
ADiM BLOG

Settembre 2020

EDITORIALE

***Detenzione amministrativa e custodia cautelare in carcere:
intersezioni, somiglianze, inaccettabili differenze***

Elena Valentini

Professoressa associata di Diritto processuale penale
Università di Bologna

Abstract

Le osservazioni proposte dall'autrice intendono mettere in evidenza la parziale analogia di funzioni e le numerose differenze che emergono accostando la disciplina del trattenimento (considerato in termini generali, e dunque in tutte le sue diverse possibili declinazioni) a quella della custodia cautelare in carcere.

In linea con la natura multidisciplinare di questo BLOG, il mio intervento vuole portare il punto di vista del processualpenalista sulla detenzione amministrativa: un istituto che formalmente nulla ha a che fare con la procedura penale, ma che, tuttavia, incidendo in modo assai severo sulla libertà personale del singolo, dovrebbe essere regolato nel rispetto dei medesimi principi sovraordinati riferibili alle forme di coercizione proprie del sistema penale.

Parto subito da una premessa: posto di fronte alla disciplina del trattenimento, il cultore della procedura penale rimane spiazzato. Il suo pensiero corre infatti – in modo istintivo –

alla ben diversa regolamentazione della custodia cautelare in carcere; l'analogia di contenuti afflittivi, la similmente intensa compressione della libertà personale rendono l'accostamento fra i due istituti tanto immediato quanto inevitabile.

Anticipando subito la conclusione (peraltro condivisa dai più), la fotografia che ne esce è sconcertante, perché sintomatica della ben minore attenzione riservata alla libertà personale del non cittadino, già sul piano normativo ritenuta meno preziosa di quella del cittadino (o, paradossalmente, dello stesso non cittadino, ove questi rivesta il ruolo di imputato in un processo penale).

La comparazione può rivelarsi particolarmente utile ove si consideri che lo scopo (quantomeno quello dichiarato) del trattenimento è – semplificando all'estremo – quello di evitare la dispersione dello straniero sul territorio nazionale ed europeo nella prospettiva del suo rimpatrio (già deciso o ancora soltanto eventuale): come noto, una delle funzioni codificate della custodia cautelare (come pure, più in generale, di tutte le misure cautelari) sta nella necessità di fronteggiare il rischio di fuga.

Tale vicinanza di scopi è testimoniata dalle interferenze che hanno segnato la storia normativa dei due istituti. I punti di contatto risalgono a un periodo anteriore all'ingresso della detenzione amministrativa nel nostro sistema (nel 1998). Negli anni '90, la funzione che sarebbe poi stata affidata al trattenimento "in uscita" era infatti stata fronteggiata facendo leva dapprima sulle misure di prevenzione (attraverso l'ipotesi di sorveglianza speciale introdotta dalla legge n. 39 del 1990, e destinata a operare ove l'accompagnamento coattivo alla frontiera non potesse essere eseguito in modo immediato) e, in seguito, ricorrendo alle misure cautelari: illuminante, in proposito, l'innesto (dovuto all'art. 8, comma 2, d.l. 14 giugno 1993, n. 187, conv. con l. 12 agosto 1993, n. 296) dell'art. 7 *bis* in seno alla medesima "legge Martelli", che, criminalizzando lo straniero non collaborante al proprio rimpatrio, consentiva di arrestare e applicare le misure cautelari – e tra queste *in primis* la custodia in carcere – in via del tutto eccezionale, con un manifesto tradimento del principio di proporzionalità che governa tale materia. La deroga assoluta ai requisiti minimi stabiliti dall'art. 280 c.p.p. per poter applicare misure coercitive forzava infatti le linee portanti del sistema; essa era però in grado di assicurare il controllo fisico sul "clandestino" grazie alla micidiale sequenza che lega tra loro l'arresto obbligatorio (anche fuori dai casi di flagranza) e l'applicazione della custodia cautelare in carcere.

