

QUANDO L'ECCEZIONE DIVENTA REGOLA(RITÀ): GARANZIE COSTITUZIONALI NEGLI SPAZI DI RESTRIZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE. CARCERI E CIE

Simone Penasa

SOMMARIO: 1. *Anomia e nomos, vita e diritto: la costituzione come elemento stabilizzatore della distinzione tra regola ed eccezione.* 2. *Emergenza ed eccezione: come l'emergenza dichiarata può produrre la normalizzazione dell'eccezione.* 3. *Il carcere e le condizioni della detenzione: la Corte costituzionale come "stabilizzatore" della macchina politico-giuridica.* 3.1. *L'eccezione come (conseguenza di un) fenomeno eccezionale: il sovraffollamento carcerario tra fatto e diritto.* 4. *Anomia ed eccezione: la (non) disciplina dei centri di identificazione ed espulsione (CIE).* 4.1. *La qualificazione giuridica dei CIE: luogo temporaneo di permanenza e assistenza o forma di detenzione (amministrativa).* 4.2. *Dalla qualificazione giuridica alla protezione dei diritti delle persone trattenute: la forma è la sostanza delle cose (e delle garanzie).* 5. *La legalità costituzionale come metronomo dello stato di eccezione.*

1. *Anomia e nomos, vita e diritto: la costituzione come elemento stabilizzatore della distinzione tra regola ed eccezione*

Queste brevi riflessioni, che rappresentano il nucleo iniziale di uno studio più complessivo, prendono spunto dalla definizione che Agamben propone di «stato di eccezione» quale «dispositivo che deve (...) articolare e tenere assieme i due aspetti della macchina giuridico-politica, istituendo una soglia di indecidibilità fra anomia e *nomos*, fra vita e diritto, fra *auctoritas* e *potestas*»¹. Secondo l'Autore citato, il sistema – la macchina – regge fintantoché i due elementi risultano distin-

¹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, p. 110. Sul concetto agambeniano di stato di eccezione, R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 8, 2008, pp. 197 ss.

guibili. Altrimenti, «quando lo stato di eccezione, in cui essi si legano e si indeterminano, diventa la regola, allora il sistema giuridico-politico si trasforma in una macchina letale»².

Affermata l'esigenza di individuare un fattore di stabilizzazione della macchina politico-giuridica, il livello costituzionale può svolgere questa funzione. Infatti, il principio della legalità costituzionale viene a limitare e legittimare ambiti di intervento derogatori.

Sono due i contesti nei quali il rapporto tra “diritto e vita”, tra corpo e potere, si manifesta in tutta la sua forza paradigmatica: le carceri e i centri di identificazione ed espulsione (CIE).

La breve trattazione seguirà lo schema tipico di un *climax* ascendente: inizierà con un caso che si caratterizza per una configurazione derogatoria del sistema delle fonti (attraverso la dichiarazione di stato di emergenza); passerà attraverso l'analisi delle ricadute che tale scelta produce nei due contesti selezionati (carceri e CIE), per concludersi con la descrizione degli effetti prodotti a livello costituzionale, in termini di tenuta delle garanzie costituzionali riservate alla libertà (nonché alla dignità) della persona, le quali risultano messe sotto particolare pressione nel caso della (non) disciplina dei CIE.

Anticipando le conclusioni, da questo fenomeno – qualificabile come vero e proprio “eccezionalismo” normativo, che scaturisce a livello di sistema delle fonti e finisce con il travolgere l’equilibrio costituzionale della macchina politico-giuridica – derivano tre tipi di effetti:

- a) l'utilizzo sistematico di istituti e categorie giuridiche eccezionali, fortemente limitativi della libertà personale: il regime introdotto dall'art. 41 bis; la custodia cautelare; ma anche l'espulsione dello straniero irregolare nel suo rapporto ‘regola-eccezione’ rispetto al rimpatrio volontario previsto dalle fonti europee (Direttiva 2008/115/CE);
- b) la produzione di ambiti giuridico-istituzionali sostanzialmente *contra legem*: il fenomeno del sovraffollamento carcerario e le sue conseguenze in termini di tutela dei diritti dei detenuti e di garanzia della funzione e umanità della pena;
- c) la creazione di luoghi a-giuridici (anomici nella accezione agambeniana): i CIE, nei quali l'impianto normativo essenzialmente dero-

² *Ibidem*.

gatorio produce una sistematica contrazione delle garanzie (senza peraltro produrre la effettiva realizzazione delle finalità perseguitate, *in primis* l'allontanamento degli stranieri irregolari).

2. Emergenza ed eccezione: come l'emergenza dichiarata può produrre la normalizzazione dell'eccezione

Un dato strutturale accomuna i fenomeni analizzati: la dichiarazione di uno stato di emergenza nazionale, che ha riguardato sia la gestione del fenomeno migratorio che di quello carcerario, e che rappresenta la precondizione giuridica del ribaltamento del rapporto tra regola ed eccezione e l'eventuale istaurazione dello stato di eccezione.

Per quanto riguarda il fenomeno migratorio, dal 2002 viene confermata la dichiarazione dello stato di emergenza su tutto il territorio nazionale – sulla base di quanto disposto dalla legge n. 225 del 1992 in materia di protezione civile – al fine di «fronteggiare l'eccezionale afflusso di extracomunitari». Non si tratta – come noto – di una dichiarazione dal contenuto meramente simbolico o politico, perché secondo l'art. 5 della legge citata il governo è autorizzato a emanare ordinanze in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto *unicamente* dei principi generali dell'ordinamento, quando ciò risulti necessario per attuare interventi di emergenza³.

La reiterazione della dichiarazione rischia di comprimere e indebolire i presupposti individuati dalla legge al fine di «scongiurare qualsiasi

³ Cfr. il decreto legge 15 maggio 2012, n. 59, recante «Disposizioni urgenti per il riordino della protezione civile», con il quale l'articolo 2, primo comma, lettera c) della legge, che comprendeva tra gli eventi rilevanti ai fini dell'attività di protezione civile anche «altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari», è stato sostituito dal seguente: «calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo». Sul punto, in dottrina, G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003.

pericolo di alterazione del sistema delle fonti» (Corte costituzionale, n. 127 del 1995) e di «fuga dal modello»⁴, per evitare che da potere sussidiario *extra ordinem* si trasformi progressivamente in potere ordinario di produzione normativa: la provvisorietà, proporzionalità e ragionevolezza della deviazione dal tradizionale rapporto tra le fonti e la imprevedibilità degli eventi che giustificano la dichiarazione⁵.

Discorso analogo può essere fatto in relazione delle condizioni delle carceri, seppur il fenomeno risulti temporalmente più limitato rispetto a quanto accaduto nel caso delle politiche dell'immigrazione. Dal 2008 (fino al termine del 2012, cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 dicembre 2011) la dichiarazione di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale ha riconosciuto la portata eccezionale del fenomeno e legittimato (quanto meno in termini fattuali e di potere, ma probabilmente non costituzionali) una gestione stabilmente emergenziale dello stesso.

Resta da valutare quali effetti, in termini di tenuta dei principi costituzionali e quindi dell'intero sistema giuridico, questa tendenza ha prodotto.

3. Il carcere e le condizioni della detenzione: la Corte costituzionale come “stabilizzatore” della macchina politico-giuridica

All'interno della dimensione carceraria sono tre i casi che risultano particolarmente significativi, i quali sono accomunati dal consolidamento della funzione di garanzia svolta dalla Corte costituzionale in

⁴ Si utilizza un'espressione di A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, p. 165.

