

I diritti umani e la detenzione ai fini dell'allontanamento nello spazio europeo

di Tommaso Rooms

Lo scopo di queste riflessioni è rinvenire gli eventuali limiti che la normativa internazionale sui diritti dell'uomo pone al diritto degli Stati di detenere, in via amministrativa o prevedendo il reato penale di immigrazione clandestina, gli stranieri che varcano illegalmente le proprie frontiere nazionali, o che vengono trovati sul territorio sottoposto alla propria giurisdizione senza averne il necessario permesso. Infatti, il divieto di privazione arbitraria della libertà viene riconosciuto dai più importanti trattati internazionali e regionali sui diritti umani.

Al contempo, il diritto internazionale riconosce allo Stato il diritto di escludere chi non è suo cittadino dal proprio territorio quale parte inalienabile del principio di sovranità.

Si vuole qui analizzare, in sostanza, quali sono i conflitti che tra queste due norme possono sorgere. Tale analisi va ritenuta essenziale, oggi più che mai, in virtù della crescita esponenziale dei flussi migratori irregolari verso l'Europa, così come verso il resto dell'occidente politico.

Con i flussi, aumenta anche la generale tendenza ad impostare la politica migratoria sul controllo e la repressione degli ingressi illegali, e lo sforzo per incrementare e rendere più efficiente il sistema delle espulsioni, e dunque della detenzione ai fini dell'allontanamento, i cui limiti temporali massimi tendono ad aumentare.

Al contrario, nonostante il (o forse a causa del) comprovato massiccio e produttivo utilizzo da parte delle economie europee degli immigrati irregolari, non si osservano politiche tese a ridurre a livello legislativo le ipotesi in base a cui sorge l'irregolarità.

L'approccio strettamente repressivo è ben supportato, oltre che dai tradizionali allarmi, più o meno giustificati e giustificabili, suscitati dal fenomeno dell'immigrazione clandestina, dal fatto che il periodo attuale è caratterizzato dalla lotta al terrorismo come priorità dei governi, vista la falsa analogia sovente diffusa dai mezzi di comunicazione tra problemi di sicurezza e immigrazione clandestina.

È soprattutto attraverso la diffusione dell'idea dell'emergenza sicurezza, giustificata ora con l'allarme terrorismo, ora con una pretesa crescita esponenziale dei crimini mal supportata dalle statistiche ufficiali, che gli Stati giustificano l'adozione di norme che rendono più facile detenere stranieri irregolari che non hanno commesso alcun reato, per di più per periodi di tempo sempre più lunghi. Innanzitutto, bisogna guardare ai limiti alla detenzione amministrativa di stranieri posti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo per i 47 Stati che l'hanno ratificato. La CEDU, così come interpretata dai giudici europei, considera una violazione dei diritti dell'uomo l'allontanamento o il respingimento di uno straniero verso un paese in cui questo potrebbe essere sottoposto a tortura o ad una pena o trattamento inumano o degradante, il cui divieto è sancito all'art. 3. Dunque la Convenzione riconosce, seppur indirettamente, il principio di non-refoulement, che deve essere rispettato anche là dove non vi sia un'analogia previsione da parte della legislazione nazionale. I procedimenti di allontanamento, inoltre, non possono violare l'art. 8 della CEDU, per cui non può essere espulso un individuo se tale provvedimento incide sul diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. L'art. 3 della CEDU, proibendo le pene e i trattamenti inumani e degradanti, viene in rilievo qualora si considerino le condizioni materiali che sono state riscontrate da rapporti di ONG e di istituzioni governative o di istituzioni sovranazionali cui gli stranieri sono sottoposti nei centri di detenzione europei.

