



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

uup.uniurb.it





**INCONTRI
E PERCORSI**

N.04

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 978-88-31205-54-2

PDF ISBN 978-88-31205-52-8

EPUB ISBN 978-88-31205-53-5

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:

<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

SOMMARIO

SAPERE DI SAPERE	11
Alessandro Bondi	

PARTE I: RELAZIONI

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI <i>COMMON LAW</i>	31
George P. Fletcher	

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE	37
Luís Greco	

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI	49
Sergio Moccia	

DIRITTO PENALE: TEORIA SENZA PRASSI?	63
Tullio Padovani	

SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI NEL DIRITTO PENALE: UNA PANORAMICA	73
Francesco Palazzo	

DIRITTO PENALE E NUOVE TECNOLOGIE: UNA SFIDA PER LA PRASSI E PER LA TEORIA	83
Lorenzo Picotti	

PARTE II: INTERVENTI

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE	97
Antonio Cavaliere	

UN POSSIBILE UTILIZZO DEI SISTEMI DI IA PER LO STUDIO DELLA PRASSI COMMISURATIVA	119
Fabio Coppola	

PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE	131
Stefano Fiore	

LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE	137
Gabriele Fornasari	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PENALE	151
Alessio Infantino	
TEORIE E PRASSI DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA	183
Elena Mattevi	
L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI	193
Antonia Menghini	
TEORIA E PRASSI DI UN DIRITTO PENALE DEL CLIMA	205
Rosa Palavera	
PARTE III: CONTRIBUTI	
QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE	243
Giada Alessandrone	
IMBRIGLIARE LA PRASSI DEL PUNIRE: LE <i>CHANCES</i> DISPERSE DI UNA TEORIA DELLA RISPOSTA AI REATI	265
Luciano Eusebi	
«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE	275
Adelmo Manna	
INUTILITER DATO	305
Vincenzo Bruno Muscatiello	
LA CONSUMAZIONE DEL REATO TRA TEORIA E PRASSI. MUOVERSI SUI CONFINI	355
Beatrice Panattoni	
I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE	381
Filomena Pisconti	
IL CONCETTO <i>ONNIVORO</i> DI SICUREZZA	393
Gianluca Ruggiero	

I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE

Il caso del trattenimento italo-albanese

Filomena Pisconti

Ricercatrice (RtDA) di diritto penale, Università degli Studi di Bari "A. Moro"

1. IL DIBATTITO GENERALE SULLA MATERIA PENALE IN TEMA DI DETENZIONE AMMINISTRATIVA DEL MIGRANTE

Il (pericoloso) compito del diritto penale di contrastare l'immigrazione irregolare alimenta il dibattito sulla applicazione del sistema di garanzie in favore del migrante destinatario di misure restrittive della libertà personale, riconducibili al quadro della cd. *crimmigration*¹.

È unanime il convincimento che la misura della *migration detention*, nonostante la sua (apparente) qualificazione come «amministrativa», attrae le attenzioni del giuspenalista che rintraccia nelle *species* oggi esistenti un modello di trattenimento idoneo ad incidere sulla libertà di circolazione e di soggiorno dello straniero, sotto forma di una vera e propria detenzione carceraria²; l'intensa carica securitaria della normativa degli Stati europei

1 Sul fenomeno della *crimmigration*, cfr. senza pretesa di esaustività, C. Ruggiero, *Le linee di tendenza della crimmigration nel sistema penale italiano dal «decreto Minniti» al «decreto sicurezza bis»*, in *AP online* (2020) 2, 1-26; G.L. Gatta, *La pena nell'era della «crimmigration»: tra Europa e Stati Uniti*, in *RIDPP* (2018) 2, 675-720; A. Caputo, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *DPP* (2019) 11, 1492-1502; L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli 2019, 1-112; L. Siracusa, *Sulle tracce della crimmigration in Europa: l'espulsione dello straniero in un confronto fra Spagna, Francia e Italia*, in *RPE* (2019) 1-2, 273-325; R. Rosenberg Rubins, *Crimmigration under international protection: constructing criminal law as governmentality*, Southport 2023, 1-250; L. Masera, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *LP online* (2019), 24.07.2019, www.la legislazione penale.eu.it; C. Cuauthémoc García Hernández, *Criminal law*, American Bar Association 2021, 2^a ed., 1-304.

