

GUIDO TODARO*

CUSTODIA CAUTELARE E PRESUNZIONI

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *Custodia cautelare in carcere: extrema ratio e presunzioni nel testo dell'art. 275 c.p.p.* – 3. *L'irragionevolezza degli artt. 284 comma 5-bis e 276 comma 1-ter c.p.p.* – 4. *Conclusioni*.

1. Premessa

Buongiorno a tutti. Ringrazio subito il Presidente Albiani per la presentazione, nonché il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Rimini nella persona del Presidente Giovanna Ollà. Infine, non posso che ringraziare l'A.I.G.A. Sezione di Rimini, nella persona del suo Presidente, Nicola Pinto, nonché nella persona del suo Vicepresidente, Collega e amico Andrea Annibalini, che mi ha coinvolto nell'organizzazione di questo Convegno e che con dovizia di particolari ha curato ogni aspetto, non escluso quello scientifico, al di là delle sue parole iniziali improntate a modestia e a quella naturale ritrosia cui egli sovente inclina. La responsabilità scientifica di questo incontro è pertanto, e ovviamente, anche di Andrea, che ha profuso massimo impegno e ha riposto grande attenzione a ogni singolo dettaglio.

Sono particolarmente felice di essere qui, oggi: al di là dell'essere Rimini una bellissima città, questo seminario mi consente di tornare a riflettere ad alta voce e di confrontarmi con altri studiosi della materia a poco più d'un anno di distanza dalla presentazione del mio libro¹, poc'anzi ricordato dall'Avv. Annibalini.

* Assegnista di ricerca in Procedura penale, Università di Bologna; Avvocato

¹ G. TODARO, F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, Giuffrè, Milano 2012.

Anche in quell'occasione ebbi l'onore di sedere, tra l'altro, a fianco del Presidente Albiani, nonché dell'amica e valente Ricercatrice Elena Valentini, e di affrontare taluni dei nodi più spinosi della custodia cautelare in carcere. E anche in quell'occasione, non potei non rimarcare la forte incidenza che la misura cautelare ha sul problema del sovraffollamento carcerario: incidenza, a mio avviso, ancor più grave rispetto a quella della pena della reclusione, se non in termini quantitativi – i detenuti a seguito di condanna definitiva sono comunque numericamente maggiori rispetto ai c.d. cautelati – certamente in termini qualitativi dal momento che in tali frangenti chi si trova in carcere è ancora presunto innocente.

Ebbene, qui mi faccio mesto: nonostante sia decorso oltre un anno da quell'evento, il problema del sovraffollamento carcerario è tutt'altro che andato migliorando.

Evidentemente, il monito della nota sentenza Torreggiani² – su cui sono stati giustamente versati fiumi d'inchiostro³ e che ha costituito argomento di molte riflessioni – non ha sortito quell'effetto sperato: il 28 maggio, termine ultimo entro il quale porre rimedio alla grave situazione di sovraffollamento carcerario che concretizza una violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si avvicina inesorabilmente⁴ e gli interventi del legislatore – affidati a due timidi svuota-carceri del luglio e del dicembre 2013⁵ – si sono rivelati radicalmente inadeguati rispetto al denunciato «ca-

² C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

³ Cfr., tra gli altri, G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 147 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 948 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁴ La sentenza è infatti divenuta definitiva il 27 maggio 2013, data in cui è stata respinta l'istanza di riesame presentata dal Governo italiano alla Grande Camera.

⁵ Il riferimento è ovviamente al d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 94 e al d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10.

rattere strutturale e sistemico»⁶ della situazione che affligge i nostri istituti penitenziari⁷.

Ebbene, il Presidente Albiani osserva che la magistratura non può farsi carico di un ruolo di supplenza del legislatore. Sono d'accordo, ma solo in parte. Dico in parte perché, purtroppo, bisogna fare i conti con un legisla-

⁶ Così C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia cit., secondo cui il sovraffollamento può definirsi grave con riguardo a tutti quei casi nei quali la mancanza di spazio, inferiore ai 3m² per detenuto, è tale da costituire di per sé sola causa di violazione dell'art. 3 della Convenzione europea.

⁷ Peraltro, alquanto inaspettatamente almeno per chi scrive, in data 5 giugno 2014 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha emesso una nota in cui ha espresso un parere positivo in ordine alle misure adottate nel corso del 2013 dal Governo italiano per risolvere il problema del sovraffollamento delle carceri e delle cattive condizioni in cui vivono i detenuti. In particolare, il Comitato dei ministri ha sottolineato «l'impegno delle autorità italiane» nonché «alcuni risultati significativi ottenuti», quali «la riduzione importante e continua della popolazione detenuta e l'aumento dello spazio di vita ad almeno 3 metri quadri per recluso». Si è poi fatto leva sull'introduzione della possibilità di ricorsi preventivi entro i termini fissati dalla sentenza Torreggiani, e su un decreto legge – la cui approvazione è stata evidentemente considerata imminente – sulla indennizzazione che prevede sia la possibilità di una riduzione di pena per i carcerati (il 10% in meno del periodo di pena vissuto in condizioni degradanti) sia compensazioni di tipo pecuniario (otto euro al giorno). In effetti, è stato poi emesso il d. l. 26 giugno 2014, n. 92, che ha introdotto, tra l'altro gli anzidetti rimedi risarcitori in favore dei detenuti che abbiano subito un trattamento in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea. Ciò, oltre a una inedita previsione, inserita dall'art. 8 del suddetto d. l. n. 92/2014 che, notificando il comma 2-bis dell'art. 275 c. p. p., stabilisce che non possa applicarsi la custodia cautelare in carcere ove il giudice ritenga che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non sia superiore a tre anni: disposizione, lodevole nelle intenzioni, la cui tenuta in sede di conversione in legge, il cui coordinamento con le altre norme in materia e il cui impatto pratico potrebbero porre però diverse problematiche.

Ciò, ovviamente, fermo restando che la questione – lungi dall'aver trovato una sistemazione definitiva e appagante – verrà riesaminata dal medesimo Comitato dei ministri entro un anno e dunque, al più tardi, entro giugno 2015.

Detto ciò, preme evidenziare come altro sia la proroga che per questa via lo Stato italiano ha ottenuto; altro il problema carceri che, lontano dal dirsi risolto, ci appare ancora drammaticamente vivido e gravido di implicazioni: c'è da sperare che la valutazione del Comitato, lungi dall'evocare l'immagine dei classici allori su cui adagiarsi, rappresenti uno stimolo propulsivo ulteriore, affinché lo sforzo del Paese sia autenticamente rivolto alla risoluzione della denunciata emergenza.

tore confuso, frastornato, un legislatore – per riprendere una felice espressione pur usata ad altri fini dal Prof. Glauco Giostra – «in difficoltà di senso»⁸ e che mi pare non sia in grado di impostare una linea coerente di politica giudiziaria capace di risolvere questo gravissimo male di cui oggi ci occupiamo.

Due paradossi, su cui vorrei brevemente soffermarmi, sembrano confermare l'assunto e anzi evidenziare come sia stato lo stesso legislatore, ad onta di ogni acrobazia logica, ad acuire l'«emergenza carceri».

Anno Domini 2009: l'affollamento endemico degli istituti di espiazione si registrava anche allora, e non lo scopriamo certo adesso, con la sentenza Torreggiani del 2013. Ripeto: il problema del sovraffollamento carcerario, che io do come un assioma indiscusso e un postulato con cui purtroppo dobbiamo fare i conti⁹ – sulle statistiche impietose si diffonderà la Collega Chiara Rizzo – era fortemente e drammaticamente avvertito anche nel 2009, tant'è che di lì a poco, nel mese di luglio, sarebbe intervenuta la sentenza Sulejmanovic c. Italia¹⁰ che rappresentava la prima condanna dello Stato italiano sul versante della violazione dell'art. 3 della Convenzione europea in relazione al divieto di trattamenti inumani e degradanti; trattamenti inumani e degradanti – si badi bene – che nel testo della Convenzione sono assimilati, quanto meno da un punto di vista topografico, alla tortura. Ebbene, nel 2009 il legislatore ha la tutt'altro che brillante idea di intervenire sul testo dell'art. 275 c.p.p. e stabilire che, non solo per i reati di mafia in senso stretto, ma altresì per un vastissimo catalogo di reati, debba valere la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare, con una chiara trasfigurazione del senso della regola aurea del carcere come *extrema ratio* che, per tutti i delitti attinti dalla riforma, diventa, al contrario, l'*unica ratio*. Sul punto tornerò a breve, ma qui mi premeva subito sottolineare con forza l'illogicità di un siffatto intervento di politica criminale.

⁸ G. GIOSTRA, *Una norma «in difficoltà di senso»: il nuovo comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2101 ss.

