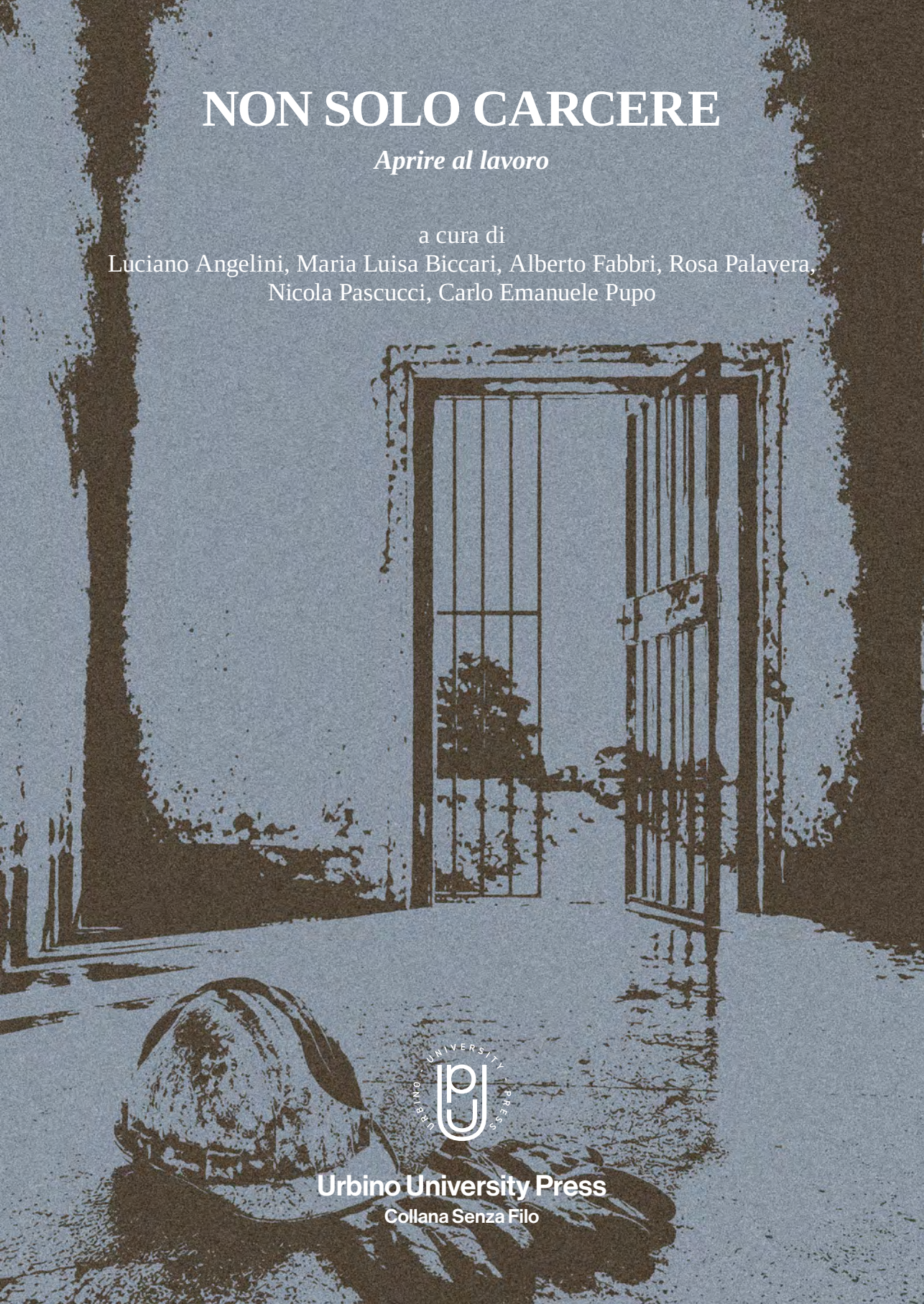
NON SOLO CARCERE

Aprire al lavoro

a cura di
Luciano Angelini, Maria Luisa Biccari, Alberto Fabbri, Rosa Palavera,
Nicola Pascucci, Carlo Emanuele Pupo



Urbino University Press
Collana Senza Filo


URBINO · UNIVERSITY · PRESS

1506
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO CARLO BO
UUP URBINO UNIVERSITY PRESS

Il volume raccoglie gli scritti presentati in occasione del Progetto di supporto al reinserimento lavorativo dei detenuti della Casa circondariale di Pesaro Villa Fastiggi, finanziato dall'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo nell'ambito delle iniziative di terza missione.

NON SOLO CARCERE

Aprire al lavoro

a cura di
Luciano Angelini, Maria Luisa Biccari, Alberto Fabbri, Rosa Palavera,
Nicola Pascucci, Carlo Emanuele Pupo

NON SOLO CARCERE
Aprire al lavoro

a cura di Luciano Angelini, Maria Luisa Biccari, Alberto Fabbri, Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Carlo Emanuele Pupo

Comitato scientifico
Presidente: prof. Glauco Giostra (Sapienza Università di Roma).
Componenti: prof. Gianni Loy (Università degli Studi di Cagliari); prof. Stefano Fiore (Università degli Studi del Molise); prof. Marco Parisi (Università degli Studi del Molise); prof. Alberto De Pra (Università degli Studi di Padova)

Progetto grafico
Mattia Gabellini

Referente UUP
Giovanna Bruscolini

In copertina
L'immagine di copertina è stata realizzata con l'ausilio di IA, su prompt testuale © 2026 Marina Frunzio

[Print] ISBN 9791257650117
[PDF] ISBN 9791257650094
[ePub] ISBN 9791257650100

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:
https://press.uniurb.it/index.php/UrbinoUP

© Gli autori per il testo, 2025, 2026
© 2026, Urbino University Press
Via Saffi, 2 | 61029 Urbino
Sito web: https://uup.uniurb.it/ | e-mail: uup@uniurb.it

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

I saggi qui raccolti hanno ricevuto una valutazione positiva da parte di esperti del settore, mediante un processo di *double blind peer review*.

Sommario

9
Non è un’introduzione
Alessandro Bondi

Capitolo I
Per un carcere *extrema ratio*: attualità e prospettive

31
Il nome della giustizia è Dignità
Luciano Eusebi

47
Un carcere *extrema ratio*?
Tentativi e contraddizioni del legislatore alla prova dei fatti
Nicola Pascucci

57
Carcere “altro” e carcere “minimo”: il presupposto della pericolosità nella prospettiva del carcere *extrema ratio*
Silvia Cecchi

73
L’*extrema ratio* che non c’è: due scenari europei
Lorenzo Bernardini

95
Il carcere come illusoria panacea
Sergio Sottani

103
Appunti sul carcere come *extrema ratio*
Guido Colaiacovo

111
Molte ombre e una fioca luce sull’esecuzione penale a cinquant’anni dall’ordinamento penitenziario
Lina Caraceni

Capitolo II
Per un carcere risocializzante: la centralità del lavoro

137
Carcere e lavoro: il buio dietro e oltre le sbarre
Piera Campanella

155
L'Utopia necessaria di un carcere fondato anche sul lavoro
Riflessioni a margine di un mesto anniversario
Chiara Gabrielli

171
Lavorare e formarsi in carcere
Diritti, agevolazioni economiche e (nuove) politiche per il reinserimento sociale delle persone detenute
Luciano Angelini

201
Lavoro e carcere
Antonia Menghini

219
Dignità nel lavoro carcerario e opportunità per le imprese
Francesca Malzani

229
Il lavoro carcerario: breve quadro di sintesi di una figura tipologicamente diversa dal lavoro libero
Francesca Marinelli

239
Lavoro intramurario e *desistance*: quali condizioni?
Luisa Ravagnani

Capitolo III
Per un'effettiva valorizzazione del lavoro penitenziario: voci da dentro e da fuori le sbarre

253
Economia sociale, imprese sociali e lavoro in carcere
Il ruolo decisivo dell'impresa sociale nell'inserimento lavorativo dei detenuti.
Elisabetta Righini

269
Il lavoro carcerario: normativa, attuazione e criticità
Stefano Camassa

277
Mercato del lavoro e lavoratori detenuti: criticità e prospettive
Vincenzo Lamonaca

289
Carcere e impresa: culture organizzative a confronto
Roberto Bezzi

301
Carcere e lavoro. Prerequisiti e criticità
Gabriele Terranova

311
Un'urgenza: il lavoro
Padre Francesco Maria Acquabona

315
La speranza delle persone detenute. Le possibilità in carcere
Daniela Minelli

317
Sperare, agire, progettare
Chiaroscuro su finalità rieducativa della pena e lavoro *in executivis*
Rosa Palavera

371
Non è una conclusione… Le lunghe radici di un eterno problema
Marina Frunzio

L'*EXTREMA RATIO* CHE NON C'È: DUE SCENARI EUROPEI[1]

