

# COMMENTO DELL'AVV. ALESSANDRO FERRARA

## CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

### Sezione I ,

#### **AFFAIRE RICHMOND YAW ET AUTRES C. ITALIE**

**(Requetes nà 3342/11, 3391/11, 3408/11 et 3447/11)**

In data 06/10/2016 è stata pubblicata la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *RICHMOND YAW ed altri contro Italia*, con la quale la Corte E.D.U. all'unanimità ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 5, paragraf. 1, lett. f) e paragraf. 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, a norma dei quali

***“Articolo 5 - Diritto alla libertà ed alla sicurezza.***

**1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, salvo che nei casi seguenti e nei modi prescritti dalla legge:**

*a. se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;*

*b. se è in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o per garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge;*

*c. se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati per ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso;*

*d. se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa per sorvegliare la sua educazione o della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;*

*e. se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;*

**f. se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare irregolarmente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione.**

*2. Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa elevata a suo carico.*

*3. Ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1 (c) del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi ad un giudice o ad un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere*

*messa in libertà durante la procedura. La scarcerazione può essere subordinata ad una garanzia che assicuri la comparizione della persona all'udienza.*

*4. Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso ad un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima.*

**5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione ad una delle disposizioni di questo articolo ha diritto ad una riparazione”.**

## **I. I fatti all’origine dei quattro ricorsi.**

I ricorrenti, di nazionalità ghanese, fuggivano dal Paese di origine tutti in giovane età, tra i sette e gli undici anni fa (nove al momento del decreto di espulsione del Prefetto di Caserta), a causa delle lotte religiose che avevano interessato il piccolo villaggio nel quale vivevano, essendo tutti di religione cristiana, mentre la maggioranza di quella regione ghanese è musulmana.

Le continue faide tribali che da sempre sconvolgono il Ghana, senza intervento alcuno delle autorità nazionali, ben restie a sedare i numerosi scontri causati da un enorme divario fra il nord ed il sud del paese, aggravate da elementi religiosi di forte ostilità tra cristiani e musulmani, e il timore di essere uccisi perché di religione cristiana e proprietari, unitamente alle proprie famiglia, di un piccolo appezzamento terriero, li avevano indotti ad abbandonare il Ghana.

Giunti in Italia nel giugno 2008, i ricorrenti trovavano rifugio nella piccola comunità di ghanesi stanziati nel casertano a Castelvoturno. In tale sede erano seguiti dagli operatori socio-legali dello sportello informativo per migranti o rifugiati del Consiglio Italiano Rifugiati, in collaborazione con l’associazione di volontariato “Comitato per il centro sociale”, nonché del Centro di accoglienza della Caritas “Tenda di Abramo” di via Borsellino, n. 4, Caserta, al fine di presentare la domanda di protezione internazionale, ai sensi dell’art. 29, comma 1, del D. L. vo n. 25/08 ed erano in attesa della c.d. *calendarizzazione* da parte della Questura di Caserta.

In data 20/11/08 ai ricorrenti, su segnalazione della Questura di Caserta, veniva notificato il decreto di espulsione, adottato in base all’art. 13, comma

V bis, del D. L. vo n. 286/98, come introdotto dal D.L. 4 aprile 2002, n. 51, nonché il contestuale decreto di accompagnamento alla frontiera da parte della Questura di Caserta, previa convalida da parte del Giudice di Pace di Caserta. Non essendo stato convalidato il decreto di accompagnamento alla frontiera, la Questura di Caserta provvedeva ad emettere decreto di trattenimento presso il CPT di Ponte Galeria, dove i ricorrenti venivano immediatamente tradotti. All'udienza di convalida innanzi al Giudice di Pace di Roma, i ricorrenti rappresentavano al GdP l'illegittima situazione, essendo in attesa di essere convocati dalla competente Questura di Caserta per formalizzare la domanda di asilo, e, pertanto, tramite il proprio legale di fiducia si opponevano alla convalida medesima, chiedendo che venisse verbalizzata la loro condizione di richiedenti asilo. Successivamente in data 15-19/12/2008 a mezzo raccomandata A/R indirizzata alla Commissione Territoriale di Roma per il riconoscimento dello status di rifugiato ed al C.I.E. di Ponte Galeria, i ricorrenti chiedevano espressamente il riconoscimento dello *status di rifugiato* ai sensi della Convenzione ONU di Ginevra del 1951 ed in data 14/01/2009 l'autorità di P.S. del C.I.E. di Ponte Galeria notificava loro l'invito e recarsi presso l'ufficio Immigrazione della Questura di Roma per il giorno 23/01/09, al fine di formalizzare la richiesta d'asilo.