⁹ In argomento, tra gli altri, cfr. S. BUZZELLI, *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, in *www.penalecontemporaneo.it.*; G. ILLUMINATI, *Carcere e custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2370 ss.; L. MARAFIOTI, *Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma*, in *www.penalecontemporaneo.it.*; E. VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 287 ss.

¹⁰ C. eur. dir. uomo, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia.

Altro paradosso, stavolta più recente. Faccio riferimento a un caso specifico e a una sentenza che tutti noi operatori del diritto conosciamo: la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale¹¹ che, per quanto concerne gli stupefacenti, ha da poco dichiarato l'illegittimità della legge c.d. "Fini-Giovanardi", facendo rivivere la legge "Iervolino-Vassalli". Non mi interessa in questa sede discutere in generale della decisione. Qui mi preme focalizzare l'attenzione solo un aspetto, forse marginale nell'economia complessiva della pronuncia e forse addirittura inconsapevole nelle intenzioni della Corte, ma di un certo impatto per il tema che oggi ci impegna. Orbene, in relazione alle droghe c.d. leggere e per le ipotesi di lieve entità, in conseguenza della sentenza in parola che ha comportato la reviviscenza della 'vecchia' pena da sei mesi a quattro anni secondo l'originaria formulazione dell'art. 73 comma quinto del d.P.R. n. 309 del 1990, per i piccoli spacciatori – alla luce della recente modifica che ha elevato a cinque anni di reclusione il limite al di sotto del quale è inapplicabile la custodia¹² – le porte del carcere restavano fortunatamente chiuse: il sovraffollamento carcerario veniva così, almeno in minima parte, mitigato, grazie a questo aiuto, magari offerto involontariamente dalla Consulta ma certamente inquadrabile tra i possibili rimedi al problema. Sennonché, a pochissimi giorni dalla data di udienza e dal comunicato stampa della Corte che, in attesa del deposito della motivazione, annunciava la sua presa di posizione¹³, il legislatore, in maniera secca, ha convertito in l. n. 10 del 21 febbraio 2014 il testo originario del decreto svuota-carceri del dicembre del 2013, senza interrogarsi su quelle che potevano essere le conseguenze *in melius* indotte dalla più volte evocata decisione: e dal momento che il decreto legge in parola e la conseguente legge di conversione prevedono un'unica dosimetria sanzionatoria, da uno a cinque anni, in

¹¹ Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, in *www.penalecontemporaneo.it*, con note di A. DELLA BELLA, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, e V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*. In proposito, cfr., pure, G. CENTAMORE, *Incostituzionale la "Fini - Giovanardi": alcune riflessioni sulla sorte delle condanne irrevocabili*, in *Quad. cost.*, 2014, n. 2, p. 399 ss.

¹² Così l'art. 280 comma 2 c.p.p. come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. 0a) del d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 94.

¹³ L'udienza e il comunicato stampa datano lo stesso giorno: il 12 febbraio 2014.

relazione a tutti i casi di spaccio di lieve entità, senza distinzioni tra droghe leggere e droghe pesanti, si riafferma la possibilità, quanto meno in astratto, di applicare la custodia cautelare in carcere anche per quei casi messi fuori gioco dalla suddetta sentenza. Ecco, l'attuale legislatore, in una legge programmaticamente rivolta a risolvere il problema carcerario, finisce col cancellare, con un colpo di spugna, un effetto positivo – indiretto ma significativo – costituente il portato di questa storica pronuncia del giudice delle leggi¹⁴.

Per questi motivi dico che solo in parte sono d'accordo con il Presidente Albiani. Perché se del legislatore c'è poco da fidarsi, forse la magistratura dovrebbe cercare, in qualche modo, di colmare i vuoti di tutela: non facendosi supplente di un ruolo che non le compete, bensì interprete di questo avanzato stato di disagio che si è brevemente lumeggiato.

Tra l'altro, soccorre una considerazione di carattere tecnico-giuridico che nel corso di altri Convegni mi pare sia stata spesa proprio dal Dott. Albiani e che dunque riprendo: la custodia cautelare in carcere, a causa di questa situazione patologica di sovraffollamento carcerario, diviene essa stessa una misura sensibilmente più afflittiva di quanto non sarebbe in condizioni normali.

Si vuol dire, cioè, che la misura di rigore estremo, in una condizione critica qual è quella attuale, si carica di una valenza afflittiva per i diritti della persona notevolmente amplificata rispetto a quanto diversamente non

¹⁴ Va peraltro dato atto che il legislatore, probabilmente resosi conto della svista cui era incorso, è di recente intervenuto nuovamente in materia: con la l. 16 maggio 2014, n. 79, di conversione, con modificazioni, del d.l. 20 marzo 2014, n. 36, recante disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, ha modificato ancora una volta il quinto comma dell'art. 73, ripristinando non solo il vecchio quadro edittale (reclusione da sei mesi a quattro anni) previsto per i fatti di lieve entità aventi ad oggetto le droghe c.d. leggere dall'originario disposto del t.u., ma estendendolo altresì anche ai fatti di lieve entità aventi ad oggetto le droghe c.d. pesanti: di qui la preclusione, in tali ipotesi, all'applicabilità della misura della custodia cautelare in carcere; preclusione sicuramente rilevante e tale da poter sortire, in prospettiva, una riduzione significativa della popolazione carceraria. Per un commento alla novella, cfr. L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, in *www.penalecontemporaneo.it*; F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

sarebbe: e allora, sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità – immanente al sistema e coesistente al concetto stesso di giustizia, per cui, nel perseguimento di interessi superindividuali, l'azione statale deve cagionare il minor sacrificio possibile¹⁵ – probabilmente di questa maggiore incidenza della misura carceraria i magistrati dovrebbero/potrebbero tener conto, privilegiando, fin dove possibile, soluzioni meno lesive dell'inviolabile libertà personale.

2. Custodia cautelare in carcere: *extrema ratio* e presunzioni nel testo dell'art. 275 c.p.p.

E vengo all'oggetto specifico della mia Relazione. Sappiamo quale fosse l'idea originaria del nostro codice, imperniata su precise scelte ideologiche, assiologiche e culturali. Il codice del 1988, nella sua primigenia versione, ci consegna un sistema *de libertate* incentrato sul rifiuto di qualsivoglia automatismo o presunzione, in accordo al principio del minor sacrificio della libertà personale implicato dal quadro costituzionale di riferimento.

L'art. 13 comma 1 della Costituzione recita solennemente: «La libertà personale è inviolabile». Proprio per questi motivi, brillava nel testo dell'art. 275 c.p.p. la regola della custodia cautelare in carcere come rimedio estremo, secondo cui tale misura può essere applicata solo quando ogni altra cautela risulti inadeguata.

È risaputo tuttavia come la purezza concettuale di tale apparato, incardinato su precise scelte di valore, non abbia avuto vita lunga. Sull'onda dell'emergenza dei primi anni novanta, legata a note vicende di criminalità organizzata, il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203 prima e il d.l. 9 settembre 1991, n. 292, convertito in l. 8 novembre 1991, n. 356 poi, ebbero a prevedere, per un vasto catalogo di reati, in parte sovrapponibile a quello attuale, una disciplina affatto peculiare, costruita su una duplice presunzione. In base a tale meccanismo presuntivo, ove ricorra la condizione della gravità indiziaria, il giudice dispone senz'altro l'applicazione della custodia carceraria, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Una duplice presunzione, si

¹⁵ Sul tema, in prospettiva generale e di fondo, si rinvia al recente lavoro di M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

diceva: in particolare, una presunzione *iuris tantum* per quanto concerne le esigenze cautelari, da ritenersi sussistenti, salva la prova contraria, con una sorta di alquanto discutibile inversione dell'onere probatorio che finisce, nella sostanza, con l'essere addossato sulla difesa; una presunzione *iuris et de iure*, invece, per quanto riguarda la misura da applicarsi: sempre e comunque la custodia cautelare in carcere, senza possibilità di allegare elementi dai quali possa desumersi l'adeguatezza di una misura più blanda.

L'automatismo cautelare in commento è stato mantenuto anche dalla successiva l. 8 agosto 1995, n. 332, che, percorsa da un forte afflato garantistico, ha tuttavia sostanzialmente ridotto il novero dei reati cui si correla la pressoché obbligatoria applicazione della custodia in carcere: solo i delitti di mafia *stricto sensu* intesi, al fine di predisporre, per ricordare le parole del compianto Prof. Vittorio Grevi¹⁶,

una sorta di “scudo normativo” per tutelare dal rischio di gravi condizionamenti i giudici maggiormente impegnati nei procedimenti contro la peggiore delinquenza.