Lorenzo Bernardini
University of Southern Denmark
Assistant Professor of European and Comparative Criminal Law

They who can give up essential Liberty
to obtain a little temporary Safety
deserve neither Liberty nor Safety.
B. Franklin

1. INTRODUZIONE

Muovendo dalle suggestive – e, come sempre, illuminanti – riflessioni di Silvia Cecchi, vorrei soffermarmi su alcune brevi considerazioni intorno al principio di *extrema ratio* applicato alla privazione della libertà personale[2]. Si

1 Versione rivista, aggiornata e corredata di note della relazione svolta il 22 maggio 2024 in occasione del convegno "*Il carcere* extrema ratio*? Riflessioni sul volume di Silvia Cecchi,* Carcere, *Liberilibri, 2024*", tenutosi presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo nell'ambito del corso di Diritto processuale penale della laurea in Scienze Giuridiche per la Consulenza del Lavoro e la Sicurezza Pubblica e Privata.

2 Pertanto, non affronterò, in questa sede, il principio di *extrema ratio* nella sua accezione più generale, quale limite sostanziale al potere dello Stato di criminalizzare *ab origine* determinate condotte lesive di beni giuridici tutelati – ovvero quel principio che impone di domandarsi se sia davvero necessario ricorrere alla sanzione penale per reprimere un determinato comportamento, o se non siano invece disponibili strumenti meno afflittivi, come il diritto civile o amministrativo. Sul punto v. N. Jareborg, *Criminalisation as Last Resort (Ultima Ratio)*, in *Ohio St. J. Cr. L.*, 2005, 2, p. 521 ss. e J.W. Ouwerkerk, *Criminalisation as a Last Resort: A National Principle under the Pressure of Europeanisation?*, in *New J. Eur. Crim. L.*, 2012, 3-4, p. 228 ss. (che osserva come il principio di *extrema ratio*, pur formalmente riconosciuto negli ordinamenti nazionali, sia progressivamente svuotato nella prassi dall'influenza di dinamiche multilivello – in particolare dell'armonizzazione penale di matrice europea – che ne minano l'efficacia e lo relegano a mera clausola retorica, sacrificabile sull'altare dell'integrazione normativa).
Volgerò l'attenzione, piuttosto, ad una *variante applicativa* del medesimo principio. L'ipotesi di analisi concerne la possibilità, in capo all'autorità – sia essa giudiziaria o amministrativa – di disporre la privazione della libertà personale nei confronti di un individuo che abbia posto in essere una condotta che, in presenza di determinate condizioni tassative, legittimerebbe il ricorso alla detenzione (si pensi, ad es., alla custodia cautelare in carcere, o al "trattenimento" degli stranieri in appositi centri). Anche in tali ipotesi, tuttavia, il principio di *extrema ratio* impone che l'adozione

tratta, com'è noto, di un principio cardine del moderno diritto penale e processuale, troppo spesso evocato nei testi normativi ma disatteso nella prassi[3].

Il mio intento è quello di volgere lo sguardo oltre i confini dell'esperienza italiana per osservare alcune tendenze emergenti a livello sovranazionale, che – pur sviluppandosi in contesti giuridici differenti e attraverso meccanismi normativi e interpretativi non sempre sovrapponibili – finiscono per produrre effetti sorprendentemente convergenti. Mi riferisco, in particolare, al diritto europeo in senso lato: sia quello dell'Unione europea (UE), sia quello convenzionale del Consiglio d'Europa.

Ciò che appare evidente, a un'analisi appena più attenta, è che le criticità del modello "carcero-centrico" – fondato su una sistematica propensione all'uso della detenzione, sia come *pena*, che, soprattutto, come *misura cautelare* – non costituiscono una patologia esclusivamente italiana[4]. Al contrario, sembrano trovare riscontro anche in altri ordinamenti, i quali, sebbene formalmente ispirati a princìpi di garanzia e proporzionalità, spesso lasciano margini eccessivi alle rispettive autorità nazionali nel disattenderli.

In tal senso, si ha quasi l'impressione che la *extrema ratio* venga progressivamente relegata a formula di stile, buona per dichiarazioni programmatiche ma incapace di orientare in concreto le scelte normative e giurisprudenziali, tanto sul piano interno quanto su quello europeo[5]. Una

della misura detentiva sia subordinata a una rigorosa valutazione in concreto della sua necessità, proporzionalità e idoneità: solo all'esito positivo di tale scrutinio, la privazione della libertà potrà dirsi legittimamente disposta.

3 V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976; M. Chiavario, voce *Libertà personale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990; M. Dubber, *Ultima ratio como caveat dominus: princípios jurídicos, máximas de polícia e análise crítica do Direito*, in *Revista de Estudos Criminais*, 2019, 75, p. 7 ss.; D. Husak, *Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2005, 2, p. 535 ss.; S.R. Wiseman, *Pretrial Detention and the Right to Be Monitored*, in *The Yale Law Journal*, 2014.

4 V., in relazione al sistema statunitense, l'eccellente analisi di R. Barkow, *Justice Abandoned*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2025 (laddove l'Autrice argomenta come la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, sin dagli anni Sessanta, abbia progressivamente abbandonato i principi costituzionali originari in materia di custodia preventiva, *plea bargaining*, condizioni detentive e uso del potere di polizia, favorendo una logica securitaria che ha facilitato un incremento incontrollato della *mass incarceration*).

5 Si v., ad es., per le ricadute sul principio della presunzione di innocenza, L. Stevens, *Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit its Increasing Use*, in *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim Just.*, 2009, 2, p. 165 ss e, per un'analisi più ampia, N. Pascucci, La presunzione di innocenza come tassello del

deriva, questa, che impone di ripensare criticamente i presupposti della tutela della libertà personale, e di interrogarsi sul reale grado di vincolatività dei princìpi che il diritto europeo *lato sensu* si vanta di promuovere.

Mi limiterò a soffermarmi brevemente su due *movimenti*, due *trend* normativo-giurisprudenziali; essi riguardano fenomeni solo in apparenza distinti, ma che si rivelano sostanzialmente convergenti sotto il profilo delle implicazioni sistemiche e delle ricadute garantistiche.

Il primo concerne il (timido) ruolo del principio di *extrema ratio* nell'àmbito della custodia cautelare in carcere, applicata nei confronti di indagati e imputati nei procedimenti penali, tanto a livello nazionale quanto a livello europeo (sez. II).

Il secondo riguarda, invece, l'istituto della c.d. "detenzione amministrativa" degli stranieri, che rappresenta, in forma paradigmatica, una degradazione delle garanzie connesse sia all'*extrema ratio*, che all'*habeas corpus*, tanto sul piano interno quanto su quello sovranazionale. Si tratta, in particolare, di una misura privativa della libertà che continua a essere erroneamente considerata formalmente amministrativa e non punitiva, con la conseguenza di una significativa, e preoccupante, attenuazione degli *standard* sostanziali e processuali di tutela (sez. III).

2. PRIMO MOVIMENTO. IL (TIMIDO) RUOLO DELL'*EXTREMA RATIO* IN MATERIA CAUTELARE

Nel 2022, la Commissione europea ha adottato – per la prima volta nella sua storia – una *Raccomandazione* sui diritti processuali delle persone sottoposte a detenzione cautelare e, più in generale, sulle «condizioni materiali di detenzione» di qualsiasi detenuto[6]. Un atto che, per quanto privo di forza vincolante, ha comunque il merito di squarciare il velo su una delle "zone d'ombra" della cooperazione giudiziaria europea in materia penale[7].

fair trial tra CEDU, EU e "ricadute interne", in L. Bernardini-C. De Caro (a cura di), Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo, Giappichelli, Torino, 2024, p. 57 ss.

6 Raccomandazione (UE) 2023/681 della Commissione dell'8 dicembre 2022 *sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione*, C/2022/8987, GU L 86 del 24.3.2023, p. 44–57 (di seguito: «la Raccomandazione»).

