3. L’aumento della detenzione in frontiera e le zone di “non-diritto”. – 4. Il Nuovo Patto Europeo sulla Migrazione e l’Asilo: la detenzione esiste ma non si legge. – 4.1. Il trattenimento nell’ambito della nuova fase di accertamenti preliminari. – 4.2. Il trattenimento durante la procedura di asilo e di rimpatrio alla frontiera. – 5. La detenzione come misura generalizzata e il suo rapporto con il diritto alla libertà personale. – 6. Conclusioni.

1. La detenzione quale strumento di gestione delle politiche migratorie: prima e dopo la “crisi” del 2015

La detenzione rappresenta una grave interferenza con il diritto alla libertà personale, il quale si colloca nell’alveo dei diritti dell’uomo che “costituiscono i valori fondanti della personalità umana e sono condizioni necessarie per la democrazia”¹. Tradizionalmente, le misure detentive hanno trovato applicazione entro il perimetro del diritto penale. Oggi, però, nessuno obietta più all’idea della privazione della libertà in assenza di un reato,

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Dottoranda in Diritto e Istituzioni presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Torino. Indirizzo e-mail: eleonora.celoria@unito.it.

¹ Così si è espressa la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 238 del 1996, riferendosi al diritto alla libertà personale.

“autentica bestialità di fine millennio”²: ormai è prassi affermata e diffusa in tutti gli Stati membri dell'Unione europea³.

Inoltre, la detenzione amministrativa si è affermata anche nell'architettura unionale come “strumento funzionale all'esercizio delle prerogative di controllo dell'immigrazione”⁴. Per il diritto dell'Unione europea il trattenimento⁵ è una misura applicabile, nell'ambito delle procedure di asilo e di rimpatrio, in via residuale e quando altre soluzioni meno incisive sulla libertà personale non risultino esperibili. Nondimeno, negli ultimi cinque anni il ricorso alla misura detentiva è aumentato in numerosi Stati membri, sia in esecuzione di norme europee, sia sulla base del diritto interno. Se, infatti, i dati disponibili avevano evidenziato un declino nell'utilizzo della detenzione amministrativa da parte di diversi Stati nei primi anni dello scorso decennio⁶, la “crisi dei rifugiati” del 2015 ha invertito la tendenza, provocando una proliferazione di pratiche di trattenimento su tutto il territorio dell'Unione europea⁷. In alcuni casi, tale forma di coercizione ha continuato ad applicarsi sulla base di norme già vigenti, mentre in altri si è assistito all'introduzione di nuovi presupposti che potessero giustificare la privazione della libertà dei richiedenti asilo⁸. Inoltre, vi sono contesti in cui il trattenimento è stato eseguito in assenza di base legale, qualificandosi come detenzione *de facto*: è emblematico il caso dell'Ungheria, ove nel 2015 il 75% dei richiedenti asilo era ristretto nelle zone di transito al confine con la Serbia, nonostante la loro permanenza in tali zone non fosse qualificata come detenzione. L'Ungheria non è però l'unico Paese in cui sono affiorati profili critici rispetto alle pratiche di limitazione della libertà. L'approccio *hotspot*, attuato a partire dal 2015 in Italia e in Grecia, ha destato serie preoccupazioni circa l'uso estensivo, e non sempre disciplinato dalla legge, di strumenti di confinamento e restrizione della libertà personale⁹. Il trattenimento, da strumento utilizzato principalmente nell'ambito delle politiche di rimpatrio, è dunque divenuto sempre più centrale nell'ottica di controllo e gestione dei flussi migratori alle frontiere esterne. Tanto premesso, il presente contributo intende riflettere sull'utilizzo che è stato e che verrà fatto

² M. VEGLIO, *La Malapena. Sulla crisi della giustizia al tempo dei centri di trattenimento degli stranieri*, Torino, 2020, p. 37.

³ FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY (FRA), *Detention of Third-Country Nationals in Return Procedures*, 2010, p. 64, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf.

⁴ R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Napoli, 2018, p. 14.

⁵ Il termine “trattenimento”, utilizzato nella traduzione italiana della normativa europea e nel diritto italiano, è utilizzato in modo interscambiabile con il termine “detenzione”, residuando ormai pochi dubbi circa l'identità dei due concetti.

⁶ I dati si possono rinvenire sul sito del Global Detention Project (GDP), 2019, <https://www.globaldetentionproject.org/organisations-alliances/european-union-eu>.

⁷ I. MAJCHER, M. FLYNN, M. GRANGE, *Immigration Detention in the European Union. In the Shadow of the “Crisis”*, Geneva, 2020, pp. 1-13.

⁸ Un esempio è il trattenimento a fini identificativi introdotto dal D.L. 113/2018 convertito con L. 132/2018. Sul punto: D. LOPRIENO, *Il Trattenimento dello Straniero alla Luce della L. 132 del 2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, n. 1.

⁹ Così, ad esempio, G. CAMPESI, *Seeking Asylum in Time of Crisis: Reception, Confinement, and Detention at Europe's Southern Border*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2018, pp. 44-70.

dello strumento della detenzione amministrativa, in particolar modo alle frontiere esterne dell'Unione europea. In un primo momento verrà analizzata la disciplina attuale del trattenimento, come delineata nella normativa secondaria UE (§ 2), e si opererà un riferimento al fenomeno della detenzione alle frontiere esterne dell'Unione (§ 3). L'attenzione si focalizzerà poi sulle proposte del Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo¹⁰, e sullo spazio contemplato per l'applicazione di misure coercitive di privazione della libertà nelle procedure di pre-ingresso, di asilo e di rimpatrio in frontiera (§ 4). Infine, ci si interrogherà sulla compatibilità dei fenomeni emergenti di espansione della detenzione con il diritto fondamentale alla libertà personale dei migranti, alla luce delle tutele attualmente previste (§ 5).

2. La detenzione amministrativa nel diritto dell'Unione europea: nozione di privazione della libertà e disciplina del trattenimento nel diritto secondario

Il diritto alla libertà personale è contemplato, in sede unionale, dall'articolo 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea. Conformemente a quanto indicato dall'articolo 52 della Carta, le limitazioni al suo esercizio devono "essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale" del diritto in esame. Inoltre, in ossequio al principio di proporzionalità, "possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Infine, in base alla clausola di equivalenza di cui all'articolo 52, par. 3 della Carta, all'articolo 6 deve essere conferito lo stesso significato e la stessa portata rivestiti dall'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹¹. L'articolo 6 della Carta si applica pacificamente ai casi di privazione della libertà dei cittadini di Stati terzi, quando ciò avvenga in attuazione del diritto dell'Unione europea (art. 51 Carta). Quest'ultimo si è occupato della detenzione amministrativa soprattutto tra il 2008 e il 2013, mediante norme di armonizzazione di diritto secondario. Entro tale cornice, è stata prevista la possibilità per gli Stati di farvi ricorso in sede di esecuzione del rimpatrio del cittadino di Stato terzo irregolare¹², nel

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo*, 23 settembre 2020, COM (2020) 609 final.

¹¹ Nelle spiegazioni relative alla Carta dei Diritti Fondamentali relative all'articolo 6 viene indicato che "I diritti di cui all'articolo 6 corrispondono a quelli garantiti dall'articolo 5 della CEDU, del quale, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta, hanno pari significato e portata. Ne consegue che le limitazioni che possono legittimamente essere apportate non possono andare oltre i limiti consentiti dall'articolo 5 della CEDU" ed è conseguentemente riportato il testo della norma. Spiegazioni relative alla Carta dei Diritti Fondamentali, 2007/C 303/02.

¹² Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme e procedure comuni applicabili al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, del 16 dicembre 2008, in GUUE L 348, 24 dicembre 2008, articoli 15-16.

corso della procedura di asilo¹³, o ancora durante la pendenza di un procedimento per la determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo¹⁴. Nondimeno, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito che la nozione di trattenimento "riguarda un'unica realtà" ed è pertanto comune agli ambiti indicati¹⁵. Inoltre, ne ha fornito una definizione onnicomprensiva, qualificandolo come una misura coercitiva idonea a privare "il soggetto della sua libertà di circolazione e [che] lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto"¹⁶. I giudici, nell'individuare la distinzione tra limitazione e privazione della libertà personale, hanno richiamato le Linee Guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite e indicato quale elemento di discriminazione "il grado o l'intensità della misura"¹⁷, da individuarsi tramite una puntuale analisi delle circostanze individuali del singolo caso. Il trattenimento si realizza, pertanto, quando la misura coercitiva è posta in essere con modalità tali da non consentire alla persona di allontanarsi volontariamente dal luogo in cui è collocata e deve essere tenuto distinto da mere restrizioni alla libertà di circolazione.

2.1. Il trattenimento in fase di espulsione: la Direttiva Rimpatri

Storicamente, il primo strumento limitativo della libertà del migrante ad essere stato compiutamente disciplinato dal diritto unionale è il trattenimento finalizzato all'espulsione dello straniero irregolare¹⁸. L'articolo 15 della Direttiva 2008/115/CE lo autorizza soltanto allo scopo di "preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento"¹⁹, e qualora una misura "sufficiente ma meno coercitiva" non possa trovare applicazione²⁰.

¹³ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale*, del 26 giugno 2013, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, articoli 8-10.

¹⁴ Regolamento 604/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide*, del 26 giugno 2013, in GUUE L 180, 29 giugno 2013, articolo 28.

¹⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, sentenza del 14 maggio 2020, causa C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*, par. 224.

¹⁶ Corte di giustizia, Grande sezione, *FMS e al.*, cit., par. 223. La Corte ha così interpretato la nozione contenuta nell'articolo 2, lett. h, della direttiva 2013/33/UE.

¹⁷ Corte di giustizia, Grande sezione, *FMS e al.*, cit., par. 220.

¹⁸ Sul ricorso allo strumento detentivo in applicazione della direttiva rimpatri, V. MITSILEGAS, *Immigration Detention, Risk and Human Rights in the Law of the European Union. Lessons from the Returns Directive*, in M.J. GUIA, R. KOULISH, V. MITSILEGAS (eds.), *Immigration Detention, Risk and Human Rights*, Geneva, 2016, p. 25 ss.; F. SPITALERI, *Il Rimpatrio e la Detenzione dello Straniero tra Esercizio di Prerogative Statali e Garanzie Sovranazionali*, Torino, 2017, pp. 149-184; R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, cit., pp. 35-109.

¹⁹ Articolo 15, par. 1. Gli Stati non possono giustificare il trattenimento sulla base di ulteriori motivazioni, siano questi motivi di ordine pubblico e sicurezza (Corte di Giustizia, sentenza del 30 novembre 2009, C-357/09 PPU, *Kadzoev*, par. 68) o legati all'assenza di mezzi di sussistenza (Corte di giustizia, Grande sezione, *FMS e al.*, cit., par. 281).

²⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi*, parr. 37-41.

Inoltre, la privazione della libertà deve avere durata quanto più breve possibile²¹, ed essere subordinata all'effettiva possibilità di eseguire il rimpatrio²². I requisiti fissati dall'articolo 15 sono espressione dei principi generali di necessità e proporzionalità, che si pongono come criteri chiave nella valutazione della legittimità di una misura privativa della libertà. Lo stesso articolo sancisce anche diverse garanzie procedurali: in particolare, la misura deve essere disposta con provvedimento scritto e motivato, ed è garantito il diritto ad un ricorso effettivo contro la decisione di trattenimento, nonché quello di proporre periodicamente un riesame su richiesta dell'interessato²³. In particolare, per assicurare che il rimedio esperibile sia conforme al diritto fondamentale di cui all'articolo 47 della Carta, il ricorso avverso il trattenimento deve essere esaminato da una autorità giudiziale indipendente, cui è riconosciuto il potere di rimettere la persona in libertà quando la misura risulti illegittima²⁴.