Circoscritto il congegno di cui si discute ai soli reati di criminalità organizzata, la norma, come sappiamo, ha superato indenne il successivo scrutinio di costituzionalità¹⁷ nonché il vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁸. In particolare, il giudice delle leggi ha operato una distinzione fra due piani, tra loro eterogenei: quello concernente l'*an* della cautela, vale a dire la sussistenza di almeno una delle esigenze cautelari richieste dalla legge, e quello relativo al *quomodo*, inerente cioè alla scelta della misura da applicarsi tra quelle astrattamente tipizzate. La Consulta ha così affermato che

¹⁶ V. GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in Id. (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*, Giuffrè, Milano 1996, p. 10. Sulla novella del 1995, v., tra gli altri, E. MARZADURI, sub art. 275, in M. CHIAVARIO, coordinato da, *Commento al codice di procedura penale. Terzo aggiornamento*, Utet, Torino 1998, p. 163 ss.; G. ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in V. GREVI, *op. cit.*, p. 69 ss.

¹⁷ Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2835, con nota di D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*

¹⁸ C. eur. dir. uomo, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia.

la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l'*an* della cautela) non può, per definizione, prescindere dall'accertamento della loro effettiva ricorrenza di volta in volta; mentre la scelta del tipo di misura (il *quomodo* di una cautela, in concreto rilevata come necessaria) non impone, *ex se*, l'attribuzione al giudice di analogo potere di apprezzamento, ben potendo essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto della ragionevolezza della scelta e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti

soggiungendo come spetti

al legislatore l'individuazione del punto di equilibrio tra le diverse esigenze, della minore restrizione possibile della libertà personale e dell'effettiva garanzia degli interessi di rilievo costituzionale tutelati attraverso la previsione degli strumenti cautelari nel processo penale

per quindi concludere che

la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso [...] rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato.

Ma è qui che il legislatore torna a non essere attento: nelle due pronunce appena ricordate – l'ordinanza n. 450 del 1995 della Corte costituzionale e la decisione della Corte europea del 2003 – emergeva, neanche troppo in filigrana, come a rendere costituzionalmente compatibile il sistema fosse proprio la rigida limitazione della presunzione assoluta ai soli reati di mafia, di talché eventuali ulteriori estensioni del meccanismo in parola ad altre tipologie di reato sarebbero state, per converso, poco difendibili sul piano della legittimità non solo costituzionale ma anche sovranazionale.

Nondimeno, con un salto di qualità a ritroso rispetto alla novella del 1995, nel 2009 il legislatore, con l'art. 2 comma 1 lett. *a*) e *a-bis*) della l. 23 aprile 2009, n. 38, di conversione del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori, ha stabilito che per tutti i delitti di cui all'art. 51 commi *3-bis* e *3-quater*, nonché per i reati di cui agli artt. 575, 600-*bis* comma 1, 600-*ter*, escluso il comma 4 e 600-*quinques* c.p., ed ancora per i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p., salvo

che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi articoli contemplate, l'unica misura che può – e pertanto, ricorrendone i presupposti, deve – essere applicata è la custodia cautelare in carcere. Cioè, in presenza di gravi indizi di colpevolezza e salvo che non sia la difesa a offrire la difficilissima prova circa l'inesistenza delle esigenze cautelari, si rende obbligatoria la custodia cautelare in carcere, e ciò in ossequio a una logica securitaria inconciliabile con i principi informatori del sistema cautelare personale e, nello specifico, con i criteri basilari che dovrebbero guidare la discrezionalità del giudice nell'applicazione delle misure¹⁹. A ciò si aggiunga che analogo meccanismo

¹⁹ Il riferimento è ai noti canoni di adeguatezza e proporzionalità, su cui v., tra gli altri, G. AMATO, sub art. 275, in E. AMODIO, O. DOMINIONI, diretto da, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. III.2, Giuffrè, Milano 1990, p. 39 ss.; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino 2004, p. 11 ss.

In particolare, come sappiamo, il principio di adeguatezza esprime l'esigenza che, nel disporre le misure, il giudice tenga conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, con il logico corollario che, entro il novero delle alternative prefigurate dalla legge, si debba prescegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelari del caso concreto, configurandosi la regola secondo cui la custodia cautelare carceraria può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata (art. 275, comma 3, primo periodo, c.p.p.). Il principio di proporzionalità in senso stretto, invece, è preordinato ad assicurare che ogni misura sia proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata.

A loro volta, adeguatezza e proporzionalità in senso stretto sono espressione di un superiore principio di giustizia che di regola assurge ad uno dei criteri orientatori dell'azione amministrativa dello Stato. È affermazione ovvia che quest'ultimo, allo scopo di perseguire l'interesse generale, possa (e debba, in alcuni casi) comprimere le libertà del singolo: il menzionato principio di giustizia (o di proporzionalità in senso ampio, come pure viene comunemente chiamato) esprime l'esigenza che le situazioni facenti capo ai privati non vengano sacrificate dai poteri pubblici oltre la misura di ciò che è strettamente necessario. La proporzionalità, quale canone oggettivo indeclinabile nell'esplicazione dei poteri statuali, comporta che l'azione pubblica limitativa della sfera privata non solo debba essere idonea, cioè adeguata rispetto all'obiettivo da realizzare, ma anche necessaria, nel senso che non possa farsi ricorso a nessun altro mezzo ugualmente efficace ma meno incidente sui diritti di libertà. Sul tema, cfr. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1998; nonché A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova 1998.

presuntivo è stato introdotto altresì per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ai sensi del comma 4-*bis* dell'art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998, inserito dall'art. 1, comma 26, lett. *f*) della l. 15 luglio 2009, n. 94²⁰.

Ora, non ho sul punto dati statistici certi, ma non è difficile ipotizzare come questi interventi – oltre a essere distonici rispetto al bene primario della libertà personale – abbiano inciso notevolmente sulla situazione di affollamento delle nostre carceri.

Inoltre, il ricorso a moduli cautelari forti per far fronte a situazioni emergenziali o presunte tali non costituisce, purtroppo, nella storia della nostra procedura penale, un fenomeno isolato. La consapevolezza della lunghezza dei tempi processuali cui si correla, inevitabilmente, l'incertezza della pena, porta spesso a trasferire nel campo *de libertate* funzioni generalpreventive che dovrebbero essere, a rigore, appannaggio esclusivo della sanzione penale. Si registrano così sovente distorsioni normative di non poco momento caratterizzate dall'attitudine sempre più marcata a impiegare gli strumenti cautelari quasi si trattasse di pene anticipate, così minando surrettiziamente il senso ultimo della presunzione di non colpevolezza. Questa tendenza strisciante si manifesta poi in tutta la sua evidenza allorché si viva un particolare momento di insicurezza collettiva qual è stato quello dei primi anni novanta nonché quello che è sfociato nelle leggi emergenziali del 2008 e del 2009: una sorta di nesso inestricabile finisce così con l'avvincere misure cautelari e istanze di difesa sociale, quasi che per rinsaldare il senso di sicurezza non si possa attendere la sentenza che definisce il processo ma occorra dare una risposta immediata, robusta, esemplare e, per ciò stesso, sommaria, non ponderata, non in linea con le coordinate di fondo che dovrebbero sempre ispirare il sistema cautelare. Si tratta, forse, di un approccio culturale ancor prima che giuridico; un modo di accostarsi ai temi della sicurezza sociale anziché attraverso l'angolo prospettico della pena, mediante il cono d'ombra delle misure cautelari che finiscono, lo si ripete, per caricarsi di tratti che ne stravolgono l'intima natura.

Fortunatamente, sappiamo come la Corte costituzionale sia intervenuta sul tema, attraverso un'opera di necessaria ortopedia normativa, che ha sconfessato, almeno in parte, le scelte del legislatore dell'emergenza. Leggendo sul punto le motivazioni della prima sentenza della Consulta, la n.

²⁰ Al riguardo, sia consentito un rinvio, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a G. TODARO, F. VARONE, *op. cit.*, p. 101 ss., 202 ss.

265 del 2010 in materia di violenza sessuale²¹, si comprende davvero l'importanza della libertà personale; l'importanza di ricorrere alla custodia cautelare in carcere attraverso una regola ben determinata, un principio ben definito: quello del sacrificio minimo per la libertà personale²². L'apparato argomentativo di questa sentenza è così limpido e corretto che non solo sembra di respirare una ventata di aria fresca ma addirittura un po' illude

²¹ Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 35, p. 51 ss., con nota di S. LORUSSO, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*, e in *Dir. pen. proc.*, 2010, fasc. 8, p. 949 ss., con nota di P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*.