Questa vicenda dimostra la difficoltà del legislatore nell'approntare misure di natura detentiva non riconducibili al sistema penale (sostanziale e processuale): rivolgersi al sistema cautelare penale doveva dunque esser parso naturale e inevitabile; tanto che la successiva declaratoria di illegittimità costituzionale parziale della fattispecie introdotta nel 1993 con il citato art. 7 *bis* della legge Martelli (rarissima declaratoria di incostituzionalità per contrasto

con l'art. 25 comma 2 Cost.) aveva portato il legislatore (con l'art. 7, comma 3, d.l. 18 novembre 1995, n. 489: il "Decreto Dini", reiterato per ben cinque volte) a inserire nel sistema un'ipotesi di obbligo di dimora del tutto svincolata dall'ipotetica commissione di una condotta penalmente rilevante. Con tale novella, l'avvertita esigenza di predisporre forme di confinamento destinate allo straniero irregolare passava nuovamente per le misure cautelari, la cui applicabilità non era però più mediata dalla criminalizzazione di condotte scarsamente offensive come quelle previste dall'art. 7 *bis* introdotto dal "Decreto Conso" (opzione appunto caduta per effetto della sentenza costituzionale n. 34 del 1995). Configurando una misura cautelare penale senza reato, l'istituto era dunque, oltre che inedito, anche del tutto stravagante.

Sebbene sparita in fretta dall'ordinamento, l'eccentricità di tale effimera soluzione normativa contribuisce tuttora a dimostrare la contiguità e la somiglianza fra trattenimento e custodia cautelare: infatti, benché in quel caso il legislatore l'avesse ipocritamente etichettata quale "obbligo di dimora", la restrizione descritta da quella disciplina si avvicinava molto di più a quella caratteristica degli arresti domiciliari.

Il movente di questi datati e maldestri interventi di riforma è chiaro: prima dell'ingresso della detenzione amministrativa nel nostro ordinamento, l'irresistibile esigenza di creare i presupposti giuridici per assicurare il controllo fisico sullo straniero aveva indotto il legislatore a ricorrere a forme di coercizione tradizionali (misure di prevenzione; misure cautelari; misure cautelari che addirittura potevano prescindere dalla pendenza di un procedimento penale!). In seguito, e dunque una volta entrata in scena la detenzione amministrativa, il rinnovato ricorso anche agli strumenti coercitivi offerti dal sistema penale avrebbe risposto a una logica ben diversa: una logica non più spiegabile con la volontà di sopperire con le misure cautelari alla carenza di un istituto corrispondente al trattenimento, quanto piuttosto – dopo il 1998, e in particolar modo negli anni compresi tra il 2002 e il 2011 – all'intento di moltiplicare i possibili titoli giuridici di detenzione, così da assicurare che lo stato di cattività potesse estendersi anche per un notevole lasso temporale.

Queste interferenze contribuiscono ad attestare la somiglianza tra i due istituti. Non è un caso, del resto, se i critici della compatibilità costituzionale della detenzione amministrativa (in sé e per sé considerata, e dunque prescindendo dal modo in cui la stessa viene regolata dal dettaglio legislativo) hanno fatto leva anche sul confronto con le misure cautelari – e specialmente con la custodia in carcere – oltre che con le misure di prevenzione. L'accostamento tra le due forme di coercizione porta infatti a una constatazione decisiva, che può essere così attualizzata (alla luce della legislazione oggi vigente): la custodia in carcere (istituto di per sé in ontologico contrasto con la presunzione di innocenza) può operare solo nei confronti di un soggetto gravemente indiziato di un delitto punito con la pena non inferiore nel massimo a cinque anni, e sempre che il giudice possa pronosticare

l'applicazione di una pena in concreto superiore a tre anni; viceversa, il trattenimento – le cui caratteristiche materiali, pur viziate da un clamoroso difetto di tassatività, corrispondono a quelle detentive – è applicabile anche nei confronti di una persona che non ha commesso alcun delitto.

Non presupponendo un reato, il trattenimento naturalmente non presuppone alcuna verifica circa la sussistenza di un *fumus commissi delicti*. Tuttavia, come segnalato in apertura, detenzione amministrativa e custodia carceraria possono essere accostate, oltre che per la somiglianza di contenuti, innanzitutto per la loro contiguità dal punto di vista funzionale.