La Direttiva Rimpatri, infine, introduceva un limite temporale massimo per il trattenimento finalizzato all'espulsione, fissandolo in diciotto mesi, periodo ritenuto da più parti della dottrina e della società civile eccessivamente lungo²⁵; anche per tale ragione, la nuova legge era stata ribattezzata "direttiva della vergogna". Tuttavia, negli anni successivi, la Corte di Giustizia ne ha reso una interpretazione complessivamente garantista: ponendo l'accento sul rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, i giudici di Lussemburgo hanno smussato alcuni degli aspetti maggiormente critici e criticabili della normativa²⁶. Ad esempio, con il caso *Kadzoev* si è affermata la necessità di operare uno scrutinio rigoroso circa le "ragionevoli prospettive di rimpatrio" menzionate dall'articolo 15, par.4, in assenza delle quali il trattenimento non è giustificabile. Ne deriva che, anche prima del decorso del termine massimo imposto dalla direttiva, il cittadino di Paese terzo dovrà essere rilasciato, quando sia dimostrato che l'allontanamento non può più essere considerato probabile: lo scrutinio operato dagli Stati dovrà essere in proposito preciso e rigoroso²⁷.

²¹ Tale previsione, cui si aggiunge l'imposizione di una durata massima del trattenimento volta a contemperare l'arbitrarietà degli Stati nel mantenimento della misura, è però annacquata dal fatto che tale il termine è stato fissato a diciotto mesi, periodo considerabilmente più lungo di quanto previsto dagli ordinamenti di diversi Stati Membri. D. ACOSTA ARCARAZO, *The Returns Directive*, in: S. PEERS, E. GUILD, D. ACOSTA ARCARAZO, K. GROENENDIJK, V. MORENO-LAX (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2012, Leiden, pp. 483-523; M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2010, n. 1, pp. 17-41.

²² Articolo 15, par. 1 e 4, ma anche: Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., par. 40; Corte di giustizia, *Kadzoev*, cit., par. 66; Corte di giustizia, sentenza del 5 giugno 2014, causa C-146/14 PPU, *Mahdi*, par. 60.

²³ Corte di giustizia, *Mahdi*, cit.

²⁴ Corte di giustizia, *FMS e altri*, cit., parr. 273-275.

²⁵ Si veda, ad esempio, A. BALDACCINI, *The return and removal of irregular migrants under EU law: An analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, n. 11, pp. 1-19.

²⁶ Sul tema, S. PEERS, *Irregular Migrants: Can Humane Treatment be Balanced against Efficient Removal?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, n. 17, pp. 289-304; M.L. BASILIEU-GAINCHE, *Immigration Detention under the Return Directive: the CJEU Shadowed Lights*, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, n. 17, pp. 107-129.

²⁷ F. SPITALERI, *Il Rimpatrio e la Detenzione dello Straniero tra Esercizio di Prerogative Statali e Garanzie Sovranazionali*, Torino, 2017, p. 159.

Si muovono in senso opposto, invece, le proposte formulate dalla Commissione europea nella Proposta di modifica della Direttiva Rimpatri del 2018²⁸. Il processo di riforma della direttiva è attualmente in fase di negoziazione e, nel settembre 2020, la Commissione LIBE del Parlamento europeo ha presentato le proprie proposte di emendamento²⁹, richiamando l'attenzione della Commissione alla necessità che la politica di rimpatrio sia “both effective and respectful of the rights of illegally staying migrants”³⁰. Sin dalla “crisi dei rifugiati” del 2015, infatti, la Commissione si è concentrata sul bisogno di rendere le procedure di rimpatrio più efficaci³¹, suggerendo di potenziare il ricorso allo strumento del trattenimento per raggiungere l'obiettivo³². Le proposte formulate dalla Commissione europea paiono dunque avere quale unico obiettivo quello di incrementare i tassi di allontanamento³³, benché non siano state accompagnate da una valutazione complessiva sul loro possibile impatto (cd. *impact assessment*)³⁴.

Per quanto attiene al trattenimento, verrebbe eliminato l'inciso che consentiva il trattenimento “*soltanto*” per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, aprendo ad una maggiore discrezionalità degli Stati membri circa l'individuazione delle cause che possono legittimare la detenzione³⁵. Inoltre, ricalcando quanto già previsto in materia di asilo, si estende la possibilità di trattenere il destinatario di un provvedimento di espulsione quando egli rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale³⁶. La retorica della pericolosità irrompe con forza anche

²⁸ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, COM (2018), 634 final.

²⁹ Parlamento europeo, Comitato delle Libertà Civili, Giustizia e Affari Interni, Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast), n. 2018/0329, 21.2.2020.

³⁰ Parlamento europeo, Comitato delle Libertà Civili, Giustizia e Affari Interni, *Amendments 120 – 754*, n. 2018/0329, 28.9.2020. Merita precisarsi come, al momento, le negoziazioni legate alla modifica della direttiva rimpatrio siano confluite, anche all'interno del Comitato LIBE, nell'ambito delle più ampie negoziazioni sulle proposte presentate in allegato al Nuovo Patto del 23 settembre 2020.

³¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Agenda Europea sulla Migrazione*, COM (2015) 240 final, 2015.

³² Raccomandazione della Commissione del 7 marzo 2017, punto 10, COM (UE) 2017/432, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017H0432&from=EN>.

³³ S. PEERS, *Lock 'em up: the proposal to amend the EU's Returns Directive*, 12 September 2018, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/09/lock-em-up-proposal-to-amend-eus.htm>. Per un esame critico della Proposta, R. PALLADINO, *Patto sulla Migrazione e l'Asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in *Annali Aisdue*, 2020, n. 2, pp. 63-77.

³⁴ L'*impact assessment* è stato invece commissionato dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) e condotto dal Servizio di ricerca del Parlamento (EPRS): EPRS, *The Proposed Return Directive (recast) – Substitute Impact Assessment*, 2019, consultabile al sito: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631727/EPRS_STU\(2019\)631727_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631727/EPRS_STU(2019)631727_EN.pdf).

³⁵ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, cit., articolo 18, par. 1. Lo stesso articolo puntualizza che “Tutti i motivi di trattenimento sono previsti nella legislazione nazionale”.

³⁶ Proposta di direttiva, cit., articolo 18, par. 1, lett. c).

in sede europea³⁷, mentre, al contempo, le nozioni di sicurezza e ordine pubblico non vengono dettagliatamente codificate nella direttiva; si consente, così, agli Stati di godere di ampia autonomia nell'identificazione della "pericolosità" dei cittadini di Paesi terzi. Un'ulteriore proposta di modifica riguarda l'introduzione di una soglia minima di durata del trattenimento pari a tre mesi: nella valutazione della Commissione "il periodo massimo attualmente stabilito da vari Stati membri è notevolmente più breve di quello autorizzato dalla direttiva rimpatri, e impedisce rimpatri efficaci"³⁸. Questo comporterebbe, per alcuni Stati, l'onere di aumentare la durata della detenzione, in assenza di indicazioni univoche in merito all'efficacia dell'estensione³⁹. A ciò si aggiunga che le ipotesi in cui il migrante può essere privato della libertà in fase di espulsione si amplierebbero anche in ragione della riqualificazione della nozione di rischio di fuga, uno dei presupposti giustificativi della misura. Nella nuova formulazione dell'articolo 6 vengono delineate ben quattordici ipotesi che integrano la nozione di rischio di fuga ed è sufficiente che le autorità individuino una sola di queste per rendere possibile il trattenimento⁴⁰, che sarebbe così ammesso in un numero considerevole di casi. Infine, la Commissione ha introdotto una nuova procedura di rimpatrio alla frontiera⁴¹, sulla base della quale il cittadino di Stato terzo può essere trattenuto per facilitare l'operazione di rimpatrio mentre ne è impedito l'accesso al territorio dell'Unione. La detenzione finalizzata al rimpatrio sarebbe così sempre applicabile *ratione loci* anche alle frontiere esterne dell'Unione, ambito geografico solo parzialmente interessato dall'applicazione della Direttiva Rimpatri⁴². La nuova "procedura di frontiera" è stata oggetto di ulteriori emendamenti ed è confluita nella nuova Proposta di Regolamento Procedure avanzata dalla Commissione europea in allegato al Nuovo Patto, e verrà dunque esaminata più avanti (infra § 4.2). Preme evidenziare sin d'ora, tuttavia, come la "concatenazione completa" tra la procedura di asilo e quella di rimpatrio risponderebbe all'esigenza di allontanare più velocemente i richiedenti protezione che ricevono una decisione negativa, poiché – secondo le indicazioni fornite dalla Commissione – questa categoria sarebbe cresciuta esponenzialmente tra il 2015 e il 2018⁴³. Tale scelta è indicativa tanto della

³⁷ Sul ruolo della detenzione nel controllo della "pericolosità sociale" in Italia, si rimanda a G. CAMPESI, G. FABINI, *Immigration Detention as Social Defence: Policing Dangerous Mobility in Italy*, in *Theoretical Criminology*, 2020, n. 4, pp. 50-70.

³⁸ In realtà l'assunto della Commissione europea non pare supportato da dati significativi, dal momento che Paesi in cui il termine è più esteso hanno tassi di rimpatrio inferiori ad altri, quali la Spagna, in cui il termine massimo di trattenimento è di 60 giorni. STATEWATCH, *The Revised Returns Directive: a Dangerous Attempt to Step Up Deportation by Restricting Rights*, 2019, consultabile al sito: <https://www.statewatch.org/media/documents/analyses/no-346-returns-directive.pdf>.

³⁹ M.D. CREGO, *Recasting the Return Directive. European Parliament Briefing*, 2019, p. 6, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637901/EPRS_BRI\(2019\)637901_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637901/EPRS_BRI(2019)637901_EN.pdf)

⁴⁰ Proposta di direttiva, cit., articolo 6, lett. a-p).

⁴¹ Proposta di direttiva, cit., articolo 22.

⁴² L'articolo 2, par. 2, lett. c) della Direttiva consente agli Stati di non applicare le disposizioni della direttiva nei confronti dei cittadini stranieri sottoposti al respingimento o fermati in occasione dell'attraversamento di una frontiera esterna.

⁴³ Relazione introduttiva alla Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, COM (2020) 611 final, p. 18.

volontà di presentare la procedura di frontiera come una “panacea” idonea a risolvere le criticità del sistema attuale⁴⁴, quanto della sostanziale abrogazione della linea di demarcazione che distingueva i richiedenti protezione internazionale dagli stranieri irregolari⁴⁵.

2.2. Il trattenimento nell'ambito del Sistema Europeo Comune di Asilo

Le altre due procedure nell'ambito delle quali il trattenimento del migrante è giustificato sono la procedura d'asilo e quella, ad essa ricollegata, di individuazione dello Stato competente per l'esame di siffatta domanda. La privazione della libertà del richiedente protezione internazionale, pur non essendo estranea al sistema di asilo europeo⁴⁶, è stata compiutamente e dettagliatamente disciplinata soltanto dalla Direttiva Accoglienza: come visto, anche per la definizione della nozione di trattenimento si è dovuto attendere sino al 2013. L'armonizzazione introdotta con la Direttiva 2013/33/UE ha riguardato i presupposti per la detenzione, le garanzie procedurali che devono essere rispettate, e, parzialmente, le condizioni detentive e le tutele per persone vulnerabili e per minori trattenuti⁴⁷.

Le ipotesi in cui il trattenimento può essere disposto rivestono carattere teoricamente marginale, soprattutto quando la misura sia collocata nel contesto della procedura ordinaria di asilo. La Direttiva prevede, cioè, quale regola generale, che i richiedenti asilo possano “circolare liberamente nel territorio dello Stato ospitante,” imponendo a quest'ultimo di adottare un sistema di accoglienza che tuteli la dignità della persona e non ne limiti la libertà⁴⁸. Da ciò deriva il carattere eccezionale della misura, che non può,

⁴⁴ G. CORNELISSE, *The Pact and Detention: an Empty Promise of 'Certainty, Clarity and Decent Conditions'*, 6.1.2021, <https://eumigrationlawblog.eu/the-pact-and-detention-an-empty-promise-of-certainty-clarity-and-decent-conditions>.