²² Incidentalmente, si può osservare come l'importanza della pronuncia in questione si possa cogliere anche su un piano diverso: si tratta infatti di una delle pochissime e felicissime decisioni ove compare il basilare richiamo alla presunzione di innocenza come principio informatore e parametro di legittimità costituzionale della disciplina delle misure cautelari personali, in un panorama giurisprudenziale teso, per lo più, a negare rilevanza, in maniera alquanto superficiale, all'art. 27 comma 2 Cost. sulla base di un ragionamento assiomatico, chiaramente opinabile, e cioè tacciando come «manifestamente non conferente» il rinvio alla presunzione di non colpevolezza attesa una asserita, e per vero non dimostrata e non dimostrabile, «estraneità di quest'ultimo parametro all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive della libertà personale che operano sul piano cautelare, che è piano del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena»: così, tra le altre, la già menzionata Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, in motivazione. Si finisce così con lo sconfessare la funzione che l'art. 27 comma 2 Cost. deve rivestire *in subiecta materia*: evitare cioè che le cautele processuali assumano tratti connotativi tipici della pena. Chiaro l'errore di prospettiva che vizia molteplici pronunce del giudice delle leggi: una sorta di rovesciamento logico, per cui si parte «dal presupposto che la detenzione preventiva “non ha” la funzione di anticipare la pena, ed è pertanto compatibile con la presunzione di non colpevolezza. Con il che si utilizza come argomento precisamente quello che deve essere dimostrato: che cioè la misura sia disciplinata dalla legge in modo tale da non configurare un'anticipazione della pena»: per questa critica, cfr. G. ILLUMINATI, *Ripartire dalla Costituzione*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 388. Da questo punto di vista, merita di essere salutata con favore la sentenza n. 265 del 2010, con la quale la Consulta, nitidamente, afferma come il principio enunciato dall'art. 27, secondo comma, Cost. rappresenti «uno sbarramento insuperabile ad ogni ipotesi di assimilazione della coercizione processuale penale alla coercizione propria del diritto penale sostanziale», così recuperando il ruolo della presunzione di innocenza quale caposaldo insopprimibile della materia *de libertate*.

il lettore: leggendo le bellissime pagine della decisione, io, francamente, mi sarei aspettato qualcosa di più; mi sarei aspettato cioè un ritorno al 1988, l'eliminazione radicale di qualsiasi presunzione e la riaffermazione della regola d'oro del carcere come *extrema ratio*. E invece la Corte, come si sa, non ha eliso completamente la presunzione: molto più modestamente, l'ha trasformata da assoluta in relativa. Soluzione – torno a ripetere – di compromesso, posto che i principi fondamentali, costituzionalmente sanciti, costituenti la chiave di volta del sistema *de libertate*, avrebbero potuto/dovuto comportare una totale eliminazione degli automatismi di nuovo conio. Ma, tant'è: prendiamoci quello che di buono la Corte ha comunque dato. La Consulta ha così ritenuto che

ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la presunzione stessa è per certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minore sacrificio necessario”, anche quando sussistano [...] specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere

facendone discendere come

la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza di quest'ultima – atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da taluni aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi probatori di segno contrario – non ecceda

i limiti del costituzionalmente ragionevole. Ne è derivata la declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 275 comma 3 secondo e terzo periodo c.p.p., per contrasto con gli artt. 3, 13 comma 1 e 27 comma 2 Cost.,

nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1, 609-*bis* e 609-*quater* c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

E invero, la norma censurata

viola, *in parte qua*, sia l'art. 3 Cost., per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti i delitti di mafia

nonché per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai paradigmi punitivi considerati; sia l'art. 13 comma 1 Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; sia, infine, l'art. 27 comma 2 Cost., in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.

E a questa prima sentenza, ne sono seguite ben sette; sette pronunce necessarie per convertire in relativa la presunzione di adeguatezza della custodia carceraria, così consentendo di poter evidenziare elementi, in relazione al caso concreto, da cui desumere la sufficienza di una misura meno afflittiva, come, solo a titolo di esempio, gli arresti domiciliari o l'obbligo di dimora.

Ne ricordo brevemente gli estremi: la sentenza n. 164 del 12 maggio 2011 in relazione al delitto di omicidio volontario *ex art.* 575 c.p.²³; la sentenza n. 231 del 22 luglio 2011 in ordine all'associazione finalizzata allo spaccio di droga di cui all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309²⁴; indi, la sentenza n. 331 del 16 dicembre 2011 avente ad oggetto il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui al comma 4-*bis* dell'art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998²⁵; dunque, la sentenza n. 110 del 3 maggio

²³ Corte cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2149 ss., con nota di A. MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*.

²⁴ Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2950 ss., con nota di A. MARANDOLA, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni unite.*

Merita ricordare come la Cassazione, a Sezioni unite, ha chiarito che la presunzione di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. non operi in relazione al reato di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti costituita al fine di commettere fatti di lieve entità di cui all'art. 74 comma 6 d.P.R. n. 309/1990, così dovendosi ricondurre tale fattispecie criminosa sotto l'egida della regola generale per cui la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata: al riguardo, v. Cass. pen., sez. un., 23 giugno 2011, n. 34475, Valastro, in *C.E.D. Cass.*, n. 250351.

²⁵ Corte cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 331, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4554 ss., con nota di L. SCOMPARIN, *Anche per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere si trasforma da assoluta in relativa.*

2012 concernente l'associazione per delinquere *ex art.* 416 c.p. finalizzata alla commissione dei delitti di cui agli artt. 473 e 474²⁶; altresì, la sentenza n. 57 del 29 marzo 2013 con riguardo ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, risultando così chiaro, una volta per tutte, come la presunzione assoluta di adeguatezza del solo carcere possa andare bene solo ed esclusivamente per i reati di mafia in senso stretto e quindi per le condotte di associazione, partecipazione e concorso²⁷; ancora, la decisione n. 213 del 18 luglio 2013 inerente al sequestro di persona a scopo di estorsione di cui all'art. 630 c.p.²⁸; infine, l'ultima pronuncia, la n. 232 del 23 luglio 2013, in relazione al reato di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-*octies* c.p.²⁹.

²⁶ Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1619 ss. In proposito, cfr. G. GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, *ivi*, p. 4897 ss.

²⁷ Corte cost., sent. 29 marzo 2013, n. 57, in *Giur. cost.*, 2013, p. 863 ss., con nota di A. MARANDOLA, *Sull'(in)adeguatezza della custodia inframuraria applicata ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero il punto di «non ritorno» degli automatismi in sede cautelare*, e in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di G. LEO, *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*.

²⁸ Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 213, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di G. LEO, *Illegittima, anche per il sequestro di persona a scopo di estorsione, la regola di applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere*.

²⁹ Corte cost., sent. 23 luglio 2013, n. 232, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di G. LEO, *Illegittima, anche per la violenza sessuale di gruppo, la regola di applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere*.

Va peraltro ricordato come la Corte di cassazione – ritenendo i principi espressi dal giudice delle leggi nella sentenza n. 265 del 2010 direttamente applicabili, in via ermeneutica, anche al delitto di violenza sessuale di gruppo stante l'omogeneità, quanto meno a questi fini, rispetto agli altri reati sessuali esplicitamente considerati a suo tempo dalla Consulta – aveva già esteso al giudice del merito, anche in relazione a questo delitto, la possibilità di applicare misure diverse da quella carceraria: in tal senso, Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2012, n. 4377, in *Cass. pen.*, 2012, p. 918 ss., con nota di L. GIULIANI, *Violenza sessuale di gruppo e discrezionalità del giudice de libertate: dalla Corte di Cassazione una quinta declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare*. Ma in senso contrario rispetto all'estensione operata dal giudice di legittimità – in quanto

Al riguardo, non può sfuggire come, per effetto delle declaratorie di illegittimità costituzionale in commento, la scelta concreta delle misure cautelari si regga, ora, su tre moduli strutturali: il primo modello, classico, che rifugge da qualsivoglia automatismo o presunzione, incentrato sul carattere della custodia carceraria quale rimedio estremo, un modulo che da regola sembra essere divenuto residuale in quanto applicabile solo per quei reati non contemplati espressamente dall'art. 275 comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p.; un secondo modello – che riguarda le (oramai pochissime) fattispecie incriminatrici previste dal suddetto art. 275 comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., non attinte dalle pronunce d'incostituzionalità in oggetto – imperniato sulla duplice presunzione di cui si diceva poc'anzi – relativa per quanto inerisce alla sussistenza delle esigenze cautelari, assoluta per quanto concerne la scelta delle misure – nel quale si dà, come rigida e irremovibile, l'alternativa tra libertà e custodia cautelare in carcere; un terzo modulo, infine – risultante dalle citate sentenze della Corte costituzionale in relazione ai delitti da esse considerati – costruito su una duplice presunzione *iuris tantum*: la prima, in ordine alla ritenuta sussistenza di esigenze cautelari, suscettibile di essere superata dall'acquisizione di elementi di segno contrario con la conseguenza che in tal caso il soggetto non potrà essere sottoposto a nessuna misura, la seconda, inerente al giudizio di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, anch'essa superabile qualora affiorino elementi dai quali si evinca la sufficienza di misure più blande.