⁵ G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Democrazia e diritto*, 3-4, 2011, p. 188, individua nella struttura della legge n. 39 del 1990 (c.d. “Legge Martelli”) la genesi emergenziale del diritto dell’immigrazione, in quanto «pur senza prevedere la detenzione amministrativa degli stranieri, la legge Martelli si caratterizzava per la forte “ottica poliziesca” da cui veniva guardato il fenomeno delle migrazioni».

termini di tenuta del sistema giuridico, nonché della fisiologia del rapporto tra regola ed eccezione: il regime detentivo previsto dall'art. 41 *bis* del codice penale, che si pone in termini di specialità rispetto al trattamento detentivo ordinario; la custodia cautelare, la cui esperienza attuativa rappresenta un esempio di progressivo ribaltamento del rapporto tra eccezione e regola; il sovraffollamento carcerario, che rappresenta il caso in cui l'eccezione si pone come fatto eccezionale.

Anche se l'analisi si concentrerà su un caso specifico – il sovraffollamento – risulta opportuno soffermarsi brevemente sul caso del regime detentivo previsto dall'art. 41 *bis*⁶. Introdotto dal decreto-legge n. 356 del 1992 e quindi stabilizzato dalla legge n. 279 del 2002, questo regime è stato oggetto di numerose pronunce della Corte costituzionale, la quale ha teso a ridurne la discrezionalità applicativa, riconducendo la portata delle limitazioni della libertà dei detenuti agli obiettivi di sicurezza perseguiti. Da ultimo, la sentenza n. 135 del 2013⁷ ha sancito che «l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può (...) subire restrizioni unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere» e che pertanto «in assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.»⁸.

L'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere costituisce un caso ulteriore: la trasformazione di una eccezione in una regola. I dati dimostrano infatti come «la custodia cautelare in carcere costituisca ancora oggi uno strumento al quale i giudici ricorrono massicciamente, spesso come forma anticipata di esecuzione di una sanzione

⁶ Per un inquadramento dell'evoluzione legislativa di questo istituto, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali 2008, Milano, pp. 813 ss.

⁷ Ma cfr. anche la successiva sentenza n. 143 del 2013, su cui M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2013; V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁸ M. RUOTOLO, *Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in www.giurcost.org.

che non arriverà mai a causa dei tempi abnormi del processo», tradendo in tal modo la “promessa” del ricorso al carcere solo come *extrema ratio* sancita dalla Costituzione⁹. Avendo scelto di concentrare l’analisi sul terzo caso, nel quale l’eccezione si configura come fatto eccezionale (sovraffollamento carcerario), si può unicamente sottolineare come – a fronte della prassi applicativa di tale istituto – anche in questo ambito la giurisprudenza costituzionale sia intervenuta, sanzionandone in particolare l’automatismo della applicazione e la presunzione legale assoluta ad essa connessa, nel tentativo di ricondurre la regola al proprio fondamento costituzionale¹⁰.

La Corte costituzionale ha recentemente ribadito la propria giurisprudenza in materia (che conta di almeno otto sentenze che negli ultimi tre anni hanno ridefinito i casi nei quali la custodia cautelare in carcere può essere prevista) con la sentenza n. 45 del 2014¹¹.

In riferimento all’automatismo della applicazione della misura rispetto alla natura del titolo di reato per cui si procede, la Corte ha ribadito che «il legislatore non può, senza violare gli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost., collegare al titolo di reato per cui si procede, facendo leva semplicemente sulla sua gravità astratta e sul-

⁹ P. FARAGUNA, M. GIALUZ, *Il carcere e la promessa tradita della Costituente*, in *Il Mulino*, 6, 2012, pp. 998-999, i quali riportano dati della Commissione Europea secondo cui «il rapporto tra detenuti in attesa di giudizio e condannati è pari al 43,6% nel 2010 contro una media europea del 24,7%. Ma il dato è ancora più probante e impressionante se lo si analizza in rapporto alla popolazione residente: in Italia si hanno 51,8 detenuti in custodia preventiva ogni 100.000 abitanti, mentre in Francia sono 24,5 e in Germania soltanto 14».

¹⁰ M. RUOTOLI, *Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso*, in *Diritto e società*, 3, 2012, p. 575, riconosce il ruolo svolto dalla giurisprudenza costituzionale nel “moderare” l’utilizzo della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per i soggetti gravemente indiziati di una serie di reati previsti dall’art. 275, terzo comma, secondo periodo, c.p.p. (in particolare sentenza n. 265 del 2010; 164 del 2011; 110 del 2012; 331 del 2011, cfr. nota 23 nel testo citato). L’Autore conclude affermando che «sembra quasi potersi formulare una presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi ove questi limitino un diritto fondamentale della persona, superabile soltanto se dati di esperienza generalizzati lo consentano» (*Ivi*, pp. 576-577).

¹¹ Cfr. E. APRILE, *Osservazioni a C. cost., 10 marzo 2014, n. 45*, in *Cassazione Penale*, 6, 2014, pp. 2092 ss.

l'allarme sociale da esso destato, una presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere». Legittimo, secondo la Corte, risulta invece collegare al tipo di reato una presunzione relativa, «basata sull'apprezzamento dell'ordinaria configurabilità di esigenze cautelari particolarmente intense, ma comunque superabile da elementi probatori di segno contrario», in quanto essa «lascia sufficiente spazio all'apprezzamento giudiziale delle singole fattispecie e all'applicazione del principio del minor sacrificio necessario». Ciò che il legislatore deve in ogni caso evitare – conclude la Corte – è di applicare all'interessato un «indiscriminato automatismo sfavorevole, che precluda ogni apprezzamento delle singole vicende concrete»¹².

3.1. L'eccezione come (conseguenza di un) fenomeno eccezionale: il sovraffollamento carcerario tra fatto e diritto

Il caso su cui ci si vuole concentrare è rappresentato – come detto – dal sovraffollamento carcerario, che ha raggiunto dimensioni tali da essere definito «fenomeno ha assunto le dimensioni di un fenomeno strutturale»¹³. Ciò ha prodotto una reazione “di sistema” da parte della giurisprudenza – ordinaria, costituzionale e internazionale (CEDU) – nel tentativo di ricondurre la gestione della esecuzione della pena entro l’alveo della legittimità costituzionale (art. 27, terzo comma) e della compatibilità con le norme CEDU (art. 3).

I dati sono emblematici, quantomeno fino alla approvazione di una serie di riforme legislative che ne hanno ridimensionato la portata, senza peraltro ricondurlo alla fisiologia del sistema: dai 55.057 detenuti presenti all'inizio del 2008, si è progressivamente passati al picco di

¹² Cfr. sul punto, *ex plurimis*, la sentenza n. 231 del 2011 e la 265 del 2010.

¹³ Sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, II Sez., 8 gennaio 2013. Risulta particolarmente significativo, all'interno di un'analisi del rapporto tra regola ed eccezione e dell'impatto che la sua configurazione concreta produce in termini di coerenza tra fonti e garanzia dei diritti, che la Corte EDU abbia chiarito che «il carattere strutturale e sistematico del sovraffollamento carcerario in Italia emerge chiaramente dai dati statistici indicati in precedenza nonché dai termini della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale proclamata dal presidente del Consiglio dei ministri italiano nel 2010 (paragrafi 23-29 *supra*)».

67.961 (dicembre 2010), fino a giungere alla cifra di 66.028 (giugno 2013). A partire dalla seconda metà del 2013, a seguito della sentenza pilota della Corte EDU nel caso *Torreggiani e altri c. Italia*¹⁴, il legislatore (spesso il governo nell'esercizio del potere di decretazione d'urgenza) ha introdotto una serie di misure che hanno condotto a una progressiva riduzione del numero delle persone detenute¹⁵: gli ultimi dati forniti dal Ministero della giustizia dichiarano la presenza nelle carceri italiane di 54.252, rispetto a una capienza regolamentare calcolata in 49.397 presenze (31 agosto 2014).

Il fenomeno del sovraffollamento, ridimensionato in termini quantitativi, non appare comunque risolto dal punto di vista giuridico, se ana-

¹⁴ In precedenza l'Italia era già stata condannata per violazione dell'art. 3 CEDU nei casi *Sulejmanovic c. Italia* (16 luglio 2009) e *Cara-Damiani c. Italia* (7 febbraio 2012). Per una descrizione dei dati relativi al numero delle persone detenute e alle misure emergenziali adottate, cfr. P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2013, pp. 1795-1797.