2 Cfr. A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* (2014) XVI 1, 19-40; G. Campesi, *La detenzione amministrativa de-*

in materia di gestione dei flussi migratori ha, infatti, ridimensionato l'operatività residuale dell'istituto della detenzione³.

L'etichetta amministrativa «*dimentica intenzionalmente di importare le garanzie del sistema della giustizia penale, sacrificate sull'altare della maggiore efficacia e speditezza dell'azione di contrasto all'immigrazione irregolare e alla connessa criminalità*»⁴; l'espressione di «pene senza delitto» resta, comunque, la più efficace per connotare alcune misure che per il loro grado di afflittività indicano vere e proprie sanzioni penali privative della libertà personale⁵.

Nella cornice di pene senza delitto il dibattito sulla *migration detention* ha riguardato, in particolar modo, le misure privative della libertà del migrante definite come «atipiche» o *extra-ordinem*, con un contenuto fortemente afflittivo, avvolto da un involucro nominalistico che può essere definito come «*ipocrisia terminologica tutt'altro che innocua*»⁶.

Così, le valutazioni del giuspenalista riguardano la attivazione delle fondamentali garanzie costituzionali e convenzionali in materia di libertà personale in tutti quei casi in cui essa venga ristretta con una misura fortemente afflittiva denominata formalmente «amministrativa», che si colloca all'interno della materia penale con la sua natura ibrida⁷, in ragione proprio di «*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*»⁸.

gli stranieri. Storia, diritto, politica, Carocci 2013, 1-248; F.V. Verzi, *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* (2015) XVII 3-4, 117-141; A. Massaro, *L'uropeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei «doppi binari» nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della «materia penale»*, in *DPC online* (2015), 15.07.2015, www.penalecontemporaneo.it.

3 Cfr., sul punto, E. Valentini, *La coercizione clandestina: la libertà personale dello straniero in arrivo*, in *RIEDP online* (2023), 25.07.2023, www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc.

4 L. Foffani, «*Crimmigration*»: dalla giurisprudenza CEDU ai «decreti sicurezza», in A. Saccucci, P. Pinto de Albuquerque (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva europea, Opinioni dissenzienti e concorrenti (2016-2020)*, Editoriale scientifica 2021, XX-1296, 375.

5 Cfr. A. Manna, F.P. Lasalvia, *Le «Le pene senza delitto»: sull'inaccettabile «truffa delle etichette»*, in *AP* (2017) 1, 1- 29.

6 A. Della Bella, «*Trattenimento*», in *SP online* (2023), 07.06.2023, www.sistemapenale.it.

7 Cfr. F. Pisconti, *The detention of migrants and the debate on criminality, deceitful descriptions and underlying guarantees*, in F. Mazzacuva, M. Odriozola Gurrutxaga, N. Recchia, A. Santangelo (a cura di), *Criminal Justice in the prism of human rights*, Maklu 2023, 167-177.

8 Cfr. nt. 5. Il riferimento è alla sentenza della C. cost. sent. 22.03.2001 n. 105 sul trattenimento amministrativo italiano.

Il presupposto applicativo della misura detentiva amministrativa del migrante si è progressivamente esteso: nella sua primigenia versione la detenzione, infatti, produceva un soggiorno forzato dello straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato in apposite strutture per impedire di sottrarsi alla esecuzione del provvedimento di allontanamento coattivo alla frontiera. La misura detentiva è estesa oggi anche ai richiedenti asilo che vengono privati della libertà nelle more dell'esame della propria domanda.

In entrambe le situazioni, la funzione amministrativa della detenzione si spiega per il fatto di non essere una misura disposta per la commissione di un fatto e quindi non raggiunge gli scopi della pena, trovando il suo presupposto applicativo nella qualità di straniero irregolare o richiedente asilo.

L'aspetto caratterizzante questo *trend* di estensione applicativa della detenzione amministrativa del migrante è proprio quello della esaltazione della finalità deterrente nei confronti dell'immigrazione « indesiderata ».

Tradizionalmente le misure detentive hanno trovato collocazione nel perimetro del diritto penale, perché connesse ad un reato, mentre la detenzione in assenza di reato è considerata « *autentica bestialità di fine millennio* »⁹, che proprio nel campo migratorio del diritto dell'Unione Europea è diventata « *strumento funzionale all'esercizio delle prerogative di controllo dell'immigrazione* »¹⁰.