In tale sede la Questura di Roma, a sua volta, li invitava a recarsi presso la Questura di Caserta, per i previsti adempimenti procedurali, comunicando loro, altresì, che l'audizione presso la Commissione Territoriale di Roma per il riconoscimento della Protezione Internazionale era stata fissata per il giorno 19/03/09.

Nelle more la Questura di Roma in data 11/12/2008 chiedeva al Giudice di Pace di Roma la proroga del trattenimento per ulteriori trenta giorni, che il Giudice di Pace concedeva ".....non essendo stata ancora completata la procedura di identificazione dello straniero; dovendo rilevare che nonostante il riferimento dello straniero al possesso del passaporto non vi è alcun riscontro oggettivo attuale".

Tuttavia, avendo i ricorrenti chiesto sin dalla udienza di convalida di essere ammessi alla procedura per la Protezione Internazionale, ritenendosi

illegittima la procedura seguita per la palese violazione del *diritto di difesa* e del *principio del contraddittorio*, in particolare per non essere stata la richiesta di proroga comunicata né ai diretti interessati né al loro difensore di fiducia, con impossibilità di esercizio compiuto ed effettivo del diritto di difesa, i cittadini stranieri in questione, con atto notificato in data 16/02/2009, ricorrevano in cassazione al fine di ottenere l'annullamento del decreto di proroga del trattenimento adottato dal Giudice di Pace di Roma, Ufficio Stranieri, Sezione Prima, in data 17/12/2008 ed in pari data comunicato a mezzo dell'autorità di P.S. del C.I.E. di Ponte Galeria, ai sensi dell'art. 14, comma 6, del D. Lgs. n. 286/98.

La Suprema Corte di Cassazione con la sentenza nr. 13767/10, pubblicata in data 08/06/2010, accoglieva il ricorso del ricorrente principale sig. Richmond Yaw Takyi Berko, cassava senza rinvio il provvedimento impugnato, e dichiarava inefficace la proroga del trattenimento perché adottato senza il rispetto del principio del contraddittorio e quindi in palese violazione del diritto di difesa ex art. 24 della Costituzione e dei principi del giusto processo ex art. 111 della Costituzione. Seguivano a breve le sentenze favorevoli anche per gli altre tre ricorrenti.

In corso di trattenimento presso il Centro di Identificazione ed Espulsione di Ponte Galeria, i ricorrenti inoltravano domanda di asilo e venivano successivamente ascoltati dalla Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione internazionale di Roma con esito negativo.

## **II. Il ricorso alla C.E.D.U.**

I ricorrenti innanzi la Corte hanno invocato

**a)** – violazione dell'articolo 5 paragrafo 1 lett. f) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4/11/1950, in relazione alla proroga del trattenimento presso il Centro di Identificazione ed Espulsione di Ponte Galeria per ulteriori trenta giorni disposta dal Giudice di Pace di Roma con provvedimento adottato in data 17/12/2009;

**b)** - violazione dell'articolo 5, paragrafo 4. della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4/11/1950, in relazione all'eccessiva durata con la quale la Corte di Cassazione ha deciso sul ricorso avverso il provvedimento di proroga per ulteriori trenta giorni del trattenimento presso il Centro di Identificazione ed Espulsione di Ponte Galeria, adottato dal Giudice di Pace con provvedimento adottato in data 17/12/2009;

**c)** - violazione dell'articolo 5, paragrafo 5, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4/11/1950, in relazione all'assenza di una misura riparatoria per l'illegittima privazione della libertà personale subita a causa della proroga illegale del trattenimento presso il Centro di Identificazione ed Espulsione di Ponte Galeria per ulteriori trenta giorni disposta dal Giudice di Pace con provvedimento adottato in data 17/12/2009;

**d)** - violazione dell'art. 6, par. 3 c, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, relativamente all'impossibilità di comparire innanzi al Giudice di Pace, esporre le proprie ragioni, contestare le richieste della Questura di Roma ed essere assistiti da un difensore, di fiducia o d'ufficio;

**e)** - violazione dell'articolo 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4/11/1950, quanto alla violazione del principio di effettività della tutela giudiziaria diniego di accesso al Tribunale.

