
ADiM BLOG
Agosto 2022
ANALISI & OPINIONI

***Il trattenimento degli stranieri sotto la lente del processualpenalista.
Una misura sanzionatoria di natura penale?***

Lorenzo Bernardini

Postdoctoral Researcher in Criminal Law
University of Luxembourg

Parole Chiave

*Detenzione amministrativa – Garanzie del processo penale – Sanzione amministrativa punitiva –
Criteri Engel – Art. 6 CEDU*

Abstract

Il trattenimento degli stranieri è misura di gestione delle migrazioni utilizzata da tutti gli Stati membri UE e riconosciuta come legittima dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Le garanzie assicurate al migrante privato della libertà sono deteriori rispetto a quelle scolpite nell'art. 6 CEDU – o nelle fonti eurounitarie di diritto secondario concernenti la materia penale – a favore di chi viene detenuto nel contesto di un procedimento penale. Tuttavia, a fronte delle sue caratteristiche sanzionatorie ed afflittive, secondo alcuni commentatori è arduo sostenere che il trattenimento sia misura meramente amministrativa, nonostante tale assunto sia sostenuto comunemente da entrambi le corti europee. Al contrario, si potrebbe argomentare in favore della natura concretamente penale dell'istituto in analisi. Solo così potrebbero estendersi le garanzie del processo penale a favore di un soggetto – il migrante – che di fatto è privato della propria libertà analogamente a chi viene detenuto secondo i rigidi canoni del diritto penale.

1. Il trattenimento, la libertà e le garanzie penali.

Nel numero di settembre 2020 di questo *Blog*, la prof.ssa Elena Valentini sottolineava condivisibilmente che l'istituto della detenzione amministrativa «formalmente non ha nulla a che fare con la procedura penale», eppure – pregiudicando la libertà personale del singolo che ne viene attinto – «dovrebbe essere regolato nel rispetto dei medesimi principi sovraordinati riferibili alle forme di coercizione proprie del sistema penale» ([Valentini, 2020](#), p. 1). Di più, veniva rimarcato che il cultore della procedura penale rimane effettivamente «spiazzato» di fronte alla disciplina del trattenimento, che – specie se paragonata a quella delle misure cautelari personali (ed in particolare, quella della custodia cautelare *ex art. 285 c.p.p.*) o dell'arresto in flagranza (di cui agli artt. 380 ss. c.p.p.) – risulta effettivamente deteriore in termini di garanzie ([Valentini, 2020](#), p. 2 ss.).

Tuttavia, né all'interno del diritto convenzionale – a partire dal celebre caso [Engel e altri](#) – né nel diritto dell'UE si può rinvenire un cambiamento di paradigma. Per entrambi gli ordinamenti, lo si anticipa, il trattenimento degli stranieri è misura amministrativa, e dunque non afferente allo *ius criminale*. È la soluzione più conferente con il dato normativo: nessun processo penale, nessuna *notitia criminis* e nessuna condanna circondano l'istituto *de quo*, né nel diritto interno italiano (ossia l'art. 14 del [Testo Unico sull'Immigrazione](#)), né altrove.

L'analisi qui proposta, in particolare, intende analizzare la natura del trattenimento degli stranieri così come concepita dal legislatore italiano – e, invero, da tutti i legislatori europei – seguendo le indicazioni provenienti dall'art. 5, par. 1, lett. f CEDU, dall'art. 15 dir. 2008/115/CE e artt. 8 ss. dir. 2013/33/UE (v., per una completa disamina sul punto, [Benvenuti, 2020](#), p. 414 ss.). In nessun caso, si fa menzione della natura sostanzialmente penale della misura *de qua*.

Tale contesto, nondimeno, pone un problema di difficile risoluzione: possibile che due individui, privati totalmente della libertà personale tramite le medesime modalità, possano godere di garanzie *diverse* – l'uno (quello coinvolto in un procedimento penale) protetto maggiormente nei confronti dell'autorità statale rispetto all'altro (lo straniero trattenuto per via amministrativa)?