⁴⁵ L. JAKULEVIČIENĖ, *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedure at the EU external borders*, 27.10.2020, <https://eumigrationlawblog.eu/re-decoration-of-existing-practices-proposed-screening-procedures-at-the-eu-external-borders>. In materia di trattenimento, seppur la Corte di giustizia abbia sempre ribadito il principio di distinzione dei regimi giuridici sul trattenimento, l'uno applicabile ai rimpatriandi, l'altro ai richiedenti asilo (Corte di giustizia, *Kadzoev*, cit., par. 45), ha altresì riconosciuto che la decisione di rigetto della domanda di asilo può essere cumulata con un provvedimento di espulsione, nonostante questo debba restare sospeso durante l'esame del ricorso avverso la decisione negativa in materia di protezione. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi*.

⁴⁶ D. WILSHER, *Immigration Detention and the Common European Asylum Policy*, in A. BALDACCINI, E. GUILD, H. TONER (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford, 2007, pp. 395-426.

⁴⁷ Articoli 8,9,10 e 11 della direttiva. Si noti che, quanto alle condizioni detentive, l'articolo 10 non fornisce in realtà un catalogo di garanzie dettagliate in merito agli *standards* che devono essere rispettati dai centri di detenzione per assicurare condizioni di vita dignitose, né dei diritti invocabili dagli stranieri detenuti. Sul punto, L. MANCANO, *Storming the Bastille: Detention Conditions, the Right to Liberty and the Case for Approximation in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2019, n. 56, pp. 61-90. Per una analisi complessiva della normativa, si rimanda a A. DEL GUERCIO, *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'UE e in quello italiano*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, 2014, pp. 59-90.

⁴⁸ Direttiva 2013/33/UE, articolo 7; Corte di giustizia, *FMS e altri*, cit., par. 254.

conformemente ai principi espressi nella Convenzione di Ginevra, essere disposta unicamente sulla base della presentazione della domanda di asilo⁴⁹.

Il catalogo esaustivo delle ipotesi di trattenimento è dettato dall'articolo 8, par. 3 della Direttiva⁵⁰, che lo consente soltanto quando emergano, a seguito di valutazione operata caso per caso, comportamenti fraudolenti o “pericolosi” degli stranieri (par. 3, lett. a, b, d, e)⁵¹. Residuano poi due ulteriori ipotesi (par. 3, lett. c, f), funzionali l'una all'esecuzione delle procedure previste dal Regolamento Dublino, l'altra alla decisione circa il diritto del richiedente protezione di entrare nel territorio dello Stato. Apparentemente, il legislatore europeo aveva inteso circoscrivere i casi in cui la libertà della persona poteva essere limitata anche con riferimento agli ultimi due presupposti menzionati. Tuttavia, in questi contesti si è assistito all'utilizzo estensivo della detenzione⁵², applicata con modalità e secondo procedure non sempre rispettose delle garanzie dettate dalla Direttiva⁵³. Di particolare interesse – e funzionale all'esame che seguirà sulla nuova procedura di frontiera introdotta dal Patto – è la previsione sul trattenimento giustificato dalla necessità di decidere “nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio”⁵⁴. Come chiarito dalla Corte di Giustizia, l'unica ipotesi contemplata dal diritto UE che giustifichi la detenzione “prima di fare ingresso nel Paese” è quella della procedura di frontiera, regolata dall'articolo 43

⁴⁹ Articolo 31 della Convenzione di Ginevra. Si veda anche: UNHCR, *Guidelines on Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, accessibili a: <https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>.

⁵⁰ La Corte di giustizia ha ricordato che le previsioni di cui all'articolo 8 co 3 sono tassative e non consentono di privare lo straniero della libertà unicamente sulla base del presupposto che egli non può sovvenire alle proprie necessità. Corte di giustizia, *FMS e al.*, cit., par. 250-253.

⁵¹ In particolare: quando sia necessario individuare o verificare l'identità o cittadinanza della persona; per determinare gli elementi posti a fondamento della domanda, quando tale risultato non sia conseguibile se non attraverso la limitazione della libertà, in particolare quando sussiste il rischio di fuga; quando lo straniero sia considerato un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico; ovvero quando abbia presentato domanda di asilo durante l'esecuzione del rimpatrio, se trattenuto ai sensi dell'articolo 15 Direttiva Rimpatri, e lo Stato può dimostrare che la proposizione della domanda sia avvenuta al solo scopo di impedire o ritardare l'esecuzione del rimpatrio.

⁵² C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, n. 35, pp. 47-73.

⁵³ Come evidenziato da G. CORNELISSE e M. RENEMAN, la disciplina della procedura di frontiera è confusa e complessa, con estreme divergenze nell'adozione delle normative interne da parte degli Stati membri: alcuni Stati non l'hanno trasposta nell'ordinamento nazionale, altri lo hanno fatto solo parzialmente e in modo ambiguo. Ciò ha determinato, per quanto riguarda la detenzione dello straniero, l'accentuazione del rischio che la privazione della libertà avvenisse al di fuori di una chiara cornice normativa e fosse sprovvista delle necessarie garanzie. G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *Border procedures in the Member States: Legal Assessment*, European Parliament Research Service, 2020, consultabile al sito: <https://doi.org/10.2861/297815>, p. 20-40, pp. 74-94 e 201-205.

⁵⁴ Articolo 8, co 3, lett. c). La norma traccia un parallelismo con la previsione dell'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che attribuisce allo Stato il diritto di trattenere la persona per prevenire il suo ingresso non autorizzato nel territorio, L. TSOURDI, *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, n. 35, p. 10. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non fa riferimento ai requisiti della necessità e proporzionalità della misura, che devono essere invece rispettati in sede di applicazione del diritto dell'Unione. Sul punto, R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti*, cit., p. 176.

della direttiva 2013/32/UE⁵⁵. Si tratta, in teoria, di un procedimento a carattere eccezionale⁵⁶, che gli Stati possono (ma non devono) adottare in ipotesi determinate e tassative. Nel caso *FMS*, la Corte di giustizia ha confermato che il richiedente asilo può essere privato della libertà soltanto ai sensi del combinato disposto degli artt. 43 e 8, par. 3, lett. c) e ha chiarito che il trattenimento non può essere prolungato oltre le quattro settimane⁵⁷. L'inderogabilità del termine breve trova la sua giustificazione anche nella consapevolezza del rischio di violazione dei diritti umani dei richiedenti asilo alle frontiere⁵⁸. Con la decisione della Corte di Giustizia si è inoltre accertato che, qualora il cittadino di Stato terzo sia confinato alle frontiere esterne, il diritto dell'Unione è pienamente applicabile, e devono essere osservate le garanzie indicate negli artt. 43 Direttiva Procedure e 8-11 Direttiva Accoglienza.

Anche con riferimento al trattenimento applicato durante la procedura di asilo, inoltre, la Corte di Lussemburgo ha indicato che le condizioni poste dalla Direttiva Accoglienza devono essere interpretate in modo rigoroso, nell'ottica di limitare il più possibile il potere arbitrario degli Stati nell'esecuzione della misura. In questo senso, la Corte ha ricordato che gli atti legislativi che pongono le basi per la misura detentiva devono essere sufficientemente accessibili, precisi e prevedibili nella loro applicazione, segnatamente al fine di evitare qualunque rischio di arbitrarietà⁵⁹. Inoltre, parallelamente a quanto disposto per il trattenimento finalizzato all'espulsione, la misura può essere applicata solo a seguito di una valutazione effettuata caso per caso, e devono essere privilegiate le misure alternative introdotte dagli Stati conformemente all'obbligo di cui all'articolo 8 par. 4. In ogni caso, la detenzione deve avere la durata più breve possibile e il ritardo nell'espletamento delle procedure di asilo, non imputabile al migrante, non può giustificare un prolungamento⁶⁰. Anche in questa sede, pertanto, la misura è orientata all'osservanza dei principi di necessità e proporzionalità rispetto ai fini perseguiti e ai

⁵⁵ La Corte di giustizia ha al contempo precisato che gli stranieri non devono essere obbligatoriamente detenuti in frontiera, potendosi – ed anzi, in conformità ai principi già richiamati – dovendosi valutare la possibilità di applicare in via prioritaria misure di accoglienza. Corte di giustizia, *FMS e altri*, cit., par. 245.

⁵⁶ La regola generale, dettata dall'articolo, è quella del diritto dello straniero a rimanere nello Stato membro per tutta la durata della procedura di asilo (articolo 9, direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*, del 26 giugno 2013, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013).

⁵⁷ La procedura di frontiera potrebbe, eventualmente, estendersi oltre le quattro settimane, ma in quel caso la detenzione è vietata. Corte di giustizia, *FMS e altri*, cit., par. 240.

⁵⁸ Conclusioni dell'AG PIKAMÄE del 23 aprile 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*, cit., par. 131.

⁵⁹ Corte di giustizia, sentenza del 15 marzo 2017, C-528/15, *Al Chodor e al.*, par. 38.

⁶⁰ Articolo 9, par 1 e 2. A differenza di quanto previsto dall'articolo 15 Direttiva 2008/115/CE, tuttavia, non è stata contemplata una durata massima del trattenimento. Nondimeno, la Corte di Giustizia ha chiarito che "l'assenza di fissazione di una durata massima del trattenimento di un richiedente protezione internazionale rispetta il suo diritto alla libertà, come sancito all'articolo 6 della Carta, solo a condizione che tale richiedente benefici, come richiesto dall'articolo 9 della direttiva 2013/33, di garanzie procedurali effettive che consentono di porre fine al suo trattenimento non appena quest'ultimo cessa di essere necessario o proporzionato alla luce dall'obiettivo perseguito dal medesimo". Corte di giustizia, *FMS e al.*, cit., par. 264.

mezzi impiegati⁶¹. Quanto, infine, alle garanzie procedurali e giurisdizionali, secondo quanto disposto dall'articolo 9 della direttiva, la privazione della libertà non può che essere disposta con provvedimento scritto motivato in fatto e in diritto, ed essere subordinata alla convalida in sede giudiziaria e al periodico riesame: la necessità di un controllo giurisdizionale sulla decisione dell'autorità amministrativa mira ad assicurare la conformità della normativa secondaria all'articolo 47 della Carta⁶².

3. L'aumento della detenzione in frontiera e le zone di “non-diritto”

Nel 2020 il Parlamento Europeo ha commissionato una analisi sull'attuazione dell'articolo 43 direttiva 2013/32/UE negli Stati membri. In molti dei Paesi considerati sono state registrate prassi di limitazione o privazione della libertà personale dei richiedenti asilo: spesso la distinzione tra le due ipotesi non era chiaramente delineata dalla normativa interna⁶³. L'ipotesi di trattenimento di cui all'articolo 8, par. 3, lett. c), come visto, rappresenta l'unica misura coercitiva applicabile, sulla base del diritto unionale, alle frontiere esterne. Infatti, il Codice Frontiere Schengen⁶⁴ non disciplina in alcun modo la fase di privazione della libertà che può intercorrere tra l'intercettazione del migrante alla frontiera e il momento in cui egli presenta domanda di asilo o, facendo ingresso in modo irregolare, riceve un ordine di allontanamento ai sensi della Direttiva Rimpatri. Al vuoto lasciato dal diritto UE si accompagna la discrezionalità che ritengono gli Stati membri in materia: il rapporto commissionato dal Parlamento dimostra che tale discrezionalità viene (indebitamente) esercitata anche con riferimento alla detenzione dei richiedenti asilo. L'analisi dettagliata delle diverse forme e procedure attuate dagli Stati con l'obiettivo di impedire l'ingresso degli stranieri al territorio esula dallo scopo del presente contributo. Merita, però, accennare brevemente alla tendenza che si è progressivamente affermata a partire dal 2015 in applicazione dei tentativi promossi dalla Commissione europea per affrontare la “crisi” dei rifugiati, inseparabile dalla “crisi” delle politiche europee in materia⁶⁵. Tendenza che ha visto gli Stati posizionati ai confini esterni (in particolare, Italia e Grecia) incrementare le attività di confinamento delle persone migranti – combinandole a sempre più frequenti pratiche di esternalizzazione⁶⁶ -

⁶¹ Preambolo n. 15 della direttiva 2013/33/UE. Si vedano anche Corte di giustizia, *K.*, cit., par. 48 e *FMS e al.*, cit., par. 258.