Comunicato il ricorso al Governo, in merito alle sole doglianze relative all'art. 5, comma 1, lett. f) e comma 5, la Corte ha ritenuto di applicare la procedura della decisione congiunta su ricevibilità e merito. La Corte con precedente decisione Presidenziale aveva, altresì, ammesso l'intervento in qualità di *amicus curiae* della Ong "*International Commission of Jurists*", che ha prodotto in giudizio il rapporto steso all'esito della indagine effettuata in Italia dal titolo "*Undocumented Justice for migrants in Italy*", laddove la scelta del termine "*Undocumented*" sta a sottolineare la violazione del *principio di legalità internazionale* che permea tutta la materia della condizione giuridica dello straniero non regolare in Italia, basata su prassi amministrative, prive del sostegno giurisdizionale, caratterizzata dal ruolo dei Giudici Onorari di sostanziale mera e semplice certificazione di decisioni amministrative prese nella più totale violazione dei principi costituzionali,

convenzionali, comunitari ed internazionali in tema di detenzione dei cittadini stranieri non regolari preordinata al rimpatrio.

### **III. Il giudizio alla C.E.D.U.**

La Corte Europea ha respinto le eccezioni preliminari del Governo italiano in merito sia al mancato esaurimento delle vie di ricorso interno, sia alla mancanza della qualità di vittima, a seguito delle decisioni della Corte di Cassazione che aveva annullato le proroghe dei trattenimenti.

Da un lato, infatti, il Governo aveva prodotto una sentenza del Tribunale di Roma (sentenza nr. 5764/13 del Tribunale di Roma, pubblicata in data 15/03/2013) onde dimostrare l'esistenza di un rimedio effettivo, che andava esperito prima di ricorrere al Giudice Internazionale, avendo il Tribunale capitolino condannato il Ministero dell'Interno al risarcimento danni in un caso del tutto analogo. Dall'altro, insisteva nel ritenere che la decisione di annullamento della Corte di Cassazione costituisse adeguata riparazione della lesione lamentata, considerato, altresì, che secondo il consolidato insegnamento del Giudice di Legittimità non è sufficiente a ritenere illegittima la privazione della libertà personale il fatto che la decisione giudiziaria all'origine della detenzione sia stata successivamente annullata dalle giurisdizioni superiori, dovendo distinguersi tra titoli di privazione della libertà personale manifestamente illegittimi *ab origine* e titoli di privazione della libertà successivamente annullati per vizi procedurali e/o formali.

Orbene, la Corte ha respinto tali eccezioni come manifestamente infondate, considerato che a fronte dell'unica sentenza favorevole erano seguite ben 19 successive decisioni negative (sentenza nr. 14181/15 dell'01/07/2015; nr. 13113/15 del 16/06/2015; nr. 13054/15 del 12/06/2014; nr. 13966/14 del 24/06/2014; nr. 11973/14 del 27/05/2014; nr. 15934/14 del 17/07/2014; nr. 18331/14 del 17/09/2014; nr. 20921/14 del 23/10/2014; nr. 1071/15 del 16/02/2015; nr. 4643/15 del 27/02/2015; nr. 5518/15 del 10/03/2015; nr. 8583/15 del 21/04/2015; nr. 11775/15 del 28/05/2015; nr. 12350/15 del 05/06/2015; nr. 13110/15 del 16/06/2015; nr. 13106/15 del 16/06/2015; nr.

14168/15 dell'01/07/2015 e nr. 15851/15 del 20/07/2015), due delle quali riguardanti altri due ricorrenti innanzi la Corte Europea (i sigg. ri Twumasi Dominic, sentenza nr. 14181/15 e Kwadwo Darke Isaac, sentenza nr. 13113/15), con le quali il Tribunale di Roma ha consolidato il proprio indirizzo interpretativo nel senso di ritenere inammissibile la domanda di risarcimento danni ex art. 2043 c.c. proposta nei confronti del Ministero dell'Interno, in quanto gli organi di P.S. si limitano a dare esecuzione ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria, ossia la proroga del trattenimento; nel mentre la domanda proposta nei confronti del Ministero di Giustizia è stata dichiarata improcedibile, in quanto trattasi di presunta lesione proveniente da attività giudiziaria, da farsi valere eventualmente nei modi e nelle forme di cui alla legge nr. 177/88, che disciplina la *responsabilità civile dei magistrati*.