Il tema in esame è essenzialmente una questione di garanzie, perlopiù di natura processuale: diritto all'assistenza legale e linguistica, diritto al silenzio, diritto al contraddittorio o, in senso lato, ad un giusto processo, per citarne alcune. Prerogative-cardine del procedimento penale, che però – in estrema sintesi – stentano a farsi strada nella disciplina sovranazionale concernente la detenzione amministrativa. Certo, tali principi sono garantiti, sia pure in forma diversa, anche nell'ambito del procedimento (e del successivo processo) amministrativo. E, tuttavia, proprio a fronte della qualifica “amministrativa” che è stata assegnata alla misura del trattenimento dal legislatore eurounitario – e analogamente da quello interno –, si possono

rilevare alcune “storture” sistemiche che diminuiscono la portata di tali guarentigie: si pensi, ad es., al fatto che, in Italia, è il giudice di pace – e non un magistrato togato – a statuire sulla legittimità della detenzione amministrativa patita dallo straniero, violando così, secondo alcuni, il contenuto sostanziale della riserva di giurisdizione ([Masera, 2022](#)) o, ancora, alla mancata previsione di un’adeguata assistenza linguistica in favore del migrante, anche a fronte di un dato normativo lacunoso *in parte qua* (v., su quest’ultimo punto, [ASGI, 2021](#)). Tale *vulnus* è circostanza derivante, da un lato, dall’assenza di disposizioni in merito all’assistenza linguistica nella Direttiva Rimpatri, e, dall’altro, dalla dicitura generica di cui all’art. 9, par. 4 della direttiva accoglienza, a mente del quale i richiedenti trattenuti devono essere informati delle ragioni della detenzione «in una lingua che essi comprendono o *che ragionevolmente si suppone a loro comprensibile*», così ammettendo la legittimità di una informazione parziale nei confronti dello straniero detenuto (sia consentito il richiamo, sui *vulnus* procedurali in tema di trattenimento a scopo di rimpatrio, a [Bernardini, 2021](#)).

Nondimeno, e nonostante il dibattito in corso sul punto, si potrebbe tentare di argomentare che – a fronte della possibile inadeguatezza delle guarentigie amministrative già in essere – il rafforzamento delle garanzie processuali in favore dei migranti trattenuti potrebbe essere percorsa entro il sentiero, angusto, della definizione del trattenimento come misura **sostanzialmente penale** e meritevole, quindi, dello stesso grado di garanzie che sono assicurate all’individuo coinvolto nel procedimento penale, nelle sue varie caratterizzazioni (indagato/imputato/condannato).

Potrebbe essere un tragitto inedito, sebbene non unico, da seguire per tentare di emendare la procedura attuale dai suoi vizi peggiori. C’è infatti anche chi sostiene che, senza mettere in discussione la natura del trattenimento, sarebbe sufficiente garantire la corretta applicazione delle garanzie amministrative nei confronti dello straniero per rendere la pertinente procedura esente dalla maggior parte delle critiche che oggi le vengono rivolte (v., per una ricostruzione completa dell’istituto del trattenimento secondo l’ottica del diritto amministrativo e, più in generale, sul ruolo dello “Stato di prevenzione”, [SAVINO, 2012, passim](#), spec. p. 327 ss.).

E, d’altronde, la tesi qui proposta – e di cui si tenterà di dimostrare la bontà – sconta comunque una sorta di “peccato originale”: come esemplificato da Marcello Daniele «riguardando persone che non sono coinvolte in un giudizio penale, non sarebbe consentito attribuire [alla misura del trattenimento] una funzione strumentale al corretto svolgimento del processo o all’esecuzione della pena (come avviene con la carcerazione finalizzata ad impedire che l’indiziato inquina le prove o fugga); né le si potrebbe conferire una funzione di prevenzione, non essendo configurabile un pericolo di commissione di reati in virtù del solo status di migrante irregolare» ([Daniele, 2018, p. 96](#)).

Ciò premesso, un “ritorno al penale” dell’istituto del trattenimento potrebbe costituire –

sebbene non sia, lo si ribadisce, un sentiero obbligato – l’occasione per gli stranieri privati della loro libertà personale di poter beneficiare di garanzie più robuste e conferenti al loro *status* di detenuti.

2. Che cos’è “penale”? Cenni sui criteri Engel enunciati dalla Corte di Strasburgo.

La Corte europea dei diritti dell’uomo non si è mai confrontata sulla natura della detenzione amministrativa. Nessuna decisione del consesso di Strasburgo ha mai preso in considerazione che tale misura privativa possa anche solo teoricamente rivestire natura criminale. L’art. 6 CEDU, pertanto, nucleo delle garanzie penali previste dalla Convenzione europea non ha mai trovato applicazione nella materia *de qua*, anche in ragione del fatto che nessun ricorrente straniero ha mai sollevato la questione innanzi la Corte.

