



Il ruolo del giudice nazionale nella tutela effettiva del diritto alla libertà dello straniero sottoposto a trattenimento

Alessia Voinich*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’istituto del trattenimento nel diritto dell’Unione. – 3. La tutela giurisdizionale effettiva dello straniero trattenuto nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 4. L’effettività della tutela nei giudizi interni: il caso italiano. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il trattenimento dello straniero è disciplinato dal diritto dell’Unione europea in una pluralità di atti di diritto derivato, che fissano presupposti, condizioni e garanzie diversificate a seconda della posizione soggettiva della persona coinvolta. Disposizioni specifiche sono dettate con riguardo ai richiedenti protezione, ai richiedenti protezione sottoposti a procedura di trasferimento ai sensi del regolamento Dublino e agli stranieri in condizione di soggiorno irregolare¹.

* Assegnista di ricerca presso l’Università di Padova. *Il presente scritto costituisce una parziale rielaborazione della relazione dal titolo “La tutela giurisdizionale effettiva dello straniero trattenuto: il contributo della giurisprudenza italiana” presentata in occasione dell’Incontro tra i giovani studiosi del diritto dell’Unione europea tenutosi all’Università degli Studi di Firenze il 22 maggio 2023.*

¹ Sul trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, senza alcuna pretesa di esaustività, si v. C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 1, 2016, pp. 47-73; F. ZORZI

Nel contesto di un quadro giuridico piuttosto frammentato, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha avuto il merito di ricondurre a unità i regimi settoriali del trattenimento, definendo una cornice comune caratterizzata dall'esigenza di rigoroso rispetto dei diritti fondamentali della persona privata della sua libertà.

Anzitutto, la Corte ha offerto una nozione unitaria – salvo specificazioni settoriali – dell'istituto. Come affermato in una decisiva pronuncia che richiameremo anche in seguito, nell'ordinamento dell'Unione il trattenimento dei cittadini di Paesi terzi “riguarda un'unica realtà”: esso indica una misura coercitiva intesa a privare lo straniero della sua libertà di circolazione, a isolarlo dal resto della popolazione nazionale e a imporgli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto².

GIUSTINIANI, *La detenzione dei richiedenti asilo nell'Unione europea. Rilievi critici a margine della rifusione della direttiva accoglienza*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014. Sul trattenimento dello straniero irregolarmente soggiornante, si v. M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dell'individuo straniero*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 283 ss.; F. SPITALERI, *I limiti alla durata della detenzione dello straniero destinato ad essere espulso tra garanzie CEDU e disciplina dell'Unione*, in AA. V.V., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 795-811; ID., *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, 2017, p. 415 ss.; P. MARTUCCI, *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari. Una questione europea fra sicurezza, emergenza e continuità*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 325-339.

² Sentenza della Corte del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *Országos*, punti 216-224. La definizione di trattenimento come misura limitativa della libertà di circolazione non ne inficia l'incidenza sul diritto alla libertà, sancito nell'ordinamento dell'Unione dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali. Ciò è evidente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che si tratterà più diffusamente di seguito, che fa ampio riferimento al parametro appena richiamato. Nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte EDU ha da tempo chiarito che la differenza tra limitazione della libertà di circolazione (art. 4, Protocollo n. 2, CEDU) e la libertà personale ai fini dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU è questione da vagliare in base all'intensità della coercizione subita dall'individuo nella fattispecie concreta. Cfr., sentenza della Corte EDU del 6 novembre 1980, ric. n. 7367/76, *Guizzardi c. Italia*, punti 92-93 (nel diverso contesto del diritto penale); nel senso che tra le garanzie protette dalle disposizioni appena richiamate “vi è soltanto una differenza di grado o di intensità, non di natura o di sostanza” con riferimento al mantenimento dei migranti (inclusi richiedenti asilo) nei centri “emergenziali” di primo soccorso e

Inoltre, la Corte ha riconosciuto che tale disciplina, consentendo alle autorità nazionali di operare gravi ingerenze nel diritto alla libertà personale dello straniero, deve essere interpretata in modo da garantire il rigoroso rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Carta, in particolare il diritto alla libertà³ sancito all'art. 6 e il diritto a un ricorso effettivo⁴ di cui all'art. 47.

La Corte ha esaltato il ruolo del sindacato del giudice nazionale nella salvaguardia di questi diritti fondamentali. Gli organi giurisdizionali degli Stati membri sono chiamati, in virtù dell'efficacia diretta del principio della tutela giurisdizionale effettiva, concretizzato nell'art. 47 della Carta, a garantire il rispetto delle prescrizioni sostanziali, procedurali e processuali stabilite dal diritto derivato dell'Unione. I tribunali interni presidiano i diritti dello straniero in caso di scorretta o lacunosa trasposizione del diritto derivato, o di scorretta applicazione della disciplina nazionale attuativa nei singoli casi di specie. Laddove non siano già previsti dal diritto statale, i poteri necessari per garantire al singolo sottoposto a un trattenimento illegittimo, arbitrario o ingiustificato una tutela effettiva sono tratti dal giudice nazionale direttamente dall'art. 47 della Carta.

Il presente contributo mira a evidenziare le implicazioni che da tale giurisprudenza derivano per gli Stati membri. Cercheremo di inquadrare, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, il ruolo che il giudice nazionale svolge al fine di tutelare in maniera effettiva lo straniero sottoposto a trattenimento da ingiustificate

identificazione, v. sentenza della Corte EDU del 15 dicembre 2016, ric. n. 16483/12, *Khlaifia e a. c. Italia*, punto 64; più di recente e con riferimento al mantenimento dei migranti nelle zone di transito, *ex plurimis*, sentenza della Corte EDU del 21 novembre 2019, ric. nn. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16, *Z.A. e a. c. Russia*, punto 138.

³ Sull'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali, v. S. PLATON, *Droit à la liberté et à la sûreté*, in F. PICOD, C. RIZCALLAH, S. VAN DROOGHENBROECK (sous la direction de), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2023, pp. 149-172.

⁴ Tra i molteplici contributi sul diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva protetto dalla Carta F. KRANK, E. PENNINGCKX, *Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial*, in F. PICOD, C. RIZCALLAH, S. VAN DROOGHENBROECK (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 1215-1249; N. LAZZERINI, *La determinazione dello standard di tutela giurisdizionale effettiva tra diritto interno e sovranazionale: l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali come "grimaldello" e come "ponte"*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 26 marzo 2022, pp. 28-43.

privazioni di libertà. Il lavoro intende altresì mettere in evidenza alcune applicazioni specifiche di questa giurisprudenza nel contesto dell'ordinamento italiano.