In proposito, è necessario tener presente che, storicamente, le esigenze cautelari individuano la giustificazione postuma della carcerazione preventiva, istituto che (nella tradizione inquisitoria, e in ossequio all'idea comune stando alla quale colui che sia seriamente indiziato di un grave delitto *deve* subire una limitazione della libertà personale) preesiste alla codificazione delle sue finalità. Tale codificazione nel nostro sistema è avvenuta solo nel 1982, con la scelta di tipizzare solo tre scopi e non altri. Ne è scaturita la tridimensionalità descritta dall'art. 274 c.p.p.: le misure cautelari personali possono trovare applicazione solo per fronteggiare il rischio di inquinamento probatorio, quello di fuga e quello comunemente definito (con espressione molto poco ortodossa sul piano della compatibilità con l'art. 27 comma 2 Cost.) "di reiterazione del reato".

Dal canto suo, quantomeno sulla carta il trattenimento sembrerebbe rispondere all'esigenza di scongiurare la dispersione sul territorio (la fuga) del soggetto che ne è attinto: sia esso già destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento o un soggetto che abbia presentato richiesta di protezione internazionale.

Nonostante la vicinanza di scopi, la storia normativa dei due istituti ci consegna un ben diverso atteggiamento da parte del legislatore.

Negli anni, la definizione normativa delle esigenze cautelari è stata fatta oggetto di ripetuti interventi. Fondamentali, in questa prospettiva, le riforme del 1995 e del 2015, che, individuando la risposta parlamentare alla stagione di Tangentopoli (l. 8 agosto 1995, n. 332) e quella alle sollecitazioni della sentenza Torreggiani della Corte Edu (l. 16 aprile 2015, n. 47), hanno inteso contrastare – non si sa con quanta efficacia – l'abuso dell'istituto. Dinanzi alla tendenza a un impiego troppo largheggiante della custodia in carcere, il legislatore si è quindi mosso in un'ottica garantistica, che, attraverso ripetuti interventi positivi, ha reso gli obblighi motivazionali del giudice cautelare sempre più stringenti.

Viceversa, la descrizione positiva dei presupposti del trattenimento è affastellata e mal scritta. Concentrando l'analisi sul solo trattenimento in uscita, è facile osservare come tale

descrizione si sia progressivamente slabbrata; oggi, (e in particolare a far data dal d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito con l. 2 agosto 2011, n. 129), il testo dell'art. 14 T.U.I. risulta costruito in modo da assicurare la potenziale applicazione del trattenimento alla stragrande maggioranza degli stranieri che versano in condizioni di irregolarità sul suolo nazionale.

Un analogo fenomeno di "slabbramento" ha caratterizzato – specie grazie alle novità apportate dalla "riforma Salvini" (art. 3 d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con l. 1 dicembre 2018, n. 132) all'art. 6 d.lgs. n. 142 del 2015 – anche la disciplina dedicata ai presupposti per imporre il trattenimento al richiedente asilo, ora applicabile anche per accertare la nazionalità o la cittadinanza di quest'ultimo.

Queste modifiche contribuiscono a consegnarci un istituto – la detenzione amministrativa – potenzialmente applicabile nei confronti della gran parte degli stranieri irregolari. I numeri però ci rappresentano una realtà diversa (in particolare rispetto al trattenimento in uscita): e anche questo disorienta (ancorché in senso favorevole) il processualpenalista, avvezzo sì allo scarto tra diritto scritto e diritto vivente, ma non in misura tanto marcata.