Come è noto, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale» *ex art. 6 CEDU*, occorre tener presente tre criteri: (i) la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, (ii) la natura stessa di quest’ultima, e (iii) la natura e il grado di severità della sanzione prevista (*Engel e altri*, § 82). Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi (*Jussila*, §§ 30-31). Va tenuto peraltro in debito conto che le indicazioni del diritto interno hanno un valore «relativo», in quanto non è sufficiente, per escludere la natura penale di una sanzione, che essa non sia definita come tale dal diritto nazionale (v., in questo senso, *Menarini Diagnostics*, § 39). Peraltro, va esaminato anche lo scopo perseguito dalla misura in esame: qualora si trattasse di «interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale» (*ibid.*, § 40) tale aspetto dovrebbe essere tenuto in considerazione. Infine, per quanto riguarda la severità della sanzione, la Corte ha ritenuto che possano essere rilevanti *in parte qua* anche le conseguenze ulteriori che l’applicazione della sanzione potrebbe produrre (ad es. la «perdita temporanea della onorabilità» dei rappresentanti delle società colpite dalle sanzioni emesse dalla CONSOB; sul punto v. *Grande Stevens*, § 97).

Calando tali considerazioni nel “campo giuridico” della detenzione amministrativa, sembra difficile negare, a dispetto della qualificazione formale nel diritto interno, che la **natura di tale misura** sia espressione di un insieme di «norme che persegu[ono] uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanziona[no] una irregolarità» (caso *Jussila*, § 38), vale a dire impedire agli stranieri irregolari di entrare sul territorio nazionale (aspetto preventivo) e reprimere la condotta indesiderata tenuta da questi ultimi con la privazione della libertà (aspetto repressivo). Nel diritto convenzionale, a ben vedere, l’aspetto preventivo è prevalente: l’art. 5, par. 1, lett. f CEDU consente agli Stati Parte di implementare il trattenimento degli stranieri basandosi sulla necessità di **prevenirne** l’ingresso irregolare o di eseguirne efficacemente il rimpatrio **prevenendone** la fuga. Ma si tratta solamente di un “lato della medaglia”, in quanto, come si dirà subito, il diritto dell’UE – nell’elencare tassativamente le circostanze che permettono di detenere gli stranieri per via amministrativa – sembra chiarificare anche il secondo aspetto, quello repressivo, di tal misura.

Si anticipa qui che sulla **natura di “sanzione penale”** del trattenimento – non essendo decisiva la qualificazione interna – si può tentare di intavolare una discussione: l’istituto si attegga allo stesso modo della pena carceraria, tutelando beni giuridici di sicura matrice penalistica (ossia l’interesse dello Stato «al controllo delle frontiere e dei flussi migratori»; in questo senso v. *mutatis mutandis* [Omodei, 2019](#), p. 5 e, più in generale, [Risicato, 2019](#), p. 63 ss.), e con l’intento di punire lo straniero – sia esso richiedente protezione internazionale o irregolarmente soggiornante – per un suo comportamento, così estrinsecandosi la sua caratterizzazione penalistica. Invero, l’applicabilità dei criteri *Engel* alla detenzione amministrativa, seguendo le indicazioni di autorevole dottrina, non sembrerebbe peregrina: tali indicatori, infatti, «sono nati proprio per riconoscere le garanzie penalistiche ad una misura (...) di cui la Corte [EDU] nega la prevalente finalità punitiva, ma che in quanto incidente sulla libertà personale viene comunque fatta rientrare nell’area di applicabilità delle garanzie penalistiche» ([Maserà, 2018](#), p. 217).

La combinazione tra (a) fine punitivo-sanzionatorio e (b) applicazione della sanzione carceraria al soggetto interessato potrebbero confortare l’argomentazione di chi sostiene la natura sostanzialmente penale dell’istituto in analisi. A dispetto dei suoi connotati concreti, tuttavia, il trattenimento degli stranieri resta ancora all’interno delle misure “non penali” nella giurisprudenza del giudice convenzionale.

3. Il diritto UE e la natura amministrativa del trattenimento: un sistema sempre più incoerente?

Analogamente, l’approccio adottato entro il diritto UE non pare discostarsi da quello della CEDU, che costituisce, per il legislatore eurounitario, lo *standard* minimo di tutela dei diritti fondamentali. Con le parole della Corte: «i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali. Inoltre, l’articolo 52, paragrafo 3, della Carta, il quale stabilisce che i diritti riconosciuti da quest’ultima corrispondenti a diritti garantiti dalla CEDU hanno un significato e una portata identici a quelli attribuiti a tali diritti dalla suddetta convenzione, mira a garantire la necessaria coerenza tra questi rispettivi diritti senza pregiudicare l’autonomia del diritto dell’Unione e della Corte» ([Garlsson Real Estate](#), §§ 24-25).