L'etichetta amministrativa ha progressivamente allontanato la misura detentiva del migrante dall'impianto liberale costruito nel tempo a tutela della libertà personale, per essere collocata in quello meno garantista del diritto amministrativo, nonostante il migrante il più delle volte si trovi recluso in luoghi che appaiono come prigioni di fatto.

Forme mutevoli di una stessa sostanza: sono molteplici i luoghi impiegati che hanno assunto diverse denominazioni nelle legislazioni statali, a partire dai centri destinati alla sosta dei migranti soggiornanti irregolari, ai Centri governativi per l'accoglienza o il trattenimento dei migranti e dei richiedenti asilo come Centri governativi di primo soccorso (CPSA), ai Centri di accoglienza (CDA), ai Centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA) e ai Centri di identificazione ed espulsione (CIE) tramutati in Centri per di permanenza per i rimpatri (CPR), agli HUB regionali, agli *hotspots*, alle zone di frontiera, alle navi-quarantena.

9 M. Veglio, *La Malapena. Sulla crisi della giustizia al tempo dei centri di trattenimento degli stranieri*, SEB27 2020, 1-104, 37.

10 R. Palladino, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Edizione Scientifica 2018, 1-318, 14.

Insomma: «un florilegio di sigle e acronimi dietro cui si cela un dedalo normativo in cui è difficile districarsi, ove le destinazioni d'uso cambiano da un giorno all'altro, e ove si consuma, certo in misura diversa, un assoggettamento dei migranti all'altrui potere mai in linea con quanto costituzionalmente prescritto in materia di limitazione della libertà personale»¹¹.

Lo scopo preventivo della misura ha collocato le forme di trattamento al di fuori della dimensione penalistica, sull'assunto che per prevenzione si intende «l'azione volta a fronteggiare il pericolo, ad impedire il prodursi o lo svilupparsi di un fatto dannoso e per sanzione si intende l'atto coercitivo quale conseguenza della trasgressione di un obbligo a sua volta qualificata in chiave di illecito»; allora sì che la natura giuridica della detenzione amministrativa non può esser ricompresa «entro il *genus delle risposte ordinamentali* ab origine di tipo sanzionatorio»¹².

«Trattenere» il regime della *migration detention* al di fuori dall'ambito della materia penale ha comportato l'attrazione della disciplina nell'ambito del diritto amministrativo; ma come è stato rigorosamente affermato, «la funzione cautelare non vale ad escluderne l'attinenza alla materia penale, precisamente in quanto si tratta di misura cautelare che, privando taluno della libertà personale, presenta la gravità che connota la materia penale»¹³.

«Un ritorno al penale»¹⁴ dell'istituto potrebbe costituire l'occasione per gli stranieri privati della loro libertà personale di poter beneficiare di garanzie più robuste e conferenti al loro *status* di detenuti¹⁵.

11 D. Loprieno, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* (2019) 1, 1-39, 7, che aggiunge: «l'orientamento secondo cui la natura, *rectius* funzione, preventiva di una sanzione varrebbe ad escluderne l'attinenza alla materia penale, che sarebbe invece connotata nel senso della natura o funzione "repressiva", può probabilmente trovare conferme nell'incerta giurisprudenza della Corte EDU; e, tuttavia, risulta incompatibile con i compiti del diritto penale secondo la Costituzione italiana e secondo altri ordinamenti europei continentali».

12 P. Gualtieri, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei «luoghi di detenzione». Un'indagine di diritto penale intorno al carcere, REMS e CIE*, Roma Tre-Press 2017, 361-422, 374.

13 Cfr. nt. 10.

14 Cfr. D. Loprieno, «Trattenere e punire». *La detenzione amministrativa dello straniero*, Editoriale scientifica 2018, 1-254; A. Pugiotta, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *QC* (2014) 3, 573-604.

15 Cfr. L. Bernardini, *Il trattenimento degli stranieri sotto la lente del processualpenalista. Una misura sanzionatoria di natura penale?*, in G. Del Turco, C. Milano, M. Savino, M. Tuozzo, D. Vitiello, (a cura di), *Annuario ADiM 2022. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, 516-528.