In particolare la Corte Europea ha fortemente stigmatizzato il ragionamento del Giudice capitolino, mutuato dal Giudice di Legittimità, secondo cui non è sufficiente a ritenere illegittima la privazione della libertà personale il fatto che la decisione giudiziaria all'origine della detenzione sia stata successivamente annullata dalle giurisdizioni superiori, dovendo distinguersi tra titoli di privazione della libertà personale manifestamente illegittimi *ab origine* e titoli di privazione della libertà successivamente annullati per vizi procedurali e/o formali, limitandosi semplicemente a ricordare che una detenzione senza possibilità di udienza e compiuto esercizio del diritto di difesa è manifestamente arbitraria (par. 73 della sentenza).

Sul punto la Corte ha, altresì, richiamato la decisione della Corte di Giustizia UE nel caso *Bashir Mohameed Alio Mahadi*, causa C-146/14, del 05/06/2014, secondo cui: *“L'articolo 15, paragrafi 3 e 6, della direttiva 2008/115 deve essere interpretato nel senso che il riesame che è chiamata a compiere l'autorità giudiziaria cui sia sottoposta una domanda di proroga del trattenimento di un cittadino di un paese terzo deve consentire all'autorità medesima di pronunciarsi nel merito, caso per caso, sulla proroga del trattenimento del cittadino interessato, sulla possibilità di sostituire al trattenimento una misura meno coercitiva e sul rilascio di tale cittadino,*

*laddove detta autorità è quindi legittimata a fondarsi sui fatti e sulle prove addotti dall'autorità amministrativa che l'abbia adita nonché sui fatti, sulle prove e sulle osservazioni eventualmente sottoposte nel corso del procedimento stesso".*

Per quanto riguarda, poi, la pretesa effettività della legge nr. 117/88 sulla responsabilità civile dei magistrati, quale rimedio effettivo ed efficace da esperire prima di ricorrere a Strasburgo, la Corte è stata tranciante nel respingere tale eccezione semplicemente contestando che, a fronte delle argomentazioni dei ricorrenti che invocavano le sentenze della Corte di Giustizia U.E. del 13/06/2006, causa C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo s.p.a. c/Repubblica Italiana* e del 24/11/2011, causa C-379/00, *Commissione c/Italia*), che ne hanno decretato la palese ineffettività, ha semplicemente constatato che il Governo non ha fornito alla Corte un solo caso onde dimostrare l'effettività del prefato rimedio giudiziario.

Per quanto riguarda, invece, la seconda eccezione, relativa alla mancanza di qualità di vittima, stante l'esito positivo dei ricorsi in cassazione, traspare nella reiezione della formulata eccezione un certo fastidio da parte dei Giudici Strasburghesi nel dover rammentare la propria consolidata giurisprudenza in merito alla ferma differenza tra rimedi con i quali si contesta la legittimità e legalità della detenzione ed i rimedi con i quali si invocano misure riparatorie alla detenzione illegittima (par. 43 della decisione).

Una volta respinte le eccezioni preliminari del Governo e ribadito che i principi generali di diritto internazionale, affermati anche in seno all'O.N.U., obbligano gli Stati a riparare con misure adeguate ed effettive le privazioni illegittime della libertà personale, nonché, che la privazione della libertà personale per effetto di una decisione giudiziaria assunta *de plano*, senza l'assistenza di un avvocato, la possibilità di comparire in udienza ed interloquire con l'autorità giudiziaria è manifestamente arbitraria, ledendo alla base i principi basilari di uno Stato di diritto, la Corte di Strasburgo ha avuto gioco facile nell'accertare la violazione del divieto di detenzione arbitraria ed accordare l'equa riparazione, nella misura chiesta dai ricorrenti,



per l'illegittimo prolungamento del loro trattenimento nel C.I.E. di Ponte Galeria dal 17/12/2008 al 14/01/2009.

D'altra parte trattasi di una constatazione che non dovrebbe sfuggire ai Giudizi nazionali, derivando sia dagli artt. 24 e 111 della Costituzione sia dal diritto internazionale, laddove il *divieto di detenzione arbitraria* costituisce una regola di natura consuetudinaria. Infatti, secondo il *Report Group on Arbitrary detention, UN DOC. A/HRC/22/44* del 24/12/2012, a cura delle Nazioni Unite, Consiglio dei Diritti Umani, "...sono cinque i casi in cui la detenzione non può che dirsi arbitraria. Si tratta, in particolare, delle seguenti situazioni: a) quando non è possibile invocare alcun fondamento giuridico a sostegno della detenzione; b) quando la privazione della libertà è la conseguenza dell'esercizio di alcuni diritti fondamentali (artt. 7, 13, 14, 18, 19, 20 e 21 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo); c) **quando vi è stata una grave non osservanza delle norme internazionali relative al diritto ad un equo processo**; d) quando una detenzione amministrativa per richiedenti asilo, rifugiati o altri migranti si è prolungata indebitamente senza la possibilità di avvalersi di un rimedio giudiziale; e) quando la privazione della libertà rappresenta un violazione del principio di non discriminazione".