Detto ciò, si registrano altri problemi: nel testo dell'art. 275 c.p.p. non è solo la presunzione, ora per lo più *iuris tantum*, di adeguatezza della custodia cautelare in carcere a suscitare perplessità, quanto e soprattutto la presunzione relativa, già evidenziata, di sussistenza delle esigenze cautelari³⁰, anche alla luce dell'interpretazione costante datane dalla giurisprudenza

si andrebbe ben oltre i limiti dell'interpretazione costituzionalmente conforme – cfr. la già citata sentenza n. 110 del 3 maggio 2012: di qui l'intervento diretto della Consulta, onde chiudere il cerchio e fugare ogni dubbio in ordine al delitto di cui all'art. 609-*octies* c.p.

³⁰ Cfr., al riguardo, F. CORDERO, *Procedura penale*⁹, Giuffrè, Milano 2012, p. 483, secondo cui è «prescritta la custodia in carcere, salva una prova negativa del bisogno cautelare: *in dubio custodiatur reus*; rimane libero solo chi risulti innocuo»; G. ILLUMINATI, *Ripartire* cit., p. 390; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino 2012⁸, p. 303, il quale evidenzia come si sia in presenza di «una formula legislativa di natura ipocrita che, imponendo una vera e propria

za³¹. In generale, per come la disposizione è congegnata e applicata, si ha l'impressione di trovarsi al cospetto di una presunzione assoluta fatta passare, con una sorta di truffa delle etichette, per relativa³². Inoltre, ritenere esistenti le esigenze cautelari salvo che emergano dagli atti o siano allegati elementi di segno contrario, si risolve, di fatto, in un evidente scostamento rispetto alle direttrici ricavabili dagli artt. 13 e 27 comma 2 Cost. Sotto il primo profilo, la presunzione relativa di sussistenza dei *pericula libertatis* comporta, quale corollario, una forte attenuazione degli oneri motivazionali cui è tenuto il giudice, il quale sarà tendenzialmente svincolato dall'obbligo

probatio diabolica in ordine alla insussistenza delle esigenze cautelari, sostanzialmente ripristina la custodia cautelare obbligatoria»; E. ZAPPALÀ, *Le misure cautelari*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, Milano 2006, p. 432-433: «anzitutto balza in primo piano per spessore traumatico la seconda parte della disposizione dell'art. 275 comma 3 c.p.p.», norma che «ha inteso, da un lato, riannodare i fili dell'antico rapporto tra gravità della sanzione prevista e necessità della misura carceraria, e dall'altro, svuotare di significato la discrezionalità del giudice in tema di misure cautelari attraverso lo sbarramento di una duplice presunzione legale: la prima, *iuris tantum*, concernente la sussistenza delle esigenze cautelari, e quindi la necessità di imporre la misura; la seconda, *iuris et de iure*, riguardante la valutazione di adeguatezza: l'unica misura adeguata è la custodia in carcere, senza alternative e senza neanche future possibilità di ottenere l'affievolimento della misura applicata».

³¹ In proposito, v., per tutte, Cass. pen., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, p. 842 ss., secondo cui «in presenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati indicati nell'art. 275 comma 3 c.p.p. (nella specie associazione per delinquere di stampo mafioso) deve essere senz'altro applicata la misura della custodia cautelare in carcere, senza necessità di accertare le esigenze cautelari che sono previste dalla legge. Ne consegue che al giudice di merito incombe solo l'obbligo di dare atto dell'inesistenza di elementi idonei a vincere tale presunzione, mentre l'obbligo di motivazione diventa più oneroso nell'ipotesi in cui l'indagato o la sua difesa abbiano evidenziato elementi idonei a dimostrare l'insussistenza di esigenze cautelari, dovendosi allora addurre o, quanto meno, dedurre gli elementi di fatto sui quali la prognosi positiva può essere fatta».

³² «Certo [...] stando alla lettera dell'art. 275 comma 3 c.p.p., non ci si trova in presenza di una presunzione assoluta di esistenza delle esigenze cautelari, dato che è ammessa la prova contraria. Ma non sfugge come quest'ultima eventualità risulti piuttosto rara, e che quindi dietro quell'apparente presunzione *iuris tantum* si celi, in realtà, una insidiosa presunzione *iuris et de iure*»: così P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino 2009, p. 143.

di esporre, in modo specifico e analitico, giusta il disposto dell'art. 292, comma 2, lett. c), c.p.p., le esigenze cautelari del caso concreto, presunte *ex lege* salvo prova contraria: c'è da chiedersi se un atto siffatto, sicuramente carente sotto il profilo della giustificazione delle esigenze cautelari, possa dirsi coerente con l'obbligo di motivazione costituzionalmente imposto³³. Sotto il secondo aspetto, l'assenza di un analitico obbligo motivazionale in relazione alle esigenze cautelari fa sì che, di fatto, il provvedimento limitativo della libertà personale sia fondato, nella sostanza, solo sulla verificata sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, così configurandosi, per quel che qui importa, come una sorta di pena anticipata, in evidente tensione con la presunzione di innocenza dell'imputato³⁴.

3. L'irragionevolezza degli artt. 284 comma 5-bis e 276 comma 1-ter c.p.p.

Prima di avviarmi a concludere, sfrutterò i minuti ancora a mia disposizione per allargare la prospettiva. A prescindere dall'art. 275 c.p.p., il codice è purtroppo costellato da altre norme che prevedono, in via tendenziale, come anelastica e indefettibile, l'applicazione della custodia cautelare in carcere.

Una di queste disposizioni, che io ritengo assolutamente irrazionale, è rappresentata dall'art. 284 comma 5-bis c.p.p., per cui si fa divieto di concedere gli arresti domiciliari a chi sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede. Per la verità, la norma renderebbe possibile applicare misure più sfumate della cattività domestica, ma come tutti noi operatori sappiamo, nella prassi, ciò non capita mai: il veto a concedere gli arresti assurge a limite rispetto a qualsiasi altra misura meno severa, per cui, di fatto, in tali casi, si è in presenza di un vero e proprio automatismo che impone la custodia in carcere.

La previsione – è risaputo – si deve all'art. 5 della l. 26 marzo 2001, n.

³³ Cfr. V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*⁶, Cedam, Padova 2012, p. 407.

³⁴ V., sul punto, E. MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Utet, Torino 1994, p. 73; P.P. PAULESU, *op. cit.*, p. 140 ss. E sulla presunzione di non colpevolezza, non può non richiamarsi lo studio di G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna 1979.

128, che ha sostituito il precedente testo introdotto dall'art. 16 comma 4 del d.l. n. 341 del 2000, convertito con modificazioni nella l. n. 4 del 2001.

Anzitutto, qualche ovvia considerazione: posto che la lettera della legge allude a una pronuncia di condanna, nessun dubbio può residuare sul fatto che deve trattarsi di una decisione irrevocabile: dare rilievo a procedimenti meramente pendenti o a pronunce non definitive si porrebbe in insanabile dissidio con la presunzione di innocenza. Sul punto, la giurisprudenza si è assestata su una linea interpretativa certamente corretta, affermando che

il divieto di concessione degli arresti domiciliari previsto dall'art. 284 comma 5-*bis* c.p.p. opera solo qualora la sentenza con la quale l'imputato sia stato condannato nei cinque anni precedenti per il reato di evasione sia passata in giudicato

doendosi considerare, dunque, il momento della condanna e non quello del fatto di evasione da cui la condanna è scaturita³⁵.

Qualche questione è insorta in relazione alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti. Ci si è chiesti cioè se anche detta pronuncia possa essere alla base del divieto di cui all'art. 284 comma 5-*bis* c.p.p. In proposito, inutile dire come la giurisprudenza abbia recepito l'impostazione più rigida, cui si correla una estensione più lata del divieto. Si è così statuito³⁶:

³⁵ Cfr., *ex pluribus*, Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2010, n. 44000, in *C.E.D. Cass.*, n. 248815; Cass. pen., sez. VI, 14 luglio 2009, n. 38148, in *C.E.D. Cass.*, n. 244778.

³⁶ Cass. pen., sez. VI, 28 marzo 2003, n. 21928, in *C.E.D. Cass.*, n. 225932.