Eppure, né nell'art. 5 CEDU, che sancisce il diritto universale di libertà e sicurezza e che legittima la *detention* del migrante irregolare, né negli artt. 15 e 16 della Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva Rimpatri) per quanto i migranti irregolari e né negli art. 8 e ss. della Direttiva 2013/33/UE (c.d. Direttiva Accoglienza) sulla detenzione dei richiedenti protezione internazionale, si fa menzione della natura sostanzialmente penale della misura *de qua*.

L'applicabilità dei criteri *Engel* alla detenzione amministrativa, seguendo le indicazioni di autorevole letteratura penalistica, non sembrerebbe peregrina: tali indicatori, infatti, «sono nati proprio per riconoscere le garanzie penalistiche ad una misura (...) di cui la Corte [EDU] nega la prevalente finalità punitiva, ma che in quanto incidente sulla libertà personale viene comunque fatta rientrare nell'area di applicabilità delle garanzie penalistiche»¹⁶.

Parrebbe potersi richiamare «il terzo dei criteri elaborati dalla Corte EDU a partire dalla sentenza *Engel* – apparentemente netta nel considerare sanzione sostanzialmente penale ogni privazione della libertà personale –, per quanto tali criteri e i loro rapporti reciproci siano tutt'altro che nitidi, come viene diffusamente rilevato»¹⁷: le ragioni di afflittività nei confronti dei diritti fondamentali di libertà dell'individuo delle misure detentive imporrebbero l'adozione delle garanzie penalistiche.

L'attinenza alla materia penale delle misure cautelari, seppur con natura preventiva, comporterebbe il «consolidamento dell'approccio “sostanzialistico” fondato sui criteri della “severità” della sanzione e, in misura ancora maggiore, della sua finalità punitiva»¹⁸; misure che devono, quindi, essere implementate con la previsione di adeguate garanzie in favore del singolo.

Così, è legittimo chiedersi: «su quali basi si fonda questa operazione di riduzione della materia penale à la *Engel*, effettuata senza che né la Corte EDU né la Corte costituzionale abbiano mai espressamente dichiarato il superamento dell'originaria criteriologia? E se davvero l'afflittività della misura non ne comporta di per sé la natura penale, anche misure preventive che incidano sulla libertà personale giacerebbero al di fuori della

16 L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli 2018, 1-280, 217.

17 A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in SP (2022) 4, 43-71, 66.

18 M. Mancini, *La «materia penale» negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi.it* (2018) 1, 1-26, 12.

materia penale, e il loro corredo di garanzie sarebbero allora solo quello previsto dalle norme poste a presidio di tale diritto (l'art. 13 Cost. e l'art. 5 CEDU)? O invece quando è in gioco la libertà personale, le garanzie della materia penale dovrebbero comunque ritenersi applicabili, anche al di là della finalità perseguita dal legislatore nel disporre la misura?»¹⁹.

In tema di immigrazione, ad ogni modo, non dovrebbe essere intaccata la dimensione della libertà personale senza l'attivazione di dovute e adeguate garanzie; eppure, nel caso dell'immigrato, accade che «*la libertà personale diventa disponibile per l'autorità anche quando voglia ottenere che l'immigrato "irregolare" lasci l'italico suolo; si tratta di un cambio di paradigma davvero forte, perché non soltanto amplia le rigide deroghe costituzionalmente ammesse alla sua inviolabilità, ma condanna all'oblio la parola detenzione quando si vogliono evocare gli strumenti attraverso cui l'ordinamento "si appropria" della libertà del migrante*»²⁰.

2. IL CASO DEL TRATTENIMENTO ITALO-ALBANESE

In Italia il dibattito sulla *migration detention* si è intensificato a partire dalle nuove disposizioni del governo Meloni che hanno riformato alcuni aspetti del sistema della detenzione: ad esempio, la l. n. 50/2023 che, in sede di conversione del d.l. 20/2003 (c.d. Decreto Cutro) ha modificato l'art. 28 bis d.lgs. 25/2008, estendendo il trattenimento anche al richiedente protezione internazionale proveniente da un Paese designato di origine sicura.