#### **IV. Spunti di riflessione in merito alle implicazioni della sentenza del 06/10/2016 sul sistema italiano delle espulsioni.**

La decisione della Corte Europea non potrà non avere dirompenti effetti sul sistema complessivo delle espulsioni dei cittadini non comunitari irregolarmente soggiornanti di cui al D. Lgs. nr. 286/98, considerato, altresì, l'ulteriore allungamento dei tempi di detenzione operato dall'art. 6 del D. Lgs. nr. 142/15, proprio in riferimento alla categoria più debole e vulnerabile, ossia i *richiedenti la protezione internazionale*.

In particolare per adeguare il procedimento di trattenimento degli stranieri non regolari sul territorio nazionale ai dettami della C.E.D.U. non basta,

come ormai avviene comunemente, prevedere un'udienza di proroga del trattenimento, ma occorre, come affermato anche dalla Corte di Giustizia U.E. nel caso *Bashir Mohamed Alio Mahadi*, causa C-146/14, decisione del 05/06/2014, un effettivo controllo da parte dell'autorità giudiziaria sulla concreta persistenza delle condizioni che legittimano il trattenimento.

In particolare, occorre che le operazioni volte alla identificazione dei cittadini stranieri trattenuti ed alla eliminazione di tutti gli ostacoli che si frappongono all'effettivo rimpatrio, siano svolte con la più diligente dovizia e solerzia.

Ma soprattutto, considerato il c.d. *effetto utile del trattenimento* di cui all'art. 15 della direttiva rimpatri, occorre verificare l'esistenza di accordi di riammissione con il Paese di origine dello straniero, pena una sostanziale inutilità del trattenimento stesso, che da misura preordinata al rimpatrio diventa una misura inutilmente sanzionatoria e repressiva.

Come la Corte E.D.U. ha sovente ricordato (sentenza *Chahal c/Regno Unito* del 15/11/1996) perché la detenzione di uno straniero sia legittima ai sensi dell'art. 5 della C.E.D.U. occorre che sia adottata nell'ambito di un procedimento di espulsione ed alla stessa effettivamente preordinato. Infatti, non trattandosi di criminali, ma di persone che fuggono da disastri umanitari, è necessario che le operazioni di rimpatrio siano svolte con la dovuta diligenza, onde evitare l'eccessivo protrarsi della detenzione medesima.

Ciò non potrà non avere delle conseguenze anche sul monolitico indirizzo interpretativo del Giudice di Legittimità, che ancora oggi si fonda sulla distinzione tra provvedimenti di privazione della libertà personale manifestamente arbitrari e provvedimenti inficiati da vizi formali o procedurali, secondo la nota decisione resa nel caso *Shalabayeva* (sentenza nr. 17407/14 "*il sindacato giurisdizionale sul provvedimento di convalida del trattenimento del cittadino straniero non deve essere limitato alla verifica delle condizioni giustificative dell'adozione della misura indicate nell'art. 13, comma 4 bis e 14 comma 1 d.lg. 286 del 1998, nella formulazione attualmente vigente, ma deve essere esteso oltre che*

*all'esistenza ed efficacia del provvedimento espulsivo anche alla verifica della sussistenza di condizioni di manifesta illegittimità del medesimo, in quanto indefettibile presupposto della disposta privazione della libertà personale").*

Dal punto di vista del *principio di effettività della tutela giudiziaria* tale distinzione perde di valore, essendo del tutto inutile addentrarsi in tali verifiche, dovendosi, al contrario, verificare se sussistano effettivamente le condizioni di un efficace e concreto rimpatrio, onde preservare l'effetto utile del trattenimento.

Il Giudice di Pace dovrà, quindi, verificare come, dove, quando e con che frequenza le autorità di P.S. contattino le ambasciate onde ottenerne la necessaria ed indispensabile collaborazione alle operazioni di rimpatrio, considerando, altresì, che, in mancanza di accordi di riammissione con il Paese di origine dell'espellendo, il rimpatrio sarà probabilmente impossibile, nel che l'inutilità di una decisione di proroga di un trattenimento non idoneo al raggiungimento del risultato finale cui è preordinato.