Come si è anticipato, il fondamento giuridico della detenzione amministrativa eurounitaria va ricercato negli artt. 15 e 16 della [Direttiva 2008/115/CE](#) (c.d. direttiva rimpatri) – per quanto concerne la situazione dei migranti irregolari – e negli art. 8 e ss. della [Direttiva 2013/33/UE](#) (c.d. direttiva accoglienza) – che riguarda, diversamente, la privazione della libertà dei richiedenti protezione internazionale.

Per ciò che qui rileva, la misura implementata *in concreto* nei confronti dello straniero è la medesima, nonostante quale divergenza in merito ai requisiti sostanziali previsti dalle due

fonti UE ora citate (ad es., la detenzione amministrativa del richiedente protezione internazionale è consentita nei casi in cui sussistono esigenze di sicurezza nazionale o di ordine pubblico [[art. 8, par. 1, lett. e direttiva accoglienza](#)], mentre tale circostanza non rientra tra quelle riportate all'art. 15 della direttiva rimpatri e quindi non vale come requisito utile per privare il rimpatriando della propria libertà personale).

Già nel 2009, nel giudizio *El Dridi*, l'Avvocato Generale Mazák aveva avuto modo di affermare che, dal suo punto di vista, gli autori della Direttiva 2008/115/EC, nel congegnare l'istituto del trattenimento dello straniero, si erano evidentemente «sforzati di distinguere il trattenimento a fini di allontanamento dalla privazione della libertà individuale collegata ad un procedimento penale, come l'arresto, la detenzione cautelare o la reclusione» ([El Dridi, § 35](#)). Tale impostazione veniva confermata in seguito anche dall'Avvocato Generale Wathelet, che, concordando con l'opinione della Commissione UE, riteneva che «i trattenimenti disposti in applicazione dell'articolo 15 della direttiva «rimpatrio» non rivestiva[no] carattere penale e non integravano una pena detentiva» ([G. e R., § 54](#)).

Più nette – e però problematiche, per il punto di vista che si vuole qui sostenere – appaiono le considerazioni svolte dall'Avvocato Generale Bot: il trattenimento «si distingue in modo molto chiaro, nella sua sostanza, da una misura punitiva ... Non si tratta di punire il migrante per un crimine o un delitto da lui commesso, ma di preparare il suo allontanamento dallo Stato membro interessato» ([Bero e Bouzalmate, § 91](#)). Di più: la detenzione amministrativa «non costituisce una pena irrogata a seguito della commissione di un reato e il suo obiettivo non è correggere il comportamento dell'interessato al fine di reinserirlo nella società al termine della misura. Del resto, dai motivi che costituiscono il fondamento legale della misura del trattenimento è assente qualsiasi idea di sanzione di un comportamento. Non bisogna perdere di vista la circostanza che, in questa fase, il migrante in attesa di allontanamento non ha nessuno status penale» ([ibid., § 92](#)).

L'Avvocato Generale Szpunar ribadiva, in seguito, che il trattenimento degli stranieri previsto dalla Direttiva 2008/115/CE «non ha né natura punitiva né carattere penale e non rappresenta una pena detentiva» ([Mahdi, § 47](#) e, con terminologia identica, [Celaj, § 29](#) e [Affum, § 48](#)). Di recente, ed in modo più sfumato, anche l'Avvocato Generale Pikamäe pareva allinearsi a tale linea di pensiero ([WM, § 133](#)).

Ora, sebbene più Avvocati Generali abbiano più volte affrontato il problema, va enfatizzato che la Corte di Lussemburgo non si è mai pronunciata esplicitamente sul punto. Certo, il giudice dell'UE ha sempre “trattato” la detenzione amministrativa come misura “non penale”, scevra di qualsivoglia caratterizzazione punitiva, sia in ragione dell'etichetta ufficiale fornita dalle fonti del diritto UE, sia perché svincolata da un procedimento penale in senso stretto. Così facendo, ed è il punto centrale della nostra analisi, la giurisprudenza della Corte UE ha impedito di estendere allo straniero detenuto le stesse garanzie che spettano agli

indagati/imputati (in custodia cautelare) o ai condannati (in stato di detenzione per espiazione della pena) i quali – ed è circostanza dirimente – si trovano nella stessa condizione di privazione di libertà patita dal migrante.