7 Il legislatore eurounitario sconta un significativo ritardo rispetto al Consiglio d'Europa, che elaborò il primo atto di *soft law* sull'istituto della carcerazione preventiva (*remand in custody*) ben sessant'anni fa (v. la Resolution 65 (11) adottata il 6 aprile 1965). Siffatta risoluzione è stata poi abrogata e sostituita dalla Recommendation Rec(2006)13 adottata il 27 settembre 2006. Tra gli altri

Emblematico è l'uso – per ben sette volte – del concetto di «*last resort*», assimilabile all'idea di *extrema ratio*, per descrivere il ricorso alla detenzione preventiva[8]. Già nella prima menzione si evidenzia una realtà tanto nota quanto sistematicamente ignorata: le «*substantial divergences*» tra gli Stati membri in relazione ad aspetti fondamentali della detenzione cautelare, quali il suo utilizzo come misura di ultima istanza, e le modalità di *judicial review* delle decisioni che la dispongono[9]. Di più: tali «*vast divergences*» vengono ulteriormente definite «*unjustified*»[10], ad enfatizzarne l'incongruenza con l'idea di un genuino Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia che l'Unione ambisce a sviluppare.

Ecco, dunque, il primo punto: l'idea che la carcerazione preventiva debba rappresentare una misura eccezionale, subordinata all'indisponibilità di ogni alternativa meno afflittiva, *non è affatto un principio applicato uniformemente a livello europeo*[11]. Anzi, in taluni ordinamenti, si fatica persino a rintracciarne una traccia coerente nella prassi giudiziaria quotidiana[12]. La spiegazione è nota e tristemente banale: la custodia cautelare

atti di *soft law* vanno poi menzionate la Recommendation R 80 (11) adottata il 27 giugno 1980 e, più di recente, la Recommendation Rec(2006)2-Rev (c.d. *European Prison Rules*) adottata l'11 gennaio 2006 ed emendata il 1° luglio 2020.

8 Si v. i *Considerando* 14, 21, 23 e punti 1, 10 e 14 della Raccomandazione.

9 *Considerando* 14 della Raccomandazione.

10 Ibid.

11 G. Illuminati, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, 3, p. 1138 (laddove l'A. osserva che l'ordinamento italiano riconosce formalmente il principio di *extrema ratio* ed il divieto di anticipazione della pena nel proprio codice di rito penale, salvo poi aggirarli sistematicamente mediante presunzioni di pericolosità ed automatismi applicativi); E. lönnqvist, *The politics of pretrial detention: Mapping the development of Swedish remand policy*, in *Punishment & Society*, 2024, p. 1 ss. (laddove, con riferimento all'ordinamento svedese, l'A. nota come la carcerazione preventiva sia de facto una «*central crime policy measure*», il cui utilizzo conferma l'idea che essa divenuta «*a first rather than last resort*»); cfr. A. Martufi - C. Peristeridou, *The Purposes of Pre-Trial Detention and the Quest for Alternatives*, in *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim Just*., 2020, 2, p. 155 (laddove gli Autori ricordano, tuttavia, come il sistema convenzionale *ex* art. 5 CEDU – e non, quindi, quello eurounitario – sia «*underpinned by the idea that detention can only be used as a measure of last resort (or principle of ultima ratio)*»).

12 Secondo la Commissione europea, gli ordinamenti di alcuni Stati Membri non prevedono espressamente una «*presumption in favor of release*» a favore del detenuto (è il caso di Belgio, Bulgaria, Croazia, Germania, Italia, Lussemburgo e Svezia); in altri, il concetto di *last resort*/*extrema ratio* non è codificato (ad es., in Irlanda, Lussemburgo e Polonia); in altri ancora, non è imposto alcun obbligo di considerare misure alternative in capo all'autorità che dispone la detenzione cautelare (è il caso di Belgio e Lituania); infine, tra quegli ordinamenti in cui siffatto obbligo è cristallizzato espressamente, ve ne sono alcuni in cui non riveste carattere officioso, ma va sollecitato dal detenuto

resta, ancora oggi, *uno degli àmbiti non armonizzati del diritto processuale penale europeo*: numerose e discutibili le resistenze da parte della Corte di giustizia nel riconoscere alla Direttiva sulla presunzione di innocenza qualsivoglia effetto concreto in materia[13]; incerti l'*an* ed il *quomodo* della competenza legislativa dell'Unione ad elaborare norme minime sulla *pre-trial detention* ai sensi degli artt. 82(2) TFUE[14]; troppa, infine, l'inerzia politica ed i veti incrociati tra gli Stati membri ed i co-legislatori europei[15].

E ciò non solo per ragioni di sovranismo politico-legislativo – pur sempre, più o meno, latenti – ma anche, e forse soprattutto, per le summenzionate profonde differenze strutturali che segnano i sistemi nazionali[16]: dalla durata delle misure cautelari alla portata del controllo giurisdizionale, dall'effettività dell'*habeas corpus* alla disponibilità di misure alternative realmente accessibili[17].

Ciononostante, la *Raccomandazione* si distingue per il coraggio – raro, va riconosciuto – di affrontare il nodo. Il *Considerando* 23, letto in

stesso (ad es., Estonia, Irlanda, Lituania e Lussemburgo). Si v. Commissione europea, *Rights of suspects and accused persons who are in pre-trial detention (exploratory study) – Final report*, 2022, p. 60, disponibile al seguente url: *https://data.europa.eu/doi/10.2838/293366*.

13 Mi riferisco alle celebri sentenze *Milev* (C-310/18 PPU, 19 settembre 2018, laddove la Corte ha stabilito che la direttiva 2016/343, mirando unicamente alla fissazione di standard minimi, non disciplina le condizioni in cui possono essere adottate le decisioni di custodia cautelare, lasciando pertanto impregiudicato l'ambito discrezionale degli ordinamenti nazionali in materia di presupposti e modalità applicative della misura cautelare personale); *RH* (C-8/19 PPU, 12 febbraio 2019, laddove i giudici lussemburghesi hanno dichiarato che, nel pronunciarsi sulla legittimità della custodia cautelare, il giudice nazionale può procedere a un bilanciamento degli elementi di prova a carico e a discarico e motivare la propria decisione tenendo conto anche delle obiezioni della difesa, purché tale decisione non presenti l'imputato come colpevole – ribadendo nel contempo che la direttiva 2016/343 non impone un modello probatorio uniforme, né disciplina le condizioni sostanziali per l'adozione delle misure cautelari, che restano affidate al diritto nazionale), e *DK* (C-653/19 PPU, 28 novembre 2019, laddove la Corte ha precisato che l'art. 6 della direttiva 2016/343, relativo all'onere della prova, si riferisce esclusivamente alla fase del giudizio di colpevolezza, restando pertanto esclusa la sua applicazione alla fase cautelare, la cui disciplina in tema di onere probatorio è rimessa interamente alle normative nazionali).

14 I. Wieczorek, *EU Harmonisation of Norms Regulating Detention: Is EU Competence (Art. 82(2) b TFEU) Fit for Purpose?*, in *Eur. J. Crim. Pol. Res*., 2022, 3, p. 465 ss.; T. Coventry, *Pretrial detention: Assessing European Union Competence under Article 82(2) TFEU*, in *New J. Eur. Crim. L*., 2017, 1, p. 43 ss.

15 J. Linderman, *To have your cake and eat it too: A short history of EU's failure to harmonise pretrial detention*, in M. Luchtman (ed.), *Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization*, Eleven Publishing, L'Aia, 2024, p. 339 ss.

16 Caratterizzate, come già detto, dall'essere congiuntamente «*substantive*», «*vast*» ed «*unjustified*».

17 Si v., ancora, il *Considerando* 14 della Raccomandazione.

combinato disposto con i punti 1, 10 e 14, formula un principio tanto limpido quanto disatteso nella prassi: la detenzione cautelare dovrebbe essere *sempre* utilizzata («*should always be used*») quale misura di ultima istanza, e solo all'esito di una rigorosa valutazione individuale del caso. Gli Stati membri dovrebbero altresì garantire la disponibilità della più ampia gamma possibile di misure alternative alla detenzione, da applicare ogniqualvolta sia praticabile. Non meno importante è l'affermazione secondo cui le decisioni in materia cautelare non devono essere discriminatorie, né possono essere adottate *automaticamente* sulla base di caratteristiche personali, come la nazionalità straniera[18].

In sintesi: quella della Commissione è un'esortazione a ricondurre la detenzione preventiva entro i confini del rispetto dei diritti fondamentali, primo fra tutti quello alla libertà personale[19]. Va nondimeno ricordato che si tratta pur sempre di una raccomandazione, un atto cioè che si limita a fornire *orientamenti* agli Stati membri in un àmbito non ancora oggetto di armonizzazione. E tuttavia, non se ne deve sottovalutarne il valore aggiunto. In un contesto normativo frammentato e politicamente sensibile, gli atti di *soft law* costituiscono spesso *l'unico strumento utile* per stimolare convergenze minime su princìpi comuni.