Infine, è necessario prevedere un rimedio effettivo che consenta anche agli stranieri non comunitari, illegittimamente privati della libertà personale per effetto di un trattenimento illegale, di ottenere adeguata ed idonea riparazione.

Nell'attesa di un intervento legislativo, si ritiene che tale riparazione possa essere conseguita attraverso un'interpretazione convenzionalmente orientata, ai sensi dell'art 117 Cost., della responsabilità risarcitoria da fatto illecito ex art. 2043 c.c.

Sul punto l'interpretazione del Tribunale di Roma, analizzata dalla Corte con la sentenza del 06/10/2016, non solo non è conforme alla Costituzione ma proroga l'illecito internazionale compiuto dallo Stato Italiano, atteso che la detenzione arbitraria subita dai ricorrenti, e come essi da tanti stranieri almeno illegittimamente trattenuti nei vari C.I.E. d'Italia fino alla sentenza della Corte di Cassazione nr. 4544/10 del 24/02/2010, trae origine non dal comportamento doloso o gravemente colposo del singolo magistrato, come opportunamente stigmatizzato dalla Corte Europea, ma da una violazione di

sistema, non avendo provveduto gli Uffici Giudiziari ad organizzare le udienze di proroga.

Non ha pregio, quindi, l'interpretazione del Tribunale di Roma, circa la necessità di veicolare la relativa pretesa risarcitoria nelle forme della legge nr. 117/88, anche a seguito della riforma del 2015.

Sebbene, infatti, la legge n. 18/2015, nell'ottica di adeguare l'ordinamento italiano alle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia Europea, modifica in più punti la l. n. 117/1988, mantenendo tuttavia inalterato il principio della responsabilità indiretta dei magistrati ed agendo sostanzialmente sotto il profilo della limitazione della c.d. "*clausola di salvaguardia*", della ridefinizione in senso più ampio delle fattispecie di colpa grave, eliminando altresì il filtro endoprocessuale di ammissibilità della domanda e rendendo obbligatoria e più stringente la disciplina della rivalsa dello Stato verso il magistrato responsabile, la stessa non è adeguata a riparare le c.d. *violazioni di sistema*.

Non si scorgono, invece, ostacoli di sorta ad accertare la responsabilità dello Stato/Amministrazione per non aver amministrato il servizio giustizia conformemente ai principi basilari del moderno Stato di Diritto. Ciò tanto più che, come rilevato dalla Corte E.D.U., si trattava di principi già affermati nel 2004 dalla Corte Costituzionale con le sentenze nnrr. 222 e 224.

Dunque ai sensi dell'art. 2043 c.c., constatato l'illecito di diritto internazionale compiuto dallo Stato Italiano, la responsabilità non può che ricadere sul Ministero di Giustizia, Organo apicale della relativa funzione Statale di amministrare e rendere il *servizio giustizia*.

Per rendere una tutela effettiva a quanti ancora potrebbero intraprendere simili iniziative giudiziarie innanzi i Tribunali della Repubblica, occorrerebbe che i Giudici nazionali interpretassero il ruolo di Giudici della Convenzione Europea più volte loro attribuito dalla C.E.U. con conseguente obbligo dei "*giudici nazionali di applicare le norme della convenzione Europea dei diritti dell'Uomo secondo i principi ermeneutici espressi nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*" (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sentenza nel caso *Lucà c/ Italia* del 27/02/2001, ric. nr. 33354/96). D'altra

parte, conformemente al consolidato insegnamento della Corte Costituzionale a partire dalle sentenze gemelle 348 e 349 del 2007, si imporrebbe loro il compito di verificare se una tale forma di riparazione per l'illegittima detenzione subita sia ammissibile nelle forme di cui all'art. 2043 c.c.

Dunque, lamentandosi della violazione della libertà personale e del diritto di difesa per come è stato <<procedimentalizzato>> il trattenimento, l'indagine che loro verrebbe devoluta è quella di verificare se tale procedimento sia conforme o meno ai principi basilari del diritto europeo.

A tal uopo appare quanto mai rilevante il *dictum* di cui alla sentenza nr. 170 del 2013 della Corte Costituzionale, secondo cui <<...anche quando vengono in rilievo, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. norme della CEDU, la valutazione di legittimità costituzionale "deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate", in quanto "un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative (.....) rischia di condurre in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le loro stesse finalità di tutela". Altrimenti detto, questa Corte opera una valutazione "sistemica e non frazionata" dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario bilanciamento in modo da assicurare la <<massima espressione delle garanzie>> di tutti i diritti ed i principi, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze n. 75 del 2013 e nr. 264 del 2002)".