⁶² Corte di giustizia, *FMS e altri*, cit., par. 260-263. L'articolo 9 della direttiva contempla ulteriori garanzie in merito all'accesso gratuito all'assistenza e alla rappresentanza legale.

⁶³ G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *Border procedures in the Member States*, cit.; anche MIGREUROP, *Locked Up and Excluded*, 2020, <http://www.migreurop.org/article3010.html?lang=fr>.

⁶⁴ Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio *che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)* del 9 marzo 2016, in GUUE L 77 del 23 marzo 2016.

⁶⁵ E. GREUSSING, *Shifting the refugee narrative? An automated frame analysis of Europe's 2015 refugee crisis*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2017, n. 43, p. 1749-1774.

⁶⁶ Per tutti, si veda: V. MORENO-LAX, *Accessing asylum in Europe: Extraterritorial border controls and refugee rights under EU law*, Oxford, 2017.

in attuazione del cd. approccio *hotspot*⁶⁷. Nell'introdurre tale metodo in seno all'Agenda europea sulle Migrazioni⁶⁸ la Commissione non ne ha fornito una precisa definizione, né una chiara cornice normativa. Al tempo stesso, non ha formalmente imposto un obbligo ai Paesi interessati (Italia e Grecia) volto alla creazione di zone *hotspot* chiuse in cui contenere coartatamente i migranti⁶⁹. Tuttavia, l'approccio seguito negli anni successivi mostra come la detenzione alla frontiera sia stata considerata, anche dalla Commissione europea, come uno strumento funzionale allo svolgimento delle procedure di identificazione e selezione dei cittadini di Stati terzi prima di consentirne la circolazione sul territorio dell'Unione⁷⁰. I due Paesi hanno seguito percorsi distinti, ma con risultati convergenti⁷¹: in Grecia, l'introduzione di una nuova legge sull'immigrazione e sull'asilo, finalizzata anche all'implementazione dell'accordo UE-Turchia, ha consentito in un primo momento la detenzione indiscriminata di richiedenti asilo negli *hotspots* di Lesbo, Chios, Samos e Kos⁷². L'Italia ha attuato l'approccio *hotspot* senza prevedere una base legale che potesse legittimare la detenzione in questi luoghi⁷³. È stato però documentato che, nella pratica, il collocamento in *hotspot* ha integrato una forma di privazione della libertà personale⁷⁴. Le politiche migratorie promosse dalla Commissione europea, in

⁶⁷ Come noto, tale metodo prevede la immediata identificazione e registrazione degli stranieri soccorsi a seguito degli sbarchi, con l'intervento e il supporto delle agenzie europee. L'obiettivo è quello di "filtrare" le persone giunte alle coste italiane e greche e incanalare i richiedenti asilo e gli stranieri irregolari verso le rispettive procedure. *Ex multis*, F. CASOLARI, *The EU's Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2016, pp. 109-134.

⁶⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Agenda europea sulla migrazione*, COM (2015) 240 final.

⁶⁹ Né l'Agenda europea sulle Migrazioni (2015), né l'Explanatory note on the Hotspot Approach (2015) parlano espressamente di detenzione.

⁷⁰ È interessante in questo senso l'analisi della comunicazione del Consiglio sui "centri controllati" (Commissione europea, *Non-paper on "controlled centres" in the EU – interim framework*, 2018, consultabile al sito: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20180724_non-paper-controlled-centres-eu-member-states_en.pdf). Sul punto: G. CAMPESE, *Normalising the hotspot approach. An Analysis of the Commission's Most Recent Proposals*, in S. CARRERA, D. CURTIS, A. GEDDES (eds.), in *Twenty Year Anniversary of the Tampere Programme: Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, 2020, pp. 93-104.

⁷¹ ECRE, *The Implementation of the Hotspots in Italy and Greece. A Study*, 2017, consultabile al sito: <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016..pdf>.

⁷² È stato riconosciuto anche dalla Commissione europea: European Commission, *Implementing the EU-Turkey Agreement – Questions and Answers*, 2016, consultabile al sito: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1221_el.htm. Sul punto, E. KOUTSOURAKI, *The Indefinite Detention of Undesirable and Unreturnable Third-Country Nationals in Greece*, in *Refugee Survey Quarterly*, 36, 2017, p. 98-106. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che, inizialmente, il regime degli *hotspot* era di natura detentiva: Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 gennaio 2018, ricorso no. 22696/16, *J.R. e al c. Grecia*. Pochi mesi dopo l'adozione dell'accordo EU-Turchia, tuttavia, la prassi sistematica di detenzione è stata sostituita dal confinamento geografico sulle isole, e dunque in una misura identificabile come restrizione della libertà di movimento, nonostante siano stati ancora rilevati casi di detenzione *de facto*. G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *Border procedures in the Member States*, cit., pp. 83-84.

⁷³ Sulle modifiche apportate nell'ordinamento italiano: M. BENVENUTI, *Gli Hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2018, n. 1.

⁷⁴ Si vedano le denunce del Comitato per la Prevenzione della Tortura: CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*, 10 April 2018, consultabile al sito

particolare a partire dall'Agenda europea del 2015, hanno quindi determinato l'ampliamento dei casi in cui gli Stati membri hanno potuto adottare misure di trattenimento dei migranti in ingresso. Nei casi considerati – ma anche, *mutatis mutandis*, in Ungheria – le prassi di limitazione della libertà personale non sono state ricondotte entro la cornice giuridica del diritto eurounitario e si sono tradotte in situazioni di detenzione *de facto*, o, quantomeno, in cui il confine tra privazione e limitazione alla libertà non era chiaramente delineato. La Corte di Giustizia dell'Unione europea non si è, sinora, pronunciata sulla detenzione posta in essere nell'ambito dell'approccio *hotspot*. Tuttavia, nella sentenza *FMS*, resa nell'ambito di una procedura di rinvio pregiudiziale attinente all'interpretazione di numerose disposizioni delle Direttive europee in materia di asilo e rimpatrio⁷⁵, ha preso posizione anche sul trattenimento *de facto* attuato alla frontiera (nelle zone di transito ungheresi). In tale decisione, e in una di pochi mesi successiva, relativa al ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione europea nell'ambito di una procedura di infrazione⁷⁶, la Corte ha sancito la contrarietà della detenzione *de facto* con il diritto dell'Unione. L'interpretazione fornita dai giudici di Lussemburgo, che hanno adottato una interpretazione estensiva alla nozione di privazione della libertà⁷⁷, pare suscettibile di rivestire un ruolo importante in termini di garanzia dei diritti delle persone confinate alle frontiere dell'Unione e apre spiragli di ottimismo, nell'ottica di riportare la detenzione di migranti e richiedenti asilo dentro il perimetro del diritto⁷⁸. Le preoccupazioni però, rimangono, se si guarda all'evoluzione delle politiche migratorie europee delineate nel recente Patto europeo.

4. Il Nuovo Patto Europeo sulla Migrazione e l'Asilo: la detenzione esiste ma non si legge

<https://rm.coe.int/16807b6d56>. A. MASSIMI-F. FERRI, *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in *Questione Giustizia*, 2019. Tra il 2017 e il 2018 sono stati presentati alcuni ricorsi avanti la Corte europea dei diritti dell'uomo, in cui è stata lamentata anche la violazione dell'articolo 5 CEDU per l'assenza di una base legale che legittimasse il trattenimento in *hotspot*: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Trawalli e altri c. Italia* ricorso n. 47287/2017, comunicato l'11 gennaio 2018; Corte europea dei diritti dell'uomo, *S.B. e altri c. Italia*, ricorso n. 12344/2018, comunicato il 26 giugno 2020.

⁷⁵ Per una dettagliata analisi della sentenza, E. COLOMBO, *Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di giustizia e le procedure di frontiera*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, n. 3.

⁷⁶ Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza del 14 maggio 2020, causa C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*; Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 2020, causa C-808/18, *Commissione Europea c. Ungheria*.

⁷⁷ Sulla distinta interpretazione conferita dalla Corte di giustizia e dalla Corte europea per i diritti dell'uomo alla nozione di detenzione, si rimanda a S. ZIRULIA, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema Penale*, 2020 e a L. BERNARDINI, «Libertà va cercando...» *Una detenzione "atipica", uno "scontro" tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?*, in *La Legislazione Penale*, 2020.

⁷⁸ Così, L. MARIN, *La Corte di Giustizia riporta le 'zone di transito' ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, 2020.

Il Nuovo Patto Europeo sulla Migrazione e l'Asilo non contiene diffusi richiami alla detenzione: la parola "trattenimento" ricorre soltanto quattro volte all'interno del documento presentato il 23 settembre 2020. Tuttavia pare che, al di là della reticenza terminologica, molte proposte avanzate dalla Commissione con il fine espresso di rendere più rapide le procedure di asilo e più efficienti quelle di rimpatrio dischiudano le porte all'uso sempre più estensivo del trattenimento in frontiera. Un breve esame del riferimento operato al trattenimento nei testi che disciplinano la nuova "procedura di frontiera fluida"⁷⁹, consentirà di inquadrare i rischi che l'adozione del Patto Europeo porterebbe con sé in termini di compressione del diritto alla libertà personale della persona migrante.

4.1. Il trattenimento nell'ambito della nuova procedura di accertamenti preliminari

Una delle nuove proposte avanzate dalla Commissione riguarda l'introduzione di una procedura di *pre-entry screening*⁸⁰. Trattasi di accertamenti preliminari all'ingresso, da applicarsi a tutti i cittadini di Paesi terzi fermati durante l'attraversamento non autorizzato della frontiera esterna di uno Stato Membro (via terra, mare o aria), ai richiedenti asilo che hanno fatto ingresso nel Paese irregolarmente, e a coloro che siano sbarcati a seguito di una operazione di ricerca e soccorso in mare⁸¹. La procedura dovrebbe avere durata quanto più breve possibile e non estendersi oltre 5 giorni⁸². I controlli sono finalizzati alla identificazione dei soggetti interessati e all'individuazione di rischi per la sicurezza⁸³; ove ciò sia considerato necessario dalle autorità, sarà effettuato anche uno *screening* medico

⁷⁹ La Commissione ribadisce che è precisamente "alla frontiera esterna che l'UE deve colmare le lacune esistenti tra controlli di frontiera e le procedure di asilo e rimpatrio", combinando in tal modo processi attualmente distinti. Commissione Europea, *Nuovo Patto sulle migrazioni*, cit., p. 4.

⁸⁰ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817*, 23 settembre 2020, COM (2020) 612 final.

⁸¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne*, articolo 3. La procedura è poi stata estesa anche agli stranieri fermati all'interno del territorio in posizione di irregolarità, quando vi siano indicazioni che abbiano attraversato la frontiera esterna eludendo i controlli (Proposta, articolo 5). L'estensione operata ai cittadini irregolari fermati sul territorio ricalca fedelmente il contenuto del secondo comma dell'articolo 10-ter D. Lgs. 286/98 (introdotto dal D.L. 17/2013, convertito con L. 47/2017), così riflettendo la codificazione in sede europea di normative e prassi già sperimentate negli Stati frontalieri in attuazione dell'approccio *hotspot*. Per una analisi critica della copertura normativa fornita in Italia al metodo *hotspot*, C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del D. Lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, n. 2.

⁸² Tuttavia, "In circostanze eccezionali, qualora sia necessario sottoporre contemporaneamente agli accertamenti un numero sproporzionato di cittadini di paesi terzi che renda impossibile la conclusione degli accertamenti entro il suddetto termine, il periodo di cinque giorni può essere prorogato al massimo di altri cinque giorni" (articolo 6, par. 3).