Saremmo, però, ingenui se ritenessimo che la tutela dei diritti fondamentali – per quanto solennemente proclamata – sia *l'unico movente* alla base di tale intervento. Il problema che impone una riflessione sul ricorso alla custodia cautelare risiede "a monte", ed è di natura strutturale: senza il rispetto del principio di *extrema ratio*, il carcere preventivo diventa la *regola*, non l'eccezione. Ciò conduce, inesorabilmente, all'intensificarsi di fenomeni di *sovraffollamento carcerario*, con la conseguente *degradazione delle condizioni detentive*. In tale contesto, le condizioni di detenzione

18 *Considerando* 23, della Raccomandazione.

19 Si v. l'art. 5 CEDU e l'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). Sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE sul «diritto alla libertà e alla sicurezza», si v. D. Gratsias, *Article 6 of the Charter in the Area of Freedom, Security and Justice*, in K. Lenaerts - E. Regan-U. Neergaard-K.E. Sørensen (eds.), *Shaping a Genuine Area of Freedom, Security and Justice*, Hart, Oxford, 2024, p. 107 ss.

rischiano di trasformarsi in un *trattamento inumano o degradante*, lesivo della dignità e dell'integrità fisica della persona[20].

Le ripercussioni, però, non si fermano al piano assiologico. Quando le condizioni di detenzione raggiungono soglie di disumanità, la tenuta stessa della fiducia reciproca fra gli Stati potrebbe vacillare, con ciò intralciando l'efficace utilizzo degli strumenti di mutuo riconoscimento[21]. Ad es., le autorità giudiziarie degli Stati membri potrebbero trovarsi costrette, come spesso accade, a rifiutare l'esecuzione della consegna di un sospettato verso un Paese ove le *detention conditions* non rispettano gli artt. 3 CEDU e 4 CDFUE. In breve, ed è questo il secondo snodo del ragionamento: la "cattiva" detenzione ha il potenziale di *degradare la fiducia reciproca tra gli Stati membri* e, per l'effetto, *bloccare i meccanismi di mutuo riconoscimento*, con particolare evidenza nei casi di mandato d'arresto europeo (MAE)[22].

Su questo punto, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha offerto indicazioni di assoluto rilievo, a partire dalla nota sentenza *Aranyosi e*

20 Il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti è sancito dall'art. 3 CEDU e dall'art. 4 CDFUE.

21 Sul principio del mutuo riconoscimento v., in generale, P. Ronsfeld, *Mutual Recognition and Mutual Trust*, in K. Ambos - P. Rackow (eds.), *The Cambdrige Companion to European Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, p. 131 ss.; E. Regan, *Judicial Cooperation in Criminal Matters: Two Sides of Institutional Evolution*, in K. Lenaerts *et al.* (eds.), *Shaping a Genuine Area*, cit., p. 15 ss.

22 Si v. le recentissime Conclusioni dell'AG Rantos, presentate il 10 luglio 2025, nelle cause riunite C-722/23 e 91/24, *AR e HL* (laddove l'AG ha esortato la Corte a ritenere che, in caso di rifiuto della consegna per il rischio di trattamenti inumani o degradanti legati alle condizioni di detenzione nello Stato di emissione, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione sia tenuta, ove ne ricorrano i presupposti, a disporre l'esecuzione della pena sul proprio territorio). Nel senso che la Corte di Giustizia stia innervando il sistema MAE di garanzie sostanziali e processuali sconosciute al tempo dell'elaborazione della Decisione Quadro 2002/584/GAI, si v. L. Bernardini, *Rifiuto della consegna per motivi di salute nella fase esecutiva del m.a.e.*, in *Giur. it.*, 2026, 2, p. 458 ss.

Căldăraru[23], e nei successivi arresti giurisprudenziali: *ML*[24], *Dorobantu*[25], fino alla recente *P.P.R.*[26]. La Corte ha chiarito, senza possibilità di equivoco, che condizioni detentive inadeguate possono impedire l'efficace attuazione dei meccanismi di cooperazione giudiziaria, costituendo un vero e proprio ostacolo al mutuo riconoscimento[27].

Ancor più recentemente, un *Joint Factsheet* pubblicato nell'agosto 2024 dalla Corte di Strasburgo in collaborazione con l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) ha censito numerose pronunce in cui le condizioni di detenzione sono state dichiarate contrarie alla Convenzione europea[28]. Il quadro che ne emerge è allarmante: si tratta di una questione *sistemica*, che affligge in misura crescente più di uno Stato membro. Invero, anche i giudici nazionali stanno affinando la propria sensibilità su questo fronte. Emblematica, in tal senso, è la decisione della Corte

23 Corte giust., *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, 5 aprile 2016 (laddove la Corte ha stabilito che, qualora sussistano elementi oggettivi, affidabili, specifici e aggiornati circa potenziali carenze sistemiche nelle condizioni di detenzione nello Stato di emissione, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione è tenuta a valutare caso per caso il reale rischio di trattamenti inumani o degradanti, a richiedere informazioni supplementari e, se tale rischio non può essere escluso, a sospendere o rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto).

24 Corte giust., *ML*, 25 luglio 2018, causa C-220/18 PPU (laddove la Corte ha chiarito che, in presenza di elementi oggettivi e aggiornati che attestano carenze sistemiche nelle condizioni di detenzione nello Stato membro di emissione, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a valutare in concreto se, in caso di consegna, il soggetto rischi un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 4 CDFUE; tale rischio non può essere escluso né dalla mera esistenza di rimedi giurisdizionali nello Stato di emissione né da garanzie generiche fornite dalle autorità di quest'ultimo).

25 Corte giust., *Dorobantu*, causa C-128/18, 15 ottobre 2019 (laddove la Corte ha precisato che l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, nell'ambito della valutazione concreta del rischio di trattamenti inumani o degradanti derivanti dalle condizioni di detenzione nello Stato di emissione, deve tener conto in particolare dello spazio personale disponibile, della durata della detenzione, nonché delle condizioni materiali e sanitarie del luogo di detenzione, ai sensi dell'articolo 4 CDFUE).

26 Corte giust., *P.P.R.*, causa C-318/24 PPU, 29 luglio 2024 (laddove la Corte ha affermato che, nell'ambito dell'esame delle condizioni di detenzione nello Stato membro di emissione, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non può fondare il rifiuto della consegna su elementi raccolti autonomamente, senza aver previamente richiesto chiarimenti all'autorità emittente. Né può applicare, in materia, uno standard di tutela più elevato rispetto a quello garantito dall'art. 4 CDFUE, dovendosi attenere al principio di fiducia reciproca).

27 Tali conclusioni trovano piena convergenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (a partire dalla celebre Corte eur. dir. uomo, sez. V, *Bivolaru e Moldovan c. Francia*, 25 marzo 2021, ricc. 40324/16 e 12623/17).

28 Corte europea dei diritti dell'uomo-Agenzia europea per i diritti fondamentali, *European Arrest Warrant and Fundamental Rights: ECtHR and CJEU Case-Law*, in *https://ks.echr.coe.int*, 28 febbraio 2025.

costituzionale federale tedesca del gennaio 2025, che ha censurato come illegittima l'estradizione verso l'Ungheria di un cittadino tedesco, proprio a causa delle condizioni detentive previste nello Stato richiedente[29].

Le «*degrading detention conditions*»[30] che si riscontrano, in misura crescente, in numerosi Stati membri dell'Unione europea sono, nella maggior parte dei casi, riconducibili a un'unica causa strutturale: il *sovraffollamento carcerario*. Tale correlazione è stata nuovamente sottolineata in un rapporto commissionato nel febbraio 2023 dal Parlamento europeo (Commissione LIBE)[31]. Il documento evidenzia come il sovraffollamento rappresenti un ostacolo concreto e sistemico al buon funzionamento del principio del mutuo riconoscimento, compromettendo in modo particolare l'efficacia della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (2002/584/GAI)[32].

I numeri parlano da soli: quindici Stati membri presentano un tasso di densità carceraria superiore al 90%, e in dieci di essi tale tasso supera addirittura il 100%[33]. La tendenza, se non arginata, rischia di aggravarsi nei prossimi anni, minando ulteriormente quella fiducia reciproca che costituisce l'impalcatura dell'intera cooperazione giudiziaria penale europea. Le cause del sovraffollamento sono molteplici e ben note alla letteratura penalistica e criminologica, così come ampiamente discusse in strumenti di *soft law*[34].