Se, infatti, compito del Giudice nazionale, direttamente discendente dall'art. 117 Cost., è quello di verificare la possibilità di un'interpretazione convenzionalmente conforme della normativa invocata e se dal *principio di sussidiarietà*, cui è improntato il sistema convenzionale di tutela dei Diritti Fondamentali dell'Uomo, discende l'altrettanto inderogabile compito di assicurare una protezione ai Diritti Umani quantomeno equivalente a quella accordata in sede internazionale dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si impone ai Giudici nazionali il compito di verificare, se in relazione al quadro di diritto europeo ed internazionale di riferimento, residua un margine di

ammissibilità e procedibilità dell'azione ex art 2043 c.c. nei confronti del Ministero di Giustizia per illegittimo trattenimento, prescindendosi da ogni possibile ipotesi di responsabilità civile dei magistrati.

Occorre, infatti, precisare che al di là delle eventuali responsabilità di natura individuale, la peculiarità di una tale iniziativa giudiziaria risiede nella prassi applicativa che nelle aule di giustizia della Repubblica Italiana, sia Giudice di Pace che Tribunale, ha avuto l'art. 14 del D. Lgs. nr. 286/98, complice anche la sua scarna e lacunosa formulazione.

Dunque, l'evento dannoso di cui si chiederebbe il ristoro trova fondamento in una c.d. *violazione strutturale o di sistema* (come definite in ambito internazionale dalla Corte di Strasburgo, cfr., tra le tante sentenze nei casi *Kudla c/Polonia; Bottazzi, Ferrari e Di Mauro c/Italia; Torregiani ed altri c/Italia*) a fronte della quale l'unico rimedio effettivo a sensi dell'art. 13 della C.E.D.U. è un'azione ordinaria di risarcimento danni, i cui parametri costitutivi devono essere adeguati alle categorie logico-concettuali del diritto europeo, per come elaborate dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Infatti, oltre al più volte invocato articolo 5 della C.E.D.U., nella cornice di diritto internazionale occorre considerare:

- a)** l'articolo 13 del Patto internazionale sui diritti civili e politici stipulato a New York il 19 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con la legge 25 ottobre 1977, n. 881, ove si stabilisce che "*uno straniero che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato parte del presente Patto non può esserne espulso se non in base a una decisione presa in conformità della legge e, salvo che vi si oppongano imperiosi motivi di sicurezza nazionale, deve avere la possibilità di far valere le proprie ragioni contro la sua espulsione, di sottoporre il proprio caso all'esame dell'autorità competente, o di una o più persone specificamente designate da detta autorità, e di farsi rappresentare innanzi ad esse a tal fine*";
- b)** l'art. 1 del Protocollo n. 7 alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo

il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98, che enuncia principi del tutto analoghi;

- c)** l'articolo 15 della direttiva U.E. nr. 115/2008 che in tema di espulsione dei cittadini non comunitari, subordina l'ammissibilità del trattenimento a tutta una serie di garanzie processuali<sup>1</sup>, prevedendo, altresì, l'istituto del riesame della misura del trattenimento ad istanza di parte (laddove il legislatore italiano ha previsto la sola proroga a richiesta della P.A.);
- d)** la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. secondo cui *<<...i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima s'ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati*

---

<sup>1</sup> Tale disposizione testualmente prescrive che: *"Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando:*

*a) sussiste un rischio di fuga o*

*b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio.*

*2. Il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative o giudiziarie.*

*Il trattenimento è disposto per iscritto ed è motivato in fatto e in diritto.*

*Quando il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative, gli Stati membri:*

*a) prevedono un pronto riesame giudiziario della legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'inizio del trattenimento stesso,*

*b) oppure accordano al cittadino di un paese terzo interessato il diritto di presentare ricorso per sottoporre ad un pronto riesame giudiziario la legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'avvio del relativo procedimento. In tal caso gli Stati membri informano immediatamente il cittadino del paese terzo in merito alla possibilità di presentare tale ricorso.*

*Il cittadino di un paese terzo interessato è liberato immediatamente se il trattenimento non è legittimo.*

*3. In ogni caso, il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d'ufficio. Nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo di un'autorità giudiziaria.*

*4. Quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1, il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata.*

*5. Il trattenimento è mantenuto finché perdurano le condizioni di cui al paragrafo 1 e per il periodo necessario ad assicurare che l'allontanamento sia eseguito. Ciascuno Stato membro stabilisce un periodo limitato di trattenimento, che non può superare i sei mesi.*