A tal fine, il contributo sarà così articolato. Anzitutto, dopo un accenno alle fonti internazionali, saranno esposti i punti salienti della disciplina dell'Unione relativa al trattenimento dello straniero; ci soffermeremo in particolare sui presupposti e sui limiti temporali della misura coercitiva; inoltre metteremo in evidenza la giurisprudenza della Corte che ha individuato taluni principi comuni che caratterizzano tutti gli atti di diritto derivato presi in considerazione (par. 2). Ci soffermeremo quindi sulle disposizioni (in particolare, della direttiva rimpatri) dedicate alla tutela giurisdizionale dei soggetti destinatari di una misura di trattenimento; cercheremo anche qui di far emergere il ruolo “innovatore” e “unificante” della giurisprudenza della Corte (par. 3). Vedremo poi come questa giurisprudenza abbia consentito, nel contesto dell'ordinamento italiano, di arricchire le garanzie previste in favore degli stranieri in condizione di soggiorno irregolare trattenuti in vista del rimpatrio (par. 4). Trarremo infine le dovute conclusioni (par. 5).

2. Il trattenimento dello straniero trova, nel contesto del diritto internazionale, il suo fondamento nel potere sovrano riconosciuto agli Stati di regolare l'ingresso e la presenza dei cittadini stranieri sul proprio territorio e di disporre l'allontanamento. L'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati implica anche la possibilità di trattenere lo straniero, in attesa di verificare il diritto di quest'ultimo di accedere al territorio nazionale o al fine di allontanarlo verso il Paese di cittadinanza o verso un altro Paese terzo disposto ad accoglierlo.

Tali prerogative statali incontrano un importante limite negli obblighi internazionali in materia di diritti umani, che si sono progressivamente affermati. Tra questi, possono essere ricordati: gli obblighi che presidiano il diritto degli individui di circolare e lasciare il territorio di uno Stato, incluso il proprio (ma non di entrare sul territorio di un altro Stato); il diritto a non essere arbitrariamente privati della

libertà personale; il diritto d'asilo; le garanzie assolute contro il respingimento e a salvaguardia della dignità della persona umana⁵.

Nel sistema della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (nel prosieguo, la CEDU), la disposizione di riferimento è rappresentata dall'articolo 5. In forza di questa disposizione, il potere delle Parti contraenti di sottoporre a misure coercitive i cittadini stranieri che intendono fare ingresso sul territorio statale, quand'anche per motivi legati alla protezione internazionale, ovvero nella prospettiva del loro allontanamento o rimpatrio (v. par. 1, lett. f, dell'art. 5), è subordinata al rigoroso rispetto delle garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali sancite da questa disposizione, in particolare all'osservanza del principio di legalità e all'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva⁶.

Nel diritto dell'Unione europea, il delicato equilibrio tra i poteri sovrani degli Stati membri e il diritto alla libertà personale, sancito dall'art. 6 della Carta, si traduce, per quanto riguarda i cittadini di Paesi terzi, in un'articolata disciplina contenuta in diversi atti di diritto derivato⁷.

Il trattenimento è in particolare previsto, come possibile misura coercitiva, per due categorie di stranieri. La prima è rappresentata da

⁵ Per una trattazione approfondita di questo delicato bilanciamento e delle sue ricadute sistemiche nel diritto internazionale dell'immigrazione, si v. F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, cit., p. 13 ss. In argomento anche M. GESTRI, *La mobilità internazionale nel diritto consuetudinario e nella normativa sui diritti umani*, in A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *op. cit.*, pp. 133-153.

⁶ Sentenza della Corte EDU del 26 gennaio 2008, ric. n. 13229/03, *Saadi c. Regno Unito*, punto 64.

⁷ Sulle conseguenze di questa diversa impostazione dell'art. 5 CEDU e dell'art. 6 della Carta (in particolare con riferimento al trattenimento dei richiedenti protezione) si v. G. MONINA, "Judging" the Grounds for detention of Asylum Seekers: Discrepancies between EU Law and the ECHR", in A. CRESCENZI, R. FORASTIERO, G. PALMISANO (eds.), *Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, Napoli, 2018, pp. 151-174. Sull'aderenza della disciplina della direttiva rimpatri all'art. 6 della Carta e ai requisiti elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 5, lett. f), CEDU si v. E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2020, pp. 117-139, spec. p. 126 ss. Sul tema più generale del ruolo delle disposizioni della CEDU nell'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali, v. G. GAJA, *The Charter of Fundamental Rights in the Context of International Instruments for the Protection of Human Rights*, in *europeanpapers.eu*, 2016, pp. 791-801.

coloro che hanno manifestato la volontà di richiedere una delle due forme di protezione internazionale previste dal diritto dell'Unione (richiedenti protezione internazionale). In questo caso, il trattenimento è disciplinato dalla direttiva 2013/33/UE (c.d. "direttiva accoglienza")⁸, e in parte dalla direttiva 2013/32/UE (c.d. "direttiva procedure")⁹, nonché dal regolamento Dublino III¹⁰. Quest'ultimo viene in rilievo nel caso in cui il richiedente sia trattenuto nella prospettiva di un trasferimento verso lo Stato membro competente all'esame della domanda di protezione. Una seconda categoria di soggetti suscettibili di trattenimento è rappresentata dai cittadini di Paesi terzi che, trovandosi in condizione di soggiorno irregolare, sono destinatari di una decisione di rimpatrio secondo quanto previsto dalla direttiva 2008/115/CE (c.d. "direttiva rimpatri")¹¹. Quest'ultima direttiva disciplina anche il trattenimento di queste persone.

I motivi per i quali il trattenimento può essere disposto variano a seconda del soggetto considerato.

Con riguardo ai richiedenti protezione, la normativa derivata sancisce anzitutto il cardinale divieto di trattenere la persona per il "solo fatto" che questa abbia manifestato la volontà di richiedere protezione internazionale¹². Sono poi elencate le situazioni in cui il richiedente protezione può essere trattenuto (art. 8, par. 3, direttiva accoglienza). Si

⁸ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione).

⁹ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

¹⁰ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione).

¹¹ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

¹² Art. 8, par. 1, direttiva 2013/33/UE, cit. Tale divieto è espressione del principio fondamentale che informa la disciplina del trattenimento del richiedente protezione "in particolare in conformità agli obblighi giuridici internazionali degli Stati membri, e all'articolo 31 della convenzione di Ginevra" (così il considerando n. 15 della direttiva). Di analogo tenore l'art. 28, par. 1, e il considerando n. 20 del regolamento n. 604/2013, cit.

tratta di sei casi, che devono essere ulteriormente “specificati nel diritto nazionale”: il trattenimento deve essere fondato sull’esigenza di verificare l’identità o la cittadinanza del richiedente (lett. a), di accertare gli elementi su cui si basa la sua domanda di protezione (lett. b) o di decidere sul diritto dell’interessato di entrare sul territorio nazionale (lett. c); ancora, il trattenimento può essere disposto quando vi sono fondati motivi per ritenere che una persona abbia presentato la domanda di protezione al solo fine di ritardare una procedura di rimpatrio (lett. d), per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico (lett. e)¹³ e, infine, in presenza di un rischio notevole di fuga durante lo svolgimento delle procedure previste dal regolamento Dublino (lett. f).