¹⁵ Decreto legge n. 146 del 2013 (convertito dalla legge n. 10 del 2014, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria»), su cui F. DELLA CASA, *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2013, pp. 4535 ss., e S. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014. Cfr. anche il decreto legge n. 78 del 2013 (convertito dalla legge n. 94 del 2013), su cui P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, cit., p. 1801, e V. AIUTI, *Il nuovo “decreto carceri” (d.l. 78 del 1 luglio 2013)*, in *Studium Iuris*, 3, 2014, pp. 274-281; decreto legge n. 92 del 2014, convertito dalla legge n. 117 del 2014 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, recante disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitorii in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile»), su cui D. PULITANÒ, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 1, 2014, pp. 144 ss.; E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 30 aprile 2014, pp. 8-10.

lizzato dalla prospettiva assunta nel presente scritto. Del resto, nonostante le recenti prese di posizione del Consiglio d’Europa volte a riconoscere i risultati positivi raggiunti dalle misure normative assunte¹⁶, occorre rilevare che dalla pronuncia *Torreggiani* emerge con chiarezza che l’impatto patologico sui diritti delle persone detenute – in termini di sua qualificabilità come trattamento disumano e degradante – non può essere valutato in termini esclusivamente quantitativi¹⁷. Nelle motivazioni della sentenza, infatti, si afferma che, nel valutarne la compatibilità con l’art. 3 CEDU, quando «il sovraffollamento non era così serio da sollevare da solo un problema sotto il profilo dell’articolo 3, la Corte ha notato che, nell’esame del rispetto di tale disposizione, andavano presi in considerazione altri aspetti delle condizioni detentive», indicando «la possibilità di utilizzare i servizi igienici in modo riservato, l’aerazione disponibile, l’accesso alla luce e all’aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base» (punto 67).

Pertanto, se il dato oggettivo della carenza di spazio vitale autonomo per il detenuto rappresenta una condizione sufficiente a configurare una presunzione di violazione dell’art. 3 CEDU, il rispetto degli standard metrici indicati a livello internazionale per raggiungere il «minimo vitale» (senza che a ciò si affianchi un complessivo miglioramento della qualità delle condizioni generali di detenzione) non può fare sorgere automaticamente una presunzione di compatibilità¹⁸. Approccio quanti-

¹⁶ Il 5 giugno 2014 il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa ha preso atto positivamente degli sforzi compiuti dal legislatore italiano al fine di ridurre il fenomeno del sovraffollamento carcerario e di prevedere un rimedio preventivo, entro il termine sancito dalla sentenza *Torreggiani c. Italia*. Occorre sottolineare che il Comitato ha comunque ritenuto di valutare nuovamente le azioni poste in essere a livello nazionale nel giugno del 2015, «to make a full assessment of the progress made in light of an updated action plan/report to be provided».

¹⁷ Ad esempio in termini di metri quadrati a disposizione per ciascun detenuto, criterio utilizzato anche dal DAP per definire la capienza regolamentare delle carceri italiane.

¹⁸ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere* (Intervento del Presidente Silvestri al Convegno “Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza *Torreggiani* della CEDU” Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014), in www.europeanrights.eu, 28 maggio 2014, p. 10, ricorda che «poiché la persona umana consiste nell’unione in-

tativo e approccio qualitativo, pertanto, devono coesistere: se la cessazione dell'emergenza da un punto di vista quantitativo può comportare il superamento della natura strutturale – sistemica – del sovraffollamento, ciò può non essere sufficiente riguardo a singoli – specifici – casi individuali¹⁹.

La Corte costituzionale (sentenza n. 279 del 2013) ha richiamato le argomentazioni della Corte EDU, rilevandone la duplice portata: la prima, che si potrebbe definire come «gestione della emergenza»; la seconda, che si identifica nella «organizzazione ordinaria del sistema penitenziario». Rispetto alla prima esigenza, la Corte EDU ha affermato, nella condanna dello stato italiano, che – quando non sia in grado di garantire a ciascun detenuto condizioni detentive conformi all'art. 3 della CEDU – è necessario agire «in modo da ridurre il numero di persone incarcerate, in particolare attraverso una maggiore applicazione di misure punitive non privative della libertà (...) e una riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere»²⁰.

Se, in termini quantitativi e grazie ai recenti interventi normativi di carattere deflattivo (aumento dell'utilizzo delle misure alternative alla detenzione) e ristorativo-rimediale (risarcimento per sovraffollamen-

scindibile di corpo e spirito, ogni situazione di estrema costrizione fisica, di mancanza di beni essenziali per una vita decente si converte in una lesione della dignità».

¹⁹ La Corte EDU ricorda significativamente che «persino in cause in cui ciascun detenuto disponeva di uno spazio variabile dai 3 ai 4 m², la Corte ha concluso per la violazione dell'articolo 3 quando la mancanza di spazio era accompagnata da una mancanza di ventilazione e di luce (*Moisseiev c. Russia*, n. 62936/00, 9 ottobre 2008; si vedano anche *Vlassov c. Russia*, n. 78146/01, § 84, 12 giugno 2008; *Babouchkine c. Russia*, n. 67253/01, § 44, 18 ottobre 2007); da un accesso limitato alla passeggiata all'aria aperta (*István Gábor Kovács c. Ungheria*, n. 15707/10, § 26, 17 gennaio 2012) o da una mancanza totale d'intimità nelle celle (si vedano, *mutatis mutandis*, *Belevitskiy c. Russia*, n. 72967/01, §§ 73-79, 1° marzo 2007; *Khudoyorov c. Russia*, n. 6847/02, §§ 106-107, CEDU 2005-X (estratti); e *Novoselov c. Russia*, n. 66460/01, §§ 32 e 40-43, 2 giugno 2005)».

²⁰ Sull'impatto a livello nazionale della sentenza Torreggiani, cfr. C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1, 2014, 21 marzo 2014, p. 6.

to²¹; effettività dei reclami davanti alla magistratura di sorveglianza²²), il livello della gestione dell'emergenza sembra essere riportato alla fisiologia del sistema, resta da affrontare la seconda dimensione, di carattere strutturale: la necessità di ricondurre a legittimità costituzionale e a compatibilità con la CEDU la «organizzazione ordinaria del sistema penitenziario», alla luce del principio sancito dalla Corte EDU (e richiamato dalla Corte costituzionale), secondo cui «stante l'inviolabilità del diritto tutelato dall'articolo 3 della Convenzione, lo Stato è tenuto ad organizzare il suo sistema penitenziario in modo tale che la dignità dei detenuti sia rispettata»²³. La compatibilità alla CEDU, in particolare

²¹ Sul punto, la Corte EDU – richiamando la sentenza *Torreggiani* – ha chiarito che «when it comes to conditions of detention which continue to obtain, preventive and compensatory remedies have to be complementary to be considered effective, because the mere prospect of compensation cannot be allowed to legitimise particularly severe suffering in breach of Article 3 of the Convention and unacceptably to weaken the State's obligation to bring its standards of detention in line with that Article (see *Ananyev and Others*, cited above, § 98, as well as *Orchowski v. Poland*, no. 17885/04, §§ 108-09, 22 October 2009)» (*Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, IV sezione, 8 luglio 2014, p. 222).

²² La Corte costituzionale ha recentemente affermato che «le decisioni del magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela dei propri diritti, (...) devono ricevere concreta applicazione e non possono essere privati di effetti pratici da provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria o di altre autorità» (sentenza n. 135 del 2013; per un commento A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 giugno 2013). Non è mancato in dottrina chi ha notato che «la pronuncia della Corte non contribuisce tuttavia a chiarire quali siano gli strumenti esperibili qualora la Amministrazione penitenziaria non provveda ad eseguire le decisioni del magistrato di sorveglianza» (P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, cit., p. 1810).