29 Beschl. v. 24.01.2025, Az. 2 BvR 1103/24, disponibile al seguente url: *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2025/01/rk20250124_2bvr110324.html*. Il caso è stato oggetto di interrogazioni rivolte alla Commissione europea da parte di alcuni Membri del Parlamento europeo (E-001970/2024; P-002740/2024 e E-000830/2025) tra ottobre 2024 e febbraio 2025.

30 K. Luyten - C. Murphy, *Prisons and detention in the EU*, in *www.europarl.europa.eu*, giugno 2025, disponibile al seguente url: *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2025/772905/EPRS_BRI(2025)772905_EN.pdf*.

31 A. Weyembergh - J. Burchett, *Prison and detention conditions in the EU*, in *www.europarl.europa.eu*, febbraio 2023, spec. p. 15 ss.

32 Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, *relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, GU L 190 del 18.7.2002, p. 1 ss.

33 Si v. il report, elaborato dal Consiglio d'Europa, *Prison and prisoners in Europe 2023: Key Findings of the SPACE I survey*, 5 giugno 2024, spec. fig. 9, disponibile al seguente url: *https://wp.unil.ch/space/files/2025/04/space_i_2023_key_findings.pdf*.

34 Si v., per tutti, l'ampia analisi sviluppata in A. Bernardi (ed.), *Prison overcrowding and alternatives to detention*, Jovene, Napoli, 2017, disponibile al seguente url: *https://arpefrance.hypotheses.org/files/2017/05/Prison-overcrowding.pdf*. Sul punto, cfr. il *report* del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura del 2023, disponibile al seguente url: https://rm.coe.int/32nd-general-report-of-the-cpt-1-january-31-december-2022-/1680aabe2b; il *white paper* dello *European Committee on Crime Problems* sul sovraffollamento carcerario, disponibile al seguente url: *https://rm.coe.int/16806f9a8a*.

Tra esse, il *ricorso eccessivo e sistematico alla custodia cautelare rappresenta*, con ogni evidenza, *la variabile più rilevante*. Sul punto, vi è, a livello europeo e internazionale, un consenso crescente: la detenzione preventiva costituisce una delle principali fonti del sovraffollamento carcerario. Secondo i dati CIVIO, nel 2022, una persona detenuta su cinque nell'UE si trova in regime di custodia cautelare[35]. La situazione è ancor più allarmante secondo il Consiglio d'Europa: al 31 gennaio 2023, quasi un detenuto su tre in Europa era in attesa di giudizio[36]. Alcuni Stati membri, in particolare, presentano percentuali vertiginose – si pensi al Lussemburgo (dove il 49% della popolazione carceraria è sottoposto a *pre-trial detention*) o ai Paesi Bassi (45%) – mentre pochi altri, come la Romania (12%) o la Repubblica Ceca (7.5%), si collocano di molto al di sotto della media europea.

Ciò che colpisce è che, nonostante l'abbondante produzione scientifica sul tema, manchi ancora un'analisi comparata volta a indagare i fattori che – a livello domestico – conducono a un uso *eccessivo* o, quantomeno, *non strettamente necessario* della detenzione cautelare. Gli studi europei esistenti si sono concentrati su tematiche contigue[37], ma non hanno affrontato in modo sistematico la questione delle prassi nazionali che svuotano di senso il principio di *extrema ratio*. Principio, questo, che non solo costituisce un canone di civiltà giuridica, ma è anche sancito in testi di rango costituzionale e sovranazionale, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE alla CEDU, fino alle Costituzioni nazionali. La custodia cautelare dovrebbe quindi essere applicata solo in casi eccezionali, fondati su un accertamento individualizzato del rischio (di fuga, di recidiva, di inquinamento probatorio) e sempre nel rispetto del principio di proporzionalità[38].

35 CIVIO, *One in five people in EU prisons are in pretrial detention*, maggio 2022, disponibile al seguente url: *http://bit.ly/3mdnG8c*.

36 V. *retro* nota 29.

37 Si v., tra gli altri, i lavori di N. Peršak, *Carceral Responses to the Pandemic in Europe: Casting a Light on Prison Harms, Inequalities and Pre-Trial Detention*, in *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim Just*., 2022, 1, p. 1 ss.; L. Mancano, *You'll never work alone: A systemic assessment of the European Arrest Warrant and judicial independence*, in *Common Market Law Review*, 2021, 3, p. 683 ss.; A. Martufi - C. Peristeridou, *The Purposes*, cit.; C. Morgenstern - W. Hammershick - M. Rogan (eds.), *European Perspectives on Pre-Trial Detentions*, Routledge, New York, 2024; J. Andrade - R. Abrunhosa Gonçalves, *Pre-trial detention as a last resort measure? When the last shall be the first*, in *Eur. J. Crim*., 2025, 1, p. 1 ss.; J. Linderman, *To have your cake*, cit.

38 V., ad es., E. Beker - T. Harkin - V. Mitsilegas - N. Peršak, *The Need for and Possible Content of EU Pre-trial Detention Rules*, in *eucrim*, 2020, 3, p. 221 ss. e P. Voyatzis, *Alternative Measures to*

E tuttavia, la prassi è ben diversa. La Commissione europea, nella *Raccomandazione* del 2022, ha riconosciuto apertamente che l'abuso della custodia cautelare può essere dovuto all'esistenza di *meccanismi presuntivi* che ne facilitano l'applicazione automatica. Si tratta di disposizioni normative che – riducendo drasticamente il margine di discrezionalità giudiziaria – producono effetti paradossali: da un lato, si amplia *ex lege* la platea dei soggetti detenuti; dall'altro, si rischia di neutralizzare ogni verifica sulla reale sussistenza delle condizioni per disporre la misura nel caso di specie.

Un esempio eloquente è fornito dal diritto lussemburghese, nel quale – come segnalato in un recente rapporto del Comitato ONU contro la tortura[39] – vige una «*présomption de fuite*» in base alla quale chi non risiede stabilmente nel Granducato è *automaticamente* considerato *a rischio di fuga*. La custodia cautelare può allora essere disposta senza alcuna verifica concreta sulla necessità della misura. Un simile fenomeno si rinviene nell'ordinamento belga[40], nonché in quello italiano, laddove l'art. 275, comma 3 c.p.p. prevede meccanismi presuntivi *ad hoc* per l'applicazione della carcerazione preventiva, in deroga alle regole ordinarie[41].

Questo tipo di presunzioni normative genera un vero e proprio sistema *a doppio binario*: (i) da un lato, decisioni cautelari fondate su una valutazione giudiziaria *individualizzata*; (ii) dall'altro, misure fondate su automatismi che aggirano ogni valutazione *in concreto*. È proprio questa seconda categoria – in particolare – che dovrebbe attirare l'attenzione del legislatore europeo. Essa rappresenta una delle principali cause di sovraffollamento, perché *amplia indebitamente l'àmbito applicativo della custodia cautelare*, svuotando di significato il principio di *extrema ratio* e

Detention in the European Court of Human Rights' Case-Law, in *Eur. Crim. L. Rev*., 2019, 4, p. 169 ss.

39 Il report è disponibile al seguente url: *https://www.ohchr.org/fr/news/2023/04/dialogue-luxembourg-experts-committee-against-torture-welcome-reduction-incarceration*.

40 Fair Trials, *Assessing Flight Risk in pre-trial detention decision-making: a European comparative study*, giugno 2024, p. 36 ss., disponibile al seguente url: *https://gmr.lbg.ac.at/wp-content/uploads/sites/12/2024/07/FLIGHTRISK-Regional-Comparative-Report.pdf*.

41 Ancòra tristemente attuali le considerazioni di D. Negri, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2835 ss. Più di recente, si v. S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 101 ss. e E. Valentini, *Il "doppio binario cautelare": la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Rev. br. dir. proc. pen.*, 2021, 2, p. 1669 ss.

rendendo del tutto illusoria l'applicazione delle misure alternative. Non si tratta soltanto di un difetto, per così dire, "tecnico": siamo dinanzi a una patologia sistemica che mina il rispetto del diritto alla libertà personale, dell'*habeas corpus* e del diritto a un processo equo. Inoltre, tali presunzioni neutralizzano l'effettività delle misure alternative alla detenzione – arresti domiciliari, braccialetto elettronico, obblighi di firma – che pure dovrebbero rappresentare strumenti essenziali per alleggerire il carico carcerario.