La potenziale applicabilità su vasta scala del trattenimento "in uscita" – palesemente irrealizzabile dal punto di vista concreto – ha determinato la creazione di parametri informali, che hanno condotto a individuare i destinatari preferenziali della detenzione amministrativa innanzitutto nei soggetti socialmente pericolosi. Ciò implica la trasformazione del trattenimento in una misura preventiva detentiva atipica: una misura preventiva *detentiva* (mentre le misure preventive possono al massimo assumere i connotati restrittivi della sorveglianza speciale); una misura preventiva *atipica*, applicata dal questore e non dall'autorità giudiziaria, che va oltretutto a sommare un forte carico di afflittività all'espulsione applicabile dal prefetto nei confronti di soggetti ascrivibili alle categorie di pericolosità di cui agli artt. 1, 4 e 16 del codice antimafia (d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

La genesi spontanea di criteri informali che guidano il questore nella scelta se applicare o meno la detenzione amministrativa contribuisce inevitabilmente a trasformare un istituto nato per confinare lo *straniero in quanto irregolare* in uno strumento che finisce per colpire lo *straniero in quanto soggetto socialmente pericoloso* (sulla scorta di una valutazione che viene però svolta scansando il procedimento di prevenzione).

Come noto, anche le misure cautelari sono interessate da questo tipo di dinamica. E cioè: anche la custodia in carcere viene impiegata per rispondere a funzioni diverse da quelle stabilite dal legislatore. Si allude intuibilmente alla sua frequente applicazione in chiave di anticipazione della pena, anche nella prospettiva di assecondare l'urgenza di punizione che spesso agita l'opinione pubblica; addirittura, talora si assiste a un fenomeno ancor più radicale, che vede la custodia surrogare una pena detentiva che non troverà mai concreta

applicazione, per via del possibile accesso a misure alternative al trattamento penitenziario. Un'altra funzione surrettizia – e dal sapore inquisitorio – si riscontra ogni qualvolta la misura cautelare miri (ancorché mai esplicitamente) a ottenere condotte collaborative da parte dell'imputato.

Non è solo il trattenimento a esser piegato a scopi non dichiarati, dunque, ma anche la custodia cautelare. Tuttavia, la differenza riscontrabile nella storia normativa dei due istituti sta nell'atteggiamento del legislatore: un legislatore che ha cercato di arginare l'eccessivo ricorso alle misure cautelari operando ripetutamente sulla disciplina dei relativi presupposti e agli obblighi motivazionali stabiliti per l'ordinanza applicativa. Pur non essendo mancati copiosi interventi di stampo securitario, tanto il legislatore quanto la giurisprudenza (di legittimità e costituzionale) hanno infatti contribuito ad innalzare, ancorché con esiti in concreto non sempre soddisfacenti, i livelli di garanzia dell'incidente cautelare.

Ciò è invece totalmente mancato rispetto al trattenimento. Riflettendoci, il confronto è addirittura impietoso. Se i requisiti dell'ordinanza cautelare tracciano un percorso a ostacoli, irto di comminatorie di nullità di cui è costellata la disciplina racchiusa in particolare (ma non solo) negli artt. 274 e 292 c.p.p., la disciplina del trattenimento non detta alcuna specifica disposizione preposta alla motivazione del decreto questorile. In mancanza di una disciplina specifica dedicata all'atto applicativo, i relativi requisiti potrebbero essere ricavati dalla disciplina statica (quella dedicata ai presupposti per poter applicare la misura). Tuttavia, tale disciplina è tutto fuorché rispettosa del principio di tassatività: basti pensare che, oltre a descrivere un elenco di fattispecie formulato come aperto e non chiuso, l'art. 14 T.U.I. goffamente affianca il richiamo alle numerosissime (e apparentemente insuperabili) ipotesi di rischio di fuga (elencate con piglio vessatorio dall'art. 13 comma 4 *bis* T.U.I.) a una formulazione che parrebbe addirittura non richiedere la contestuale sussistenza degli ostacoli transitori all'immediata esecuzione dell'accompagnamento coattivo alla frontiera.

Ove affiancate, le due discipline impressionano non poco: da un lato, il legislatore è intervenuto di cesello, fino a rendere la definizione dei presupposti cautelari fin troppo dettagliata e barocca, ma richiamando il giudice a un esame attento e puntuale delle risultanze processuali con l'apprezzabile (benché velleitario) scopo di impedire scorciatoie decisorie. Dall'altro, rispetto al trattenimento il medesimo legislatore ha predisposto un elenco aperto, sfilacciato, potenzialmente onnicomprensivo e redatto con una tecnica normativa a dir poco discutibile, così palesando una volontà politica di segno diametralmente opposto.