²³ La Corte EDU ha ribadito che «in the context of complaints about inhuman or degrading conditions of detention, the Court has already observed that two types of relief are possible: an improvement in the material conditions of detention, and compensation for the damage or loss sustained on account of such conditions (see *Roman Karasev v. Russia*, no. 30251/03, § 79, 25 November 2010, and *Benediktov v. Russia*, no. 106/02, § 29, 10 May 2007). If an applicant has been held in conditions in breach of Article 3, a domestic remedy capable of putting an end to the ongoing violation of his or her right not to be subjected to inhuman or degrading treatment is of the greatest

all’art. 3, sembra essere stata raggiunta a seguito delle ricordate riforme legislative introdotte dopo la sentenza Torreggiani, almeno secondo quanto recentemente affermato dalla Corte EDU. La Corte, in due recenti sentenze²⁴, ha riconosciuto che «conformément au plan d’action présenté à la Cour en novembre 2013, l’État défendeur a mis en place une série de mesures de fond tendant à résoudre le problème structurel du surpeuplement carcéral»²⁵.

Occorre comunque rimarcare che, anche dal punto di vista della legittimità costituzionale, le due dimensioni del fenomeno del sovraffollamento – individuale e strutturale – devono essere necessariamente coordinate: la gestione dell’emergenza deriva infatti da una inefficiente (e spesso illegittima) gestione ordinaria del sistema punitivo penale e di quello carcerario, producendo un circolo vizioso in termini di garanzia dei diritti²⁶ e di certezza giuridica, che incide su fondamentali principi costituzionali. Da questo punto di vista, rimane da valutare se le misure

value. However, once the applicant has left the facility in which he or she has endured the inadequate conditions, he or she should have an enforceable right to compensation for the violation that has already occurred. Where the fundamental right to protection against torture, inhuman and degrading treatment is concerned, the preventive and compensatory remedies have to be complementary in order to be considered effective. The existence of a preventive remedy is indispensable for the effective protection of individuals against the kind of treatment prohibited by Article 3. Indeed, the special importance attached by the Convention to this provision requires, in the Court’s view, the States parties to establish, over and above a compensatory remedy, an effective mechanism in order to put an end to such treatment rapidly (see *Ananyev and Others*, cited above, §§ 98-99, 10 January 2012, and *Torreggiani and Others v. Italy*, nos. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 and 37818/10, § 50, 8 January 2013). The need, however, to have both of these remedies does not imply that they should be available in the same judicial proceedings» (*Aden Ahmed v. Malta*, IV sez., 23 luglio 2013, p. 57).

²⁴ *Stella e altri c. Italia* (X sez., 16 settembre 2014) e *Rexhepi e altri c. Italia* (X sez., 16 settembre 2014).

²⁵ *Stella e altri c. Italia*, p. 51.

²⁶ La Corte costituzionale riconosce «l’attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell’esecuzione penale e ad incidere, comprimendolo, sul “residuo” irriducibile della libertà personale del detenuto, gli uni e l’altro espressione del principio personalistico posto a fondamento della Costituzione repubblicana (sentenza n. 1 del 1969)» (sentenza n. 279 del 2013).

strutturali introdotte – in particolare i rimedi di carattere giurisdizionale e risarcitorio – potranno garantire nel lungo periodo il ritorno a una dimensione fisiologica del fenomeno, in termini tanto quantitativi (presenze nelle carceri) quanto qualitativi (condizioni della detenzione).

La prassi rischia altrimenti di ridefinire la natura e la funzione della pena detentiva²⁷, incidendo in modo patologico su fondamentali principi costituzionali²⁸: la libertà personale della persona, in relazione ai «modi previsti dalla legge» della sua limitazione attraverso forme di detenzione, ispezione o perquisizione personale (art. 13, primo comma) e al principio per cui «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» (art. 13, quarto comma); il principio secondo cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato» (art. 27, terzo comma)²⁹; il principio secondo cui «tutti

²⁷ Insiste su questo aspetto A. LORENZETTI, *Le “zone d’ombra” dei diritti sociali: la tutela della dignità delle persone detenute fra strumenti di soft law e discrezionalità amministrativa*, in P. BONETTI, A. CARDONE, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, in particolare p. 235.

²⁸ A. PUGIOTTO, *L’Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2013, p. 4544, nota come la sentenza n. 279 del 2013 abbia il merito di «inquadrate il sovraffollamento carcerario come problema di legalità costituzionale» e di evidenziarne l’impatto distorsivo rispetto ai «connotati costituzionalmente inderogabili dell’esecuzione penale».

²⁹ Occorre sottolineare che questo principio è stato ricondotto anche alla condizione giuridica del detenuto straniero, anche se irregolare, dalla Corte costituzionale, la quale ha affermato che la «radicale esclusione dalle misure alternative alla detenzione di un’intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati». Inoltre, secondo la Corte, «un simile divieto contrasta con gli stessi principi ispiratori dell’ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale», avendo ciò come conseguenza che «la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa». Sul punto, M. PELISERO, *Il vagabondo oltre il confine. Lo statuto penale dell’immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2, 2011, p. 143.

possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» (art. 24, primo comma), considerata la scarsa effettività delle decisioni della magistratura di sorveglianza (riconosciuta anche dalla Corte EDU nella sentenza *Torregiani*)³⁰.

Il sistema, nella sua attuazione legislativa e nella prassi amministrativa e regolamentare che lo caratterizza, appare quindi caratterizzato da una tensione costituzionale che, evidenziata da un fatto eccezionale (il sovraffollamento), trova la sua origine e le sue ragioni nelle modalità della gestione ordinaria dei modi e dei luoghi della esecuzione della pena. La dimensione costituzionale, attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale, è chiamata a svolgere – per assicurare il funzionamento del sistema giuridico-politico ed evitare la sua degradazione a «macchina letale» – una funzione di riconduzione alla fisiologia costituzionale di casi eccezionali. Una questione ulteriore è rappresentata dalla natura effettivamente eccezionale del sovraffollamento: può essere definito eccezionale – e quindi giustificare e legittimare interventi emergenziali – un fenomeno che viene unanimemente definito come «dato di sistema»³¹?

³⁰ Recentemente, però, la Corte costituzionale ha affermato che l'amministrazione penitenziaria non può rifiutarsi di ottemperare ad una decisione del magistrato di sorveglianza che abbia rilevato, in via definitiva, la lesione di un diritto del detenuto (sentenza n. 135 del 2013; per un commento, M. RUOTOLI, *Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in www.giurcost.org e *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2013; A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2013; V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2013, pp. 336-351). Sul punto, cfr. anche la Delibera plenaria del 13 gennaio 2014 del Consiglio Superiore della Magistratura, relativa allo stato di attuazione della Risoluzione «in ordine a soluzioni organizzative e diffusione di buone prassi in materia di magistratura di sorveglianza» del luglio 2013 (per un commento, S. CIAMPI, *Monitoraggio sullo stato di attuazione della risoluzione in ordine a soluzioni organizzative e diffusione di buone prassi in materia di magistratura di sorveglianza: il C.S.M. fa il punto della situazione*, www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2014).

³¹ Messaggio del Presidente della Repubblica, Commissione del Senato, Corte costituzionale, Corte EDU.

Chiarita la natura sistematico-endogena della descritta situazione “eccezionale”, è opportuno evidenziare quantomeno tre aspetti di criticità che le condizioni di detenzione sembrano evidenziare rispetto a principi posti dalla Corte costituzionale:

- a) i limiti posti dalla garanzia dei diritti delle persone sottoposte a misure limitative della libertà personale, rispetto ai quali la Corte ha affermato che «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» (sentenza n. 349 del 1993), principio che pone allo Stato un dovere di garantire la massima protezione a tale residuo di libertà, interpretato alla luce dell’art. 2 Cost.³² e al rapporto tra potere e persona-corpo³³;
- b) il rapporto tra “modi” di esecuzione della pena e finalità della detenzione: secondo la Corte costituzionale, «l’idea che la restrizione della libertà personale possa comportare consequenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all’organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti» (sentenza n. 22 del 1971)³⁴;

³² Sulla giurisprudenza costituzionale in materia, cfr. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1, 2012, pp. 187-201.