Il trattenimento dello straniero in condizioni di soggiorno irregolare è invece ammesso “per preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga o b) il cittadino del Paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento”. Il trattenimento è quindi consentito “in particolare” in caso di pericolo di fuga e nell’ipotesi di intralcio delle operazioni di rimpatrio¹⁴.

Nonostante la pluralità degli strumenti e i diversi fini perseguiti, la disciplina derivata presenta diverse analogie e punti di contatto.

Anzitutto, proprio per la sua grave incidenza sul diritto alla libertà della persona, in tutti gli atti sopra menzionati, il trattenimento si configura come una misura di applicazione eccezionale e residuale (rispetto alle misure meno afflittive che gli Stati membri sono tenuti a prevedere nell’ordinamento interno)¹⁵. Inoltre, l’applicazione di questa

¹³ La Corte ha peraltro chiarito che “il rigoroso inquadramento cui è soggetto il potere riconosciuto alle autorità nazionali competenti di trattenere un richiedente sulla base dell’articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettera e), della direttiva 2013/33, è altresì garantito dall’interpretazione di cui costituiscono oggetto, nella giurisprudenza della Corte, le nozioni di «sicurezza nazionale» e di «ordine pubblico» che compaiono in altre direttive e che si applica parimenti rispetto alla direttiva 2013/33”, riferendosi espressamente (anche) alle medesime nozioni contenute nella deroga alla libera circolazione delle persone. V. sentenza della Corte del 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *J. N. c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, punti 64-67. Più di recente, sullo stesso tema, si v. sentenza della Corte del 30 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, punti 86-88.

¹⁴ Art. 15, par. 1, direttiva 2008/115/CE, cit.

¹⁵ Cfr. art. 8, par. 4, direttiva accoglienza, cit.; art. 28, par. 3, regolamento Dublino III, cit.; art. 15, par. 1, direttiva rimpatri, cit.

misura coercitiva presuppone valutazioni individualizzate ed è ammessa solo in situazioni predeterminate e per il minor tempo possibile¹⁶. Infine, tutti gli atti considerati prevedono l'obbligo di liberazione immediata del trattenuto qualora non ricorrano o cessino di sussistere i presupposti della detenzione¹⁷.

Queste disposizioni lette assieme alla loro finalità di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'interessato sono state valorizzate dalla Corte di giustizia. L'esito è stato quello di ricondurre l'esercizio dello spazio lasciato dal diritto derivato alla discrezionalità statale - spazio talvolta anche ampio e relativo ad aspetti cruciali - alle esigenze proprie del rispetto della garanzia protetta dall'art. 6 della Carta e di quella corrispondente sancita dall'art. 5 CEDU¹⁸. I regimi specifici sono stati così inseriti in una cornice comune di diritti fondamentali.

Un esempio di questa dinamica è rappresentato dalla giurisprudenza relativa all'individuazione dei casi in cui il trattenimento è ammesso.

La Corte di giustizia ha adottato un approccio molto rigoroso e restrittivo relativamente alle ipotesi di trattenimento del richiedente protezione internazionale¹⁹. In considerazione del sacrificio che il trattenimento comporta per la libertà personale, la Corte ha sottolineato che il richiedente protezione non può essere trattenuto per motivi ulteriori rispetto a quelli elencati in maniera tassativa dalla direttiva accoglienza²⁰.

Nel contesto della direttiva rimpatri, la Corte ha invece ammesso la facoltà statale di individuare "motivi complementari" di trattenimento, ulteriori rispetto a quelli espressamente indicati. Questa facoltà è stata tuttavia subordinata alla rigorosa osservanza dell'art. 6 della Carta, interpretato alla luce dell'art. 5 CEDU e delle relative pronunce della Corte di Strasburgo. La discrezionalità statale di fissare "motivi complementari" di trattenimento è dunque non solo condizionata ai presupposti e agli obiettivi della direttiva, ma anche vincolata allo

¹⁶ Cfr. art. 9, par. 1, direttiva accoglienza, cit.; art. 28, par. 3, regolamento Dublino III, cit.; art. 15, par. 1, secondo periodo, direttiva rimpatri, cit.

¹⁷ Cfr. art. 9, par. 3, ultimo periodo, direttiva accoglienza cit.; art. 28, par. 3, ultimo periodo, regolamento Dublino III, cit.; art. 15, par. 2, ultimo periodo, direttiva rimpatri, cit.

¹⁸ Si v. le *Spiegazioni* relative all'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali.

¹⁹ Art. 8, par. 3, ultimo periodo, direttiva 2013/33/UE, cit.

²⁰ Sentenza *Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, cit., punto 83.

stretto vaglio di proporzionalità imposto alle limitazioni dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta: pertanto, la previsione di un motivo di trattenimento complementare da parte di uno Stato membro “non può, in nessun caso, riguardare una situazione in cui l’applicazione di misure meno coercitive (...) sia sufficiente”²¹.

Un altro esempio di interpretazione orientata al rigoroso rispetto dei diritti fondamentali è rappresentato dalla giurisprudenza sulla fissazione dei termini di durata del trattenimento.

In diverse pronunce relative alla direttiva rimpatri la Corte ha sottolineato che la necessità di limitare nel tempo la privazione della libertà personale dello straniero implica che la durata del trattenimento (fino a sei mesi, eccezionalmente prorogabile fino a dodici mesi ulteriori)²² debba essere considerata, senza possibilità di eccezione una durata massima. La scadenza di questi termini impedisce in qualunque caso la prosecuzione della misura coercitiva e impone sempre la liberazione del soggetto trattenuto²³.

Ancora più rilevanti sono le pronunce della Corte di giustizia relative alla durata del trattenimento dei richiedenti protezione, dato che la direttiva accoglienza non fissa un termine massimo della detenzione. Limiti temporali al trattenimento sono stati tratti dalla giurisprudenza proprio alla luce della qualificazione dell’istituto come misura limitativa dell’art. 6 della Carta. La Corte ha precisato che il perdurare del trattenimento è conforme al diritto dell’Unione soltanto se

²¹ Sentenza della Corte del 6 ottobre 2022, causa C-241/21, *Politsei- ja Piirivalveamet*, punti 36, 38-43 e 46-49). Per una lettura restrittiva di questa giurisprudenza e del margine di libertà lasciato agli Stati nel definire i “motivi complementari di trattenimento”, si v. S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, Torino, 2022, pp. 394-397.

