

ELENA VALENTINI*

*PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO
IN MATERIA CAUTELARE PERSONALE*

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *La (parzialmente abdicata) volontà di ridefinire le esigenze cautelari.* – 3. *I prospettati (e discutibili) interventi sull'art. 275 c.p.p.* – 4. *I ritocchi normativi alla disciplina degli arresti domiciliari.* – 5. *Il futuribile in materia di misure interdittive.* – 6. *Le modifiche all'art. 292 c.p.p. e alla disciplina del riesame.* – 7. *Le novità in tema di appello e di ricorso per cassazione de libertate.*

1. Premessa

Al pari di chi mi ha preceduto, mi associo ai ringraziamenti agli organizzatori dell'incontro, che hanno sollecitato i Relatori ad affrontare, da differenti punti di vista, l'incidenza della custodia in carcere rispetto al drammatico problema del sovraffollamento carcerario.

Lo specifico tema che mi è stato assegnato, a chiusura del seminario, riguarda le prospettive *de iure condendo* in materia cautelare personale. Per esigenze di celerità, legate alla durata dell'intervento, e soprattutto per la percepibile volontà politica di pervenire a una sollecita approvazione dell'articolato normativo in corso di gestazione, ho scelto di concentrarmi esclusivamente sul disegno di legge, presentato dall'onorevole Ferranti, approvato dalla Camera il 9 gennaio scorso¹.

* Ricercatrice di Procedura penale, Università di Bologna

¹ La circostanza che, nelle more di pubblicazione degli atti dell'incontro, il successivo esame condotto in Senato abbia determinato svariate (e significative) novità rispetto al testo già licenziato dal primo ramo del Parlamento, mi induce a considerare in questo scritto anche tali modifiche, così da renderlo il più possibile attuale. Si tratta del Disegno di legge A.C. 631 della XVII Legislatura (A.C. 631-B a seguito delle modifiche approvate dal Senato: A.S. n. 1232 il cui testo può leggersi in www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17pdl0019550.pdf). Il fatto che il testo licenziato dal Senato debba essere nuovamente esaminato dalla Camera

Come facilmente intuibile ed ampiamente segnalato dagli altri relatori, in questo particolare frangente storico-politico l'attenzione delle istituzioni verso il tema delle cautele personali è stata indotta dalla sentenza Torreggiani, che ha stigmatizzato la situazione italiana non soltanto rispetto alla questione, generale, del sovraffollamento carcerario, ma anche con specifico riferimento alla custodia cautelare.

Come noto, e come già anticipato da Chiara Rizzo, la pronuncia, che ha ripreso e sviluppato quanto già affermato nel caso Sulejmanovic contro Italia², fotografa l'illegalità in cui versa il nostro Paese, caratterizzata da una situazione strutturale (da qui il ricorso alla "sentenza pilota") tale da determinare addirittura la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea, che, sotto la rubrica «divieto della tortura», proibisce i trattamenti detentivi inumani e degradanti³. Per quanto qui rileva, la decisione della Corte sovranazionale ha altresì dato atto della circostanza che una porzione molto significativa dei ristretti subisce la detenzione a titolo cautelare: ben oltre il 40% (percentuale che si innalza notevolmente ove si considerino le aree metropolitane più popolate del Paese)⁴; di questa parte della popolazione carceraria, all'incirca la metà ancora attende la definizione del primo grado di giudizio.

Evidente, dunque, l'esigenza di intervenire anche sulla materia cautelare; esigenza chiaramente avvertita dal legislatore, che, tra le riforme concepite per far fronte alla condanna della Corte europea, ha opportunamente ipotizzato di incidere anche sul libro IV del codice di rito: dopo anni di

rende questo contributo comunque provvisorio, in quanto tarato su un articolato tuttora soggetto a modificazioni.

² C. eur. dir. uomo, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, su cui si vedano, fra gli altri commenti, quelli di L. EUSEBI, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4938 ss., di N. PLASTINA, *ivi*, p. 4928 ss., e di M. BORTOLATO, in *Questione giustizia*, 2009, p. 111.

³ Questa sentenza descrive un dramma morale (quello che riguarda le condizioni di vita che caratterizzano una buona fetta della popolazione detentiva italiana), e costituisce di per sé sola un dramma, in particolare per quanto riguarda i rapporti con gli altri Stati europei. Basti pensare alla possibilità di rifiuto della consegna, qualora nel nostro Paese venga emesso un mandato d'arresto europeo, proprio a causa del sovraffollamento che caratterizza il sistema carcerario italiano (eventualità ad esempio recentemente verificatasi nei rapporti con la Gran Bretagna, rispetto alla posizione di Domenico Rancadore, condannato in Italia per associazione a delinquere di stampo mafioso).