⁸³ Si noti come tali controlli siano già condotti sulla base del Codice Frontiere Schengen e in applicazione del Regolamento Eurodac. Più in generale, sul carattere scarsamente innovativo della Proposta di regolamento, L. JAKULEVIČIENĖ, *Re-decoration of Existing Practices? Proposed Screening Procedures at the EU External Borders*, cit.

e si procederà all'accertamento di eventuali vulnerabilità⁸⁴. L'obiettivo principale delle verifiche preliminari pare essere quello, una volta esclusa la presenza di "rischi sanitari e per la sicurezza", di "filtrare" gli stranieri che hanno alte probabilità di ottenere una protezione in Europa dagli altri⁸⁵. A seguito dello *screening*, infatti, i cittadini di Stati terzi verranno indirizzati il più rapidamente possibile verso la procedura applicabile, sia questa quella di asilo (ordinaria o di frontiera) o di rimpatrio⁸⁶. Se richiedenti protezione, potranno inoltre essere ricollocati in altro Stato membro o ammessi sul territorio per l'esame della domanda di asilo; vi è però una rilevante eccezione, poiché se dai controlli preventivi emergono indicatori che fanno ritenere applicabile la procedura di asilo di frontiera, ad essi continuerà ad essere negato l'accesso al territorio dello Stato (su cui infra, § 4.2).

Benché la Commissione non vi operi mai un riferimento esplicito, è evidente che il modello cui si è ispirata nel delineare il meccanismo di controlli preliminari sia quello degli *hotspot*: le "prassi informali"⁸⁷ sperimentate negli ultimi cinque anni in Italia e in Grecia sono confluite in una proposta legislativa che istituzionalizza quanto già osservato alle frontiere esterne, dove si sono però consumate gravi violazioni dei diritti umani⁸⁸. L'anamnesi dell'approccio *hotspot* ammonisce circa il rischio di moltiplicazione delle occasioni di *detainability* dei migranti e dei richiedenti asilo⁸⁹. Ciononostante, la nuova proposta non si occupa dettagliatamente di tale eventualità. Non solo la parola "trattenimento" non è contenuta in nessuno degli articoli della proposta, ma non vi è alcuna disposizione che contenga una indicazione chiara di come mantenere i cittadini di Stati terzi, che "non sono autorizzati ad entrare nel territorio dello Stato"⁹⁰, ai confini esterni. Mentre l'articolo 6, par. 1, si limita ad indicare che gli accertamenti sono effettuati in "luoghi ubicati presso le frontiere esterne o nelle loro vicinanze", il preambolo 20 chiarisce che "le attività possono essere espletate presso i punti di crisi", senza precisare se ivi debbano sorgere centri chiusi o aperti. Il preambolo 12 puntualizza però che è "opportuno che gli Stati applichino misure conformi al diritto nazionale per impedire alle persone interessate di entrare nel territorio. In casi specifici, *tali misure possono includere*

⁸⁴ Preambolo 26 e articolo 9 della Proposta.

⁸⁵ Così M. BORRACCETTI, *Il Nuovo Patto Europeo sull'Immigrazione e l'Asilo: continuità o discontinuità con il passato?*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2021, n. 1.

⁸⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne*, articolo 1 e p. 3.

⁸⁷ ASGI, Progetto In Limine, *Ombre in Frontiera. Politiche Informali di Detenzione e Selezione dei Cittadini Stranieri*, 2020, p. 5,11, consultabile al sito: <https://inlimine.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/Ombre-in-frontiera.-Politiche-informali-di-detenzione-e-selezione-dei-cittadini-stranieri.pdf>.

⁸⁸ Anche il ruolo assegnato alle agenzie europee (articolo 6) mira a consolidare compiti già ricoperti negli anni passati, in particolare in Grecia, ad esempio da Easo. Sul ruolo delle agenzie, L. TSOURDI, *The New Pact and EU Agencies: an ambivalent approach towards administrative integration*, 6 novembre 2020, al sito: <https://eumigrationlawblog.eu/the-new-pact-and-eu-agencies-an-ambivalent-approach-towards-administrative-integration/>.

⁸⁹ Su cui, già nel 2016, C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum Seekers*, cit.

⁹⁰ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne*, articolo 4.

il trattenimento, nel rispetto della normativa nazionale in materia”. La possibilità di escludere l’applicazione di misure coercitive a minori e persone vulnerabili non trova invece alcuno spazio all’interno della proposta; di conseguenza, gli appartenenti a queste categorie potranno essere confinati per un periodo variabile tra i cinque e i dieci giorni, senza avere accesso a misure di tutela e alle maggiori garanzie contemplate, ad esempio, nelle direttive in materia di asilo.

Una indicazione della consapevolezza che la procedura di *screening* difficilmente sarà condotta senza fare ricorso a misure privative della libertà personale è poi data dal dettato dell’articolo 7 della proposta, ove è disciplinato il nuovo meccanismo di monitoraggio indipendente a tutela dei diritti fondamentali. Il paragrafo 2 precisa che il meccanismo di monitoraggio è finalizzato anche a garantire “il rispetto delle norme nazionali che disciplinano il trattenimento della persona interessata”. Pare che l’opera di delicato equilibrio tentata dalla Commissione sia di imporre agli Stati, tramite l’adozione di un regolamento vincolante, lo svolgimento di determinate procedure che implicano restrizioni alla libertà di movimento, senza però fornirne una dettagliata disciplina e lasciando agli Stati l’onere di vegliare sul rispetto del diritto alla libertà personale. Si potrebbe obiettare che i Paesi membri hanno da sempre goduto di ampia autonomia nell’applicazione di misure detentive ai “casi frontalieri”, negli interstizi lasciati dal Codice Schengen e dalla Direttiva Rimpatri. Tuttavia, precisamente l’esigenza di armonizzare le prassi differenziate degli Stati, e il rischio di moltiplicazione delle occasioni di privazione della libertà emerso con flagrante solarità dalle esperienze di Italia e Grecia, avrebbero dovuto indurre la Commissione ad assumersi la responsabilità di dettare chiare indicazioni su presupposti e garanzie legati al trattenimento. Invece, l’istituzione si è pavidamente ritirata da questo campo di gioco e ha preferito lasciare spazio alla discrezionalità agli Stati membri in materia⁹¹. La scelta appare ancor più grave nell’ambito di una procedura di “limbo”, quale quella contenuta nella proposta, in cui non è chiaro se e da quale momento si applichino le garanzie previste dalle direttive in materia di asilo e trattenimento⁹². Preme, quantomeno, evidenziarsi che l’introduzione della facoltà per gli Stati di adottare misure di limitazione/privazione della libertà non è di per sé sufficiente a sbarrare le porte all’applicazione “del diritto dell’UE e del diritto internazionale, ivi compresa la Carta dei diritti fondamentali” a garanzia del diritto alla libertà personale. La questione interroga il perimetro dell’attuazione del diritto

⁹¹ M. MOUTZOURAKIS, *More Laws, Less Law: The European Union’s New Pact on Migration and Asylum and the Fragmentation of the ‘Asylum Seekers’ Status*, in *European Law Journal*, 2021, p. 3.

⁹² Per un rilievo critico, L. MARIN, *The 2020 Proposals for Pre-Entry Screening and Amended Border Procedures: a System of Revolving Doors to Enter (and Leave) Europe?*, Novembre 2020, http://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2020/11/ADiM-Blog-Novembre-2020-Analisi-Opinioni-L.-Marin_DEF.pdf. Le indicazioni contenute nella nuova Proposta modificata di Regolamento Procedure rimangono sul punto sibilline, poiché se, da un lato, modificano gli articoli 26 e 27 relativi alla registrazione della domanda di asilo, imponendo che possano trovare applicazione solo ad accertamenti conclusi, dall’altro lato si ribadisce che ciò non pregiudica il diritto della persona a presentare immediatamente domanda di asilo: da quel momento, deve ritenersi che il migrante sia qualificato come richiedente asilo, con tutte le conseguenze in termini di normativa applicabile. Relazione introduttiva alla Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell’Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, 23 settembre 2020, COM (2020) 611 final.

dell'Unione ai sensi dell'articolo 51 della Carta, nell'ipotesi in cui un atto normativo secondario (nel caso di specie un regolamento) conferisca una facoltà agli Stati membri nel senso dell'adozione di misure volte a garantire il raggiungimento dello scopo che si prefigge la normativa⁹³. Pare che si possa argomentare nel senso dell'applicabilità della Carta posto che le normative interne degli Stati, con cui verrebbero delineate le condizioni per la limitazione o privazione della libertà dei migranti, sono destinate ad attuare una procedura disciplinata dal diritto unionale e ad assicurare uno degli obiettivi che questo si pone, segnatamente il mantenimento delle persone migranti ai confini e la limitazione ai movimenti secondari nel territorio dell'Unione⁹⁴.

4.2. Il trattenimento durante la procedura di asilo e di rimpatrio alla frontiera

Se l'assenza di una cornice normativa europea sul trattenimento durante lo svolgimento degli accertamenti preliminari lascia aperto l'interrogativo sull'estensione dei casi e dei modi di privazione della libertà in quella sede, è invece certo che i richiedenti asilo e i migranti irregolari possano essere trattenuti in applicazione di altre previsioni contenute negli strumenti allegati al Patto. Una ipotesi è quella della procedura di asilo di frontiera di cui alla nuova Proposta modificata di Regolamento Procedure⁹⁵. Con lo stesso atto, come visto, si introduce anche una speciale procedura di rimpatrio alla frontiera applicabile ai richiedenti protezione la cui domanda sia stata rigettata⁹⁶. L'inclusione della procedura di rimpatrio in questa sede rende evidente come il contenimento dei migranti ai confini – imposto sia durante gli accertamenti che nel corso della procedura di asilo – sia in ultima analisi finalizzato principalmente ad aumentare le probabilità del loro allontanamento. In tal senso è emblematica la previsione della proposta secondo cui gli

⁹³ Il tema dell'estensione dell'applicabilità della Carta ai sensi dell'articolo 51 è stato affrontato, seppur in ambito differente, nel caso *TSN* (Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot presentate il 4 giugno 2019 nel cause riunite C-609/17 e 610/17, *TSN*, par. 77-101 e Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-609/17 e C-610/17, *TSN*, par. 50-54). La Corte, che nel caso in esame ha escluso l'estensione della Carta al settore considerato, ha però richiamato *a contrario* la propria giurisprudenza relativa alle ipotesi in cui “un atto dell'Unione conferisce agli Stati membri una libertà di scegliere tra varie modalità di applicazione o un potere discrezionale o di valutazione che fa parte integrante del regime istituito da tale atto, o ancora dalla situazione in cui un atto del genere autorizza l'adozione, da parte degli Stati membri, di misure specifiche volte a contribuire alla realizzazione del suo oggetto”. Si può concludere, quindi, che in questi casi la Carta dovrebbe poter trovare applicazione.

⁹⁴ *Refrain* ricorrente, sia nella Relazione introduttiva alla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne*, pp. 1-4, sia nella Relazione introduttiva alla Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, pp. 4-5.

⁹⁵ Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, cit.

⁹⁶ Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, articolo 41 bis.

Stati possono derogare all'obbligo di espletare la procedura frontaliera quando "risulta fin dall'inizio improbabile che la persona sia riammessa nel Paese terzo"⁹⁷.