³³ La Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 349 del 1993, afferma inoltre che «la sanzione detentiva non può comportare una totale e assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce una grave limitazione, ma non la soppressione», derivando una relazione diretta tra principi costituzionali e ordinamento giudiziario. La Corte costituzionale ha affermato che «l’ordinamento democratico riconosce, accanto al potere organizzativo dell’amministrazione penitenziaria, la sussistenza (*recte*: permanenza), in capo al soggetto privato su cui si esercita detto potere, di un fascio di diritti e posizioni soggettive non sacrificabili di fronte alle scelte discrezionali dell’organo amministrativo e la cui tutela pertanto non sfugge al giudice dei diritti» (sentenza n. 212 del 1997). A livello comparato, la *Supreme Court* degli Stati Uniti, riferendosi al sistema penitenziario californiano, ha affermato che «a prison that deprives prisoners of basic sustenance (adequate medical care) is incompatible with the concept of human dignity and has no place in civilised society», individuando nel sovraffollamento la «primary cause of the violation of federal rights» (sentenza *Brown v. Plata*, 23 maggio 2011).

³⁴ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*. Intervento del Presidente Silvestri al Convegno “Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani

emerge anche la relazione con la finalità rieducativa della pena, in quanto «l'efficacia rieducativa, indicata come finalità ultima (e non unica) della pena, dall'art. 27, terzo comma, non dipende solo dalla durata di essa, bensì soprattutto dal suo regime di esecuzione, per cui è pressante l'esigenza di ammodernamento del regolamento penitenziario» (sentenza n. 22 del 1971)³⁵;

- c) lo stato di emergenza come fonte che legittima l'utilizzo di strumenti normativi eccezionali (e i suoi limiti): la Corte costituzionale ha specificato che «l'emergenza è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea», per cui «essa legittima sì misure insolite; ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo» (sentenza n. 15 del 1982). Eventuali interventi normativi straordinari devono quindi rispettare un principio di ragionevolezza e congruità, che risulta ancor più stringente alla luce del rilievo costituzionale dei beni coinvolti: «non è dubitabile che il principio della inviolabilità della libertà personale è la regola e che ogni limitazione ad essa si configura come eccezione» e che «la Costituzione esiga, affinché la restrizione della li-

della CEDU” Roma, Carcere di Rebibbia, cit., p. 3, ricorda come quanto affermato dal terzo comma dell’art. 27 Cost. non si limiti al divieto di trattamenti «contrari al senso di umanità», ma abbia anche una dimensione positiva, per cui «è giuridicamente necessario che la struttura carceraria fornisca strumenti concreti perché il detenuto eserciti tutti i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, potendosi escludere solo le modalità di esercizio incompatibili con la sicurezza della custodia». Cfr. la sentenza n. 526 del 2000, in materia di perquisizioni personali in carcere. In tema, M. RUOTOLI, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, in particolare pp. 47 ss.

³⁵ A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 4543, condivide l’approccio della Corte costituzionale (da ultimo, sentenza n. 279 del 2013), che evidenzia «il contesto unitario, non dissociabile, in cui si muovono i due principi delineati dall’art. 27, comma 3, Cost., “in quanto logicamente in funzione l’uno dell’altro”», riferendosi al divieto di trattamenti inumani e alla funzione rieducativa della pena. M. RUOTOLI, *Quale tutela per il diritto a un’esecuzione della pena non disumana? Un’occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2013, p. 4553, sostiene che, nel dichiarare inammissibili le questioni, la Corte avrebbe ritenuto che «la discrezionalità del legislatore non può essere rivendicata sul piano dell’*an* ma soltanto sul piano del *quomodo*, venendo meno pure quest’ultimo in caso di protrazione dell’inerzia».

bertà sia legittima, la puntuale previsione legislativa dei “casi e dei modi” non è disputabile»³⁶.

4. Anomia ed eccezione: la (non) disciplina dei centri di identificazione ed espulsione (CIE)

Il *climax* ascendente al quale ci si è riferiti nelle pagine introduttive raggiunge la propria vetta con il caso dei CIE³⁷, ai quali – forse in modo eterodosso – si è deciso di applicare il concetto agambeniano di «spazio anomico»³⁸, inteso nel suo riferirsi a «spazi di indistinzione giuridica»³⁹, che «si pongono fuori dall’ordinamento giuridico, mettendo tra parentesi alcune sue garanzie e lasciando ampi margini di azione alle autorità di pubblica sicurezza chiamate a governarli quotidianamente, ma che nondimeno sono dal medesimo ordinamento previsti e regolati in dettaglio»⁴⁰.

Continuando nell’utilizzo di categorie e concetti agambeniani, questi spazi di detenzione amministrazione possono essere qualificati – dal

³⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 201 del 1987; cfr. anche sentenza n. 127 del 1995.

³⁷ Da ultimo, una approfondita analisi è proposta da A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2014, pp. 573-604.

³⁸ Secondo l’Autore citato, «lo stato di eccezione separa la norma dalla sua applicazione, per rendere possibile la normazione effettiva del reale» e producendo una tensione giuridica, per la quale un minimo di vigenza formale coincide con un massimo di applicazione reale e viceversa. Pertanto, lo spazio anomico consiste in una forza di legge senza la legge: «l’anomia coincide con una figura estrema e spettrale del diritto, in cui esso si scinde in una pura vigenza senza applicazione (la forma-di-legge) e una pura applicazione senza vigenza (forza-di-legge)» (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 78).

³⁹ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 189.

⁴⁰ A. DI MARTINO, *Secondo Centri, campi, Costituzione. Aspetti d’incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2014, p. 34, «non si può affermare che il CIE sia uno spazio anomico: non si può propriamente parlare di assenza di diritti fondamentali», ma piuttosto che «assistiamo ad una proclamazione dei diritti fondamentali però vuota, perché sospesa alla sola civiltà e senso etico delle forze di p.s., in difetto di una legge che preveda le forme di compressione della libertà».

punto di vista giuridico – come eccezione finalizzata alla tutela dell’ordinamento, svolgendo la funzione di supremo esercizio di sovranità, formalizzata dalla dichiarazione di emergenza nazionale che legittima una forzatura delle garanzie costituzionali e degli istituti ordinari.

Ciò conduce a un utilizzo distorto – tenuto conto della ineludibilità anche in tali spazi delle garanzie costituzionali alla libertà personale e alla dignità delle persone, nonché alla legalità costituzionale – delle fonti, che determina un ricorso smodato alla decretazione d’urgenza e al potere straordinario di ordinanza. Oltre a quanto previsto in termini generali dall’art. 14 del Testo Unico sull’immigrazione⁴¹, la disciplina dei casi e delle modalità del trattamento è infatti contenuta pressoché integralmente in fonti secondarie o non vincolanti, come le circolari ministeriali⁴².

Anche in questo ambito, la giurisprudenza costituzionale è venuta a svolgere la funzione di valvola di sicurezza di un sistema normativo caratterizzato dalla emergenza normativa (cfr. in termini generali i principi contenuti nella sentenza n. 15 del 1982), quando non da vera e propria anomia⁴³.

⁴¹ Ex plurimis, sulla genesi della disciplina del trattamento dello straniero nell’ordinamento italiano, cfr. I. GJERGJI, *Il trattamento dello straniero in attesa di espulsione: una “terra di nessuno” tra ordine giuridico e fatto politico*, in www.costituzionalismo.it, 7 novembre 2006.