⁴ Per la precisione, la pronuncia dà conto di come, alla data del 13 aprile 2012, la porzione di detenuti sottoposti a custodia cautelare fosse del 42%.

silenzio e di “pacchetti sicurezza” che si sono mossi secondo una visione profondamente securitaria (piegando la custodia cautelare a esigenze apertamente sostanzialistiche, di anticipazione di una pena incerta, lontana, e quindi ineffettiva), a quasi quattro lustri dalla l. n. 332 del 1995 il tema della custodia cautelare è tornato alla ribalta in una prospettiva di garanzia proprio grazie a questa importante pronuncia⁵.

Con il disegno di legge A.C. 631 della XVII Legislatura (A.C. 631-B a seguito delle modifiche approvate dal Senato) ci si trova dunque dinanzi a un’inversione di tendenza, che torna a concepire una riforma piuttosto organica della disciplina cautelare personale. Almeno in parte, tale progetto recepisce anche le prospettive di modifica racchiuse nella bozza di articolato predisposta dalla Commissione Ministeriale di Studio in materia di processo penale presieduta da Giovanni Canzio, che ha lavorato parallelamente alla Commissione, guidata da Glauco Giostra, incaricata di elaborare proposte *de iure condendo* in tema di ordinamento penitenziario e di misure alternative alla detenzione⁶.

L’evidente linea di continuità (fra l’altro) con questi due progetti evidenzia come quelle recepite in tale disegno di legge siano prospettive di modifica condivise e ponderate, che nel tempo hanno mostrato una certa stabilità in seno al dibattito politico-istituzionale.

A un’analisi complessiva, non ci si può però nascondere che si tratta comunque di un tentativo timido, con ogni probabilità insufficiente a determinare un’effettiva regressione rispetto all’incidenza della custodia cautelare sul sovraffollamento carcerario⁷.

⁵ A onor del vero, merito della rinnovata sensibilità in materia cautelare va ascritto anche alla Corte costituzionale, che, più volte chiamata ad esprimersi sulla legittimità del meccanismo della doppia presunzione nell’applicazione della custodia cautelare in carcere, ha richiamato la necessità di interpretare la disciplina cautelare nel rispetto, oltre che dell’art. 13 Cost., anche della presunzione d’innocenza (un dato, acquisito ed esplicitato dal Giudice delle leggi sin dal 1970, che era stato poi sorprendentemente sconfessato dalla Corte medesima nel 1995, con l’ordinanza n. 450 di quell’anno).

⁶ Il Documento conclusivo dei lavori è rinvenibile sulla rivista telematica *www.penalecontemporaneo.it/upload/13875457091387519332Documento%20conclusivo%20Commissione%20Ord%20Penit%20e%20Misure%20alternative.pdf*.

⁷ La storia normativa del libro IV è in tal senso sintomatica: nonostante l’intervento operato dal legislatore del 1995 si sia mosso in chiave garantistica, è difficile negare che la riforma non ha in realtà sortito gli effetti sperati, ossia quello

Come si avrà modo di osservare passando (sia pur velocemente) in rassegna le singole modifiche proposte, gli aspetti salienti della novella in preparazione sono quelli che rivedono alcuni automatismi decisori, accanto a quelli che incentivano il ricorso alle misure interdittive e a quelli che investono i presupposti applicativi incidendo sulla definizione normativa del pericolo di fuga e del pericolo per la sicurezza della collettività (con un duplice ritocco sensibilmente ridimensionato nel secondo passaggio parlamentare); a ben vedere, infatti, le ulteriori idee di riforma, più che a proporre soluzioni davvero in grado di influire sul sovraffollamento carcerario, sembrano fundamentalmente intese a risolvere per via legislativa alcune questioni applicative (si pensi all'intervento in materia di applicazione cumulativa di differenti presidi cautelari), oltre che a recepire alcune soluzioni esegetiche già sperimentate a livello giurisprudenziale, ma sguarnite di un riscontro normativo espresso (è il caso, ad esempio, dell'idea di interpolare l'art. 289 c.p.p.⁸).