Gli stessi richiedenti oggi devono essere trattenuti quando non abbiano consegnato il passaporto ovvero non prestino «idonea garanzia finanziaria», istituto introdotto con decreto interministeriale del Ministero dell'Interno, con il Ministro della Giustizia e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze.

19 L. Masera, *La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventiva e non punitiva*, in SP online (2022), 14.07.2022, www.sistemapenale.it.

20 L. Caraceni, *Dalla «detenzione» al «trattenimento» dello straniero: un lessico giuridico spregiudicato per eludere le garanzie dell'habeas corpus*, in *La detenzione dei migranti tra restrizione e privazione della libertà: un diritto fondamentale al bivio?* (Seminario di Studio, Urbino 24 novembre 2021), in *Cultura giuridica e diritto vivente* (2022) 10, 1-27, 11.

Si consideri, inoltre, l'aumento dei fondi per l'ampliamento della rete dei centri di permanenza per il rimpatrio (CPR)²¹, o l'aumento del tempo di permanenza massimo previsto per chi viene trattenuto, fino a 18 mesi²².

In questo quadro si colloca il protocollo italo-albanese in materia migratoria, che secondo quanto affermato dalla Commissaria per i diritti umani, Dunja Mijatović, fa parte di «*un più ampio trend europeo di “esternalizzazione” delle procedure di asilo*» che rischia di mettere in discussione le garanzie fondamentali per i diritti umani dei migranti²³.

Al momento in cui si scrive, il protocollo veniva firmato a Roma lo scorso 6 novembre 2023 e successivamente il 18 dicembre 2023 il Governo presentava alle Camere il disegno di ratifica ed esecuzione del protocollo (d.d.l. AC 1620), dopo che era intervenuta la sospensione della ratifica da parte della Corte costituzionale albanese²⁴.

Esso prevede il trasporto coattivo in Albania di persone di paesi terzi per le quali deve essere accertata la sussistenza o è stata accertata l'insussistenza dei requisiti per l'ingresso, il soggiorno o la residenza nel territorio della Repubblica italiana: così, i soggetti condotti su territorio albanese verranno collocati in strutture realizzate in aree concesse a titolo gratuito all'Italia, al solo fine di effettuare le procedure di frontiera o di rimpatrio previste dalla normativa italiana ed europea e per il tempo strettamente necessario alle stesse.

Si legge che le autorità italiane assicureranno «*la permanenza dei migranti all'interno delle aree impedendo la loro uscita non autorizzata*» (art. 6.5) e il periodo di permanenza in esse «*non può essere superiore al periodo massimo di trattenimento consentito dalla normativa italiana*»

21 L. 29 dicembre 2022 n. 197, art. 1, co. 678.

22 D.l. 19 settembre 2023, n. 124, art. 20 che modifica l'art. 14 del d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286. Per un primo commento cfr. R. Cherchi, *Il trattenimento dello straniero nei c.p.r. secondo il decreto-legge 124/2023, o di come valorizzare le worst practices*, in Adim Blog, www.adimblog.com/2023/12/01/ (consultato il 14.01.2024); ASGI (Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione), *CPR: serve una riforma organica e non misure irragionevoli e costose. Le nostre osservazioni alla Commissione Bilancio*, in <https://www.asgi.it/notizie/cpr-riforma-costi-non-misure-irragionevoli/> (consultato il 14.01.2024).

23 Cfr. *Le dichiarazioni della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa in merito al protocollo d'intesa tra Italia e Albania sulla gestione dei flussi migratori*, in SP online (2022), 13.11.2022, www.sistemapenale.it: «*However, externalisation measures significantly increase the risk of exposing refugees, asylum seekers and migrants to human rights violations*».

24 Cfr. *The constitutionalist blocks the Rama-Meloni pact for immigrants, considers the opposition's lawsuit*, in <https://pamfleti.net/english/aktualitet/pakti-shqiperi-itali-per-emigrantet-gjykata-kushtetuese-merr-ne-shqyr-i203007> (consultato il 14.01.2024).

(art. 9.1). Così il trattenimento potrà dunque perdurare fino alla durata massima del periodo previsto oggi dalle norme italiane e cioè fino a 18 mesi, ovvero il nuovo termine previsto.

Alle persone condotte nei centri sarebbe impedito di uscire: è evidente, dunque, che trattasi di un vero e proprio regime di detenzione automatica e prolungata.