²² Più precisamente, la direttiva obbliga gli Stati a fissare “un periodo limitato di trattenimento” il quale “non può superare i sei mesi”, prorogabile, a determinate condizioni, per un massimo di ulteriori dodici mesi (art. 15, parr. 5 e 6, direttiva rimpatri, cit.).

²³ Il termine di diciotto mesi che si ricava dai parr. 5 e 6, dell’art. 15, è infatti garanzia di “una comune durata massima del trattenimento negli Stati membri” e non è pertanto superabile “in nessun caso”. Ne segue che “quando il periodo massimo di trattenimento previsto dalla direttiva sia scaduto” non è possibile trattenere oltre l’interessato, che deve pertanto essere immediatamente liberato, anche qualora egli sia privo “di validi documenti, (tenga) un comportamento aggressivo e non (disponga) di mezzi di sussistenza propri né di un alloggio o di mezzi forniti dallo Stato membro a tale fine” (sentenza della Corte del 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, punti 37, 54, 61, 69 e 71).

l'interessato beneficia di tutte le garanzie previste dalla direttiva accoglienza, finché permane, in concreto, uno dei presupposti sanciti dalla direttiva stessa e purché lo Stato agisca con la debita diligenza²⁴.

Il ruolo “unificante” della giurisprudenza emerge ulteriormente se si considerano le pronunce che hanno elaborato una nozione “comune” di “trattenimento”²⁵. Come si è ricordato sopra, questo termine assume lo stesso significato nel contesto della direttiva accoglienza e della direttiva rimpatri. Benché i soggetti considerati siano diversi (rispettivamente, i richiedenti protezione e gli stranieri in condizione di soggiorno irregolare), in entrambi i sistemi normativi il trattenimento consiste in “una misura coercitiva che priva” lo straniero “della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto”²⁶.

L'importanza di questa elaborazione non appare esaurirsi in esigenze di sistematica o coerenza tra settori affini (e che, peraltro, frequentemente finiscono per intersecarsi nella prassi). Essa sembra risiedere soprattutto nella portata di nozione autonoma di trattenimento ricostruita in via giurisprudenziale. A partire dalle singole discipline, la Corte di giustizia ha infatti definito le caratteristiche specifiche che, nei casi concreti, consentono di qualificare una misura coercitiva come trattenimento ai fini del diritto dell'Unione. In tal modo, sono attratte

²⁴ Cfr. art. 9, par. 1, secondo periodo e considerando n. 16 della direttiva accoglienza, cit. Nelle parole della Corte “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 cessi di essere necessario o proporzionato alla luce dall'obiettivo perseguito dal medesimo. In particolare, se il trattenimento di un richiedente protezione internazionale non è delimitato da un limite temporale, l'autorità accertante (...) deve agire con tutta la diligenza richiesta (...) Ne consegue che l'articolo 9 della direttiva 2013/33 non osta ad una normativa di uno Stato membro che non prevede un termine alla scadenza del quale il trattenimento di un richiedente protezione internazionale sarebbe automaticamente considerato irregolare, purché tale Stato membro vigili affinché, da un lato, il trattenimento duri soltanto fintantoché il motivo che lo giustifica permane applicabile e, dall'altro, gli adempimenti amministrativi inerenti a tale motivo siano espletati con diligenza”. Sentenza *Országos*, cit., punti 264-265.

²⁵ Sentenza *Országos*, cit., spec. punto 231.

²⁶ Sentenza *Országos*, cit., punti 223-225, e sentenza della Corte del 10 marzo 2022, causa C-519/20, *Landkreis Gifhorn*, punto 35.

nell'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione anche le situazioni nelle quali la misura coercitiva non è formalmente disposta dagli Stati membri nella cornice del diritto nazionale di trasposizione del diritto derivato ovvero è da questi praticata "in fatto". Se ricorrono i presupposti individuati nella definizione dettata dalla Corte di giustizia, anche casi di "confinamento" dell'individuo in zone di transito²⁷ o in centri di prima identificazione²⁸ e, più in generale, anche ipotesi di mera detenzione di fatto sono attratti alla disciplina dell'Unione e alle garanzie da essa previste.

Anche in queste situazioni, pertanto, gli Stati membri sono obbligati a garantire che il trattenimento non avvenga al di fuori dei casi e dei tempi consentiti dalle fonti derivate e ad assicurare all'individuo coinvolto tutte le garanzie previste dal diritto dell'Unione.

3. Tra le disposizioni a tutela dello straniero trattenuto particolarmente significative, ai fini della nostra analisi, sono quelle relative alla tutela giurisdizionale²⁹. La direttiva accoglienza (art. 9), il regolamento Dublino (art. 28, par. 3) e la direttiva rimpatri (art. 15) obbligano gli Stati ad assicurare il sindacato giurisdizionale qualora la decisione che dispone il trattenimento sia stata assunta da un'autorità

²⁷ Proprio nel caso *Országos*, cit., la Corte di giustizia ha qualificato come "privazione della libertà, caratteristica di un «trattenimento» ai sensi delle direttive di cui trattasi" l'obbligo imposto dall'Ungheria ai cittadini stranieri di permanere nella zona di transito di Röszke. Ne segue l'obbligo di estendere a tali cittadini tutte le garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali previste per il trattenuto dal diritto dell'Unione. Per un commento, anche in relazione alla diversa soluzione nel merito raggiunta dalla Corte EDU su fattispecie analoga (sentenza della Corte EDU del 21 novembre 2019, ric. n. 47287/15, *Ilias and Ahmed c. Ungheria*) si v. 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, pp. 211-238.

²⁸ Di recente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato che il mantenimento di alcuni migranti per una decina di giorni nel c.d. *hotspot* di Lampedusa, in assenza di adeguata base giuridica, considerate anche natura e funzioni di tali centri, integra una privazione arbitraria della libertà personale, che viola l'art. 5, par. 1, lett. f), CEDU. Cfr. sentenza della Corte EDU del 30 marzo 2023, ric. n. 21329/18, *J.A. e a. c. Italia*.

²⁹ Accanto a quelle di natura procedurale, strumentali al loro esercizio: come l'obbligo di disporre il trattenimento con atto scritto e motivato, i diritti all'informazione e all'assistenza legale. Cfr. art. 9, parr. 4 e 6 direttiva accoglienza, cit., e art. 16 direttiva rimpatri, cit.

amministrativa (e non direttamente da un organo giurisdizionale). Prevedono poi un riesame giudiziario periodico “a intervalli ragionevoli”. Il controllo giurisdizionale può essere svolto d’ufficio oppure su iniziativa dell’interessato³⁰.