In generale, oltre a quanto si specificherà in ordine ai singoli interventi prospettati, non si può che manifestare una certa perplessità rispetto alla scelta (non si coglie quanto deliberata) di non intervenire né sull'istituto della retrodatazione delle ordinanze applicative della custodia cautelare (non foss'altro per recepire i numerosi interventi operati dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni unite sull'art. 297 comma 3 c.p.p.) né sulla disciplina della durata massima della custodia: il silenzio serbato su quest'ultimo fronte costituisce infatti il sintomo più evidente della difficoltà di aggredire un tema che – ben più di altri fra quelli oggetto di ripensamento – esprime il nesso tra custodia cautelare e sovraffollamento detentivo.

2. La (parzialmente abdicata) volontà di ridefinire le esigenze cautelari

Vista la scarsità di tempo, mi limiterò a dar conto soltanto di alcune modifiche, le più significative, seguendo l'ordine del testo in gestazione. Tra queste, come già premesso, è molto rilevante quella sull'art. 274 c.p.p.: disposizione, delicatissima e cruciale, che definisce gli scopi delle cautele personali.

di indurre un'effettiva riduzione dell'impiego della coercizione nel corso del procedimento.

⁸ V. *infra*, § 5.

A distanza di quasi vent'anni dalla riforma del 1995, che tentò di incidere su una prassi segnata da un marcato lassismo in ordine alla verifica dei *pericula libertatis*, si torna a riflettere sulla descrizione normativa delle esigenze cautelari.

Accanto ad alcuni piccoli ritocchi testuali – che vedono l'estensione del requisito dell'attualità (già specificato nel 1995 a proposito del rischio di inquinamento probatorio) in ordine sia al pericolo di fuga sia a quello per la sicurezza della collettività⁹, e il coordinamento della lett. *c*) dell'art. 274 c.p.p. con la modifica precedentemente apportata all'art. 280, comma 2, c.p.p., nel luglio del 2013¹⁰ – si colloca la duplice modifica alle lett. *b*) e *c*) dell'art. 274 c.p.p., connotata dal (quantomeno originario) intento di impedire che il rischio cautelare possa essere desunto esclusivamente dalla gravità del reato per cui si procede.

L'intervento, indubbiamente importante, più volte al centro di riflessione in una prospettiva *de iure condendo*¹¹, è stato purtroppo oggetto di

⁹ Benché la moltiplicazione degli aggettivi risulti spesso più velleitaria che effettiva, il duplice intervento evidenzia comunque la volontà di contrastare la tendenza a fondare i provvedimenti coercitivi su pericoli spesso desunti a livello presuntivo, trascurando l'inesistenza di sintomi in grado di comprovare l'effettiva attualità del pericolo. Emblematica, a tale proposito, la vicenda cautelare che ha visto come protagonista Giovanni Schettino (imputato per il tristemente noto naufragio di una nave da crociera), destinatario di un'ordinanza ricognitiva del pericolo di cui alla lett. *c*) dell'art. 274 c.p.p. anche sul presupposto dell'assenza, nella descrizione racchiusa in tale precetto normativo, del requisito dell'attualità del pericolo (v. Cass. pen., sez. IV, 10 aprile 2012, in *C.E.D. Cass.*, n. 253864).

¹⁰ Si allude all'innesto, operato dall'art. 1, comma 1, lett. *a*) n. 2, del d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 94, volto a consentire il ricorso alla custodia cautelare in carcere anche per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'art. 7 della l. 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni.

¹¹ Cfr., in proposito, la proposta di riforma racchiusa nell'articolato predisposto dalla Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, presieduta da Glauco Giostra (Commissione di cui si è dato conto *retro*, nel testo), che avrebbe ipotizzato di incidere sulla lett. *b*) dell'art. 274 c.p.p. introducendo, oltre al requisito dell'attualità del pericolo (di cui già s'è dato atto), anche la locuzione secondo cui «la sussistenza della situazione di pericolo non può essere desunta esclusivamente dall'entità della pena prevista per il reato attribuito».