La base legale di questo regime di detenzione è piuttosto indeterminata per diversi aspetti, quali le modalità concrete di esercizio del diritto tramite un difensore legale - benché ogni straniero deve essere messo nelle condizioni di esercitare il suo diritto alla difesa garantito dall'art. 24 Cost. e dall'art. 6 CEDU -, la competenza del giudice a convalidare il trattenimento coatto e quella del giudice in caso di diniego di rilascio della protezione internazionale.

Il testo della proposta di disegno di legge, invece, ha approfondito alcuni aspetti. Esso chiarisce, anzitutto, la circostanza che trattasi di luoghi chiusi da cui è impedita l'uscita, sia di CPR che di spazi di trattenimento dei cd. *hotspot* visto che l'art. 3 dispone, al comma 4, che alcune strutture siano equiparate ai luoghi di trattenimento presso i punti di crisi, e, richiamando l'art. 10 ter del TUIImm., dispone che sia allestita una struttura per il rimpatrio, equiparata ai centri di cui all'art. 14; a queste forme di detenzione si aggiunge una ulteriore forma di detenzione riferita a strutture in cui i migranti possono essere trasferiti per scontare le misure cautelari per reati commessi all'interno dei centri.

Oltre a questi richiami, l'art. 3 co. 2 specifica che le aree sono equiparate alle zone di frontiera o di transito, individuate dall'art. 28 bis co. 4 del d.lgs. 25/20228, rendendo, di fatto applicabile la specifica normativa sulla procedura accelerata di valutazione delle domande di protezione.

La previsione nel testo della realizzazione di più tipi di centri detentivi è funzionale al fatto che *«il percorso della detenzione amministrativa deve insomma trovare, nel disegno legislativo, piena e completa attuazione nel territorio albanese, tanto nella fase di identificazione e prima valutazione delle domande, quanto in quella successiva di esecuzione dell'eventuale decisione di rimpatrio»*²⁵.

Tra gli ulteriori aspetti più rilevanti, per quanto riguarda le autorità amministrative e giurisdizionali coinvolte, viene chiarito che i provvedi-

25 Per un primo commento al disegno di legge cfr. L. Masera, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia e Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in SP online (2023), 29.12.2023, www.sistemapenale.it.

menti amministrativi nei confronti dei migranti sono adottati dal Prefetto, dal Questore e dalla Commissione territoriale di Roma, con costituzione di apposite sezioni *ad hoc*, le decisioni giudiziarie sono di competenza del Tribunale di Roma (art. 4).

Per assicurare l'immediata instaurazione dell'assistenza tecnica e del diritto di difesa il disegno di legge stabilisce le modalità per rilasciare a distanza la procura speciale al difensore.

Spetta, tuttavia, al responsabile della struttura in territorio albanese il compito di adottare tutte le misure necessarie per assicurare il tempestivo e pieno esercizio del diritto di difesa del migrante, consentendogli anche di conferire in via riservata con il difensore mediante mezzi di collegamento audiovisivi. Rileva, pertanto, una eccessiva discrezionalità del responsabile nella gestione dell'esercizio di un diritto così rilevante come quello di difesa.

L'idea di fondo del protocollo ruota intorno la necessità di bloccare i flussi in entrata sul territorio nazionale, giacché i migranti verranno direttamente imbarcati sui mezzi delle autorità italiane a seguito delle operazioni «*all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'UE*», anche a seguito di operazioni di soccorso, con ciò indicando che l'accordo sarà applicato solo per i migranti soccorsi in acque extraeuropee, internazionali.

Un meccanismo, dunque, di controllo dei flussi finalizzato ad evitare l'entrata sul territorio italiano e che, di fatto, esternalizza la detenzione dei migranti. Non si cerca più di rendere invisibile la permanenza del migrante sul territorio, ma si cerca di invisibilizzare il suo ingresso.

3. CONCLUSIONI DI LEGITTIMITÀ

Così, «*La garanzia della securité' contro un nemico costante diviene l'imperativo categorico dello Stato attuale, la legislazione emergenziale assurgendo a paradigma del sistema penale, indissolubilmente legato al mito durkheimiano di una coscienza sociale "che integra tutti i membri di una società, in particolare nel momento della violazione delle norme"*»²⁶.