Ma quand'è che una misura formalmente amministrativa può essere attratta entro *la matière pénale* in ragione delle sue caratteristiche peculiari? La Corte di Lussemburgo è chiara sul punto: la «finalità repressiva» [*punitive purpose*] di una **sanzione** amministrativa ed il suo «elevato carico di severità» concretizzano il **carattere concretamente penale** della stessa ([DB, § 43](#) e giurisprudenza *ivi* citata). Notoriamente, i criteri – anche in questo caso alternativi fra loro – che guidano il vaglio del giudice eurounitario sono ripresi dalla giurisprudenza di Strasburgo prima menzionati: (i) qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto interno; (ii) la natura dell'illecito e sua finalità repressiva; (iii) grado di severità della sanzione ([Carlsson Real Estate](#), §§ 28-35).

Che il trattenimento amministrativo immaginato dal legislatore UE, a dispetto del *nomen iuris*, sia misura *ex se* gravosa, afflittiva e caratterizzata da un elevatissimo grado di severità pare non potersi contestare. L'individuo (straniero) è infatti privato totalmente della propria libertà personale, meramente in ragione del proprio *status* migratorio. A differenza del processo penale, qui non è richiesta neppure una condotta costituente reato (sia essa attiva od omissiva) da parte dello straniero, poiché quest'ultimo può essere attinto dalla misura detentiva per una sua *qualità* personale unitamente ad un comportamento penalmente "neutro" «che è costituito di regola dalla mera violazione formale della disciplina [sull'immigrazione]» ([Cavaliere, 2022](#), p. 70).

Un esempio per tutti: l'art. 15, par. 1, dir. 2008/115/CE permette di detenere lo straniero per prevenirne la fuga (lett. *a*) o quando egli pone in essere una condotta ostacolante per il buon andamento della procedura espulsiva (lett. *b*). A parte l'apparente identità di contenuto tra la prima ipotesi e la seconda (il migrante a rischio di fuga attua *ex se* un comportamento che pregiudica l'allontanamento dal territorio), non può sottacersi che qui il fine punitivo-sanzionatorio è lampante: a fronte della condotta non voluta, lo Stato si attiva privando della libertà il soggetto interessato. Si castiga *de facto* lo straniero reprimendone il comportamento illegittimo e forzandolo a cooperare con le autorità per il proprio rimpatrio. Sulle stesse posizioni, Majcher ([2013](#), p. 13) notava correttamente che la detenzione amministrativa sembra congegnata proprio con lo scopo di «forzare il migrante a collaborare» con le autorità, inibendone il comportamento sgradito ed atteggiandosi quindi, per utilizzare le parole dell'A., come una sanzione «*criminal in nature*». Invero, il tema non è nuovo in dottrina. Tra gli altri, Wilsher ([2012](#)) definiva il trattenimento meramente come un «*punishment without a crime*», sottolineandone la natura evidentemente sanzionatoria. Si è poi notato, acutamente, che «detention justified on account of avoiding or hampering of return process resembles retribution. If detention aims not only to prevent absconding but is additionally used for retributive reasons, should it not be considered punishment?» (Majcher, [2013](#), p. 13).

Anche per il richiedente protezione internazionale le considerazioni svolte sembrano conservare la loro validità. Egli può essere detenuto (art. 8, par. 3 dir. 2013/33/UE) se, ad esempio, è necessario determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente (lett. b) o per decidere sul diritto di quest'ultimo di entrare sul territorio (lett. c) o, infine, se vi sono fondati motivi per ritenere che lo straniero – in precedenza rimpatriando – abbia manifestato la volontà di presentare la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione della decisione di rimpatrio (lett. f). In questi casi, previsti dall'art. 8, par. 3 dir. 2013/33, sembra tornare preponderante l'aspetto sanzionatorio rispetto a quello meramente preventivo: ad un comportamento "sgradito" posto in essere dallo straniero (ad es. la strumentale richiesta di protezione internazionale per evitare il rimpatrio, oppure la condotta ostacolante del cittadino di Paese terzo che non comunica *sua sponte* alle autorità gli elementi su cui si basa la domanda di protezione), lo Stato interviene con la misura detentiva, *de facto* punendo quest'ultimo. A fronte della mancata cooperazione del migrante, l'autorità statale pare quindi legittimata ad implementare o, se già *in fieri*, a prorogare il trattenimento, soprattutto nei casi previsti dalla lett. b: sembra arduo, anche questi casi, non vedere la *ratio* di coartazione sottesa alla misura.