Ancora più significativo, in quanto contenente una specificazione rispetto a

un significativo ridimensionamento durante il passaggio al Senato. Infatti, mentre il testo inizialmente concepito avrebbe appunto inteso precludere di ricavare i due pericoli esclusivamente dalla gravità del reato da accertare, il testo ora nuovamente sottoposto alla Camera si riferisce, ben più modestamente, all'impossibilità di configurare tali rischi sulla sola base della «gravità del *titolo di* reato per cui si procede». Il ritocco, tutt'altro che marginale, esprime un sensibile *self restraint*, e non vieta più che la prognosi di cui alle lett. *b*) e *c*) dell'art. 274 c.p.p. possa basarsi sui medesimi elementi che già giustificano la ritenuta sussistenza del *fumus commissi delicti*. L'intento primigenio, indubbiamente coraggioso, è dunque stato in gran parte frustrato; benché i lavori parlamentari non evidenzino un particolare dibattito in proposito, il nuovo testo finisce per rispondere alle preoccupazioni espresse dagli organi rappresentativi della magistratura in ordine alle difficoltà che la riforma originariamente prospettata avrebbe comportato per i giudici chiamati a motivare l'esercizio del potere cautelare. Ci troviamo quindi al cospetto di un sostanziale *step backward*, tanto più censurabile ove si consideri il largo impiego che la prassi riserva all'esigenza cautelare di cui alla lett. *c*) dell'art. 274 c.p.p.

3. I prospettati (e discutibili) interventi sull'art. 275 c.p.p.

Oltre a intervenire sull'art. 274 c.p.p., il testo ora all'esame del Senato si propone di novellare anche la travagliata disposizione dedicata ai criteri di scelta delle misure.

Il ripensamento dell'art. 275 c.p.p. investe svariati profili: come si avrà subito modo di specificare, accanto al (probabilmente vano) tentativo di valorizzare il principio di proporzionalità sotteso alla modifica del comma

entrambi i fattori considerati dalla lett. *c*) dell'art. 274 c.p.p. affinché sia delineabile una situazione di concreto pericolo per la sicurezza della collettività, il testo di un ipotetico comma 1-*bis* da inserire nel medesimo art. 274 c.p.p. (e dunque dopo la definizione normativa dei tre *pericula libertatis*) elaborato all'esito dei lavori della "Commissione Canzio" (di cui parimenti *supra*): «1-*bis*. Nei casi di cui alle lett. *b*) e *c*) del comma 1, la sussistenza della situazione di pericolo non può essere desunta esclusivamente dalla gravità del reato e dalle modalità del fatto per cui si procede, e la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato non può essere desunta unicamente dalle circostanze del fatto addebitato».

2-*bis*, si colloca (fra l'altro) un'alquanto deludente (tanto più dopo il passaggio al Senato) idea di rivisitazione del regime di presunzioni circa la sussistenza delle esigenze cautelari e l'adeguatezza della sola custodia in carcere. Altrettanto deludente la scelta – non si coglie quanto deliberata – di non incidere sui commi 1-*bis* e 2-*ter* dell'articolo, che, introdotti con il Pacchetto sicurezza del 2001, realizzano dei veri e propri inviti, rivolti al giudice, ad applicare le misure cautelari contestualmente all'emissione di una condanna (comma 1-*bis*) e di una condanna in grado di appello (comma 2-*ter*)¹².

Quanto alla prospettata modifica al comma 2-*bis*, bisogna innanzitutto prendere atto dell'inconsapevole cortocircuito insito nella proposta, che, invariata nei due passaggi parlamentari, intenderebbe impedire l'applicazione della custodia in carcere o degli arresti domiciliari, oltre che nei casi in cui il giudice prospetti la concedibilità della sospensione condizionale della pena (secondo quanto già previsto con la l. n. 332 del 1995 limitatamente alla sola custodia cautelare in carcere¹³), anche qualora il giudice medesimo ritenga «che all'esito del giudizio l'esecuzione della pena possa essere sospesa ai sensi dell'articolo 656 comma 5»¹⁴.

L'idea di modifica, indubbiamente ispirata al proposito di valorizzare il principio di proporzionalità – principio di cui oggi ci ha parlato il Dott. Albani – si scontra però con un dato normativo difficile da trascurare: il comma 9, lett. *b*), dell'art. 656 c.p.p., che, come noto, impedisce la sospensione dell'ordine di esecuzione «nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la condanna diviene definitiva».

Se si eccettua lo spazio operativo lasciato aperto dal fatto che il prospettato ritocco al comma 2-*bis* dell'art. 275 c.p.p. si riferisce non solo alla cattività carceraria ma anche a quella domestica¹⁵, risulta comunque arduo

¹² In senso opposto, cogliendo il valore fortemente simbolico delle due disposizioni (specie la seconda), volte a incentivare un uso sostanziale della cautela, in funzione anticipatoria dell'esecuzione penale, le due disposizioni sono oggetto di abrogazione nell'articolato predisposto dalla Commissione Canzio (al pari del comma 1-*ter* dell'art. 276 c.p.p., su cui si avrà modo di tornare *infra*, al § n. 4).