Nella proposta presentata nel 2020 la Commissione, utilizzando quale strumento legislativo di riferimento il documento già elaborato nel 2016⁹⁸, ha inteso principalmente ampliare le occasioni in cui può essere condotto l'esame delle domande di asilo alla frontiera (il catalogo dei casi si evince dal combinato disposto degli articoli 40 e 41 della proposta). La finalità perseguita sarebbe quella di promuovere la velocità e l'efficienza delle procedure di protezione internazionale. Tuttavia, la Commissione ha soprasseduto circa il fatto che l'estensione delle ipotesi di applicabilità dell'esame in frontiera comporterebbe un aumento dei numeri di richiedenti asilo coinvolti e, di conseguenza, maggior pressione sulle strutture di accoglienza e/o trattenimento e sugli apparati burocratici chiamati ad applicare le norme⁹⁹. Sostanzialmente, nell'espandere i presupposti applicativi della procedura di frontiera, il fulcro dell'attenzione della Commissione si è spostato dalle esigenze di tutela dei richiedenti asilo e ai pericoli di utilizzo strumentale della procedura di asilo, o ai rischi per l'ordine pubblico e per la sicurezza dello Stato¹⁰⁰, così sancendo l'ascesa definitiva della "ragione securitaria"¹⁰¹. Mentre la disciplina attualmente in vigore contempla la procedura di frontiera come ipotesi soltanto opzionale, il nuovo articolo 41, par. 3, la imporrebbe come obbligatoria nei casi in cui: a) il richiedente rappresenti un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico; b) il richiedente abbia indotto in errore le autorità presentando informazioni o documenti falsi, od omettendo informazioni pertinenti o documenti relativi alla sua identità o cittadinanza, che avrebbero potuto influenzare la decisione negativamente; c) il richiedente venga da un Paese terzo per il quale la percentuale di decisioni favorevoli in

⁹⁷ Relazione introduttiva alla Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, p. 15 e Proposta, articolo 41, par. 5.

⁹⁸ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, COM (2016) 467 final.

⁹⁹ Preoccupazioni che erano state manifestate da alcuni Stati membri nel corso dei negoziati sul sistema comune di asilo del 2016. Questi si erano mostrati scettici rispetto all'introduzione di una applicazione sistematica della procedura di frontiera, poiché questo avrebbe comportato difficoltà nel rispetto di tempi serrati, necessità di trattenere le persone alla frontiera, e conseguente necessità di ingenti investimenti e risorse (infrastrutture, personale e risorse) a fronte della scarsa utilità della procedura quando le prospettive di rimpatrio siano scarse. Relazione introduttiva alla Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, p.10.

¹⁰⁰ L'approccio sembra coerente con l'impianto generale del Patto, che pone su piani diversi gli interessi dei migranti e quelli degli Stati. G. MORGESE, *La 'Nuova' Solidarietà Europea in Materia di Asilo e Immigrazione: Molto Rumore per Poco?*, in *Federalismi*, 2020, n. 35, p. 23. Nel contesto delle procedure di frontiera, inoltre, l'accesso alle garanzie procedurali che spettano ai richiedenti asilo può presentarsi come maggiormente problematico, con ciò minando l'effettività dei loro diritti all'esame approfondito della domanda e ad un rimedio adeguato. Sul punto, J. VESTED-HANSEN, *Border Procedure: Efficient Examination or Restricted Access to Protection?*, 18 dicembre 2020, al sito: <https://eumigrationlawblog.eu/border-procedure-efficient-examination-or-restricted-access-to-protection/>.

¹⁰¹ L'espressione è di A. CANTARO, F. LOSURDO, *La Libertà Personale del Richiedente Protezione Internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2020, n. 3, p. 420.

materia di asilo rispetto al numero totale di decisioni sull'asilo è inferiore al 20%¹⁰². Quest'ultimo criterio appare particolarmente problematico perché la sua natura intrinsecamente discriminatoria è difficilmente destinata a conciliarsi con il principio secondo cui l'esame della domanda di asilo si basa sulle circostanze personali del singolo caso. Inoltre, in questa sede potranno essere adottate decisioni sia sull'inammissibilità della domanda di asilo, in particolare quando il richiedente provenga da un "Paese terzo sicuro"¹⁰³, sia sul merito, in applicazione di una procedura accelerata¹⁰⁴.

L'obbligo di ricorrere ad una procedura di frontiera nei casi delineati comporterà prevedibilmente l'aumento dei richiedenti asilo coinvolti in questa procedura. A ciò si aggiunga che il paragrafo 11 del nuovo articolo estende la durata massima della procedura di frontiera a dodici settimane, comprensive della fase amministrativa e, eventualmente, di quella giudiziale (soltanto trascorso questo periodo, il richiedente protezione avrà diritto a fare ingresso sul territorio). L'ampliamento della procedura di frontiera, sia con riferimento all'ambito temporale, sia con riferimento alla platea di persone potenzialmente interessate, non può non sollevare preoccupazioni rispetto all'applicazione estensiva della detenzione che ne conseguirebbe. L'articolo 41, par. 13 non menziona espressamente il trattenimento, ma impone che "per la durata dell'esame della domanda con procedura di frontiera il richiedente è *tenuto* alla frontiera esterna o in prossimità della stessa ovvero in una zona di transito"¹⁰⁵. Ancora una volta, è verosimile ipotizzare che il "contenimento" del migrante avverrà tramite misure privative della sua libertà. Il preambolo 40 *septies* indica, infatti, che "gli Stati membri dovrebbero poter applicare i motivi di trattenimento durante la procedura di frontiera in conformità alla [direttiva accoglienza]", e che ai richiedenti asilo trattenuti dovrebbero estendersi le garanzie "in termini di valutazione specifica di ciascun caso, controllo giurisdizionale e condizioni di trattenimento"¹⁰⁶. Tanto basta per far dire alla Commissione che "il diritto

¹⁰² Paradossalmente, nelle situazioni di crisi – in cui gli Stati possono essere più sottoposti a pressioni dei flussi migratori alle loro frontiere – la procedura in esame può essere estesa anche ai richiedenti protezione che provengono da paesi il cui tasso di riconoscimento sia inferiore al 75%: la quasi totalità dei paesi terzi. Inoltre, la procedura in esame è prorogabile per ulteriori otto settimane. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo*, 23 settembre 2020, COM (2020) 613 final, articoli 4 e 5. Si noti come nell'ambito della procedura di crisi – il cui esame esula dallo scopo del presente contributo – vengono introdotte ulteriori possibilità di deroga al regime ordinario, che aprono le porte ad un ulteriore ampliamento di ipotesi e tempi di trattenimento.

¹⁰³ Come disciplinate dall'articolo 36 della Proposta di Regolamento del 2016.

¹⁰⁴ Come disciplinate dall'articolo 40, par. 1 della Proposta di Regolamento del 2016.

¹⁰⁵ Il nuovo articolo 41, par. 6, echeggia la parallela disposizione dell'articolo 4 della Proposta di Regolamento sugli accertamenti e dispone che la persona "non sia autorizzata all'ingresso sul territorio".

¹⁰⁶ Il richiamo è dunque agli articoli 8 e seguenti della rifusione della Direttiva Accoglienza, come emendata nel 2016: in tale fase era stato aggiunto all'articolo 8, par. 3, lett. c) l'espresso richiamo alla procedura di frontiera, confermando che fosse l'unico caso in cui potersi applicare la suddetta previsione. Inoltre, venivano però introdotte nuove ipotesi di limitazione della libertà di movimento e un ulteriore motivo di trattenimento, quando la persona non abbia rispettato gli obblighi giuridici di cui all'articolo 7 (destinati per l'appunto a limitare la libertà di circolazione).

alla libertà e alla libera circolazione è tutelato”¹⁰⁷. Effettivamente, viene formalmente ribadito il doveroso rispetto dei principi di necessità e proporzionalità. Eppure, l’assunto formale sembra difficilmente conciliabile con la realtà delle “anomale” zone di confine¹⁰⁸, con riferimento alle quali è arduo immaginarsi la predisposizione, in concreto, di misure alternative al trattenimento. Inoltre, la procedura di frontiera non è esclusa priori per le persone vulnerabili e per i minori accompagnati di età superiore ai 12 anni; e, in alcuni casi è estendibile anche ai minori non accompagnati o a quelli congiunti ai familiari minori di 12 anni¹⁰⁹. Ne deriva l’applicabilità del trattenimento anche a queste categorie di persone, in chiaro contrasto con il principio del superiore interesse del minore (pure menzionato nella proposta). È quantomeno positiva la previsione secondo cui gli Stati possono scegliere di non applicare o sospendere la procedura quando risulti incompatibile con le condizioni di salute o con le vulnerabilità specifiche del richiedente asilo, ovvero quando “è fatto ricorso al trattenimento e le applicabili garanzie e condizioni previste dagli articoli da 8 a 11 della [direttiva accoglienza] non sono o non sono più rispettate” (art. 41, par. 9). La formulazione dell’articolo conferma che le misure di privazione della libertà non possono essere mantenute se contrastano con le garanzie a tutela del diritto fondamentale ma, affinché la protezione fornita dalla norma sia effettiva, la sospensione dovrebbe qualificarsi come soluzione obbligatoria e non come una mera facoltà dello Stato.

Un terzo ambito in cui è agevole immaginarsi l’applicazione estesa di misure privative della libertà personale è quello della nuova procedura di rimpatrio alla frontiera. Detta procedura – già contemplata nella proposta di rifusione della Direttiva Rimpatri e oggi confluita nell’articolo 41 *bis* della Proposta modificata del Regolamento Procedure – va precisamente nella direzione di rafforzare la connessione tra le operazioni di asilo e rimpatrio, per renderle “inscindibili” e il più celeri possibile¹¹⁰. L’ambito di applicazione riguarda i richiedenti asilo che abbiano ricevuto un rigetto della domanda esaminata nel corso della procedura di frontiera, e che dunque non sono mai entrati sul territorio dello Stato¹¹¹. A seguito del rigetto ai migranti, collocati negli stessi “luoghi” di cui all’articolo

¹⁰⁷ Relazione introduttiva alla Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell’Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, p.12.

¹⁰⁸ L’espressione è di G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the Dangerous Multiplication of “Anomalous Zone” for Migration Management*, 27 novembre 2020, at: <https://www.asileproject.eu/the-eu-pact-on-migration-and-asylum-and-the-dangerous-multiplication-of-anomalous-zones-for-migration-management/>

¹⁰⁹ Sulla posizione di minori e gruppi vulnerabili nel Patto, si rimanda a T. GAZI, *The New Pact on Migration and Asylum: Supporting or Constraining Rights of Vulnerable Groups*, in *European Papers*, 6, 2021, pp. 167-175.

¹¹⁰ All’uopo si impone agli Stati di adottare una decisione di rimpatrio contestualmente a quella di rigetto della domanda di protezione. Ciò può avvenire nello stesso atto, o in due provvedimenti distinti ma notificati contemporaneamente (Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell’Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, articolo 35 *bis*).

¹¹¹ In questo modo, rispetto alla precedente formulazione introdotta con la Proposta di riforma della Direttiva Rimpatri nel 2018, la procedura viene esclusa per minori e può essere esclusa per le persone vulnerabili e i richiedenti asilo provenienti da paesi verso i quali il rimpatrio non appare probabile. Al tempo

41, può essere concesso un periodo per la partenza volontaria ma, soprattutto, può essere applicata la misura del trattenimento: in questa sede la Commissione europea si è decisa a scrivere chiaramente quello che altrove non era stato esplicitato. In primo luogo, si prevede che il cittadino di Stato terzo che “era già in stato di trattenimento nel corso dell'esame della domanda di protezione internazionale con procedura di asilo alla frontiera può essere mantenuto in tale stato”, per impedirgli l'ingresso non autorizzato al territorio o per effettuare il rimpatrio (art. 41 *bis*, par. 5). Anche la durata della procedura di rimpatrio alla frontiera è fissata in dodici settimane, che si aggiungono alle dodici già previste per la fase della domanda di asilo: soltanto dopo sei mesi lo straniero, se non rimpatriato, potrà entrare sul territorio dello Stato. È poi possibile trattenere la persona, anche quando non precedentemente ristretta, sulla base dei motivi contemplati nella proposta di emendamento della Direttiva Rimpatri, e cioè quando: a) presenti un pericolo di fuga; b) eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio; c) rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. In tal caso, il termine delle dodici settimane viene ricompreso nella durata massima del trattenimento di cui all'articolo 18 della Proposta del 2018. La conseguenza è che lo straniero potrà essere privato della libertà per 3 + 18 mesi in applicazione della nuova “procedura fluida” di asilo e rimpatrio alla frontiera, cui si somma il periodo di trattenimento ai sensi della Direttiva Rimpatri.