26 F. Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in IP (2006), 1, 182-227, 184 che riporta (rif. nota n.8) la citazione di A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in Id. (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, in Dei delitti e delle pene (1985) 3, 443 ss., 456.

Lo straniero pericoloso, dunque, deve essere dissuaso dal dirigersi verso le coste italiane e il sistema della *migration detention* extraterritoriale rappresenta un simbolo della forza stigmatizzante della normativa di settore.

L'utilizzo di misure detentive che eludono l'applicazione dei principi convenzionali e costituzionali della materia penale, non solo costituiscono esempio lampante di «frode delle etichette», ma anche un inaccettabile effetto di bagattellizzazione della libertà personale.

L'analisi della legittimità dei centri di detenzione fuori dal territorio nazionale, per la probabilità che possa diventare modalità organizzativa degli Stati, verterà su una riflessione preliminare circa l'esistenza di un principio costituzionale o di diritto internazionale che vieti in modo esplicito la creazione di centri di detenzione collocati fuori dai confini statali.

Sarà evidentemente necessario chiarire i meccanismi concreti di come si adopera il Paese UE nel monitoraggio della tutela irrinunciabile dei diritti di protezione internazionale e delle libertà individuali, qualora tale *modus operandi* verrà adottato anche da altri Paesi.

La previsione di una misura detentiva automatica che rappresenta l'unica forma di permanenza consentita sul territorio albanese certamente spoglia il trattenimento dell'idea di misura di *extrema ratio*.

L'accordo italo-albanese delinea una strategia di extra-territorializzazione della detenzione, che, pur non intaccando la responsabilità sulle domande di asilo delle autorità ospitate nel Paese terzo, rischia di disattendere le garanzie che presidiano l'art.13 della Costituzione, che rappresenterebbe l'ennesimo stato di eccezione riservato ai migranti.

Il patto italo-albanese potrà rappresentare un vero e proprio laboratorio sperimentale di esternalizzazione dei centri di detenzione: «*The MoU is indicative of a wider drive by Council of Europe member states to pursue various models of externalising asylum as a potential 'quick fix' to the complex challenges posed by the arrival of refugees, asylum seekers and migrants. However, externalisation measures significantly increase the risk of exposing refugees, asylum seekers and migrants to human rights violations. The shifting of responsibility across borders by some states also incentivises others to do the same, which risks creating a domino effect that could undermine the European and global system of international protection*»²⁷.

27 Cfr. nt. 23.

A riguardo, il prof. Luigi Ferrajoli ha lucidamente osservato come tale Protocollo testimoni il «*disprezzo per il diritto e per i diritti della destra al governo: la deportazione dei migranti in Albania, una sorta di Guantanamo italiana, in violazione del diritto d'asilo e dell'habeas corpus. Le persone non sono cose e la privazione della loro libertà necessaria per trasferirle in Albania contro la loro volontà è chiaramente un sequestro di persona*»²⁸.

La normalizzazione di questo tipo di detenzione, per scopi burocratici e amministrativi «di massa», rischia di sfuggire alle logiche di eccezionalità e proporzionalità della misura, favorendo il processo di invisibilità cui sono condannate le persone trattenute e deportate.

L'auspicio è che queste possano, tramite l'applicazione rigorosa dei principi e delle garanzie in materia di libertà personale, arginare il rischio che il trattenimento diventi una arma vincente che mette in fuga i migranti alle porte d'Europa.

La strategia degli Stati di spostare le frontiere sempre più al largo dei confini nazionali impone di inquadrare le più recenti prassi limitative della libertà personale non formalizzate all'interno di categorie concettuali che consentano di attivare garanzie nazionali e sovranazionali poste a presidio della stessa: fintanto, «*la materia appare caratterizzata da estrema fluidità e da delicati risvolti di politica nazionale ed europea, la cui trattazione è resa ancora più complessa dal suo marcato carattere interdisciplinare*»²⁹.

28 F. Borlizzi, *Accordo Italia-Albania: l'inarrestabile spirale dei «legal black holes»*, in <https://openmigration.org/analisi/accordo-italia-albania-linarrestabile-spirale-dei-legal-black-holes/> (consultato il 14.01.2024).

29 F. Cancellaro, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in DPC (2020) 3, 428-443, 441.