Nondimeno, va dato atto che, per quanto concerne il diritto italiano, la logica sanzionatoria che nel diritto UE pare più facilmente identificabile sembra lasciare il passo ad una caratterizzazione preventiva: ad esempio, l'art. 14, comma 1.1. T.U.I. - introdotto nel 2020 dall'art. 3, D.L. 21 ottobre 2020, n. 130 – prevede *inter alia* che «il trattenimento dello straniero di cui non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione o il respingimento alla frontiera è disposto con priorità per coloro che siano considerati una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica». In questo specifico frangente, quindi, risulta presente meramente una *ratio* di prevenzione, e non repressiva in senso stretto, sebbene certa dottrina abbia ritenuto comunque che tale circostanza non escluda *per se* la riconduzione della misura *de qua* entro la *matière pénale* ([Cavaliere, 2022](#), p. 69 ss.).

Riportando il *focus* della nostra analisi al diritto UE, anche l'aspetto temporale dell'istituto in analisi non va ignorato: lo straniero irregolare potrebbe essere trattenuto per un periodo massimo di 18 mesi – lasso di tempo effettivamente lungo, se paragonato ai termini di custodia cautelare previsti, ad esempio, nel codice di rito penale italiano (art. 303 c.p.p.) – mentre per il richiedente asilo, sorprendentemente, non è previsto alcun limite. Tale circostanza rafforzerebbe, secondo alcuni, la natura punitiva-sanzionatoria sostanzialmente penale della detenzione amministrativa (Majcher, [2013](#), p. 13). Anche la circostanza che il trattenimento potrebbe, in astratto, avere luogo negli istituti penitenziari (art. 16 dir. 2008/115/CE e art. 10 dir. 2013/33/UE) conforta l'impostazione sin qui seguita.

In ultima analisi, la combinazione di fattori sottesi all'istituto del trattenimento così come concepito dal legislatore UE – ed alla luce della giurisprudenza CEDU – è, alla luce di quanto

fin d'ora rilevato, la seguente: (i) un bene giuridico tutelato (controllo delle frontiere e dei flussi migratori) che, come sopra spiegato, appartiene alla *matière pénale*, ed è analogo a quello protetto dai reati in materia di immigrazione; (ii) un elenco di requisiti legittimanti che, in ultima analisi, possono essere, tutti, ricondotti al comportamento ritenuto "ostacolante" – sia esso attivo o passivo – posto in essere dallo straniero, al fine di impedire il corretto svolgimento delle procedure (rimpatrio o richiesta di protezione internazionale); (iii) la sostanza dell'istituto, che implica la privazione totale della libertà personale del soggetto interessato, al pari della pena detentiva; (iv) i luoghi del trattenimento, tra i quali potrebbero essere annoverati, in talune circostanze, gli istituti penitenziari (possibilità espressamente prevista all'art. 16, par. 1 dir. 2008/115 e art. 10, par. 1 dir. 2013/33); (v) la cornice temporale prevista (un periodo massimo di 18 mesi per i rimpatriandi, nessun limite massimo per i richiedenti), che risulta particolarmente gravoso per il singolo attinto dal provvedimento di trattenimento, specie se a confronto con i limiti posti dall'art. 303 c.p.p. per la custodia cautelare in carcere.

Difficile affermare, quindi, che la misura privativa non abbia lo scopo – più o meno celato – di reprimere la condotta dell'individuo "irregolare" e, dunque, indesiderato (v., ad es., [Cavaliere, 2022](#), p. 66 ss., spec. 70, ove l'A. parla di *horror libertatis* nei confronti del migrante). La conformazione "causa" (condotta dello straniero) – "effetto" (privazione della libertà) insita nella struttura della detenzione amministrativa, in chiave sanzionatoria, è ulteriormente dimostrata dalla forma che assume l'istituto nei confronti dei richiedenti asilo i quali possono, ad esempio, essere privati della libertà per motivi (generalissimi) di «sicurezza nazionale» ed «ordine pubblico» (art. 8, par. 3, lett. e dir. 2013/33/UE). Ed allora, pare semplice scorgere la pericolosa torsione subita dall'istituto *de quo*, che assumerebbe sembianze ben più simili alle misure cautelari, ma anche alle c.d. "misure di sicurezza" o "di prevenzione", divenendo così uno «strumento che finisce per colpire lo straniero in quanto soggetto socialmente pericoloso» ([Valentini, 2020](#), p. 1). Misure – entrambe – che, pacificamente, si collocano nella cornice della *matière pénale* e delle sue garanzie ([Cavaliere, 2022](#)).