⁴² Cfr. ad esempio il decreto del Presidente della Repubblica n. 394 del 1999 e la circolare ministeriale n. 3154/2002, relativa a «Convenzione tipo e linee guida per la gestione di Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza (CPT) e di Centri di Identificazione (CID)». Sull’utilizzo di tale fonte in materia di immigrazione, cfr. I. GJERGJI, *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano, 2013. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, cit., p. 28, sottolinea che «con tali disposizioni il Governo tentava di limitare la discrezionalità delle autorità di pubblica sicurezza chiamate alla gestione dei centri, senza per questo eliminare però l’eccezionalità di una forma di detenzione slegata dalle stringenti regole previste dal codice di procedura penale e dall’ordinamento penitenziario e sostanzialmente priva delle forme di tutela dei diritti dei detenuti previste per la detenzione penale».

⁴³ Per una descrizione della disciplina di questi centri, cfr. da ultimo C. MAZZA, *La prigione degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione*, Roma, 2013, in particolare pp. 41 ss.

4.1. La qualificazione giuridica dei CIE: luogo temporaneo di permanenza e assistenza o forma di detenzione (amministrativa)

Nel momento in cui si qualifichi il trattenimento nei CIE come modalità di restrizione della libertà personale⁴⁴, diritto inviolabile che deve essere garantito anche ai non cittadini, occorre garantire che i “casi” e i “modi” della restrizione siano definiti in modo da rispettare in particolare il principio della riserva di legge⁴⁵. Quest’ultima assume – *ex art.* 13 Cost. – natura assoluta, potendo essere integrata da fonti secondarie solo attraverso «regolamenti di stretta esecuzione»⁴⁶, in base alla volontà di garantire una «incisiva limitazione degli interventi del potere esecutivo, che potranno esplicarsi solo se rigorosamente vincolati alla legge, di cui costituiscono necessaria applicazione, e non in forza di concreti provvedimenti discrezionali»⁴⁷.

La Corte costituzionale, a proposito della qualificazione giuridica di questi spazi di limitazione della libertà personale, ha affermato che «il trattenimento dello straniero 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» (sentenza n. 105 del 2001)⁴⁸. La Corte riconduce in modo inequivocabile entro l’ambito di applicazione dell’art. 13 Cost. la misura del trattenimento nei centri, adottando un approccio sostanzialista-realista: infatti, se dal punto di vista terminologico sarebbe possibile dubitare della riconducibilità di tale misura a quelle previste dall’articolo citato⁴⁹, «se

⁴⁴ In tema, A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue inconstituzionali metamorfosi*, cit., pp. 576 ss.

⁴⁵ Sul punto, M. RUOTOLO, *Art. 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 325 ss.

⁴⁶ M. RUOTOLO, *Art. 13 Cost.*, cit.

⁴⁷ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1993, p. 62.

⁴⁸ Sul punto, C. MAZZA, *La prigione degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione*, cit., p. 65, e dottrina ivi citata (nota 36). L’Autrice analizza criticamente la compatibilità della misura con i principi costituzionali e l’art. 13 Cost. in particolare, concentrandosi sulla «individuazione dei presupposti» e sulla «tutela giurisdizionale» assicurata (*Ivi*, pp. 66 ss.).

⁴⁹ Il legislatore evita, infatti, di utilizzare termini e concetti che possano anche solo richiamare la terminologia tipica della detenzione penale: «il legislatore ha avuto cura

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»⁵⁰.

Il criterio di qualificazione viene identificato con un principio ontologicamente connesso alla garanzia della libertà personale e della dignità della persona – dei corpi – che si trovano sottoposti a provvedimenti restrittivi da parte della autorità statale – del potere –: la «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», e che si configura anche nel caso del trattenimento a scopi espulsivi, seppur qualificato nel senso della assistenza⁵¹. Inoltre, secondo la Corte, nemmeno lo *status* delle persone sottoposte a tale misura restrittiva può incidere sul *quantum* della tutela, non essendo quindi possibile affermare che «le garanzie dell’articolo 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli

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». Questa scelta è comunque comune ai legislatori nazionali: l’utilizzo di questa *fictio* semantica finalizzata a evitare il termine “detenzione” o simili viene utilizzata anche nell’ordinamento francese, in cui si parla di *retention* o di *zone d’attende*, e inglese (Centres qualificati secondo la funzione: accommodation, removal, induction). Sulle esperienze francese e inglese, C. MAZZA, *La prigione degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione*, cit., pp. 94 ss.

⁵⁰ A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d’incostituzionalità dei CIE*, in *Diritti, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2014, p. 24, sottolinea che la Corte riconduce il trattenimento alle forme di limitazione della libertà personale previste dal secondo comma dell’art. 13 Cost., e non dal terzo (provvedimenti necessari ed urgenti adottati dall’autorità di pubblica sicurezza).

⁵¹ Il nome giuridico di questi luoghi era originariamente “centro di permanenza temporanea e di assistenza”, ex art.14, comma 4, del decreto legislativo n. 286 del 1998; cfr. anche sentenze n. 222 del 2004 e n. 240 del 2006. M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre il confine. Lo statuto penale dell’immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, cit., p. 266, individua nei CIE l’esempio più evidente del processo per cui «il legislatore mostra di bagatellizzare la libertà personale del migrante attraverso la “amministrativizzazione dei diritti fondamentali”».

stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti»⁵².

Pertanto, se la detenzione amministrativa costituisce una forma di restrizione della libertà personale delle persone, occorrerebbe garantire che i casi e i “modi” di tale restrizione fossero tassativamente previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall’art. 13 Cost. La disciplina dei CIE soddisfa questa condizione (di natura costituzionale)⁵³? La Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 105 del 2001, ha affermato la compatibilità della disciplina legislativa (art. 14 testo unico) in materia, la quale può essere interpretata nel senso di estendere l’ambito del controllo giurisdizionale e la sua effettività, sulla base di una interpretazione conforme a costituzione, in particolare all’art. 13 Cost. Secondo la Corte, infatti, «è la forza del preceitto costituzionale dell’art. 13 a imporre una accezione piena del controllo che spetta al giudice della convalida».

Permangono tuttavia dubbi relativi alla compatibilità con i suddetti principi (riserva assoluta di legge) della disciplina dei “modi” e dei “casi”⁵⁴ della restrizione della libertà personale mediante trattenimento,

⁵² Secondo la Corte infatti, «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umani».

⁵³ Osserva D. PERUGIA, *Centri di identificazione ed espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 4, che «a dispetto della natura tecnicamente né penitenziaria in senso stretto, il regime che caratterizza tale *status detentionis* appare, sotto molteplici profili, addirittura più rigido rispetto a quello della detenzione in carcere».

⁵⁴ Cfr. A. DI MARTINO, *La disciplina dei “C.I.E.” è incostituzionale. Un pamphlet*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 3, il quale ritiene che «i casi della limitazione della libertà personale a titolo di trattenimento nei CIE sono/sembrano in effetti stabiliti dalla legge: l’art. 14, comma 1, d.lgs. 25.7.1998 n. 286». Tuttavia, sottolinea l’Autore, il rinvio compiuto dalla disposizione citata alla fonte regolamentare per la individuazione e costituzione dei centri «è (...) problematico: lo è innanzitutto sotto il profilo, di cui si dirà, della fonte dei «modi» di detenzione; ma lo è anche dal punto di vista della determinazione per legge dei «casi» di trattenimento. Infatti, (...) la legge non s’incarica minimamente di stabilire parametri di carattere generale ed orientativo della discrezio-

che è contenuta – con particolare riferimento ai “modi” – in fonti secondarie o straordinarie (ordinanze): l’attrito con l’art. 13 Cost. che sembra essere risolto sul fronte delle garanzie processuali (convalida), riemerge rispetto alle modalità di esercizio di tale forma di detenzione amministrativa⁵⁵.