I giudici nazionali sono pertanto investiti dal diritto dell’Unione del controllo sul rispetto, nel caso concreto, dei presupposti sostanziali e temporali d’applicazione della misura coercitiva stabiliti dalla normativa derivata. La disciplina specifica dei rimedi interni è rimessa ai legislatori nazionali, sebbene pur sempre entro le coordinate dell’effettività e dell’equivalenza proprie del noto principio di autonomia procedurale³¹.

La portata del sindacato giurisdizionale è stata estesa dalla Corte di giustizia, in considerazione del fatto che il principio della tutela giurisdizionale effettiva è un principio generale, dotato di efficacia diretta, garantito dall’art. 47 della Carta³² e in ragione della

³⁰ Con riferimento ai richiedenti protezione, il riesame avviene “in particolare nel caso di periodi di trattenimento prolungati, qualora si verificano circostanze o emergano nuove informazioni che possano mettere in discussione la legittimità del trattenimento” (art. 9, par. 5, direttiva accoglienza, cit.).

³¹ Tra i molti contributi: L. DANIELE (con la collaborazione di S. AMADEO, G. BIAGIONI, C. SCHEPISI, F. SPITALERI), *Diritto dell’Unione Europea*, 2022, pp. 321-329; A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e ‘limiti’ alla tutela nazionale*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 3, 2019, pp. 525-560; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 3, 2013, pp. 659-677; ID., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell’Unione europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2008, pp. 447-468; D. U. GALETTA, *L’autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, spec. p. 305 ss.; A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2001, pp. 41-61; L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell’impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2001, pp. 61-78, spec. p. 74 ss.

³² Sul principio di tutela giurisdizionale effettiva la letteratura è vastissima. Ci si limita a richiamare solo alcuni tra i più recenti contributi che trattano il tema in relazione all’art. 19 TUE, tra i quali A. FAVI, *La dimensione “assiologica” della tutela giurisdizionale effettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di crisi dello Stato di diritto: quali ricadute sulla protezione degli individui?*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 4, 2020, pp. 795-821; M. E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell’art. 19, par.1, TUE*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 2, 2019, pp. 245-259; P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell’Unione europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 1, 2021, pp. 73-92;

strumentalità di detto sindacato rispetto alla tutela del diritto alla libertà di cui all'art. 6 della Carta³³.

Anzitutto, questi parametri interpretativi di diritto primario hanno contribuito a colmare delle lacune rilevabili nello stesso diritto derivato.

È questo il caso delle garanzie procedurali che gli Stati membri devono apprestare in fase di proroga del trattenimento dello straniero irregolarmente soggiornante. In effetti, la direttiva rimpatri non prevede espressamente un controllo giurisdizionale in questa fase che, come si è detto sopra, può condurre a un prolungamento del trattenimento fino a dodici mesi ulteriori. Nel caso *Mahdi*³⁴, la Corte ha esteso anche alla decisione di proroga l'obbligo (previsto per la decisione iniziale sul trattenimento) di adottare un provvedimento scritto e motivato in fatto e in diritto, proprio sul rilievo della natura di misura coercitiva, che limita il diritto alla libertà. La Corte ha sottolineato che l'adozione di un provvedimento scritto e motivato è strumentale all'esercizio effettivo della tutela giurisdizionale³⁵.

Inoltre, l'interpretazione dell'art. 47 della Carta ha portato all'affermazione, in capo ai giudici degli Stati membri, di poteri inediti³⁶ e finanche alla creazione di appositi rimedi giurisdizionali in situazioni limite caratterizzate da una carenza totale, sul piano interno, di strumenti di tutela giurisdizionale.

G. TESAURO, *Commento all'art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 195-215, spec. p. 208 ss.

³³ Queste due differenti strade sembrano inquadrabili nei due diversi "orientamenti" della Corte di giustizia, classificati dalla dottrina, in relazione agli effetti del diritto dell'Unione sugli ordinamenti processuali nazionali, ossia quello tracciato dai limiti al principio di autonomia processuale e quello che deriva dai principi del primato e dell'effetto diretto. In proposito, E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 447 ss.

³⁴ Sentenza della Corte del 5 giugno 2014, causa C-146/14 PPU.

³⁵ Sentenza *Mahdi*, cit., punto 44 ss.

³⁶ Dai limiti all'autonomia procedurale derivano al giudice "poteri eccezionali, perché estranei a quelli previsti dall'ordinamento di cui usualmente è l'organo giurisdizionale: l'ordinamento dello Stato membro del foro. Quei poteri eccezionali, infatti, gli sono attribuiti in quanto organo giurisdizionale di un altro ordinamento: quello dell'Unione. È questo, del resto, l'approdo cui è giunta la giurisprudenza della Corte di giustizia, nel delineare il ruolo del giudice nazionale come giudice europeo di diritto comune, in relazione all'essenziale connessione tra quel giudice e la Corte di giustizia rappresentata dal rinvio pregiudiziale". Così B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione Europea tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Padova, 2018, pp. 84-85.

Un primo esempio di questo approccio è costituito ancora una volta dalla giurisprudenza in tema di proroga del trattenimento disposto nei confronti di uno straniero in condizione di soggiorno irregolare.

Nel già ricordato caso *Mahdi*, la Corte di giustizia è interrogata da un giudice bulgaro sull'ampiezza del sindacato giurisdizionale nel caso in cui sia stata disposta la proroga della detenzione. Per il diritto processuale bulgaro, infatti, il controllo del giudice era in tale contesto limitato ai motivi definiti dall'autorità amministrativa nella richiesta di prorogare la misura; l'organo giurisdizionale adito non avrebbe potuto, in particolare, adottare una pronuncia sul merito né estendere il proprio sindacato alla decisione iniziale di trattenimento. La Corte ha stabilito invece che il giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una richiesta di proroga può "deliberare su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti per stabilire se la proroga del trattenimento sia giustificata"; a tal fine è necessario "un esame approfondito delle specifiche circostanze del singolo caso", che non può essere limitato "ai soli elementi dedotti dall'autorità amministrativa interessata". Il giudice nazionale deve inoltre "essere in grado di sostituire la propria decisione a quella dell'autorità amministrativa o, se del caso, a quella dell'autorità giudiziaria che ha disposto il trattenimento iniziale e di pronunciarsi sulla possibilità di disporre una misura sostitutiva o il rilascio del cittadino di un paese terzo interessato"³⁷. L'autorità giudiziaria nazionale gode dunque della più ampia cognizione e di rilevanti poteri istruttori attivabili d'ufficio.