5. La detenzione come misura generalizzata e il suo rapporto con il diritto alla libertà personale

Le proposte legislative avanzate dalla Commissione europea negli anni più recenti sembrano aprire a nuovi spazi per l'applicazione delle misure detentive, sia con riferimento all'aumento dei casi in cui il cittadino di Paese terzo può essere trattenuto, sia in merito alla durata della misura. In alcuni casi sono stati introdotti *ex novo* ulteriori presupposti alla base del trattenimento, come nel caso della proposta di rifusione della Direttiva Rimpatri del 2018. In altri, il testo della norma è più oscuro, volutamente ambiguo. Così, la reticenza lessicale si è tradotta in ambiguità ed incertezza giuridica, e nella maggiore autonomia degli Stati membri, nemmeno vincolati all'introduzione di una base legale per limitare la libertà del migrante. Ad esempio, come esaminato rispetto al metodo *hotspot*, i Paesi frontalieri hanno attuato pratiche di detenzione *de facto* dei migranti in ingresso, inconciliabili con il diritto fondamentale alla libertà personale¹¹², in applicazione degli strumenti imposti dalla Commissione.

stesso, però, viene estesa per tutte le persone migranti intercettate alla frontiera o soccorse a seguito di una operazione SAR: rischiando così di passare da eccezione a procedura di estensiva applicazione. Così: M. MORARU, *The New Design of the EU's return system under the Pact on Asylum and Migration*, 13 gennaio 2021, al sito: <https://eumigrationlawblog.eu/the-new-design-of-the-eus-return-system-under-the-pact-on-asylum-and-migration/>

¹¹² Come già riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in riferimento alla detenzione priva di base legale di migranti tunisini nel centro di accoglienza di Lampedusa nel 2011. Corte europea dei diritti

Da ultimo, le disposizioni che si riferiscono alla detenzione (in modo implicito o esplicito) nel nuovo Patto Europeo non fanno altro che confermare la tendenza al suo utilizzo sempre più estensivo. In questo senso, gli approcci della più parte degli Stati membri e dell'istituzione europea convergono sul sentiero della progressiva *normalizzazione* del ricorso ad una pratica ferocemente invasiva di uno dei diritti fondamentali della persona umana. Infatti, nel corso della “procedura combinata” esperibile alle frontiere esterne trovano applicazione entrambi i trend cui si è accennato. Da un lato (procedura di asilo e rimpatrio alla frontiera), si assiste all'involuzione nel senso dell'aumento del ricorso della detenzione, poiché la misura coercitiva (qualificata come residuale nelle direttive ora in vigore) potrebbe coinvolgere sempre più persone e per periodi temporali più estesi. In questo quadro, il trattenimento resterebbe pur sempre assoggettato a determinati limiti e sarebbe accompagnato da garanzie procedurali, prima tra tutte quella ad un rimedio effettivo di natura giurisdizionale. Dall'altro (procedura di accertamenti all'ingresso), si è prospettato il rischio che, nel vuoto normativo creato dal regolamento, si mantengano o introducano nuove prassi di detenzione *de facto*, o di restrizioni dai confini sfumati ove limitazione alla libertà di movimento e detenzione si confondono¹¹³. Come è stato osservato, l'intenzione della Commissione di “offrire certezza, chiarezza e condizioni decorose agli uomini, alle donne e ai bambini che arrivano nell'UE” difficilmente potrà essere rispettata, con riguardo alle situazioni di confinamento alle frontiere esterne di codeste persone¹¹⁴. La decisione di non introdurre una cornice giuridica dettagliata in materia di detenzione durante la fase iniziale della procedura di frontiera, oltre a quanto già paventato, comporta anche l'assenza di standard comuni sulle condizioni di trattenimento, che garantiscano il rispetto della dignità umana. Invero, da questo punto di vista è parimenti criticabile la mancanza di nuove proposte di emendamento alla Direttiva Accoglienza. Come prospettato in dottrina¹¹⁵, una riflessione sul diritto alla libertà personale (di cui all'articolo 6 della Carta) potrebbe essere articolata anche in riferimento al rispetto di dettagliate procedure e standard legati alle modalità del trattenimento. Così facendo, si porrebbero le basi per il miglioramento delle condizioni di vita dei migranti ristretti: queste, infatti, anche qualora non configurino un trattamento inumano o degradante, sono in alcuni contesti indubbiamente lesive della dignità umana e fonte di acute sofferenze¹¹⁶. L'attuazione del Regolamento sugli accertamenti, come

dell'uomo, sentenza del 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/2013, *Khlaifia e al. c. Italia*. Nonostante la Corte non si sia (ancora) espressa sulla compatibilità del metodo *hotspot* implementato in Italia, non può sfuggire che le circostanze fattuali che hanno indotto la Corte a riconoscere una violazione dell'articolo 5 CEDU non sono dissimili da quelle che hanno caratterizzato l'*hotspot* di Lampedusa tra il 2016 e 2017.

¹¹³ In questo senso G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the Dangerous Multiplication of “Anomalous Zone” for Migration Management*, cit.

¹¹⁴ G. CORNELISSE, *The Pact and Detention: an Empty Promise of ‘Certainty, Clarity and Decent Conditions’*, cit.

¹¹⁵ L. MANCANO, *Storming the Bastille: Detention Conditions, the Right to Liberty and the Case for Approximation in EU Law*, in *Common Market Law Review*, cit.

¹¹⁶ La grave situazione degli *hotspot* in Grecia, Italia e Ungheria è stata documentata e denunciata da innumerevoli rapporti. Ex multis, FRA, *Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the ‘hotspots’ set up in Greece and Italy*, 2019, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-opinion-hotspots-update-03-2019_en.pdf;

proposto dalla Commissione, può portare alla concentrazione di un elevato numero di persone in strutture al confine – siano esse zone di transito o aree *hotspot* – innescando serie preoccupazioni per la criticità delle condizioni di vita dei migranti costretti in tali centri.

Di fronte a tale scenario, preme allora interrogarsi sull’impatto della tendenza alla *normalizzazione* della detenzione sul diritto alla libertà personale dei migranti e su quali spazi residuino per la tutela di detto diritto. La premessa necessaria è che, come osservato, “alzare il livello della coercizione comporta in *re ipsa* incidere sulla dignità e sui diritti fondamentali delle persone interessate”¹¹⁷. La Commissione europea non si è mai soffermata compiutamente su questo aspetto, limitandosi ad indicare che tutte le proposte avanzate “rispettano i diritti umani”. Così facendo, ha però omesso di indagare le reali implicazioni delle procedure in termini di rispetto del diritto alla libertà personale¹¹⁸, e di delineare garanzie specifiche ed ulteriori a quelle già contenute nelle direttive attualmente in vigore. Il punto di partenza per una riflessione in merito può individuarsi nel diritto primario dell’Unione e nelle previsioni della Carta dei diritti fondamentali. Infatti, nonostante l’accento posto dalla Commissione sul divieto di ingresso durante le procedure di frontiera, che allude all’idea di extraterritorialità e preoccupa sia per la forte portata simbolica, sia per le difficoltà pratiche in termini di accesso alla difesa, chi scrive ritiene che non possa in alcun modo dubitarsi della piena applicabilità degli strumenti di tutela dei diritti umani, compresa la Carta. Pertanto, occorre operare un breve cenno alla compatibilità delle forme di detenzione che si prospettano a seguito della possibile adozione delle proposte del Patto con il diritto alla libertà personale di cui all’articolo 6.

La tutela fornita dalla norma si estende, come visto, al trattenimento poiché questo costituisce una privazione della libertà personale della persona straniera. Il perimetro della nozione di detenzione è stato recentemente tracciato dalla Corte di Giustizia, nella già menzionata sentenza relativa alle zone di transito ungheresi. L’importanza della decisione è da individuarsi anche nella scelta operata dai giudici di Lussemburgo di pervenire a conclusioni opposte a quelle raggiunte dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*¹¹⁹, fornendo una interpretazione autonoma

HUNGARIAN HELSINKI COMMITTEE, *Crossing a Red Line. How EU Countries Undermine the Rights to Liberty by Expanding the Use of Detention of Asylum Seekers upon Entry*, 2019, https://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/crossing_a_red_line.pdf; International Rescue Committee, *The Cruelty of Containment: The Mental Health Toll of the EU’s ‘Hotspot’ Approach on the Greek Islands*, 2020); MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, *Alarming Mental Health Distress among Asylum Seekers on Greek Islands*, 2020), <https://www.msf.org/greece-mentalhealth-distress-among-asylum-seekers>.

¹¹⁷ E. PISTOIA, *Rafforzamento delle Politiche di Rimpatri e Uso più Esteso della Detenzione*, in *Diritto Pubblico*, 2020, n. 1, p. 121.

¹¹⁸ Così anche G. CORNELISSE, M. RENEMAN, che hanno evidenziato come le evidenze della diffusione di prassi di detenzione de facto nell’ambito di procedure di frontiera fossero innumerevoli. G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *Border Procedure in the Commission’s New Pact on Migration and Asylum: a case of politics outplaying rationality?*, in *European Union Law Journal*, 2021.

¹¹⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 21 dicembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ricorso n. 47287/15, parr. 246-250. Il caso sottoposto alla Corte europea riguardava il collocamento di alcuni migranti nella zona di transito di Röszke, in circostanze e con modalità assimilabili a quelle cui erano stati sottoposti i migranti nel caso portato all’attenzione della Corte di Giustizia. I criteri seguiti per individuare l’ambito di applicabilità di detto articolo confermano una inversione maggiormente

del concetto di privazione della libertà¹²⁰. È pur vero che il, 2 marzo 2021, la quarta sezione della Corte di Strasburgo si è pronunciata nuovamente sul confinamento di alcuni richiedenti asilo nelle medesime zone di transito e, in tale decisione, ha qualificato la condizione fattuale in cui si trovavano gli stessi come privazione della libertà personale, ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione¹²¹. Tuttavia, si condivide l'opinione di chi ha ritenuto maggiormente tutelante l'approccio seguito dalla Corte di giustizia, perché "più attento al caso concreto e meno vincolato al rispetto di indici formali", con la conseguenza che in un campo tanto delicato quale quello della detenzione, la Corte si è ritagliata un ruolo fondamentale a presidio della libertà personale¹²². Invero, l'interpretazione fornita in *FMS* traccia nuovi solchi entro cui ricomprendere le ipotesi di "privazione della libertà" e può rivelarsi cruciale nell'operare un distinguo tra mera limitazione del movimento e detenzione¹²³, presupposto imprescindibile per approntare una tutela effettiva alle persone *de facto* trattenute alle frontiere esterne. Pertanto, ogni qualvolta lo straniero sia sottoposto ad una misura coercitiva che lo privi "della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto", si attiva una interferenza con il diritto alla libertà personale. Partendo dal presupposto che il diritto secondario non può porsi in contrasto con i diritti delineati dalla Carta, e deve essere interpretato alla luce degli stessi, affinché la restrizione della libertà sia rispettosa del diritto fondamentale dell'individuo deve farsi riferimento al contenuto e ai principi di cui all'articolo 6 della Carta. Vengono in rilievo, a tal fine, i principi di non arbitrarietà, legalità, necessità e proporzionalità: ne discende che la detenzione deve essere disposta in buona fede, essere strettamente legata allo scopo che si prefigge, e trovare adeguata regolamentazione nella normativa interna, sulla base di criteri di chiarezza, prevedibilità e precisione¹²⁴. Inoltre, in base ai requisiti di proporzionalità e necessità, la misura deve essere applicata previa valutazione caso per

restrittiva della recente giurisprudenza della Corte rispetto all'approccio seguito nel fondamentale caso *Amuur*.