Una volta ricondotta tale misura all’ambito dell’art. 13, infatti, «i casi e i modi dell’art. 13 sono ancora più incisivi dell’“in forza di legge” ex art. 25 Cost. e comportano una definizione ancora più rigorosa delle restrizioni ammissibili richiedendo previsioni legislative tali da ancorare a criteri obiettivamente riconoscibili le restrizioni ammesse»⁵⁶. Inoltre, occorre richiamare quella dottrina che ha sottolineato come «fino ad ora, la giurisprudenza costituzionale è stata largamente assolutaria nei confronti di tale regime», ma che – alla luce delle riforme in materia introdotte dai pacchetti sicurezza rispetto al limite massimo della durata del trattenimento (che si può protrarre fino a 18 mesi⁵⁷, almeno fino al recente intervento attraverso la legge n. 161 del 2014⁵⁸) – non

nalità del ministero nell’individuare centri già esistenti come “strutture immobiliari” (evidentemente per altri fini) o costituirne di nuovi» (*Ibidem*).

⁵⁵ Secondo A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d’incostituzionalità dei CIE*, cit., p. 33, anche rispetto alla determinazione dei “casi” sussisterebbero dei dubbi di costituzionalità: infatti, «la legge non s’incarica minimamente di stabilire parametri di carattere generale ed orientativo della discrezionalità del Ministero nell’individuare Centri già esistenti (...) o di individuarne di nuovi».

⁵⁶ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

⁵⁷ Sottolinea la durata massima del trattenimento G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione dei Costituzionalisti Italiani*, 1, 2012, pp. 7 ss.

⁵⁸ L’art. 3 della legge citata ha sostituito interamente l’intero comma 5 dell’art. 14 TU che disciplina la convalida e la proroga dei termini di trattenimento nei Centri di identificazione ed espulsione, riducendo a 90 giorni il termine massimo del trattenimento nei centri. Per un commento, che sottolinea i possibili dubbi applicativi che la norma può sollevare, cfr. il documento ASGI dell’11 novembre 2014, reperibile all’URL: <http://www.asgi.it/notizia/espulsioni-e-trattenimenti-degli-stranieri-italia-le-nuove-norme-analizzate-dallasgi/>.

potrà non condurre a «un più stretto scrutinio di costituzionalità, ritornando anche sui suoi esiti precedenti»⁵⁹.

I principi costituzionali – attraverso la giustizia – confermano il proprio ruolo di metronomo del rapporto tra disciplina ordinaria e disciplina derogatoria: se l’eccezione funge da valvola di sfogo dell’ordinamento, la Costituzione ne rappresenta la valvola di sicurezza, anche nei confronti della ragionevole (e legittima) attivazione della prima. Questo ruolo, però, rischia di essere depotenziato dalla degradazione alla fonte secondaria di natura regolamentare di aspetti centrali della disciplina dei centri, in tal modo sottraendola allo scrutinio della Corte costituzionale, oltre che a porsi in potenziale contrasto con la riserva assoluta prevista dall’art. 13, che si applica anche a «qualsiasi altra restrizione della libertà personale» (secondo comma)⁶⁰.

4.2. Dalla qualificazione giuridica alla protezione dei diritti delle persone trattenute: la forma è la sostanza delle cose (e delle garanzie)

Attraverso la dilatazione dello spazio di discrezionalità amministrativa nella definizione sostanziale dei casi e modi del trattenimento⁶¹,

⁵⁹ Sul punto, A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue inconstituzionali metamorfosi*, cit., pp. 594 ss.

⁶⁰ Anche il rispetto della riserva di giurisdizione è destinata a rilevare. Secondo A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, Relazione al Convegno nazionale dell’Associazione Italiana Costituzionalisti, Lo statuto costituzionale del non cittadino, Cagliari, 16-17 ottobre 2009 in www.astrid-online.it, p. 24, quando il Testo Unico prevede «una misura coercitiva della sua [dello straniero] libertà personale disposta direttamente dall’autorità amministrativa (succede per il provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, succede per il provvedimento di trattenimento nei CIE) è la ratio sostanziale della riserva di giurisdizione a essere violata. Il solo modo per mettere in sicurezza il sistema rientrando nell’ortodossia costituzionale è la piena giurisdizionalizzazione dei relativi meccanismi di allontanamento, nel rispetto integrale delle regole dell’*habeas corpus*».

⁶¹ L’art. 13, quarto comma, si limita a prevedere che «l’espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica» e l’art. 14 dispone che «quando non è possibile eseguire con immediatezza l’espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento (...), il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di perma-

l'intervento legislativo finisce con l'elevare «a regola quella che per la Costituzione è e deve rimanere un'eccezione: la limitazione della libertà personale ad opera dell'autorità di pubblica sicurezza in casi eccezionali di necessità ed urgenza (art. 13, comma 3, Cost.)»⁶². Il requisito stesso della eccezionalità dei casi viene in rilievo, potendosi dubitare della sua effettiva sussistenza, quando da eccezionale la misura si converte legislativamente in regola, tenuto conto del fatto che «il presupposto dell'eccezionalità non si collega alla rarità della fattispecie considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria»⁶³.

Occorre rilevare inoltre come, in termini generali, in forza della riserva assoluta di legge sono ammessi solo i regolamenti di stretta esecuzione riguardo alla individuazione dei casi e dei modi della restrizione della libertà personale⁶⁴, dovendosi pertanto escludere un intervento attuativo di natura amministrativa (e non meramente applicativo)⁶⁵ che

nenza temporanea e assistenza più vicino» e che – rispetto ai “modi” – «lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità».

⁶² A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano», cit., p. 23. Cfr. anche R. ROMBOLI, *Legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e assistenza*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PU-GIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, p. 12, il quale ricorda che «i casi in cui tale deroga può essere eccezionalmente consentita debbono essere assolutamente tassativi e ben individuati dalla legge» e che, al contrario, nel caso del trattenimento «non si tratti affatto di un'eccezione, bensì della regola: non siamo cioè di fronte ad uno strumento eccezionale di limitata applicazione, bensì al tipo di intervento con cui in via ordinaria si dà esecuzione al provvedimento di espulsione» (*Ivi*, p. 13).

⁶³ S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario*, p. 104. I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una “terra di nessuno” tra ordine giuridico e fatto politico*, cit., p. 31, ritiene che «l'art. 14 del testo unico sull'immigrazione (...) non appare, dunque, idoneo a soddisfare il requisito dell'eccezionalità richiesto dal comma 3, dell'art. 13 della Costituzione, il quale non consente che alla riserva di giurisdizione possano apportarsi deroghe aventi una sfera di applicabilità talmente ampia da tradursi in regola, collocandosi così agli antipodi di ciò che si intende per requisito di eccezionalità».

⁶⁴ S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario*, cit., p. 103.

⁶⁵ Cfr. la distinzione tra applicazione e attuazione della legge richiamata da M. AISINIS, *Attuazione di norme a mezzo di norme*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, 1996, pp. 2015 ss.

si interponga tra norma di legge e atto applicativo (in questo caso, tra la disposizione del T.U. e l'ordine del questore di espulsione o trattenimento). Al contrario, «il regime normativo della misura del trattenimento appare pericolosamente abbandonato alla discrezionalità dell'autorità di pubblica sicurezza»⁶⁶.