Più di recente, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla portata del sindacato giurisdizionale con riferimento a tutti e tre

³⁷ Sentenza *Mahdi*, cit., punto 62. In precedenza, la giurisprudenza si era occupata (sempre nel silenzio della direttiva) delle conseguenze della violazione del diritto dell'interessato a essere sentito nell'ambito del procedimento amministrativo finalizzato all'adozione del provvedimento di proroga. Alla luce della salvaguardia dell'effettività della tutela giurisdizionale nel caso concreto e degli obiettivi generali dell'istituto del trattenimento, la Corte aveva precisato che una simile violazione può condurre alla cessazione della misura coercitiva "soltanto se (...) tenuto conto di tutte le circostanze di fatto e di diritto di ciascun caso di specie" sia possibile ritenere "che tale violazione abbia effettivamente privato colui che la invoca della possibilità di difendersi più efficacemente, di modo che il procedimento amministrativo in questione avrebbe potuto comportare un risultato diverso" (v. sentenza della Corte del 10 settembre 2013, causa C-383/13 PPU, *G. e R.*, punti 44 e 45).

gli strumenti di diritto derivato presi in considerazione nel presente contributo.

L'occasione è stata offerta dai dubbi sollevati dal giudice olandese in relazione alle norme processuali interne che disciplinano il controllo del giudice sulla decisione amministrativa che dispone il trattenimento. Il rito applicabile in detto Stato non consentirebbe al giudice di pronunciarsi su elementi non dedotti dalle parti, neppure qualora detti elementi fossero indicativi dell'illegittimità del trattenimento nel caso di specie. Nel caso *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*³⁸ la Corte ha affermato che la salvaguardia del “rispetto dei rigorosi presupposti” di legittimità sanciti dal diritto derivato può essere conseguita solo se il giudice è “in grado di deliberare su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini della verifica di detta legittimità”. L'organo giurisdizionale adito deve non soltanto poter prendere in considerazione gli elementi addotti dall'autorità amministrativa e dall'interessato, ma deve poter anche “ricercare, laddove lo ritenga necessario, tutti gli altri elementi rilevanti ai fini della propria decisione”. Infatti, le garanzie giurisdizionali “comuni” previste dal diritto derivato dell'Unione assicurano che “la tutela giurisdizionale del diritto fondamentale alla libertà sia garantita in modo efficace in tutti gli Stati membri, che essi prevedano un sistema in cui la decisione di trattenimento è adottata da un'autorità amministrativa con sindacato giurisdizionale o un sistema nel quale tale decisione è adottata direttamente da un'autorità giudiziaria”³⁹.

Le garanzie giurisdizionali “comuni”, disposte da norme munite di efficacia diretta, conferiscono dunque all'interessato il diritto di accedere al giudice nazionale per far valere il sorgere o il perdurare di

³⁸ Sentenza della Corte dell'8 novembre 2022, cause riunite C-704/20 e C-39/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Examen d'office de la rétention)*.

³⁹ Ossia che si avvalgano dell'una o dell'altra possibilità concessa agli Stati dal diritto derivato circa l'autorità (amministrativa o giurisdizionale) legittimata ad adottare la decisione di trattenimento: sentenza *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, cit., punti 77, 87 e 90. La Corte precisa anche che “il rigoroso inquadramento, istituito dal legislatore dell'Unione, del trattenimento e del mantenimento di una misura di trattenimento conduce a una situazione che non è in tutto e per tutto simile a un contenzioso amministrativo in cui l'iniziativa e la delimitazione del procedimento spettano alle parti” e che i poteri officiosi vantati in tale contesto dal giudice prescindono “dalla questione se le rilevanti disposizioni di diritto siano di ordine pubblico” (punti 91-93 e giurisprudenza ivi richiamata).

una situazione di illegittima privazione della libertà e, dunque, il diritto alla liberazione immediata. Ai giudici nazionali devono essere riconosciuti ampi poteri istruttori attivabili anche d'ufficio. Le disposizioni interne che negassero o limitassero queste prerogative devono all'occorrenza essere disapplicate.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha dunque elaborato alcune caratteristiche uniformi del sindacato giurisdizionale, che in questo settore devono essere garantite da tutti gli Stati membri.

La Corte si è spinta anche oltre. Essa ha affermato che la competenza ad accertare la legittimità di una misura di privazione della libertà possa eccezionalmente trovare fondamento nello stesso diritto dell'Unione.

Ciò si verifica quando l'ordinamento interno non ha previsto una via di ricorso che consenta all'interessato di adire un giudice. Nel già richiamato caso *Országos*, la Corte ha stabilito infatti che, in simili situazioni, è violato il "contenuto essenziale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, garantito all'articolo 47 della Carta", poiché si "impedisce, in maniera assoluta, che un giudice statuisca sul rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione al cittadino di un paese terzo trattenuto". In queste ipotesi eccezionali, il giudice comunque adito dalla persona privata della libertà deve dunque disapplicare le norme nazionali che gli impediscono di conoscere della legittimità del trattenimento e dichiarare, sulla base dell'art. 47 della Carta, la propria competenza⁴⁰. Il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva deve quindi essere salvaguardato in ogni ipotesi di trattenimento. Laddove gli Stati membri abbiano omesso la previsione di qualsiasi forma di controllo giurisdizionale, il giudice adito dalla persona coinvolta risulta competente per effetto di una norma dell'Unione direttamente efficace.

4. Le garanzie procedurali previste dal diritto dell'Unione in favore dello straniero detenuto sono state valorizzate dai giudici italiani, per arricchire gli strumenti di tutela stabiliti dal diritto interno. Particolarmente significativo in questo senso è il filone giurisprudenziale sul riesame della decisione amministrativa di

⁴⁰ Sentenza *Országos*, cit., punto 290 ss., spec. punto 294.

trattenimento. Tale rimedio è previsto sia dalla direttiva rimpatri che dalla direttiva accoglienza⁴¹: dopo il primo controllo di legittimità, il trattenimento deve essere sottoposto a riesame a intervalli di tempo ragionevoli. Tuttavia, esso non è mai stato disciplinato dal legislatore italiano⁴². Tanto che ancora oggi è integralmente regolato in via pretoria.

Secondo la disciplina interna, il trattenimento – sia dello straniero in attesa di rimpatrio che del richiedente protezione⁴³ – è disposto dall'autorità amministrativa, in casi tassativamente previsti dalla legge e purché non sia applicabile nessuna misura alternativa meno afflittiva. Entro 48 ore, il provvedimento amministrativo deve essere convalidato da un organo giurisdizionale⁴⁴. Si tratta del Giudice di Pace per gli stranieri trattenuti a fini di espulsione e della Sezione Specializzata del Tribunale ordinario per i richiedenti protezione. La legge individua la durata massima complessiva del trattenimento e scandisce dei termini intermedi (o termini “di fase”) allo scadere dei quali sono previste nuove verifiche: se l'autorità amministrativa accerta il perdurare delle esigenze di trattenimento può chiederne la proroga, che deve essere oggetto di convalida giudiziaria (sempre entro 48 ore). La questione che si era posta era se, anche prima della scadenza dei termini intermedi, il trattenuto potesse introdurre una domanda giudiziale per veder rivalutata la propria posizione. Tuttavia, nel silenzio della legge, un simile ricorso appariva improcedibile.