Il rigore applicativo della prescrizione è temperato, peraltro, allorché vengano in rilievo esigenze di salvaguardia della salute e del recupero della persona tossicodipendente in relazione all'ipotesi di cui all'art. 89 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, essendosi affermato che «nei confronti del tossicodipendente che abbia in corso programmi di recupero, la condanna per il reato di evasione intervenuta nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede non è d'ostacolo alla concessione degli arresti domiciliari, perché rispetto alla previsione generale di cui all'art. 284 comma 5-*bis* c.p.p., che esprime una presunzione legale del pericolo di fuga, la norma di cui all'art. 89 del d.P.R. n. 309 del 1990 ha natura speciale e prescrive che solo in presenza di eccezionali esigenze cautelari, che non si individuano nel solo pericolo di fuga presunto *ex art.* 284 comma 5-*bis* c.p.p., possa essere disposta la misura più afflittiva della restrizione carceraria» (così Cass. pen., sez. II, 26 aprile

a norma dell'art. 284 comma 5-*bis* c.p.p. [...] è fatto divieto di concessione degli arresti domiciliari anche al soggetto nei cui confronti sia stata pronunciata, nel quinquennio antecedente, una sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per il reato di evasione.

Orbene, in generale, sulla disposizione può osservarsi che al fondo della scelta legislativa di rigore, sta l'evidente intento di precludere l'applicazione della misura gradata nei confronti di chi si sia reso responsabile di una condotta delittuosa che presenta connotazioni confliggenti rispetto alla prognosi di osservanza della più tipica fra le prescrizioni inerenti alla misura degli arresti domiciliari, qual è, appunto, quella di non allontanarsi, senza autorizzazione, dal luogo degli arresti. Insomma, sullo sfondo si staglia l'intima convinzione che la perpetuazione del delitto di evasione disveli in modo assoluto – e dunque senza temperamenti di sorta – l'assenza di quell'autocontrollo necessario, in ultima analisi, per la concessione della cautela *ex art.* 284 c.p.p.

Tuttavia, che la commissione del delitto di cui all'art. 385 c.p. possa considerarsi alla base, sempre e comunque, di una valutazione di assoluta inidoneità degli arresti domiciliari a preservare le esigenze cautelari del caso concreto, mi sia consentito dubitare.

Il fatto è che il reato di evasione, secondo l'insegnamento della giurisprudenza, comprende tutto e il suo contrario. Basti pensare come integri il delitto in questione sia la condotta di chi, allontanatosi scientemente dal luogo degli arresti, voglia darsi alla fuga per far perdere le proprie tracce, così consapevolmente sottraendosi non solo alle prescrizioni della misura cautelare ma anche alla emananda sentenza di condanna (e forse, in questi casi, potrebbe dirsi giustificata la custodia cautelare in carcere); sia la condotta di chi, autorizzato ad allontanarsi dall'abitazione per il tempo necessario ad accompagnare la moglie in ospedale il giorno del

2006, n. 19348, in *C.E.D. Cass.*, n. 234125), rimarcandosi come il predetto art. 89 d.P.R. citato «in funzione della salvaguardia della salute e del recupero di tali soggetti, ha privilegiato questi valori rispetto a quelli della difesa sociale insiti nel sistema delle misure cautelari. Tale interpretazione è l'unica conforme ai principi costituzionali di tutela della salute, che potrebbe risultare altrimenti seriamente pregiudicata dall'interruzione del programma di recupero o dal suo mancato inizio» (così Cass. pen., sez. IV, 18 aprile 2002, n. 3652, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 311 ss., con nota di F. ALONZI, *Prime applicazioni del "nuovo" divieto di concessione degli arresti domiciliari*).

parto, certamente felice ed emozionato e in quello stato di gioia che un po' obnubila la mente, sia sorpreso presso l'ufficio anagrafe ove si sia recato per la dichiarazione di nascita del figlio³⁷; ovvero, ancora, la condotta della persona ristretta agli arresti domiciliari che, autorizzata dal giudice a svolgere attività lavorativa, rientri nella propria abitazione con qualche minuto di ritardo rispetto all'orario stabilito nell'ordinanza³⁸; sia, per fare un altro esempio, la condotta di chi si sia intrattenuto a conversare con altra persona nel giardino o sul pianerottolo dell'edificio condominiale anziché nel proprio appartamento³⁹.

Ora, non mi si dica che in relazione a questi tre casi di evasione – e la casistica giurisprudenziale è ricca di ipotesi simili – non sarebbe possibile applicare, per il nuovo reato commesso nel quinquennio, la misura meno pesante, meno afflittiva della custodia cautelare in carcere, qual è, appunto, quella degli arresti domiciliari. Il vero è che il delitto di evasione, per la sua latitudine e l'indifferenza rispetto ai motivi dell'autore dell'illecito, ricomprende in astratto condotte nettamente differenti quanto a modalità lesive del bene protetto e disvalore in concreto; del pari, anche le connotazioni personologiche del reo possono essere le più varie. Traslate queste considerazioni dal piano penale (art. 385 c.p.) a quello processuale, non appare difficile ipotizzare casi nei quali quella presunzione assoluta di pericolo di fuga sottesa alla previsione dell'art. 284 comma 5-*bis* c.p.p. sia smentita dal concreto atteggiarsi del reato di evasione.

Voglio dire che la Corte costituzionale, con le succitate pronunce inerenti all'art. 275 comma 3 c.p.p. di cui ho poc'anzi parlato, sembra aver delineato un paradigma generale, suscettibile di successive e ulteriori declinazioni: le presunzioni assolute, atte a comprimere fondamentali diritti della persona, sono irragionevoli e, quindi, costituzionalmente indifendibili, qualora esse non siano modulate sulla concreta realtà delle cose, capace di svelare accadimenti contrari statisticamente percepibili rispetto a quelli posti a fondamento della presunzione stessa. Detto in altri termini, e calato il principio con riguardo alla norma esaminata, le connotazioni del reato di evasione non paiono postulare, sempre e comunque, secondo un criterio di esperienza diffuso e generalizzato, condotte denotative di una mancanza totale di autocontrollo e di una proclività assoluta a sottrarsi alle prescrizioni

³⁷ Cass. pen., sez. VI, 6 novembre 2008, n. 44969, in *C.E.D. Cass.*, n. 241658.

³⁸ Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2002, n. 1752, in *C.E.D. Cass.*, n. 223342.

³⁹ Cass. pen., sez. VI, 10 febbraio 1995, n. 5770, in *C.E.D. Cass.*, n. 201670.

cautelari e dunque esigenze così marcate da precludere, in modo inflessibile, la concessione degli arresti domiciliari.

E allora, se queste mie brevi considerazioni sono corrette, l'auspicio non può che essere nel senso di una nuova questione di costituzionalità che si muova nel solco dei binari tracciati dalla Consulta con le più volte ricordate sentenze relative all'art. 275 c.p.p.; questione di costituzionalità, dunque, nel senso della illegittimità della disposizione in commento nella parte in cui non contempla l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte anche con la misura degli arresti domiciliari, sì da vincere l'assolutezza di una presunzione che, allo stato, mi pare intollerabile⁴⁰.

Stesso discorso si può fare in relazione all'art. 276 comma 1-ter c.p.p., introdotto dall'art. 16 comma 3 del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito, con modificazioni, dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4. Vi si stabilisce che in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora, il giudice debba disporre la revoca della misura e la sua sostituzione con la custodia cautelare in carcere, così configurandosi una presunzione di adeguatezza della misura di rigore estremo qualora sia violato il nucleo qualificante la cautela *ex art.* 284 c.p.p. E che si tratti di un automatismo che vincola la discrezionalità degli organi giurisdizionali, è affermazione pacifica nella giurisprudenza di legittimità. Si è così affermato⁴¹:

la trasgressione alle prescrizioni concernenti il divieto di allontanarsi dal luogo di esecuzione degli arresti domiciliari determina, *ex art.* 276 comma 1-ter c.p.p., la revoca obbligatoria degli arresti domiciliari, seguita dal ripristino della custodia cautelare in carcere, senza che al giudice, una volta

⁴⁰ Per completezza, occorre aggiungere che a suo tempo – con la ordinanza n. 130 del 16 aprile 2003 (in *Giur. cost.*, 2003, p. 977 ss.) – la Corte costituzionale aveva ritenuto immune da censure la norma in esame. Nondimeno, tale decisione non sembra poter togliere valore all'itinerario suggerito nel testo: in quell'occasione, il giudice *a quo* mirava ad una pronuncia completamente ablativa della prescrizione e, correlativamente, la risposta della Corte, di manifesta infondatezza, non poteva che essere calibrata sullo specifico *petitum*: nulla esclude, dunque, che il giudice delle leggi, sollecitato sul punto sulla base del percorso esegetico che si è indicato, possa – anzi, debba – pervenire ad una declaratoria di illegittimità della disposizione che, più semplicemente, si limiti a convertire la presunzione da assoluta in relativa.

⁴¹ Cass. pen., sez. V, 29 settembre 2011, n. 1821, in *C.E.D. Cass.*, n. 251715.

accertata la trasgressione, sia riconosciuto un potere di rivalutazione delle esigenze cautelari.