Questa problematica non riguarda solo l'Italia, ma anche gli altri paesi di più forte immigrazione, come Francia, Spagna e Regno Unito. L'art. 3 è stato applicato dalla Corte in numerosi casi concernenti individui detenuti in carceri sovraffollate, o qui sottoposti a maltrattamento da parte delle forze dell'ordine (si veda, ad esempio, la sentenza del 15 luglio 2002 Kalashnikov v. Russia). Perché possa essere rinvenuta una violazione di quella disposizione, tuttavia, si è visto come siano necessarie prove che vadano "al di là di ogni ragionevole dubbio".

Nel caso *Dougoz v. Greece* del 2001, riguardante proprio un individuo sottoposto a detenzione in attesa di essere espulso, le prove sono state ritenute sufficienti grazie all'esistenza di un rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti che confermava le dichiarazioni del ricorrente. Questo ci porta a sottolineare l'importanza del lavoro del Comitato, anch'esso sorto in seno al Consiglio d'Europa, che con le sue visite,

programmate o ad hoc, può fornire quel materiale necessario a far sì che la Corte possa constatare se la violazione dell'art. 3 c'è stata o meno.

A questo proposito, in particolare per quanto riguarda l'Italia, si deve sottolineare la difficoltà a svolgere una visita sufficientemente approfondita nei centri di detenzione per stranieri irregolari. Si aggiunga che le visite, sia quelle di associazioni indipendenti che quelle istituzionali, anche qualora concesse, sono solitamente precedute da un preavviso sufficientemente ampio da mettere le autorità governative nelle condizioni di porre sotto gli occhi degli osservatori situazioni che non necessariamente corrispondono alla quotidianità dei centri. Si pensi al fatto che in Italia perfino per la Commissione de Mistura, incaricata dal Ministero dell'interno di redigere un rapporto sui CPTA, non è stato possibile, per mancanza di trasparenza e di cooperazione degli enti gestori, far luce su ogni aspetto riguardante i centri.

Inoltre occorre sottolineare le difficoltà di carattere legale e pratico che uno straniero irregolare deve superare per sottoporre un ricorso alla Corte di Strasburgo. Innanzitutto devono essere stati esauriti i rimedi interni. Anche senza prendere in considerazione la lentezza della giustizia italiana, che non è certo una caratteristica di ogni paese europeo, per un individuo clandestino che una volta rinvenuto dalle forze dell'ordine del paese in cui si trova viene tradotto in un centro di detenzione, è generalmente complesso venire a conoscenza perfino dei motivi per cui è privato della sua libertà, dei tempi che riguarderanno la misura, delle sue conseguenze e del suo statuto giuridico, nonché della possibilità e modalità con cui può richiedere l'asilo politico. Il servizio di orientamento legale è generalmente inesistente, anche a causa dell'avversione verso la partecipazione alla vita dei centri delle associazioni indipendenti che potrebbero svolgere tali funzioni.

Dunque, le possibilità per un immigrato irregolare di appellarsi alla giustizia nazionale ed internazionale nel caso in cui siano stati infranti i suoi diritti fondamentali incontra delle difficoltà sia di carattere informativo, poiché egli raramente sa quali sono gli strumenti di difesa e come utilizzarli, sia per l'opposizione di chi gestisce i centri (in Italia enti privati, altrove solitamente l'amministrazione statale) alla trasparenza e alla chiarezza verso ciò che nelle strutture avviene e verso le condizioni materiali in cui esse versano.