Nella *Raccomandazione*, la Commissione cita esplicitamente un *report* del 2022[42], dal quale emerge un dato inconfutabile: la detenzione preventiva è tuttora considerata un *presidio intangibile della sovranità statale*, privo di *standard* vincolanti a livello europeo (come confermato anche dal *non-paper* della Commissione del 2021)[43]. Eppure, i dati e le pronunce dei giudici (nazionali ed europei) ci restituiscono una verità che non può più essere ignorata: le cattive condizioni detentive dovute al sovraffollamento ostacolano tanto il funzionamento degli strumenti di cooperazione quanto la tutela effettiva dei diritti fondamentali. In definitiva, la *Raccomandazione* – per quanto meritoria – non è che il primo, timido passo nella giusta direzione. Occorre agire con urgenza per contrastare l'abuso della custodia cautelare, garantire *standard* minimi a tutti i detenuti (sia sostanziali, che processuali) e, soprattutto, restituire effettività al principio – troppo spesso disatteso – dell'*extrema ratio* evitando che il carcere, «*l'ombre du monde*»[44], sia la più semplice, normalizzata ed immediata reazione del potere statale.

3. SECONDO MOVIMENTO. DEGRADAZIONE DELL'*EXTREMA RATIO* E ARRETRAMENTO DELL'*HABEAS CORPUS* PER GLI STRANIERI DETENUTI IN EUROPA

Sin qui, ho tentato di ragionare sulla (ristretta) portata del principio di *extrema ratio* in un settore "tradizionale" della procedura penale.

Invero, quando si parla di libertà personale e della sua privazione, l'immaginario giuridico e collettivo converge immediatamente sul carcere

42 Commissione europea, *Rights of suspects*, cit.

43 Si tratta del *Non-paper from the Commission Services on detention conditions and procedural rights in pre-trial detention*, 2021, 12161/21, disponibile al seguente url: *https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12161-2021-INIT/en/pdf*.

44 D. Fassin, *L'ombre du monde. Une anthropologie de la condition carcérale*, Le Seuil, Parigi, 2015.

– emblema, per eccellenza, della reclusione, della punizione, della coercizione statale. Tuttavia, ridurre la privazione della libertà personale alla sola detenzione "penale" (cioè, quelle privazioni della libertà che avvengono *all'interno della procedura penale scandita dal codice di rito*) sarebbe non solo giuridicamente miope, ma politicamente e scientificamente ingenuo.

Esiste, infatti, un'altra forma di privazione, più silente e meno appariscente, ma non per questo meno incisiva: la c.d. "detenzione amministrativa" degli stranieri[45], la cui disciplina interna risente in maniera considerevole, se non completamente, della produzione eurounitaria in materia.

I soggetti colpiti sono, per definizione, "altri" rispetto alla comunità politica nazionale. Per semplificare, le categorie attinte *ratione personae* da siffatta misura possono essere:

- (i) cittadini stranieri in posizione irregolare (e allora si applicano le norme della dir. 2008/115, così come recepite dall'ordinamento italiano nel T.U.I.)[46]; oppure
- (ii) richiedenti protezione internazionale (e allora si applicano le norme delle dirr. 2013/32, 2013/33, così come recepite dall'ordinamento italiano con il D.lgs. 18 agosto 2015, n. 142)[47]; oppure, infine

45 E. Valentini, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018. Il legislatore italiano, contrariamente ai suoi omologhi inglese e tedesco, ha optato per il termine più neutro "trattenimento" (art. 14 T.U.I.: «… il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario…»). Gli stranieri soggetti a siffatta misura, di cui si dirà *infra*, sono quindi «trattenuti»: un termine che edulcora la loro condizione (quasi non fossero "detenuti", appunto), normalizza l'applicazione dell'istituto, disinnesca qualsivoglia critica fondata sulla necessità di tutelare la libertà personale dei "trattenuti"; e che – questo il punto chiave – *non consente di riconoscere a siffatta privazione della libertà il carattere "penalistico" che*, a parere di chi scrive, *gli è proprio*. Infatti, dietro questa parola neutra si cela un fenomeno inquietante, che segnala con chiarezza come gli ordinamenti europei stiano progressivamente abbassando la guardia sul principio di *extrema ratio*. Peggio: sembrano tollerare con maggiore disinvoltura la compressione della libertà personale *quando a subirla sono i non-cittadini*.

46 Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, GU L 348 del 24.12.2008, p. 98 ss.

47 Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*, GU L 180 del 29/06/2013, p. 60 ss; Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*, GU L 180 del 29.6.2013, p. 96 ss.

- (iii) richiedenti protezione internazionale da trasferire verso lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale (e allora si applicano le norme del reg. 604/2013)[48].

Il "trattenimento" non si fonda sulla commissione di un reato, bensì su presupposti del tutto diversi, svincolati – in apparenza, come si dirà – dalla logica penale classica. Tra gli altri, possiamo menzionare il «rischio di fuga»[49], «motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico»[50], il comportamento renitente dello straniero stesso (che «evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento»)[51] o, infine, qualora emerga la necessità di «decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio»[52].

Nonostante la vaghezza di certi requisiti per implementare il "trattenimento", il diritto dell'Unione sembrerebbe porre un'attenzione particolare al principio di *extrema ratio*, codificandolo espressamente. Infatti, la privazione della libertà può essere imposta allo straniero, a seconda del suo *status*: (i) «salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive»[53]; (ii) «ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso … salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive»[54]; (iii) «sulla base di una valutazione caso per caso e solo se il trattenimento è proporzionale e se non possano essere applicate efficacemente altre misure alternative meno coercitive»[55].

48 Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione)*, GU L 180 del 29/06/2013, p. 31 ss.

49 Art. 15, par. 1, lett. *a*, dir. 2008/115 e art. 8, par. 3, lett. *b*, dir. 2013/33. Cfr. l'art. 28, par. 2, reg. 604/2013, laddove si menziona il «rischio *notevole* di fuga» (corsivo aggiunto).

50 Art. 8, par. 3, lett. *e*, dir. 2013/33.

51 Art. 15, par. 1, lett. *b*, dir. 2008/115.

52 Art. 8, par. 3, lett. *c*, dir. 2013/33.

53 Art. 15, par. 1, in comb. disp. con il *Considerando* 16, dir. 2008/115.

54 Art. 8, par. 2, dir. 2013/33. Cfr. l'art. 11, par. 2, dir. 2013/33 per quanto concerne il "trattenimento" dei minori, che può essere disposto «solo come ultima risorsa e dopo aver accertato che misure alternative meno coercitive non possono essere applicate in maniera efficace».

55 Art. 28, par. 2, reg. 604/2013.

A uno sguardo superficiale, le disposizioni in materia sembrerebbero ispirate alla volontà di evitare l'(ab)uso della detenzione nei casi in cui essa non risulti strettamente necessaria, promuovendo – in linea di principio – il ricorso a misure alternative, ritenute meno afflittive e più proporzionate[56]. Tuttavia, una lettura più attenta e disincantata evidenzia come la forza vincolante del principio di *extrema ratio* risulti, in realtà, ben più evanescente di quanto lasci intendere la formulazione normativa.

A destare perplessità non è soltanto l'opacità semantica di espressioni ampiamente impiegate – "misure alternative", misure "sufficienti" ma "meno coercitive", "proporzionalità" della detenzione, applicazione "efficace" di misure diverse dalla privazione della libertà – ma soprattutto la *struttura profondamente asimmetrica degli obblighi imposti agli Stati membri*.

Nel quadro delineato dal diritto dell'Unione, infatti, la previsione di misure alternative nel diritto nazionale è espressamente richiesta *solo* nel caso del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale – ossia nella fattispecie indicata al punto (ii) *supra*. In tale circostanza, il legislatore europeo si è spinto fino a stabilire che gli Stati membri «provvedano affinché» i rispettivi ordinamenti prevedano almeno alcune forme alternative, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l'obbligo di dimora in un luogo determinato[57].

Negli altri due casi – trattenimento a fini di rimpatrio (i) e trattenimento a fini di trasferimento (iii) – il diritto UE si limita a esigere che gli Stati considerino la possibilità di applicare misure alternative, ma *non impone alcun obbligo positivo di prevederle o disciplinarle nel diritto interno*. Con il paradossale risultato che, in assenza di disposizioni alternative già vigenti, uno Stato membro potrebbe legittimamente ricorrere alla detenzione senza alcuna verifica effettiva di soluzioni meno afflittive.