Il vuoto normativo che si produce attraverso la normalizzazione di una deroga al sistema delle fonti e alla riserva di legge non può non produrre effetti distorsivi anche rispetto alla tutela dei diritti e delle garanzie delle persone trattenute⁶⁷, oltre che alla tenuta complessiva del modello di gestione del fenomeno, nonostante gli interventi legislativi di dettaglio con cui il parlamento ha tentato di ricondurre alla legalità costituzionale la procedura di espulsione e trattenimento, sulla spinta della giurisprudenza costituzionale⁶⁸. Questa dinamica conduce al di-

⁶⁶ A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano», cit., p. 28. L'Autore elenca alcuni casi paradigmatici: «è il questore, non il giudice, che dispone *direttamente* il trattenimento dello straniero, in un numero così alto di ipotesi (e di persone recluse) da configurare un *modus operandi* ordinario, niente affatto eccezionale come invece prescriverebbe la Costituzione. È il questore, non il giudice, a ricorrervi sulla base di presupposti molti dei quali eccessivamente indeterminati, quando ancora l'art. 13, comma 3, Cost. imporrebbe che fossero «indicati tassativamente dalla legge». È dall'operato dell'amministrazione, non necessariamente dalla condotta o volontà dello straniero, che può dipendere la misura del trattenimento e la sua proroga, come nei casi di mancata acquisizione dei documenti di viaggio, di indisponibilità del vettore o di assenza di collaborazione dello Stato interessato dal rimpatrio. È il questore, non il giudice, a decidere l'eventuale cessazione anticipata della detenzione amministrativa. È la fonte regolamentare, non la legge, a disciplinare le modalità del trattenimento nei CIE, nonostante da esse dipendano in concreto l'attivazione e la messa a punto della tutela giurisdizionale dello straniero recluso. È il questore, decidendo in quale centro lo straniero andrà trattenuto, ad individuare volta per volta il giudice della convalida territorialmente competente, che la Costituzione vorrebbe invece precostituito per legge a garanzia dell'imparzialità del suo giudizio. È il questore, non l'amministrazione della giustizia, a fornire al giudice di pace «il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo», al fine di assicurare la tempestività del procedimento di convalida a danno, però, della sua imparzialità» (*Ivi*, pp. 28-29). Analogamente, D. PERUGIA, *Centri di identificazione ed espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, cit., p. 6.

⁶⁷ A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, cit., p. 21, ritiene che «le condizioni effettive della permanenza nei Centri siano (...) largamente dipendenti dai problemi della struttura giuridica fondamentale».

⁶⁸ *Ex plurimis*, sentenze nn. 222 e 223 del 2004.

svelamento del simbolismo e dell'inefficacia della ipertrofia del sistema sanzionatorio di gestione della immigrazione irregolare⁶⁹.

5. La legalità costituzionale come metronomo dello stato di eccezione

Il campo, al quale i CIE possono essere ricondotti e per tornare alle suggestioni agambeniane con le quali si sono aperte queste pagine, diviene pertanto «lo spazio che si crea quando lo stato di eccezione comincia a diventare la regola»⁷⁰. In esso, peraltro, si realizzerebbe «un ibrido di diritto e di fatto, in cui i due termini sono diventati indiscernibili», con la conseguenza che «ogni domanda sulla legalità o illegalità di ciò che in esso avviene è semplicemente priva di senso»⁷¹. La disciplina dei CIE rappresenta il paradigma di un processo di progressiva trasformazione della eccezione (la gestione del fenomeno rimessa alla discrezionalità dell'autorità amministrativa) nella regola (le garanzie previste dall'art. 13 Cost. e la riserva assoluta di legge, oltre che la temporaneità della regola derogatoria)⁷².

Come sottolineato in dottrina, «la normalizzazione della detenzione amministrativa degli stranieri ha rappresentato, in sostanza, una diluizione dell'eccezione nel quadro dell'ordinamento giuridico, fino al punto che è adesso possibile fare ricorso a misure limitative della libertà personale che la Costituzione vorrebbe straordinarie senza la necessità di dover dichiarare alcuna sospensione delle garanzie costituzionali, al-

⁶⁹ Un caso paradigmatico è rappresentato dal caso *El Dridi* della Corte di giustizia della UE, per le motivazioni e gli effetti a cascata prodotti all'interno dell'ordinamento italiano: depenalizzazione e abrogazione tacita delle fattispecie incriminatrici correlate.

⁷⁰ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 188.

⁷¹ *Ivi*, p. 190.

⁷² A. GABORDI, *Difesa legittima e «C.I.E.». La vulnerabilità giuridica di una detenzione “fuori legge”*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ottobre 2013, p. 29, «il trattenimento trae piuttosto alimento dall'eccezione, e non tanto dall'eccezione positivamente prevista e disciplinata, quanto piuttosto da quella che si pone al di fuori dello *ius positum*, in quelle lande contigue che si sottraggono alla sua “capacità pervasiva”, o perché non viste o perché deliberatamente occultate».

l'ombra di quella sorta di emergenza a bassa intensità permanente che ispira sin dal principio la politica migratoria italiana»⁷³.

Il rischio è che si produca, anche nel contesto della gestione dell'immigrazione (ma anche della esecuzione della pena detentiva), ciò che Ferrajoli ha definito «diritto penale d'eccezione»⁷⁴, che si esprime attraverso un sostanziale (e formale) ribaltamento della logica dello stato costituzionale di diritto e che provoca una legislazione d'eccezione rispetto alla Costituzione, una giurisdizione d'eccezione rispetto alla legalità, nonché una amministrazione d'eccezione rispetto ai canoni della costituzionalità e della legalità.

Rispetto a tali rischi, la dimensione rappresentata dalla legalità costituzionale è destinata a riemergere, quale metronomo – fonte di legittimità e limite – dello stato di eccezione. Se l'eccezione può essere intesa quale «diritto soggettivo dello Stato alla propria conservazione»⁷⁵, quale espressione massima ed estrema della sovranità statale, essa non può giungere fino a una sostanziale negazione del proprio «essere costituzionale»⁷⁶, ma deve comunque rispondere e rientrare (rispetto alla natura straordinaria e temporanea dell'intervento e alle modalità di attuazione) nella legittimità costituzionale: il fine legittimo e imposto della tutela di fondamentali interessi statali (la repressione della criminalità; il controllo dei flussi migratori e della immigrazione irregolare) non può essere raggiunto attraverso modalità che – di fatto e di diritto – rischiano di indebolire la natura costituzionale di un ordinamento e che si traducono sostanzialmente nella difesa dello stato di diritto mediante la sua negazione⁷⁷.

Nel bilanciato rapporto tra diritto e forza, tra persona-corpo e potere, si esprime la tenuta e la forza di un ordinamento effettivamente costituzionale: la garanzia, seppur in forme differenziate (art. 3 Cost.) ed

⁷³ G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, cit., p. 33.

⁷⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2011, pp. 843 ss.

⁷⁵ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 33.

⁷⁶ G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, 1986, pp. 75 ss., utilizza il concetto di «formula politica istituzionalizzata».

⁷⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 852.

eventualmente limitate (art. 13 Cost.), dei diritti fondamentali nell'esercizio del potere statale, in special modo quando esso si esprima mediante la coercizione penale e detentiva.

L'eccezione conserva la propria legittimità fintantoché conservi gli elementi che la giustificano – cioè l'essere imprevedibile, temporanea e straordinaria – mentre diviene inevitabilmente *contra ordinem (constitutio-nem)* quando, in base alla mera forza della sua impostazione/vigenza, concorre a ribaltare il fisiologico rapporto tra regola ed eccezione: quando, cioè, la normatività (vigenza) della regola viene del tutto superata e destituita dalla forza della regolarità, del fatto. Quando ciò accade, soccorrono le valvole di sicurezza del sistema, interne (giudici ordinari; Corte costituzionale) ed esterne (Corte EDU; Corte di giustizia), a ristabilire – anche se solo parzialmente – la fisiologia del rapporto tra regola ed eccezione in due contesti, la carcerazione e il trattenimento degli stranieri, nei quali il rapporto tra potere e persona assume la natura più paradigmatica.

L'eccezione non può normalizzarsi, diventando regola: la specialità dell'intervento normativo non può confondersi nella sua eccezionalità, in quanto la prima può avere natura stabile ed è legittimata dalla specificità dell'ambito regolato, rispondendo alla logica della adeguatezza dell'intervento (come accade per la legge sull'ordinamento penitenziario)⁷⁸, la seconda è solo provvisoria e giustificata dalla straordinarietà della situazione di fatto, dovendo soddisfare i parametri di necessità e proporzionalità.

⁷⁸ A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 217, sottolinea che, «per quanto possa considerarsi speciale la disciplina penitenziaria, essa non rappresenta un ordinamento giuridicamente separato, al contrario deve considerarsi parte integrante dell'ordinamento normativo statale» e pertanto si pone “in un rapporto di compatibilità, anzi di svolgimento ed attuazione del programma costituzionale». Cfr. anche M. RUOTOLI, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 15.