¹²⁰ Secondo la Corte "l'obbligo imposto a un cittadino di un paese terzo di soggiornare in modo permanente in una zona di transito avente un perimetro circoscritto e ristretto, all'interno della quale i movimenti di tale cittadino sono limitati e sorvegliati e che lo stesso non può legalmente abbandonare di sua iniziativa, qualunque sia la sua direzione, configura una privazione di libertà, caratteristica di un «trattenimento» ai sensi delle direttive di cui trattasi" (Corte di giustizia, Grande sezione, *FMS e al.*, cit., par. 231). Nel giungere a tale conclusione, i giudici di Lussemburgo hanno valorizzato gli elementi attinenti alle restrizioni cui gli stranieri (collocati in container di 13m² e costantemente sorvegliati) erano sottoposti e all'impossibilità effettiva di lasciare la zona di transito, senza subire conseguenze pregiudizievoli, che avrebbero comportato la compromissione del loro diritto a presentare domanda di asilo.

¹²¹ Corte di Giustizia, sentenza del 2 marzo 2021, *R.R. c. Ungheria*, ricorso no. 36036/2017.

¹²² L. BERNARDINI, *Che cos'è la libertà? La Corte di Strasburgo si pronuncia (ancora) sulla detenzione amministrativa nelle zone di transito ungheresi*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, 2021.

¹²³ Come da granitica interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la distinzione tra "deprivation" e "restriction" della libertà personale riguarda il grado e l'intensità della misura, e non la sua natura o sostanza (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 novembre 1980, ricorso n. 7367/1976, *Guzzardi c. Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 febbraio 2017, ricorso n. 43395/2009, *De Tommaso c. Italia*). Anche la Corte di giustizia ha seguito tale impostazione (Corte di giustizia, *FMS e al.*, cit., par. 220).

¹²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Saadi c. Regno Unito*, cit., parr. 68-74; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Khalifia c. Italia*, cit.; Corte di giustizia, *J.N.*, cit., par. 81.

caso e soltanto quando misure meno coercitive non siano possibili. I principi qui tratteggiati si pongono da argine rispetto alle derive sopra tratteggiate, con due implicazioni cruciali.

In primo luogo, si evince chiaramente che le prassi di detenzione *de facto* alle frontiere contrastano con il diritto alla libertà personale: come avvenuto nel caso ungherese, quando ne venga prospettata l'incompatibilità con la normativa unionale, la Corte di Giustizia potrà certamente rilevarne l'illegittimità. Una precisazione è necessaria: guardando alle nuove proposte del Patto, pare si possa sostenere che l'articolo 6 della Carta debba costituire il parametro ultimo di legittimità anche con riferimento alle pratiche di *unlawful detention* attuate durante lo svolgimento della procedura di *screening* preliminare. Infatti, benché in assenza di una compiuta regolamentazione della misura detentiva, gli Stati agirebbero pur sempre in attuazione di una procedura richiesta dal diritto dell'Unione (*screening d'ingresso*), e al fine di raggiungere un obiettivo imposto dal regolamento (mantenimento alla frontiera).

In secondo luogo, nei casi in cui la legislazione nazionale disciplini la misura detentiva nell'ambito di procedure di asilo o di rimpatrio e non ne preveda l'applicazione come misura di *ultima ratio*, o non contempli misure alternative concretamente applicabili, sarebbe possibile ipotizzare un contrasto con l'impianto normativo europeo. I giudici nazionali potrebbero dunque disapplicare il diritto interno, o invocare l'intervento della Corte di Giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE, prospettando l'incompatibilità della normativa domestica con le direttive e con l'articolo 6 della Carta. Al tempo stesso, in sede di rinvio pregiudiziale i giudici nazionali potrebbero – a seguito dell'eventuale adozione delle proposte di riforma della Commissione europea – interrogare la Corte di Giustizia sulla validità del diritto secondario rispetto al contenuto del diritto fondamentale. A parere di chi scrive, alcune delle più recenti proposte di riforma che ampliano i casi e i motivi alla base del trattenimento e lasciano maggiore discrezionalità agli Stati nell'interpretazione degli stessi, si pongono in contrasto con i principi di proporzionalità e necessità di cui all'articolo 6 della Carta.

È pur vero, però, che le proposte formulate dalla Commissione non sono ancora definitive e che i negoziati, soprattutto a livello informale, stanno proseguendo: ad esempio, la Presidenza portoghese del Consiglio ha di recente adottato una "Precedency compromise proposal" relativa al Regolamento sugli accertamenti preliminari; in questa sede, con riferimento alla detenzione, si interviene sul "considerando 12" della Proposta, inserendo un riferimento al fatto che le misure detentive "should always be necessary, proportionate and subject to an effective remedy, in line with EU and international law"¹²⁵.

Inoltre, nel corso della procedura legislativa ordinaria, il Parlamento Europeo potrebbe proporre emendamenti alle proposte, orientati alla limitazione delle casistiche

¹²⁵ Council of the European Union, Interinstitutional File 8814/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council *introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817*, 17 May 2021, p. 5.

in cui la detenzione diventerebbe esperibile o all'esclusione di determinate categorie di migranti dalla sua applicazione. La discussione che si sta svolgendo all'interno del Comitato LIBE non è ancora sfociata nell'adozione di una posizione ufficiale contenente le proposte di modifica, né con riferimento alla Proposta di Regolamento sui controlli preliminari, né in relazione alla Proposta di Regolamento Procedure (nella versione del 2020). Occorrerà dunque attendere il prosieguo dei negoziati per valutare in quale modo che le nuove proposte incideranno, in definitiva, sul diritto alla libertà personale.

6. Conclusioni

Nell'analisi sin qui condotta circa l'evoluzione normativa dello strumento detentivo nell'ambito delle procedure di asilo e di rimpatrio, si possono individuare alcuni punti nodali. Le direttive europee che, attualmente, disciplinano il trattenimento, lo qualificano come residuale. Tanto l'articolo 15 della Direttiva Rimpatri, quanto l'articolo 8 della Direttiva Accoglienza introducono un catalogo chiuso ed esaustivo di presupposti sulla base dei quali il cittadino del Paese terzo può essere trattenuto. Inoltre, in entrambe le direttive si opera un riferimento esplicito all'onere di verificare, caso per caso, l'applicabilità di misure alternative alla detenzione, configurata quindi come misura di *extrema ratio*. Gli Stati Membri sono quindi tenuti, nell'esecuzione della misura, a rispettare i principi di necessità e proporzionalità (conformemente all'articolo 6 della Carta), e le garanzie procedurali e giurisdizionali a tutela della libertà del migrante previste nelle direttive. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha, inoltre, interpretato le disposizioni delle direttive in senso complessivamente garantista: benché la misura del trattenimento (nello specifico, nell'ambito della procedura di asilo) sia stata considerata compatibile con il diritto alla libertà personale di cui all'articolo 6 della Carta, la Corte ha sempre ribadito la necessità di condurre un accertamento caso per caso della situazione individuale, al fine di evitarne l'applicazione arbitraria e generalizzata.

Negli ultimi anni si è però progressivamente esteso tra gli Stati membri l'uso, a tratti indiscriminato, dello strumento della detenzione: la crisi del 2015 ha rappresentato un motore di accelerazione nel processo e sono aumentate le evidenze di ricorso alla detenzione alle frontiere – soprattutto quelle esterne – degli Stati membri. Le prassi consolidate nei diversi Paesi paiono riflettersi anche nel Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo. Benché siano pochi i riferimenti espliciti, dalla lettura delle proposte formulate dalla Commissione pare evincersi che nel “processo integrato di elaborazione strategica che riunisca le politiche riguardanti l'asilo, la migrazione, il rimpatrio, la protezione delle frontiere esterne”¹²⁶ il trattenimento giocherà un ruolo cruciale. Ciononostante, nelle nuove proposte, le previsioni legislative dedicate alla compiuta e dettagliata identificazione di presupposti, modalità e durata del trattenimento sono scarse, soprattutto in riferimento alle fasi immediatamente successive all'arrivo dei cittadini di Stati terzi

¹²⁶ Relazione introduttiva alla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne*, p. 12.

alle frontiere esterne. Benché i negoziati sui contenuti delle riforme legislative collegate al Patto siano ancora in corso, restano aperti diversi interrogativi relativi alla possibilità di garantire pienamente il rispetto del diritto alla libertà personale. Del resto, era già stato preannunciato che l'espansione della detenzione amministrativa avrebbe determinato un "punto decisivo di rottura" nei discorsi e nelle pratiche costituzionali occidentali in tema di libertà personale¹²⁷. L'esame condotto lascia poco spazio alla speranza di ricomporre i cocci, soprattutto alla luce di due problemi cruciali: la *normalizzazione* della detenzione, che, per scopi burocratici e amministrativi "di massa" sfugge alle logiche di eccezionalità e proporzionalità della misura; e l'arbitrarietà delle nuove forme di trattenimento "illegali", che alimentano il processo di invisibilità cui sono condannate persone trattenute. Come rilevato in dottrina (invero, ancora prima della presentazione del Patto e delle proposte allegate)¹²⁸, l'ampia declinazione delle ipotesi in cui è possibile il trattenimento determina un sostanziale automatismo a favore di quest'ultimo, ed è destinata ad "invertire il rapporto tra regola ed eccezione che dovrebbe sorreggere la disciplina UE". Di fronte alla scarsa considerazione mostrata dalla Commissione europea nel nuovo Patto per il diritto alla libertà personale, dunque, pare che si debba confidare nel ruolo del Parlamento Europeo, in sede di negoziati, e delle corti nazionali e della Corte di Giustizia in caso di adozione delle proposte. L'auspicio è che queste possano – tramite l'applicazione rigorosa dei principi in materia di libertà personale ricavabili dall'articolo 6 della Carta – arginare il rischio che il trattenimento diventi una "arma di persuasione di massa" dei migranti alle porte d'Europa¹²⁹.

ABSTRACT: L'articolo fornisce una radiografia dell'istituto della detenzione amministrativa nella cornice del diritto dell'Unione europea e indaga criticamente la sua evoluzione, prendendo in considerazione le recenti tendenze alla *normalizzazione* della detenzione e alla diffusione di pratiche di privazione della libertà *de facto*. Si inserisce in questo contesto l'analisi delle proposte legislative allegate al nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo: le nuove procedure presentate dalla Commissione europea nell'ambito della "procedura fluida di frontiera" verranno esaminate al fine di delineare gli spazi riservati alla detenzione dei cittadini di Paesi terzi. L'obiettivo dell'elaborato è, infine, quello di riflettere sull'impatto che l'espansione dell'uso della detenzione, tanto all'interno della cornice normativa, quanto nelle prassi degli Stati membri, può avere sul diritto alla libertà personale dello straniero, tutelata dall'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹²⁷ A. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali tra storia costituzionale e prospettive europee*, Roma, 2007, p. 201.

¹²⁸ R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, cit., p. 265.

¹²⁹ L'espressione, profetica, è di M. VEGLIO, *La Restrizione Amministrativa della Libertà Personale del Richiedente Asilo*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 2, p. 543.

KEYWORDS: Patto sulle Migrazioni e l'Asilo – Detenzione – Frontiere – Diritto alla libertà personale – Articolo 6 Carta.

THE NEW PACT AND THE RIGHT TO LIBERTY: NORMALIZING ADMINISTRATIVE DETENTION AT EUROPEAN BORDERS

ABSTRACT: This paper analyzes the “New Pact on Migration and Asylum” and the attached legislative proposals with a view to the protection of migrant children. In particular, after briefly reiterating the meaning and scope of the “*best interest of the child*” principle, we examine the provisions of the reform package of the Common European Asylum System (CEAS) which should promote greater protection of rights and the interests of minors, especially unaccompanied foreign minors, right from the identification stage, highlighting some relevant critical issues.

KEYWORDS: Pact on Migration and Asylum – Detention – Border – Right to Liberty – Article 6 Charter.