Neppure nel caso (ii), tuttavia, la chiarezza è assicurata: la norma impiega infatti una formulazione ambigua – «provvedono affinché il diritto nazionale contempli le disposizioni alternative al trattenimento, *come*…»

56 Diversamente da quanto statuito dalla Corte di Strasburgo, nelle note decisioni *Chahal* e *Saadi* adottate a Grande Camera, laddove ha *escluso* che la detenzione degli stranieri – permessa dall'art. 5, par. 1, lett. *f* CEDU – debba rispettare il principio di necessità/*extrema ratio* (Corte eur. dir. uomo [GC], *Chahal c. Regno Unito*, 15 novembre 1996, ric. 22414/93, § 112 e Corte eur. dir. uomo [GC], *Saadi c. Regno Unito*, 29 gennaio 2008, ric. 13229/03, §§ 72–73).

57 Art. 8, par. 4, dir. 2013/33.

– che lascia insoluto l'interrogativo se si tratti di un elenco tassativo o meramente esemplificativo. In altri termini, non è dato sapere se tutti gli strumenti indicati debbano necessariamente essere previsti o se basti includerne uno solo, a discrezione dello Stato interessato.

Insomma, il principio di *extrema ratio* è certamente evocato, ma non imposto uniformemente nei confronti di tutte le categorie di stranieri che possono essere soggette a "trattenimento". Onorato in apparenza, ma – verrebbe da dire – disatteso nella sostanza. Una retorica garantista che, priva di effettivi vincoli normativi, rischia di trasformarsi in un elegante alibi giuridico per legittimare prassi detentive sistemiche.

Il pericolo di un *vulnus* rispetto alla protezione della libertà personale è poi ancor più amplificato dalle ulteriori disposizioni che regolano i *luoghi* della detenzione. Infatti, il "trattenimento" viene disposto, in linea di principio, in appositi centri; si può ipotizzare che la *ratio* della disposizione sia quella di differenziare la detenzione più propriamente "penale" da quella, appunto "amministrativa". Si differenziano i *luoghi* della costrizione per marcare la distinzione delle *misure* che in essi vengono poste in essere[58].

Eppure, si tratta di una regola generale ma *non assoluta*. Infatti, non viene esclusa la possibilità per gli Stati membri di trattenere lo straniero in un istituto penitenziario; siffatta circostanza, che a mio avviso dovrebbe essere preclusa alle autorità nazionali – proprio per distinguere *quam maxime* la situazione dei detenuti ordinari e quella dei "trattenuti" (non è, infatti, il trattenimento misura scevra da qualsiasi finalità punitiva?)[59] –, pare invece ammessa con delle clausole piuttosto elastiche, che normalizzerebbero una circostanza comunque eccezionale in prassi più o meno accettata.

Si legge, ad es., che, nel caso di detenzione a scopo di rimpatrio (caso (i)): «qualora uno Stato membro *non possa ospitare il cittadino di un paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea* e *debba sistemarlo in un istituto penitenziario*, i cittadini di paesi terzi trattenuti sono

58 D'altronde, «gli appositi centri di permanenza temporanea si distinguono dagli istituti penitenziari, il che implica che le condizioni di trattenimento in tali centri devono presentare talune specificità rispetto alle condizioni normali di esecuzione delle pene privative della libertà in istituti penitenziari» (Corte giust., *Landkreis Gifhorn*, causa C-519/20, 10 marzo 2022, punto 36).

59 Assunto ribadito di recente (e, mi pare, aprioristicamente) da Corte giust., *IL*, causa C-241/21, 6 ottobre 2022, punto 32.

tenuti separati dai detenuti ordinari»[60]. Le due condizioni, cumulative, non chiariscono rigorosamente le situazioni cui il legislatore eurounitario fa riferimento, e lasciano aperte una serie di questioni tutt'altro che secondarie: può la semplice indisponibilità di spazi nei centri *ad hoc* giustificare la detenzione negli istituti di pena? Può il (colpevole) sovraffollamento di siffatti centri essere, ulteriormente, un motivo di deroga alla regola generale? Può una sezione "separata" di un istituto penitenziario, strutturalmente identica allo stesso, costituire «centro di permanenza temporanea»[61]? Che valore concreto va attribuito all'espressione «*non possa* ospitare» e «*debba* sistemarlo»: essa implica un'*assoluta* mancata di alternative oppure vanno comunque riconosciuti certi margini di apprezzamento allo Stato membro interessato in relazione alla scelta di implementare il "trattenimento" in istituti di pena? E più in generale: può il difficile contesto burocratico-amministrativo di uno Stato membro giustificare la detenzione dello straniero in istituti penitenziari, situazione che *non* dipende dalla condotta di quest'ultimo?

Nel non stabilire in modo inequivoco che i luoghi elettivi per l'esecuzione del trattenimento siano i centri specializzati a tal fine – e nel tollerare, anzi, la possibilità che la privazione della libertà si realizzi *anche* all'interno di istituti penitenziari, in circostanze peraltro non delineate con sufficiente precisione – il legislatore eurounitario apre, consapevolmente o meno, la via a un ulteriore arretramento del principio di *extrema ratio*. Una

60 Art. 16, par. 1, dir. 2008/115, corsivo aggiunto. Per i casi (ii) e (iii), cfr., per analogia, l'art. 10, par. 1, dir. 2013/33, e art. 28, par. 4, reg. 2604/2013.
La Corte si è premurata di precisare che siffatta deroga, in quanto tale, è da interpretarsi «restrittivamente» (Corte giust., *Bero e Bouzalmate*, cause riunite C-473/13 e C-414/13, 17 luglio 2014, punto 25). Tuttavia, non si tratta dell'unica eccezione consentita. È infatti fatta salva la facoltà, per gli Stati membri, di derogare ulteriormente all'art. 16, par. 1, dir. 2008/115 nelle situazioni di emergenza, previste dall'art. 18, par. 1, della medesima direttiva, vale a dire «nei casi in cui un numero eccezionalmente elevato di cittadini di paesi terzi da rimpatriare comporti un notevole onere imprevisto per la capacità dei centri di permanenza temporanea di uno Stato membro o per il suo personale amministrativo o giudiziario» (Corte giust., *WM*, causa C-18/19, 2 luglio 2020, punto 35). Infine, la Corte ha parimenti stabilito che «non risulta né dal tenore letterale di tale direttiva, né dall'economia della stessa, che tali situazioni rappresentino gli unici motivi che gli Stati membri possono invocare per derogare al principio del trattenimento dei cittadini di paesi terzi, ai fini dell'allontanamento, negli appositi centri di cui all'articolo 16, paragrafo 1, prima frase, della direttiva 2008/115» (ibid., punto 36). Per condivisibili argomentazioni critiche verso siffatto sistema di deroghe, v. le Conclusioni dell'AG Richard De La Tour, presentate il 25 novembre 2021, nella causa riunite C-519/20, *Landkreis Gifhorn*, punto 45.

61 La Corte sembra invero rispondere positivamente alla domanda (v. Corte giust., *Landkreis Gifhorn*, cit., punti 68-103).

volta statuito che il "trattenimento" è legittimamente disposto *ab origine*, il successivo trasferimento del migrante all'interno dei penitenziari, cioè di strutture ontologicamente intrise di logica punitiva, non sembra poi un'opzione così "eccezionale".

Un simile spostamento, però, avviene in un contesto opaco, de-formalizzato, privo di parametri normativi chiari che consentano una valutazione oggettiva della legalità sostanziale della misura. Basti pensare che, in simili circostanze, il controllo giurisdizionale finisce per ridursi a una verifica meramente esteriore della "opportunità" – più amministrativa, par di capire, che giurisdizionale – del *luogo* di trattenimento, con un margine valutativo lasciato all'autorità che rischia di svuotare di contenuto ogni effettivo scrutinio giurisdizionale. In altre parole, si assiste a una progressiva degradazione delle garanzie dell'*habeas corpus*, che si fa particolarmente allarmante proprio nei confronti di soggetti – i migranti in stato di "trattenimento" – strutturalmente meno attrezzati, sul piano giuridico e materiale, per far valere i propri diritti. Così, anche laddove la privazione della libertà trovi una base legale nel diritto dell'Unione, la sua esecuzione rischia di avvenire in un vuoto di garanzie, in cui *la logica del diritto cede il passo alla logica dell'eccezione*.