E ancora, si è detto⁴²:

in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dal luogo di detenzione per ragioni diverse da quelle autorizzate, il giudice, una volta accertata l'avvenuta trasgressione, non può compiere alcuna valutazione sulla sua gravità, ma è tenuto a disporre la revoca degli arresti domiciliari e a ripristinare, automaticamente, la custodia cautelare in carcere.

Ma anche qui, come l'uditorio di oggi sa bene, inosservanza del divieto di allontanarsi dal luogo degli arresti, vuol dire tante cose. È violazione sia il comportamento di chi consapevolmente evade dagli arresti; sia, tanto per fare un esempio, la condotta di chi si allontana dalla propria dimora per partecipare a una assemblea di condominio. E qui, se posso fare una battuta – per stemperare i toni di un discorso davvero drammatico qual è quello dei diritti umani, in ispecie dei detenuti, in rapporto all'emergenza carceri – già di regola non è piacevole partecipare alle riunioni condominiali, figurarsi se a seguito di ciò ci si veda ripristinata la misura della custodia cautelare in carcere.

Insomma, anche questa presunzione è assurda e ciò, ancor di più, alla luce del *trend* della giurisprudenza costituzionale, oggi più che mai giustamente orientata a mitigare i profili di rigidità più spiccati dei vincoli in materia.

Richiamare le decisioni che hanno smussato i drastici toni dell'art. 275 comma 3 c.p.p. mi sembra un imperativo morale, ancor prima che giuridico: le presunzioni assolute che limitano un diritto fondamentale dell'individuo – questo l'insegnamento del giudice delle leggi che occorre ripetersi fino allo sfinimento – violano il principio di eguaglianza e l'inviolabile libertà personale, se sono arbitrarie e irrazionali, se cioè non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella consueta formula dell'*id quod plerumque accidit*. Io spero realmente che questo principio, fatto proprio dalla Corte costituzionale, possa sortire qualche effetto, se non a livello interpretativo, attraverso la devoluzione di altre questioni di costituzionalità sul versante della disposizione che ci occupa, in modo da mutare in relativo un automatismo odioso, e restituire al giudice il compito di valutare entità, motivi e circostanze della violazione. In definitiva, salterei con grande favore una pronuncia di ille-

⁴² Cass. pen., sez. VI, 17 gennaio 2005, n. 9245, in *C.E.D. Cass.*, n. 230937.

gittimità della norma nella parte in cui non fa salva l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che il mantenimento della misura degli arresti domiciliari sia comunque adeguato, senza necessità di applicazione della custodia carceraria⁴³.

⁴³ Quanto affermato nel testo non pare precluso dal precedente rappresentato dalla ordinanza n. 40 del 6 marzo 2002 della Corte costituzionale (in *Giur. cost.*, 2002, p. 550 ss.), che aveva ritenuto infondata l'eccezione d'illegittimità del disposto codicistico: essendo quella pronuncia sagomata espressamente sullo specifico *petitum* che puntava ad eliminare totalmente l'automatismo, nulla impedisce che il giudice delle leggi, eventualmente richiamato in causa, facendo proprio il percorso esegetico che si è indicato, possa – anzi, debba – rimodulare la presunzione da *iuris et de iure* in *iuris tantum*.

D'altra parte, la stessa Consulta aveva cercato di farsi promotrice di una esegesi mero rigorosa che temperasse l'assolutezza della prescrizione: «una volta che alla nozione di allontanamento dalla propria abitazione si riconosca tale valenza rivelatrice in ordine alla sopravvenuta inadeguatezza degli arresti domiciliari, non è escluso che il fatto idoneo a giustificare la sostituzione della misura, tipizzato dal legislatore nella anzidetta formula normativa, possa essere apprezzato dal giudice in tutte le sue connotazioni strutturali e finalistiche, per verificare se la condotta di trasgressione in concreto realizzata presenti quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata la “violazione” che la norma impugnata assume a presupposto della sostituzione»: così Corte cost., ord. 6 marzo 2002, n. 40, in motivazione. Solo in un isolato precedente la giurisprudenza di legittimità ha recepito tale impostazione teleologicamente orientata alla armonizzazione della previsione in esame con i tratti strutturali del sistema cautelare che mal sopporta automatismi di sorta, essendosi affermato che «in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari, concernenti il divieto di allontanarsi dal luogo di detenzione per ragioni diverse da quelle autorizzate, deve escludersi che la norma di cui all'art. 276 comma 1-ter c.p.p. imponga automaticamente l'aggravamento della misura degli arresti domiciliari con la misura della custodia cautelare in carcere, dovendosi ritenere che essa richieda comunque al giudice una valutazione in concreto del disvalore della condotta di trasgressione»: così Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2008, n. 21487, in *C.E.D. Cass.*, n. 240065.

Nello stesso senso, del resto, è orientata parte della dottrina che, proprio muovendo da tale temperamento del rigido dettato di legge, estende anche alla fattispecie contemplata dall'art. 276 comma 1-ter c.p.p. il principio della domanda cautelare, riconoscendo come occorra garantire «al giudice un margine di apprezzamento in ordine alla gravità della trasgressione (così come avviene nell'ipotesi di cui primo comma); a sua volta, il riconoscimento di questo margine consiglia di tener fermo il necessario impulso del pubblico ministero, organo che è (posta la sua contiguità con la polizia giudiziaria) per primo in grado di apprezzare l'entità dell'i-

4. Conclusioni

E sono alla battute finali.

Vivessimo «nel migliore dei mondi possibili» – per citare l'utopia di Pangloss nel *Candide, ou l'Optimisme* di Voltaire – dovrebbe conseguire l'eliminazione di tutti gli automatismi cautelari, secondo le proposte già peraltro avanzate dalla migliore dottrina: basti ricordare un intervento del Prof. Giulio Illuminati nel corso di un Seminario di studio che si svolse un paio di anni fa, alla Camera dei Deputati, proprio sul problema carceri⁴⁴.

E certo anch'io spero che il legislatore ci sorprenda, raccogliendo i richiami provenienti dall'Europa, ma anche quelli domestici: e Andrea Annibalini ci ha ricordato le appassionante parole del Presidente della Repubblica⁴⁵ nonché il severo monito della Corte costituzionale⁴⁶.

Ma io debbo restare con i piedi per terra. E dunque, al di là dei rimedi *de iure condendo*⁴⁷ – quali una massiccia opera di depenalizzazione, l'ado-

nottemperanza»: così E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, BUP, Bologna 2012, p. 296. Ciò, al fine di assicurare una valutazione ponderata da due diversi organi (requirente e giudicante) che certamente realizza una garanzia imprescindibile, onde ovviare al pericolo di incarcerazioni fondate su automatismi cui non corrisponde né un aggravamento dei *pericula libertatis* né una reale inadeguatezza della misura originariamente applicata.

⁴⁴ G. ILLUMINATI, *Carcere cit.*, p. 2376 s.

⁴⁵ V. *Il messaggio alle Camere del Presidente Napolitano sulle condizioni delle carceri italiane reso in data 8 ottobre 2013*, in www.penalecontemporaneo.it. Sul punto, cfr. l'editoriale di D. PULITANÒ, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, *ivi*.

⁴⁶ Corte cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di G. LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*. In argomento, cfr., pure, A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁷ Tra questi, non pare potersi annoverare il nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, configurato quale rito speciale dai nuovi artt. 464-bis ss. c.p.p. introdotti dall'art. 4 comma 1 lett. a) della l. 28 aprile 2014, n. 67, recante «deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili». Sebbene d'acchito si possa essere portati a pensare che questa forma di *probation processuale* sia in qualche modo finalizzata ad attutire il problema del sovraffollamento carcerario – come in-

zione di provvedimenti di clemenza quali l'amnistia e l'indulto, ovvero sul versante specifico delle misure cautelari le prospettive di riforma di cui ci parlerà Elena Valentini – debbo guardare al presente.

E guardando al presente, se «la storia è maestra di vita» come ci ha insegnato Cicerone, allora, al momento, c'è poco da stare sereni. La storia ci ha mostrato infatti un progressivo incremento delle presunzioni ad opera del potere legislativo, non il contrario: e allora?

E allora, nei momenti difficili, non resta che aggrapparsi ai principi: sotto questo profilo, non si sottolineerà mai abbastanza come l'inviolabilità della libertà personale e la presunzione di innocenza costituiscano i valori cardine dell'intera materia. Su queste basi, la Consulta è intervenuta elidendo gli effetti più dirompenti dei vincoli cautelari iscritti nel testo dell'art. 275 comma 3 c.p.p. Su queste basi, è possibile intervenire con riguardo alle altre presunzioni.