Questo diverso approccio comporta evidenti ricadute, poiché consegna al questore una discrezionalità pressoché illimitata, e – soprattutto – difficilmente censurabile in sede di convalida, anche grazie alle altre numerose ed eclatanti differenze nella disciplina dinamica

che contribuiscono a distanziare sideralmente i due istituti posti in comparazione. Si tratta di differenze note, segnalate dalla dottrina già all'indomani dell'introduzione del trattenimento nel sistema: alla ben diversa identità dei protagonisti istituzionali coinvolti nel procedimento applicativo delle misure cautelari, che vede interloquire il pubblico ministero, organo titolare della richiesta, e un giudice togato (in genere il giudice per le indagini preliminari, ruolo cui si accede solo ove vengano soddisfatti precisi requisiti di anzianità e di professionalità), la disciplina del trattenimento contrappone l'inversione del rapporto regola-eccezione stabilito dai commi 2 e 3 dell'art. 13 Cost., che affida al questore il monopolio nella scelta di applicare il trattenimento, salva la successiva eventuale convalida da parte del giudice di pace (organo cui nessun altro plesso normativo assegna compiti riconducibili all'*habeas corpus*).

Certo, anche il codice di procedura penale contempla il possibile ricorso alla coercizione direttamente da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. Ma in tal caso l'eccezione – ammessa dall'art. 13 comma 3 Cost. – è disciplinata dal codice di rito in linea con le dettagliate indicazioni della Carta fondamentale; infatti, la deroga alla disciplina generale stabilita dagli artt. 291 ss. c.p.p. (che tiene ben fermi i ruoli di pubblico ministero e giudice) opera solo secondo i rigidi dettami stabiliti dalla disciplina dell'arresto in flagranza. E ancora: mentre il codice procedura penale prevede che la convalida dell'arresto abbia effetto solo per il passato – dovendo l'eventuale protrazione della limitazione della libertà personale essere disposta a titolo cautelare, e dunque con l'ordinanza prevista dall'art. 292 c.p.p. –, la convalida del trattenimento proietta i propri effetti anche sul futuro; a differenza di quanto previsto per le misure cautelari penali, per la detenzione amministrativa non è previsto un nuovo provvedimento applicativo emesso dall'autorità giudiziaria che vada ad avvicinarsi a quello emesso in via provvisoria dalla polizia.

Ciò si traduce nell'ennesimo impoverimento di garanzie: infatti, da quest'ultima divergenza discende anche il mancato riconoscimento di un'impugnazione di merito analoga a quella assicurata dal giudizio di riesame previsto dal codice di rito penale. Se è infatti vero che anche la convalida dell'arresto, al pari di quella del trattenimento, è sottoposta al solo ricorso per cassazione (in ossequio a quanto imposto dall'art. 111, comma 7, Cost.), l'analogia tra i due istituti è solo apparente: la circostanza che il codice di procedura penale preveda la necessaria emissione di una nuova ordinanza applicativa, idonea a soddisfare i rigidi dettami prescritti dall'art. 292 c.p.p., affianca al ricorso per cassazione contro il provvedimento di convalida dell'arresto due ulteriori mezzi di controllo, concernenti appunto l'ordinanza applicativa della misura cautelare personale: l'impugnazione nel merito (*ex artt. 309 o 310 c.p.p.*) e quella di legittimità, *ex art. 311 c.p.p.*

In chiusura, è forse superfluo ricordare che queste differenze si sommano al dato empirico: la disciplina del trattenimento opera infatti nei confronti di individui generalmente deboli (dal punto di vista sociale, economico, linguistico); il che contribuisce inevitabilmente a rendere

molto meno effettiva tanto la loro autodifesa quanto la difesa tecnica.

Per citare questo contributo: E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa e custodia cautelare in carcere: intersezioni, somiglianze, inaccettabili differenze*, ADiM Blog, Editoriale, settembre 2020.