4. Una lettura costituzionalmente orientata.

Qualche spiraglio di luce – che potrebbe ottimisticamente far ritenere che i tempi siano ormai maturi per la sussunzione del trattenimento degli stranieri sotto la definizione di misura concretamente penale (in ragione della sua caratterizzazione punitiva) – proviene dal Giudice delle Leggi italiano.

Infatti, le prese di posizione delineate dagli Avvocati Generali *supra* riportate sembrerebbero collidere un recente arresto della Corte costituzionale, che proprio in tema di sanzioni amministrative di natura punitiva – e passibili, quindi, di essere considerate entro la *matière pénale* – così si esprimeva: «tali sanzioni condividono, infatti, con le pene il carattere reattivo rispetto a un illecito, per la cui commissione **l'ordinamento dispone che l'autore subisca una sofferenza in termini di restrizione di un diritto (diverso dalla libertà personale, la cui**

compressione in chiave sanzionatoria è riservata alla pena); restrizione che trova, dunque, la sua “causa giuridica” proprio nell’illecito che ne costituisce il presupposto» ([Corte cost., sent. n. 112 del 2019](#), § 4 *Considerato in diritto*). La privazione della libertà, quindi, dovrebbe essere riservata, quantomeno in linea teorica, esclusivamente alla sanzione penale.

Ancora, le parole della Consulta – riferite però ad altra circostanza (una sanzione pecuniaria, con quantificazione massima sino a 5 milioni di euro) – sembrano attagliarsi perfettamente alla detenzione amministrativa: «**una simile carica afflittiva** si spiega soltanto in chiave di **punizione dell’autore dell’illecito in questione**, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto». Così, si potrebbe argomentare che la mera presa d’atto che la privazione totale della libertà di un individuo sia **misura sanzionatoria** dotata di una elevatissima carica afflittiva *ictu oculi* e ritenerla sussunta, per ciò stesso, entro la *matière pénale* potrebbe portare all’estensione delle garanzie penalistiche – ben più robuste di quelle del procedimento amministrativo – agli stranieri detenuti per via amministrativa (cfr. [Cavaliere, 2022](#), p. 70).

Ora, va considerato, ad onor del vero, che l’art. 13, comma 3 Cost. permette all’autorità di pubblica sicurezza di imporre privazioni di libertà, col rispetto degli inderogabili principi di riserva di legge e di giurisdizione. Tale disposizione rende dunque pienamente legittima, nel nostro sistema costituzionale, la implementazione del trattenimento nei confronti degli stranieri per via amministrativa, senza che sia richiesto uno *standard* di garanzie analoghe a quelle del procedimento penale.

Ciò detto, ed a riprova che il dibattito è ancora vivace sul punto, va tuttavia rilevato che autorevole dottrina si è recentemente così espressa: «una sanzione privativa della libertà personale, nel nostro ordinamento – secondo l’interpretazione più rigorosa dell’art. 13 Cost., che ne supera il cosiddetto “vuoto dei fini” – a mio avviso si legittima soltanto in quanto sanzione penale, conseguente alla realizzazione di un fatto previsto dalla legge quale reato – in quanto offensivo di beni giuridici e personale –, oppure quale misura cautelare penale (...) la natura “preventiva” del trattenimento è in realtà una funzione cautelare, in quanto esso è strumentale alla successiva espulsione dello straniero (...) Chi tenta di escludere dal diritto “punitivo” e dalla materia penale le sanzioni “preventive” si trova di fronte – tra l’altro – l’insormontabile ostacolo dell’attinenza alla materia penale delle misure cautelari “penali”, che pure hanno natura “preventiva”!» ([Cavaliere, 2022](#)).