Al di là di quanto sopra detto, il caso *Dougoz* dimostra che i giudici europei possono arrivare ad esprimersi anche sulla detenzione amministrativa di uno straniero irregolare. Ciononostante, la protezione della Corte risulta in questo ambito meno incisiva rispetto al livello che suole caratterizzarla. Sembra mancare, ad esempio, una efficace tutela delle garanzie processuali, poiché gli organi di Strasburgo hanno escluso l'applicabilità dell'art. 6 sul diritto ad un giusto processo ai procedimenti concernenti le espulsioni. Secondo la Corte di Strasburgo quell'articolo riguardava soltanto le controversie vertenti su diritti ed obblighi in materia civile, e sulla fondatezza in materia penale, mentre l'espulsione non rientrerebbe né sotto quest'ultimo profilo (neanche nei casi in cui essa viene inflitta per motivi di pubblica sicurezza o come sanzione sostitutiva alla pena) né sotto al profilo civile, perché in questo caso si giudica ancora valida l'analogia tra diritto civile e diritto privato, mentre la materia in analisi rientra nell'ambito pubblico. Eppure, in altre materie la giurisprudenza della Corte ha di molto ampliato l'ambito di applicabilità dell'art. 6, che è arrivato a ricomprendere i casi di controversie tra privati e autorità pubbliche che non agiscono come persone di diritto privato. L'art. 1 del Protocollo n. 7, poi, stabilisce certe garanzie processuali avverso l'espulsione che valgono, però, solo per lo straniero regolare, dunque non vengono in soccorso neanche dell'individuo allontanato perché il suo permesso di soggiorno è scaduto. Parziale rimedio a questa giurisprudenza è posto dall'art. 13, che garantisce il diritto ad un ricorso effettivo quando è in gioco un diritto previsto dalla CEDU. Tuttavia la difficile interpretazione del termine "effettivo" e il fatto che l'articolo non specifichi nessuna forma particolare di ricorso, potendo il riesame essere effettuato anche da un'autorità non giudiziaria, lascia agli Stati un margine di discrezione che pare troppo ampio. L'art. 13 potrebbe comunque rivelarsi prezioso soprattutto in considerazione della tendenza degli Stati a ridurre al minimo le possibilità d'appello nei casi di diniego dello status di rifugiato, al fine di accelerare le procedure e come risposta al crescente numero di richieste. Dunque, questa disposizione garantisce lo straniero irregolare più di quanto non faccia l'art. 6. Ciononostante, rimane grave che l'art. 6, che rappresenta la principale garanzia prevista dalla CEDU contro l'esercizio arbitrario della giurisdizione, non venga applicato ai casi

d'allontanamento, anche perché l'art. 13 può essere invocato solo in correlazione alla violazione di un diritto sancito dalla Convenzione.

Altro limite evidenziato dall'approccio alla materia dei giudici del Consiglio d'Europa è rappresentato dal fatto che è stata lasciata agli Stati ampia discrezionalità circa i tempi massimi di detenzione. La possibilità di detenere o arrestare uno straniero irregolare è esplicitamente prevista dall'art. 5.1.f, sia per impedire allo straniero l'ingresso illegale, sia per effettuarne l'allontanamento. Al fine di verificare se la lunghezza della detenzione è stata eccessiva, la Corte europea applica il due diligence test, che consiste nel verificare che le autorità statali abbiano agito con la dovuta diligenza. Si tratta di un criterio che risulta molto più astratto del principio di proporzionalità, in quanto l'unico requisito che gli Stati debbono rispettare è che la detenzione cessi quando termina il procedimento d'espulsione. Così, nei casi, peraltro frequenti, in cui il paese di cittadinanza dell'individuo da espellere rifiuta di rimpatriare il medesimo, in base al due diligence test la Corte non può condannare uno Stato che detiene quello straniero, fosse anche a tempo indeterminato, fintanto che il governo dimostra di continuare a fare pressioni perché l'espulsione vada a buon fine. Eppure, alle altre fattispecie previste dall'art. 5 in base alle quali un individuo può essere detenuto, il principio di proporzionalità viene applicato, così come lo applica anche il Comitato ONU per i diritti umani.