⁴¹ Art. 15, par. 3 direttiva rimpatri, cit., e art. 9, par. 5, direttiva accoglienza, cit.

⁴² Sul travagliato percorso che ha portato, tardivamente e con notevolissime lacune, al recepimento in Italia della direttiva rimpatri, si v. C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2011, pp. 693-730. Per una panoramica generale del quadro normativo italiano in materia di allontanamento e detenzione amministrativa dei cittadini stranieri nell'ordinamento italiano prima dell'adozione della direttiva, si v. P. BONETTI, *National Reports – Italy*, in B. NASCIBENE (ed.), *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*, Milan, 2001, pp. 311-376, spec. p. 353 ss., e p. 374 ss.

⁴³ Benché regolati da fonti distinte, il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione (art. 14 Testo Unico Immigrazione) e il trattenimento del richiedente asilo (articolo 6 d.lgs. 142/2015) presentano rilevanti sovrapposizioni disciplina, specie per i profili procedurali (cfr., in particolare, art. 6, comma 5, d.lgs. n. 142/2015, cit., che rinvia alla disciplina sugli stranieri trattenuti per il rimpatrio “in quanto compatibile”).

⁴⁴ Cfr. art. 13 Cost.

Il problema è stato dapprima affrontato dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento al provvedimento che dispone la misura coercitiva (in particolare del trattenuto in attesa di rimpatrio). La Corte di Cassazione ha riconosciuto che il trattenuto trae direttamente dall'art. 15 della direttiva rimpatri, in quanto norma sufficientemente precisa e incondizionata⁴⁵, il diritto a proporre “domanda giudiziale di riesame” del provvedimento che ne ha disposto il trattenimento⁴⁶. La Corte di cassazione ha altresì individuato il giudice competente e il rito da seguire per l'esame della domanda di riesame. La scelta è ricaduta sul rito camerale, ritenuto idoneo ad assicurare le garanzie del contraddittorio, da svolgersi davanti allo stesso giudice della convalida⁴⁷. La soluzione elaborata dalla Cassazione appariva però circoscritta a certe condizioni, in particolare alla “novità” degli elementi che il trattenuto avrebbe potuto sottoporre al giudice.

Il giudice di legittimità ha in seguito esteso l'applicazione di questo approccio anche al caso in cui la domanda di riesame riguardi, non la decisione iniziale, ma il provvedimento che dispone la proroga del trattenimento. La Cassazione ha inoltre chiarito maggiormente i principi fondativi della propria giurisprudenza. Essa ha stabilito che il diritto al ricorso è conferito al singolo immediatamente dal diritto derivato dell'Unione direttamente efficace. La disciplina applicabile è stata invece ricavata facendo leva sui parametri nazionali (artt. 13 e 24 Cost.) e sovranazionali (l'art. 47 Carta e l'art. 5 CEDU), che impongono nell'ordinamento italiano la tutela effettiva della posizione dello straniero privato della libertà⁴⁸.

La portata del rimedio è stata ancora ampliata dalla giurisprudenza successiva valorizzando la natura del trattenimento come misura privativa della libertà personale e quindi “coperta” dalla riserva di

⁴⁵ La Cassazione richiama in proposito la sentenza *El Dridi*, in cui la Corte ha effettivamente chiarito la diretta efficacia dell'art. 15 della direttiva rimpatri (sentenza della Corte del 28 aprile 2011, causa C-61/11). È opportuno ricordare però che la questione oggetto del rinvio pregiudiziale riguardava un diverso problema, ossia la “compatibilità” (infine negata dalla soluzione della Corte) con la direttiva rimpatri della normativa italiana che puniva con la reclusione le violazioni dell'ordine di allontanarsi dal territorio nazionale, anche in pendenza della procedura di rimpatrio.

⁴⁶ Sentenza della Corte di cassazione, sez. I civ., del 29 settembre 2017, n. 22932, si v. spec. il punto 4.6.2.

⁴⁷ In base al principio c.d. di “concentrazione delle tutele”.

⁴⁸ Sentenza della Corte di Cassazione del 23 settembre 2019, n. 27076.

giurisdizione assoluta di cui all'art. 13 della Costituzione⁴⁹. Così facendo, sono state estese al riesame del trattenimento alcune caratteristiche essenziali del sindacato giurisdizionale tipiche dei giudizi in materia di libertà personale. Su questi presupposti, la Corte di Cassazione ha ritenuto, ad esempio, che il giudice del riesame del trattenimento non sia vincolato ai motivi addotti dalle parti e sia dunque libero di vagliare qualsiasi elemento rilevante nel caso di specie. Inoltre, la cognizione del giudice adito per il riesame non è circoscritta ai fatti “nuovi” o comunque “non noti” in precedenza⁵⁰. Non opera, cioè, l'effetto preclusivo del giudicato, in ragione della natura cautelare attribuita al giudizio⁵¹.

La garanzia effettiva del diritto alla libertà personale del trattenuto ha anche determinato l'estensione ad altre garanzie, tipicamente connesse alla detenzione penale. La Corte di cassazione ha così riconosciuto che allo straniero illegittimamente trattenuto spetta il risarcimento per ingiusta detenzione, come disciplinato dal codice di

⁴⁹ Si v. anche sentenza della Corte costituzionale del 10 aprile 2001, n. 105, in cui la Corte ha affermato che il trattenimento previsto dal legislatore italiano “presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione. Si può forse dubitare se esso sia o meno da includere nelle misure restrittive tipiche espressamente menzionate dall'articolo 13; e tale dubbio può essere in parte alimentato dalla considerazione che il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario. Tuttavia, se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle “altre restrizioni della libertà personale”, di cui pure si fa menzione nell'articolo 13 della Costituzione. (...) Si determina dunque nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale” (punto 4).

⁵⁰ Si v. da ultimo in questo senso l'ordinanza dell'11 dicembre 2022, con cui il Tribunale di Milano ha sottoposto una questione di legittimità costituzionale che verte sulle implicazioni della corretta individuazione del momento di acquisizione della qualifica di richiedente asilo ai fini del calcolo dei termini di convalida del trattenimento (con evidenti ripercussioni sul calcolo della durata massima dello stesso) nel caso in cui sia disposta la prosecuzione della misura coercitiva nei confronti dello straniero che richiede protezione essendo già trattenuto in attesa di espulsione.

⁵¹ Così, ad esempio, sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civ., del 14 settembre 2021, n. 24721; sentenza della Corte di Cassazione, sez. VI civ., del 6 ottobre 2022, n. 29152.

procedura penale interno, proprio per l’analogia tra il sacrificio alla libertà che si determina per effetto del trattenimento e per effetto della detenzione⁵².