Ciò che maggiormente stupisce il processualpenalista, in definitiva, è la mancata presa di posizione delle Corti sovranazionali (e della Corte costituzionale italiana), le quali non hanno mai superato il loro approccio formalistico in materia, accertando – e dovrebbe essere compito non eccessivamente complesso – il carattere punitivo e concretamente penale dell’istituto in esame. Ciò potrebbe risultare discutibile, in quanto certe misure di natura meramente economica (quelle inflitte dalla CONSOB) sono state definite dalla Corte di Giustizia «sanzioni

amministrative aventi carattere penale» (v., tra le altre, [Di Puma e Zecca](#), § 38; [Garlsson Real Estate](#), §§ 34-35; cfr., per le medesime conclusioni, la decisione [Grande Stevens e altri](#), § 101 adottata dalla Corte di Strasburgo). Così operando, però, le garanzie previste entro un procedimento penale non potrebbero mai essere riconosciute al soggetto trattenuto.

Un esempio su tutti: lo straniero detenuto ha diritto al silenzio? Oppure ha l'obbligo di collaborare con le autorità che lo hanno incarcerato (ad es. fornendo documenti) anche *contra se*? Sulla scia del caso [DB](#) sopra citato, ed assumendo che la Corte dell'UE riconosca il carattere penale della misura qui esaminata, parrebbe potersi rispondere affermativamente alla prima domanda, e negativamente alla seconda. Eppure, al momento, la «mancata collaborazione» del migrante già detenuto con le autorità costituisce addirittura circostanza legittimamente un prolungamento della privazione della libertà per il diritto UE ([art. 15, para. 6](#) della direttiva rimpatri; cfr. l'art. 9, para. 1 della direttiva accoglienza: «i ritardi nelle procedure amministrative *non imputabili al richiedente* non giustificano un prolungamento del trattenimento»).

5. Osservazioni (non) conclusive.

Le brevi considerazioni qui svolte hanno tentato di dimostrare come la giurisprudenza di entrambe le corti europee abbia da tempo “evitato l'ostacolo”, non pronunciandosi nettamente sulla natura della detenzione amministrativa, che rimane quindi regolata, legittimamente secondo la giurisprudenza europea, nell'alveo del diritto amministrativo.

Nondimeno, se è vero che un ordinamento giuridico deve possedere una coerenza logica intrinseca e consequenziale in tutte le sue branche, sembrerebbe giunto il momento di estendere lo statuto di garanzie processualpenalistiche all'istituto del trattenimento degli stranieri, anche prescindendo da una sua chiara definizione formale di appartenenza alla *matière pénale*. In altre parole, l'applicazione della detenzione amministrativa nei confronti del migrante, sebbene non presupponga l'esistenza “a monte” di una notizia di reato, deve implicare l'applicazione del (più alto) *standard* di garanzie tipiche dello *ius criminale* in favore del soggetto attinto dalla misura carceraria

Solo così sia il diritto dell'Unione che quello di matrice convenzionale potranno recuperare uniformità concettuale, sancendo la natura punitiva (e quindi penale) delle misure particolarmente severe etichettate come “amministrative”, che – proprio come la *administrative detention* – rivelano una spiccata finalità repressiva e devono, quindi, essere implementate esclusivamente di concerto con la previsione di adeguate garanzie in favore del singolo.

APPROFONDIMENTI

Dottrina:

- L. BERNARDINI, [*Il «pronto riesame giudiziario» del trattenimento degli stranieri irregolari: un habeas corpus “debole” all’interno dello spazio giuridico dell’UE?*](#), in *Cass. pen.*, n. 5/2021.
- A. CAVALIERE, [*Le vite dei migranti e il diritto punitivo*](#), in *Sist. pen.*, n. 4/2022.
- M. DANIELE, [*La detenzione come deterrente dell’immigrazione nel decreto sicurezza 2018*](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 11/2018.
- I. MAJCHER, [*“Crimmigration” in the European Union through the Lens of Immigration Detention*](#), -
- M. SAVINO, [*Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*](#), Giuffrè, 2012.
- L. MASERA, [*La nozione costituzionale di materia penale*](#), Giappichelli, 2018.
- L. RISICATO, [*Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*](#), Giappichelli, 2019.
- E. VALENTINI, [*Detenzione amministrativa e custodia cautelare in carcere: intersezioni, somiglianze, inaccettabili differenze*](#), ADiM Blog, Analisi & Opinioni, settembre 2022.
- D. WILSHER, [*Immigration Detention: Law, History and Politics*](#), CUP, 2012.

Per citare questo contributo: L. BERNARDINI, *Il trattenimento degli stranieri sotto la lente del processualpenalista. Una misura sanzionatoria di natura penale?*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, agosto 2022.