Facciamo però nostro il motto di Orazio: «*Dum loquimur fugerit invida aetas: carpe diem, quam minimum credula postero*». Parliamo, parliamo, ma intanto è passato un anno dalla sentenza Torreggiani e non si è fatto quasi nulla per il sovraffollamento carcerario. «*Carpe diem*», poco confidando nel legislatore. Cogliamo l'attimo noi operatori del diritto, guardiamo alla Costituzione, cerchiamo di riscoprire noi stessi l'anima viva del carcere come *extrema ratio*.

Facciamoci promotori di buone prassi, promotori di interpretazioni costituzionalmente orientate o di questioni di costituzionalità che riducano, sin dove possibile, lo stacco rispetto ai capisaldi della Carta fondamentale.

E allora, se noi ci crederemo, forse anche i nostri politici inizieranno a crederci. Il contagio delle idee, a volte, può essere virtuoso.

Grazie.

durrebbe a credere anche la sua genesi, in seno ad una legge dedicata per lo più proprio alle pene detentive non carcerarie e alla riforma del sistema sanzionatorio – in realtà l'effetto di decongestionamento degli istituti penitenziari sarà probabilmente irrisorio sul piano dell'esecuzione posto che i reati che vi rientrano (per lo più, quelli puniti con pena non superiore a quattro anni, ad eccezione dell'ipotesi dei delitti indicati dall'art. 550 comma 2 c.p.p. puniti più severamente) prevedono, già in via editale, pene difficilmente destinate a essere eseguite con detenzione carceraria, nonché, per rimanere sul nostro terreno d'indagine, quasi nullo per la carcerazione cautelare, oggi ammessa, si ripete, solo quando il procedimento abbia ad oggetto delitti punibili con reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Ancora presto, infine, per valutare il complessivo impatto che avrà la suddetta l. n. 67 del 2014.

PRESIDENTE

Grazie, grazie a Guido Todaro, anche per essere riuscito a esporre tutta la materia – e non era semplice – nei termini prefissati. Uno dei tanti spunti offerti dal suo intervento mi riconduce a un'osservazione svolta, con spirito pratico, nell'ambito della mia Sezione, proprio nei giorni scorsi, a proposito dell'art. 284 comma 5-*bis* c.p.p. La riflessione, dubitosa alquanto, origina dalla disorganicità sovente manifestantesi nel modo di legiferare nel nostro Paese. Ultimamente si è registrato – lo sappiamo – un intervento che ha aumentato la soglia della cautelabilità in forma estrema, nel senso di elevare (portandolo a 5 anni di reclusione) il massimo edittale (previsto per il delitto contestato) che consente l'imposizione del presidio di massimo rigore. Noi abbiamo spesso a che fare, in sede cautelare, con delitti puniti, nella componente detentiva, con la reclusione sino a quattro anni (calcolati *ex art.* 278 c.p.p.): ad esempio, il tentato furto monoaggravato. Cosa ne è di chi si renda responsabile di tentato furto monoggravato, e, apparendo astrattamente cautelabile in forma domestica, sia tuttavia attinto da un precedente per evasione maturato nel quinquennio anteriore? Avete avuto occasione di riflettere in proposito? Cosa si fa, di questi indagati, che non possono essere incarcerati per ragioni di limiti edittali e non potrebbero essere assegnati agli arresti domiciliari per il precedente ostativo? Ricevono forse ora un beneficio, dal divieto di cui all'art. 284 comma 5-*bis* c.p.p., che nasce come norma di sfavore? Non vi si chiede una risposta immediata, ma credo possiamo concordare che ci troviamo di fronte all'ennesima conferma della complessiva incoerenza di un certo approccio legislativo.

Peraltro, questa è solo una nicchia di riflessione rispetto ad un singolo spunto. In generale, Todaro ha volato molto alto e – come al solito (ve ne accennavo) – si è rivelato diabolico, là dove tende a coinvolgere noi magistrati in una determinata opera di supplenza. Ora, della supplenza noi – come ho già avuto occasione di dire in apertura – ci oneriamo, eccome, ma nei limiti consentitici. Che cos'altro è, se non un'opera di supplenza, l'introduzione dell'istituto della retrodatazione (di cui mi accingo a parlare), che fu creato dalla giurisprudenza di legittimità (di legittimità, più che di merito), attorno alla metà degli anni '60 del secolo scorso, per rimediare, per ovviare al fenomeno davvero scabroso dei mandati od ordini di cattura (come si chiamavano allora) a catena o a grappolo? Da almeno un ventennio (misura cronologica sempre ricorrente) i giudici lo applicavano, quando per la prima volta lo si inserì normativamente nell'ordinamento con una norma della l. n. 398/84, poi ripresa con lo stesso testo nella versione originaria del Codice Vassalli, e finalmente modificata, con la novella n. 332/95, in termini ampi, di autentica garanzia. Poi la giurisprudenza ha spinto ulteriormente sull'ac-

celeratore, ancora una volta andando al di là dei limiti posti dal legislatore del '95, che si era arrestato ai delitti legati da connessione qualificata. È merito della giurisprudenza, sia ordinaria che costituzionale, se si è andati oltre.

Che cos'è, se non un intervento nel segno delle garanzie, l'estensione ad altre figure di reato, da parte dei giudici ordinari, delle operazioni costituzionali di potatura del catalogo dettato dall'art. 275 comma 3 c.p.p.? Noi l'abbiamo fatto.

Che cos'è (sono tutti temi su cui dovrò soffermarmi) la lettura del canone di proporzione proposta a suo tempo dal Tribunale della Libertà di Bologna? Chi lavora nel Distretto sa quanto sia stato impervio il tentativo di affermare il principio di proporzione in senso quantitativo, riguardando quel canone nella sua autonomia rispetto al distinto principio di adeguatezza. In quel caso, siamo stati bocciati dalla giurisprudenza di legittimità, ma – come avevo profetizzato in varie occasioni seminariali – dopo questa bocciatura, che ricevemmo il 31 marzo 2011 ad opera delle Sezioni unite, il tema immancabilmente sarebbe dovuto tornare a galla, e vedrete che infatti sulla questione si registra una recente (per me piacevole) sorpresa (da cui ho tratto, dal punto di vista professionale, soddisfazione ancora maggiore di quella regalatami dalla sentenza Polcino, promanante dal giudice delle leggi, su cui fra breve vi intratterò).

Ancora, sempre rimanendo sul piano della massima – tecnicamente possibile – estrinsecazione delle garanzie, noi siamo stati pionieri, nel Distretto, quanto all'istituto del braccialetto elettronico. Guardate che – è cosa nota – il braccialetto entra nel nostro ordinamento in epoca ormai lontana, alla fine dell'anno 2000, e quindi addirittura ancora nel millennio scorso (sempre che siate d'accordo che l'anno 2000 appartiene al secondo millennio: questione di cui pure si è molto discusso in Italia, e nel mondo), con decreto legge, poi convertito in legge mentre il terzo millennio emetteva i primi vagiti. Noi, come Tribunale della Libertà, tentammo immediatamente l'applicazione del nuovo strumento di controllo elettronico a distanza, mezzo straordinario di alleggerimento della pressione carceraria. Ne erano state dotate, almeno sulla carta, cinque sedi pilota, dove, poco alla volta, si scoprì che non era possibile farne concreta applicazione, perché le imprese fornitrici della strumentazione elettronica – così ci fu spiegato – non venivano compensate, o tempestivamente compensate. L'istituto restava dunque lungamente quiescente, fino a che è stato rivitalizzato precipuamente dal pungolo delle sentenze europee che ci mettevano alla gogna per via delle condizioni dei nostri istituti carcerari. Dopo la palingenesi dell'oreficeria elettronica in determinate sedi, principalmente Roma e Torino, ci si è recentemente dati da fare per massicciamente applicarla. Non appena Bologna,

grazie all'interessamento fattivo dei nostri colleghi Referenti per l'Informatica, ne è stata notiziata, noi ci siamo prontamente attivati. Ci fu a Bologna, nell'ultima decade di novembre, una riunione, promossa appunto dai Magistrati Referenti, con funzionari della Telecom (controparte contrattuale del Ministro, quanto ai braccialetti elettronici): e meno di una settimana dopo, il Tribunale della Libertà di Bologna applicava il primo strumento di controllo elettronico a distanza del Distretto emiliano-romagnolo. Sono poi seguiti numerosi provvedimenti nostri e, un po' alla volta, questa prassi – che chiamiamo ancora virtuosa, ma sarebbe per vero doverosa *ex art. 275-bis c.p.p.* – si è andata diffondendo.

Vedete bene quindi che, rimanendo, come dobbiamo, nei limiti delle nostre attribuzioni, diamo risposte concrete e a tutto campo, in termini garantistici, accelerando i tempi e riempiendo tutti gli spazi tecnicamente praticabili.