¹³ Il progetto si propone infatti di estendere anche agli arresti domiciliari la preclusione che la legge del 1995 aveva riferito alla sola custodia in carcere.

¹⁴ E dunque nell'ottica di una possibile applicazione delle misure alternative dell'affidamento in prova (ordinario e in casi particolari), della detenzione domiciliare speciale e della semilibertà.

¹⁵ Con una scelta che potrebbe anche sollevare perplessità: come ricordato

negare di trovarsi di fronte a un combinato disposto (quello tra l'ipotesi del comma 2-*bis* dell'art. 275 e il comma 9 lett. *b*) del citato art. 656) segnato dal paradosso. A ben vedere, infatti, l'unica esegesi effettivamente in grado di sciogliere l'*impasse* assegnando un qualche senso all'idea di riforma è quella secondo cui il giudice chiamato a esercitare il potere coercitivo (magari, come quasi sempre accade, nella fase preliminare) sarebbe tenuto a interrogarsi circa la probabile persistenza del rischio cautelare fino al termine del processo. Si tratta di un giudizio oltremodo indefinito: così ragionando, la già di per sé complessa prognosi insita nella valutazione di cui all'art. 274 c.p.p. si arricchirebbe di connotati ulteriori, volatili e incerti, che, come tali, contribuirebbero a rendere ancora più difficile sottoporre a censura l'uso concreto della discrezionalità giudiziale¹⁶.

nella nota precedente, fra le misure alternative alla detenzione in carcere si colloca anche la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter* ord. pen. E dunque, se la scelta di escludere l'assoggettabilità a custodia in carcere per l'imputato che potrà poi fruire della sospensione dell'ordine di esecuzione si giustifica sulla scorta della volontà di escludere il passaggio "a titolo cautelare" dal carcere di un soggetto che non dovrà mai scontare una pena inframuraria, lo stesso non può dirsi rispetto al rapporto tra arresti domiciliari e detenzione domiciliare, potendo quest'ultima misura alternativa conseguire alla sospensione dell'ordine di esecuzione (in tal senso, v. le osservazioni contenute nel dossier di documentazione del Servizio studi del Senato della Repubblica n. 95 del gennaio 2014: www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00739468.pdf).

¹⁶ Oltretutto, questo tipo di ricostruzione risulterebbe smentita dalla tendenza, molto diffusa, ad applicare in prima battuta una misura cautelare particolarmente rigorosa, salvo poi revocarla, o quantomeno sostituirla, dopo un periodo di esecuzione anche non troppo prolungato. A tale riguardo, pare doveroso dar conto, sia pure in modo sintetico, dell'intervento operato dal d.l. 26 giugno 2014, n. 92, mentre questo contributo era in bozze. Segnatamente, con l'art. 8 di tale provvedimento, entrato in vigore sabato 28 giugno, il legislatore ha modificato nei termini seguenti il testo dell'art. 275 comma 2-*bis* c.p.p.: «Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni».

Se la prima parte dell'innesto recepisce il testo della modifica già oggetto del disegno di legge in commento, la seconda parte della disposizione, che pure si ispira a una logica analoga a quella sottesa all'idea di riforma appena sottoposta a criti-

Altrettanto critico, anche se per ragioni diverse, è l'intervento operato sul comma 3 dell'art. 275 c.p.p. Se infatti va salutato con assoluto favore il riferimento alla possibilità (finora smentita dalla giurisprudenza¹⁷) di applicazione congiunta di più misure cautelari, coercitive e interdittive¹⁸, del tutto insoddisfacente appare viceversa l'intervento sulla disciplina delle presunzioni in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari e all'adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere.

Si tratta di un tema sul quale si è lungamente diffuso Guido Todaro, alla cui ampia e brillante relazione faccio dunque rinvio. Ciò che preme

ca nel testo, sceglie una strada più semplice, con una soluzione molto simile a quella che contrassegna la prima parte del medesimo comma 2-*bis*. Lo sbarramento dei tre anni introdotto in via d'urgenza risponde infatti alla volontà di evitare l'ingresso in carcere al soggetto che in futuro potrà accedere a una misura alternativa alla detenzione (quale *in primis* l'affidamento in prova ai servizi sociali), così oltretutto garantendogli, oltre all'esonero dalla custodia cautelare in carcere, anche la sospensione dell'ordine di esecuzione.