L’applicazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva, consacrato all’art. 47 della Carta e concretizzato nell’art. 15 della direttiva rimpatri, ha consentito di arricchire le garanzie processuali previste dall’ordinamento italiano. La diretta efficacia di questo principio, e della relativa disposizione che ne è espressione specifica, ha imposto il riconoscimento di un’apposita via di ricorso, voluta dal diritto dell’Unione, ma ignorata dall’ordinamento italiano. La disciplina specifica di questo rimedio è stata poi ricostruita dai giudici italiani, ricorrendo non solo alle fonti dell’Unione, ma anche (e soprattutto) alle disposizioni costituzionali e della CEDU che delineano le garanzie a favore delle persone private della libertà.

5. L’analisi svolta consente di tracciare alcune considerazioni conclusive circa la centralità del sindacato giurisdizionale sui presupposti di legittimità del trattenimento.

Presupposti che, come si è visto, sono stati ricostruiti rigorosamente dalla Corte di giustizia, a salvaguardia del diritto fondamentale alla libertà personale dello straniero trattenuto. Tale approccio ha portato la Corte a intendere restrittivamente il potere degli Stati membri di disporre o prolungare la misura coercitiva, anche laddove maggiormente ampia è la discrezionalità concessa dal diritto derivato. A partire da essenziali caratteristiche, comuni a tutti gli strumenti di settore, la Corte ha inoltre elaborato una nozione autonoma di trattenimento, così da attrarre nella sfera d’applicazione del diritto dell’Unione, con tutte le connesse garanzie individuali, anche situazioni “elusive”, in cui l’individuo è sottoposto a misure coercitive assimilabili, nella sostanza, al trattenimento.

A questo rigore ricostruttivo e “creativo” la Corte ha accompagnato il rafforzamento del sindacato giurisdizionale dei giudici interni. Spetta a costoro, quali “giudici comuni dell’Unione”, garantire le prerogative dei singoli nel caso concreto. Questo assunto generale e cardinale per

⁵² Sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civ., dell’11 febbraio 2022, n. 4562.

l'architettura giurisdizionale dell'Unione⁵³ assume, nell'ambito che ci occupa, una connotazione peculiare, in considerazione della natura dello stesso diritto fondamentale inciso. La rapida protezione giudiziaria contro la privazione illegittima o arbitraria della libertà è infatti un elemento proprio del valore comune dello Stato di diritto, sancito anche dagli obblighi internazionali degli Stati membri⁵⁴.

L'esigenza di garantire effettività al diritto fondamentale di cui all'art. 6 della Carta corrisponde allora alla garanzia (assicurata da un organo giurisdizionale nel caso concreto) che nell'ordinamento dell'Unione la privazione della libertà per fini di controllo dell'immigrazione avvenga esclusivamente nelle modalità e nei casi definiti dal legislatore.

Questa esigenza è stata soddisfatta dalla Corte non solo ponendo degli argini alla discrezionalità statale di regolare aspetti procedurali (c.d. autonomia procedurale). Ma anche attraverso l'ampliamento della portata del sindacato giurisdizionale, abilitando il giudice a disapplicare le norme interne limitative o preclusive. Ma soprattutto è tale esigenza a imporre che sia istituito e accessibile un rimedio giurisdizionale effettivo nelle situazioni in cui tale rimedio non è stato predisposto dall'ordinamento interno, in grave violazione del valore fondamentale dello Stato di diritto, nonché degli obblighi internazionali già ricordati.

Una situazione (solo per alcuni aspetti) simile si è verificata nell'ordinamento italiano. Si è visto come la giurisprudenza di legittimità si sia sostituita al legislatore nazionale nell'adempimento del

⁵³ V. art. 19, par. 1, secondo comma, TUE. Sulla centralità del sindacato dei giudici nazionali, sia quali garanti dei diritti dei singoli sia in rapporto al sistema del rinvio pregiudiziale e, dunque, alla tenuta complessiva del sistema giurisdizionale dell'Unione, si v. le recenti riflessioni di B. CORTESE, *Il divieto di espulsioni collettive: riflessioni sul rischio di snaturamento dell'ordinamento giuridico dell'Unione alle sue frontiere esterne*, in A. TIZZANO, P. DE PASQUALE, F. FERRARO, R. MASTROIANNI (a cura di), *Giuseppe Tesaro. Un uomo, un europeista*, Napoli, 2023, pp. 245-264.

⁵⁴ V. art. 5, par. 4, CEDU. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte qualificato la necessità del sindacato giurisdizionale sui vari profili che attengono alla garanzia contro le privazioni arbitrarie della libertà personale quale caratteristica essenziale dello Stato di diritto: si v. sentenza della Corte EDU del 28 novembre 1988, ric. nn. 11209/84, 11234/84, 11266/84 e 11386/85, *Brogan e a. c. Regno Unito*, punto 58; del 5 luglio 2016, ric. n., 23755/07, *Buzadji c. Repubblica di Moldavia*, punto 84; del 22 ottobre 2018, ric. nn. 35553/12, 36678/12 e 36711/12, *S., V. e A. c. Danimarca*, punti 73 e 83.

vincolo attuativo, elaborando, a partire dal diritto derivato direttamente efficace, un rimedio giurisdizionale che consente all'individuo interessato di sottoporre al riesame del giudice la sussistenza o la permanenza dei presupposti giustificativi del trattenimento.

La Corte di Cassazione italiana si è dimostrata sensibile al dato normativo dell'Unione nel settore esaminato, valorizzando le garanzie giurisdizionali "rafforzate" del singolo previste dal diritto derivato. Per altro verso però, la giurisprudenza interna appare incline a ricostruire la tutela giurisdizionale del diritto alla libertà dello straniero trattenuto secondo il parametro costituzionale. I richiami, solo talvolta presenti, alla Carta dei diritti fondamentali sembrano avere un ruolo meramente rafforzativo di un *iter* logico fondato principalmente sulle garanzie costituzionali interne. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, nonostante i relevantissimi approdi, non trova ampia collocazione nei casi esaminati. Guardando a queste "lacune" formali si potrebbe facilmente immaginare una certa distanza tra l'approccio interno e quello "comune" alla tutela giurisdizionale effettiva del diritto alla libertà personale.

Tuttavia, se si considerano invece i risultati concreti, si nota piuttosto come entrambi i filoni giurisprudenziali coincidano su un punto cardinale, ossia il rafforzamento dell'intensità del sindacato del giudice nazionale, come presidio essenziale del diritto alla libertà personale dell'individuo. Regolando in via pretoria il riesame del trattenimento, la giurisprudenza italiana appare invero realizzare proprio le esigenze dell'effettività come sopra intese, ristabilendo un punto di equilibrio tra le prerogative fondamentali del singolo e lo spazio di arbitrio lasciato dalla grave inerzia del legislatore nazionale.