Il Comitato non manca di prevedere come elemento essenziale nel controllo sull'immigrazione che uno Stato possa privare della libertà uno straniero irregolare al fine di identificarlo ed eventualmente espellerlo, e prevede inoltre che la detenzione possa essere prolungata, nei casi in cui esista un serio rischio di fuga o di commissione di atti criminali da parte dello straniero. Tuttavia, nel parere del Comitato lo Stato nel valutare l'opportunità di ricorrere alla detenzione e nello stabilire la sua durata deve rispettare non solo il due diligence test, bensì anche il più stringente principio di proporzionalità, verificando e ponderando i possibili effetti dannosi di una misura di privazione della libertà sul detenuto da una parte e i rischi che il suo rilascio può comportare per lo Stato dall'altra. Se questi rischi sono minimi o inesistenti e la detenzione può procurare danni fisici o psicologici allo straniero, la misura detentiva non ha ragione di essere presa, anche qualora lo Stato si stia comportando diligentemente nel tentativo di procedere all'espulsione dello straniero. Il principio di proporzionalità rende dunque l'approccio del Comitato ONU per i diritti umani preferibile rispetto a quello della Corte di Strasburgo, poiché garantisce un miglior equilibrio tra il diritto degli Stati di scegliere quali stranieri escludere dal proprio territorio e di detenerli ai fini dell'esclusione e il diritto di ogni essere umano a non essere privato della libertà in modo arbitrario. D'altronde, in base ad una norma di diritto internazionale, la detenzione deve non solo essere strettamente necessaria, ma anche il più breve possibile.

Dati i suoi ben più efficaci poteri e strumenti, e dato che il principio di proporzionalità è uno dei cardini dell'approccio giuridico della Corte di Strasburgo, se questa lo adottasse anche in riferimento alla materia in analisi le garanzie in capo agli stranieri irregolari si farebbero senza dubbio più sostanziose, almeno nei quarantasette Stati parti alla CEDU. Vanno fatte alcune considerazioni specifiche sui richiedenti asilo, dato che tra chi arriva privo di documenti validi negli Stati europei c'è anche chi fugge dal "timore di persecuzione", e generalmente si trova in uno stato di precarietà fisica o psicologica tale che una misura di restringimento della libertà può avere effetti deleteri sulla sua vita. In questo senso, si sono constatati i limiti della protezione offerta dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo Statuto di rifugiato. Questa, definendo innanzitutto il rifugiato come colui che ha un giustificato timore di essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, rende incerta l'identificazione degli aventi diritto alla protezione internazionale, al di là dei casi in cui venga in gioco il diritto alla vita, alla libertà personale, all'integrità fisica e psichica dell'individuo, casi in cui è facilmente rintracciabile un timore giustificato.

Anche le persecuzioni in base alle opinioni politiche o all'appartenenza a un determinato gruppo sociale sono soggette ad una discrezione interpretativa che potrebbe, ad esempio, condurre a non concedere lo statuto di rifugiato ad una persona che fugge dal proprio paese perché lì in pericolo di vita a causa del suo orientamento sessuale. Inoltre, anche qualora venga concesso al richiedente lo status di rifugiato, rimane per il singolo Stato che concede l'asilo la possibilità di allontanarlo per

motivi legati alla sicurezza nazionale o all'ordine pubblico, e sono dunque possibili delle eccezioni al rispetto del principio di non refoulement.

Considerando poi il fatto che manca un meccanismo internazionale che controlli il rispetto da parte degli Stati degli obblighi previsti dalla Convenzione di Ginevra, si è ritenuto che questa non possa essere considerata sufficiente per garantire una efficace protezione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Questa Convenzione ha però qualcosa da dire per quanto riguarda il reato di clandestinità previsto in Italia nel disegno di legge n. 733: i richiedenti asilo, in base alla Convenzione di Ginevra, non possono essere incriminati per l'ingresso irregolare, mentre nessuna eccezione viene specificata nel disegno di legge.

In conclusione, per quanto concerne il diritto dell'UE, bisogna notare che l'inclusione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei trattati amplierebbe senz'altro il livello di protezione per i cittadini terzi anche irregolari. Questo perché la Carta prevede il divieto di espulsioni collettive, il principio di non-refoulement, il rispetto alla vita privata e familiare, il principio di non discriminazione, il diritto ad un ricorso effettivo e i diritti della difesa.