*6. Gli Stati membri non possono prolungare il periodo di cui al paragrafo 5, salvo per un periodo limitato non superiore ad altri dodici mesi conformemente alla legislazione nazionale nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa:*

*a) della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato, o*

*b) dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi".*

*membri hanno cooperato o aderito (v., in tal senso, sentenza 13 dicembre 1979, Hauer, causa 44/79, Racc. pag. 3727, punto 15). La CEDU riveste, a tale riguardo, un significato particolare (v., in particolare, sentenze 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, Connolly/Commissione, Racc. pag. I-1611, punto 37, e 22 ottobre 2002, causa C-94/00, Roquette Frères, Racc. pag. I-9011, punto 25). I principi sviluppati da tale giurisprudenza sono stati riaffermati dal preambolo dell'Atto unico europeo, poi dall'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (sentenza 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman e a., Racc. pag. I-4921, punto 79). Essi sono ormai ripresi dall'art. 6, n. 2, UE, in base al quale «[l']Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...) e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» (Corte di Giustizia sentenza del 10/07/2003, cause riunite C-20/00 e C-64/00, Booker Aquaculture Ltd e Hydro Seafood GSP Ltd c/The Scottish Ministers”, parr. 65, 66);*

- e)** il noto principio della *primauté del diritto comunitario sul diritto nazionale contrastante*, enunciato dalla Corte di Giustizia CE sin dalla sentenza del 15/07/1964 nel caso *Costa c/Enel*, ed oggi normativamente recepito dal Trattato costituzionale, sottoscritto il 29 ottobre 2004, che ha codificato nell'art. I-6 la *primauté* che, fino a tale data, faceva parte unicamente *dell'acquis giurisprudenziale*. Tale codificazione è realizzata in forma *“incondizionata”* (*“La costituzione ed il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri”*), per cui il Trattato e il diritto europeo derivato prevalgono sul diritto nazionale senza alcuna specificazione o limitazione, così da chiarire che la *primauté* vale nei confronti sia del diritto nazionale di rango primario che di quello di rango costituzionale. Infatti, come ribadito dalla Corte di



Giustizia di Lussemburgo: “secondo una giurisprudenza consolidata, nell’applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale chiamato a interpretare tale diritto deve procedere per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest’ultima e conformarsi pertanto all’art. 294, terzo comma, CE (v., in particolare, sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, Racc. pag. I-4135, punto 8, e 24 giugno 2008, causa C-188/07, *Comune de Mesquer*, Racc. pag. I-4501, punto 84)” (sentenza del 17/02/09, causa C-465/07);

**f)** il titolo VI della Carta di Nizza artt. 47-50, dedicato alla Giustizia, proclamata nel corso del Consiglio Europeo di Nizza del 20 dicembre 2000, che sancisce il carattere fondamentale e la portata dei diritti umani per i cittadini dell’Unione ed è divenuta giuridicamente vincolante solo a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 6 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007;

**g)** la regola di natura consuetudinaria del *divieto di detenzione arbitraria* esistente nel diritto internazionale. Secondo il *Report Group on Arbitrary detention, UN DOC. A/HRC/22/44* del 24/12/2012, a cura delle Nazioni Unite, Consiglio dei Diritti Umani, “...sono cinque i casi in cui la detenzione non può che dirsi arbitraria. Si tratta, in particolare, delle seguenti situazioni: a) quando non è possibile invocare alcun fondamento giuridico a sostegno della detenzione; b) quando la privazione della libertà è la conseguenza dell’esercizio di alcuni diritti fondamentali (artt. 7, 13, 14, 18, 19, 20 e 21 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo); c) **quando vi è stata una grave non osservanza delle norme internazionali relative al diritto ad un equo processo**; d) quando una detenzione amministrativa per richiedenti asilo, rifugiati o altri migranti si è prolungata indebitamente senza la possibilità di avvalersi di un rimedio giudiziale; e) quando la

*privazione della libertà rappresenta un violazione del principio di non discriminazione”.*

Soltanto in tal modo i nostri Tribunali rappresenterebbero veramente *Le Istituzioni*, abdicando interpretazioni ardite ed insostenibili, che nell’inutile tentativo di privilegiare lo Stato, finiscono per perpetuarne l’illecito di diritto internazionale già compiuto, comprimendo eccessivamente i diritti e le libertà fondamentali che la nostra Costituzione riconosce a tutti gli esseri umani in quanto tali, a prescindere dalla condizione giuridica di cittadino italiano.