Il medesimo fenomeno di arretramento delle garanzie si rinviene adottando un differente angolo prospettico. Mi riferisco, in particolare, alla differenza tra *restrizione* e *privazione* della libertà, che – non a caso – si fa particolarmente ambigua proprio quando entrano in gioco i migranti[62]. Nessuno dubita che un detenuto in carcere sia privato della libertà. Ma quando la stessa sorte tocca a un migrante trattenuto in un *hotspot*, su una nave-quarantena (come durante la pandemia da COVID-19), in una tensostruttura, in una zona aeroportuale, o in un centro *ad hoc*, il discorso cambia. Si parla di "trattenimento", non di detenzione[63]. Ma possiamo ancora accettare questa truffa delle etichette?

62 Sia consentito il rinvio a L. Bernardini, *La detenzione degli stranieri tra "restrizione" e "privazione" di libertà: la CEDU alla ricerca di* Godot, in *Dir. imm. citt.*, 2022, 1, p. 75 ss.

63 Il mancato riconoscimento del carattere detentivo della misura porta con sé la maggior "tolleranza" per l'imposizione della stessa, diminuendo l'intensità del principio di *extrema ratio* (che, diversamente, è massima quando si tratta di vagliare l'esecuzione di misure *privative* – e non meramente *restrittive* – della libertà personale). Sul punto, volendo, L. Bernardini, *Mass Immigration Detention: Thorny Pathologies and Large-Scale Impact*, in *Journal of Perpetrators Studies*, 2026, 2, p. 43 ss.

La Corte costituzionale italiana, con una chiarezza che merita di essere accentuata, ha affermato che la detenzione amministrativa integra a pieno titolo una *privazione* della libertà personale ai sensi dell'art. 13 Cost., richiamando così l'intervento del giudice quale imprescindibile presidio di garanzia[64]. In maniera paradossale, tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo – che dovrebbe rappresentare il presidio ultimo a tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'*ordre public européen*[65] – ha adottato, in più occasioni, un approccio incerto e altalenante. Non sono pochi, infatti, i casi nei quali l'articolo 5 CEDU non è stato ritenuto applicabile a situazioni in cui la privazione della libertà appariva manifesta e tangibile, generando così zone grigie giuridiche in cui il diritto alla libertà personale viene di fatto sospeso[66].

A fronte di tale ambiguità, si staglia in controtendenza l'impostazione più lineare e garantista della Corte di giustizia dell'Unione europea, che nella nota causa *FMS e altri* ha riconosciuto – in aperta discontinuità con la giurisprudenza della CEDU – che i migranti confinati nella zona di transito al confine serbo-ungherese si trovavano, *de facto*, in una situazione di detenzione[67]. Il paradosso è evidente: mentre il giudice costituzionale nazionale e la Corte dell'Unione si fanno carico della realtà fattuale, la Corte di Strasburgo, proprio su una materia che investe l'essenza della libertà personale, sembra talora indulgere in un formalismo, per così dire, "disarmante".

L'ultimo punto che mi accingo a toccare concerne la *sostanza* del "trattenimento", la sua caratterizzazione normativo-pratica. La domanda a cui tenterò di rispondere è la seguente: stando così le cose, *si può davvero sostenere che il "trattenimento", formalmente etichettato come "amministrativo", non abbia una natura* penalistica, *almeno in senso materiale*? È una questione che richiama, *mutatis mutandis*, la riflessione di Silvia

64 Corte cost., sent. 10 aprile 2001, n. 105, § 4 e, recentemente, Corte cost., sent. 3 luglio 2025, § 9, e giurisprudenza *ivi* citata (laddove la Corte ha ribadito che il "trattenimento" comporta una situazione di «assoggettamento fisico all'altrui potere», e che tale condizione «è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»).

65 L'espressione viene adoperata per la prima volta in Comm. eur. dir. uomo, Plen., *Chrysostomos, Papachrysostomou e Loizidou c. Turchia*, 4 aprile 1991, ricc. 15299/89, 15300/89 e 15318/89, § 22.

66 Corte eur. dir. uomo [GC], *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, 21 novembre 2019, ric. 47287/15 e, più di recente, Corte eur. dir. uomo, *OM e DS c. Ucraina*, 15 settembre 2022, ric. 18603/12, §§ 112–121.

67 Corte giust., cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*, 14 maggio 2020. Per un confronto fra quest'ultima decisione e la giurisprudenza CEDU, sia consentito rinviare a L. Bernardini, *«Libertà va cercando…». Una detenzione "atipica", uno "scontro" tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3 dicembre 2020.

Cecchi sulle zone grigie del diritto penale: al di là delle etichette, conta la sostanza. In altre parole, ammesso che, sia pur con qualche incertezza da Strasburgo, il "trattenimento" sia a tutti gli effetti *privazione* (e non restrizione) della libertà personale, viene allora da chiedersi: *la detenzione amministrativa è davvero una misura amministrativa*?[68]

O non si tratta, in realtà, di una misura penale mascherata, in cui lo Stato impone la privazione della libertà a soggetti che non hanno commesso alcun reato, spesso sulla base della loro mancata collaborazione (si pensi al migrante "reticente" o "renitente"), o – nel caso dei richiedenti asilo – per generici motivi di ordine pubblico? I tempi di trattenimento confermano questa impressione: 18 mesi per i migranti irregolari; nessun limite massimo previsto per i richiedenti asilo, secondo il diritto UE. È possibile sostenere che ciò non rientri nel paradigma punitivo? La realtà materiale, se possibile, è ancora più cruda. In alcuni Stati membri – lo si è accennato – i migranti trattenuti sono spesso confinati negli stessi istituti dei detenuti in custodia cautelare o dei condannati in via definitiva. In taluni casi, le condizioni di vita per i trattenuti sono addirittura *peggiori*.

È dunque legittimo sostenere che la detenzione amministrativa sia estranea alla logica penale? Probabilmente no. Ma ciò fa comodo agli Stati: se il "trattenimento" rimane strumento formalmente amministrativo, le garanzie

68 A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, 2022, 4, p. 43 ss., e volendo, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, L. Bernardini, *Administrative Immigration Detention as a Punitive Measure: Is it Time for a New Standpoint?*, in A. Di Stasi - R. Palladino - A. Festa (eds.), *Migrations, Rule of Law and European Values*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 231 ss. Sul punto, S. Zirulia, *La "Crimmigration" italiana tra polica criminale e politiche criminali*, in *Leg. pen.*, 17 luglio 2026, p. 44, ha condivisibilmente sostenuto come sia difficile "negare che, fatta astrazione dalle rispettive specificità, il carcere e i CPR (nonché gli altri luoghi di trattenimento degli undocumented migrants) condividono un nucleo essenziale del tutto identico, rappresentato dalla privazione di libertà come condizione esistenziale, cioè come fattore che rimodella lo svolgimento di tutte le attività fisiologiche quotidiane per un apprezzabile lasso temporale, in ultima analisi degradando la dignità della persona".

per chi ne subisce gli effetti sono ridotte: si pensi all'inapplicabilità dell'art. 6 CEDU[69] o degli artt. 47[70] e 48[71] CDFUE, nel loro "versante" penalistico.

Il *trend* normativo e giurisprudenziale è chiaro. Ne risulta un abbandono della logica della *extrema ratio*, sostituita da una *deriva carcero-centrica* che sta penetrando, silenziosamente ma inesorabilmente, anche al di fuori del processo penale in senso stretto.

Perché parlare di tutto questo? Perché, come scriveva Stefano Rodotà, «le "perversioni" degli ordinamenti giuridici possono nascere in un loro riposto angolo, ma poi irresistibilmente si diffondono e contagiano l'intero sistema»[72].

La detenzione amministrativa è quell'angolo nascosto. Ma ciò che vi accade oggi potrebbe divenire la norma domani.

69 F. Kuty, *Justice pénale et procès equitable*, II, Larcier, Bruxelles, 2023, p. 1695 ss.; J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, IX ed., LGDJ, Parigi, 2021, p. 490 ss. e spec. 552 ss.; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, XV ed., PUF, Parigi, 2021, p. 641 ss.; R.C.A. White - C. Ovey, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, Va ed. 2010, p. 278 ss.; R. Goss, *Criminal fair trial rights*, Hart, Oxford-Portland, 2014.

70 S. Allegrezza, *Judicial review as a fundamental right: Article 47 of the Charter*, in S. Allegrezza - V. Covolo, *Effective defence rights in criminal proceedings*, Wolters-Kluwer-CEDAM, Milano, 2018, p. 97 ss.; M. Caianiello, *Art. 47 (Parte III)*, in F. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 903 ss.

71 L. Lupária - J. Della Torre - S. Allegrezza - A. Mosna, *Art. 48 (Parte I e II)*, in F. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 913 ss.

72 Così S. Rodotà, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, p. 56.