La politica dell'immigrazione dell'Unione europea dipende però dal costante compromesso tra la spinta all'omogeneizzazione delle singole legislazioni nazionali in materia proveniente dagli organi comunitari, e la resistenza a ciò opposta dai singoli governi. Questi ultimi cercano di mantenere la maggiore indipendenza possibile sulle modalità di controllo dell'immigrazione, sulla legislazione concernente l'asilo, sulle previsioni per reprimere gli ingressi illegali ed espellere gli stranieri. Le misure attraverso cui l'espulsione è messa effettivamente in pratica differiscono sotto vari aspetti negli ordinamenti interni degli Stati membri dell'Unione, fermo restando che ovunque è previsto che quando l'allontanamento non può essere effettuato immediatamente l'individuo raggiunto dal provvedimento può essere detenuto in appositi centri o nelle stazioni di polizia, o, in alcuni paesi, in carcere. Ad esempio, la durata della detenzione varia sensibilmente da uno Stato membro all'altro, andando da limiti di pochi giorni a misure temporalmente indefinite.

Il tentativo degli organi comunitari è quello di fissare una serie di norme che definiscano la competenza delle autorità statali responsabili e le condizioni necessarie per il trattenimento. In quest'ottica si pone la direttiva adottata il 18 giugno 2008. La sostanza dell'atto legislativo sembra duramente criticabile sotto vari punti di vista. La direttiva pone degli standards di protezione dei diritti fondamentali degli stranieri colpiti da provvedimento di espulsione talmente bassi da non richiedere grossi sforzi d'adeguamento da parte di nessuno Stato, neanche da quelli con le legislazioni in questo senso più gravemente lacunose.

Tra le previsioni più allarmanti c'è la possibilità di rimpatriare minori non accompagnati, che tra l'altro a determinate condizioni potranno anche essere detenuti nei centri. Inoltre, viene introdotta la possibilità di rimpatrio verso paesi di transito. Soprattutto, viene previsto un periodo massimo di diciotto mesi per la detenzione funzionale all'espulsione. Tale massimale è stato imposto dal Parlamento europeo, perché era forte la possibilità di non veder stabilito nessun tetto. Diverso sarebbe stato obbligare quegli Stati che non prevedono limiti temporali alla detenzione a porne uno. Così invece potrebbe risultarne un incentivo per gli Stati membri con maggiori standards di protezione ad abbassarli, anche solo parzialmente, in direzione del minimo previsto dalla direttiva, mentre i paesi che già hanno norme simili a quelle della direttiva poco probabilmente saranno spinti al cambiamento. In sostanza, la direttiva sembra accontentare tutti e soddisfare le pretese d'indipendenza dei singoli Stati. Nel testo della direttiva viene anche sottolineata la necessità di accordi comunitari e bilaterali di riammissione con i paesi terzi. Questi accordi costituiscono uno dei capisaldi della politica in tema d'immigrazione dell'Unione, e siano preferiti agli sforzi per armonizzare la politica dell'asilo e della protezione umanitaria. La direttiva mette a disposizione ingenti fondi comunitari da utilizzare per cooperare con i paesi di transito nell'ambito dei controlli sulle frontiere e della collaborazione per bloccare le migrazioni irregolari.

Dunque, mentre si continua a dare per scontata la legittimità dei centri di detenzione, l'UE va avanti sulla strada degli accordi di riammissione, i quali non meno dei centri di detenzione chiamano in causa la normativa internazionale sui diritti dell'uomo. Infatti, viene trasferita sui paesi di emigrazione, compresi quelli sovente criticati dall'Unione perché non democratici o incuranti degli standards minimi di protezione dei diritti fondamentali, una ingente parte di responsabilità sul controllo della clandestinità.