Appena introdotta, la disposizione ha già suscitato un vivace dibattito: alcuni hanno espresso perplessità, mosse dalla preoccupazione che una simile preclusione possa bloccare una risposta cautelare adeguata (attraverso l'applicazione della custodia cautelare in carcere) nell'ipotesi in cui si proceda per delitti puniti con pene non particolarmente elevate, ma ai quali potrebbe comunque associarsi una pericolosità sociale particolarmente stringente (v. F. VIGANÒ, *Pubblicato ed entrato in vigore un decreto legge sul risarcimento dei detenuti vittima di sovraffollamento (con una importante e problematica modifica in materia di custodia cautelare in carcere)*, in www.penalecontemporaneo.it, con considerazioni poi sviluppate anche in ID., *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014, ivi*). Altri, invece, pur riconoscendo che la nuova norma, così come formulata, finisca per applicarsi anche ai casi in cui il condannato potrebbe non aver diritto di beneficiare delle suddette misure alternative, hanno viceversa accolto con favore la novella, importante espressione del criterio di proporzionalità (così M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali. Un contributo alla discussione sul carcere preventivo, rispondendo a Francesco Viganò, ivi*).

¹⁷ V. Cass. pen., sez. un., 30 maggio 2006, La Stella, in *Dir. e giust.*, 2006, f. 36, p. 48, con nota di A. MACCHIA, *Provvedimenti de libertate, no al cumulo. Ma il nodo è l'equilibrio del sistema*.

¹⁸ L'opzione topografica non è peraltro tra le più felici, visto infatti che l'articolo in corso d'esame ha scelto di intervenire esplicitamente sull'art. 299 c.p.p. (disposizione dedicata alla revoca e alla sostituzione della misura cautelare), mentre sarebbe forse stato opportuno incidere anche sull'art. 292 c.p.p., dedicato al provvedimento applicativo della cautela.

qui rimarcare è il sostanziale ripudio di una riforma che intenda davvero razionalizzare il bizantino assetto nato dal “Pacchetto sicurezza” del 2009 e dai conseguenti interventi della Corte costituzionale. L’idea di modifica sceglie di protrarre la situazione indotta dalle pronunce del giudice delle leggi, a seguito delle quali la prova delle esigenze cautelari e della adeguatezza della sola custodia inframuraria è oggetto di tre differenti regimi: accanto a quello, ordinario, che impone al giudice di giustificare sia la sussistenza di almeno un *periculum libertatis* sia l’adeguatezza della più afflittiva fra le misure restrittive, si colloca il regime – congegnato dal legislatore e per la prima volta introdotto nel 1991 – che vede una doppia presunzione, relativa (di sussistenza delle esigenze cautelari) e assoluta (di adeguatezza della sola custodia in carcere). Questo secondo regime, che l’articolato licenziato alla Camera avrebbe inteso riservare ai soli delitti di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis* c.p., stando al testo approvato al Senato andrebbe esteso anche al delitto di cui all’art. 416-*ter* c.p., nonché – aspetto che lascia ancor più perplessi – ai delitti previsti dall’art. 74 del testo unico di cui al d. P.R. 9 ottobre 1990, n. 309: una scelta, quest’ultima, apertamente in contrasto con la giurisprudenza della Consulta, che, con la sentenza n. 231 del 2011, (ricordata da Guido Todaro), aveva già dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p., con specifico riferimento all’art. 74 del Testo unico in materia di stupefacenti¹⁹. Accanto a questi due regimi se ne collocherebbe poi un terzo, “creato” dalla Corte costituzionale ed oggi recepito dai lavori parlamentari (in termini invariati sia alla Camera che al Senato), stando ai quali la doppia presunzione semplice concepita dalla Consulta a partire dalla sentenza n. 265 del 2010 dovrebbe applicarsi ai delitti di cui all’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, del codice di rito, nonché ai delitti di cui agli artt. 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, 600-*quinquies* e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-*bis*, 609-*quater*, e 609-*octies* c.p.

¹⁹ In particolare, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p., nella parte in cui, nel prevedere che quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all’art. 74 del citato testo unico 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: così Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2950 ss.

Come premesso, la proposta di intervenire su questa parte dell'art. 275 c.p.p., oltre a perpetuare un triplice regime in cui è difficile orientarsi, appare poco incisiva, anche considerando che la differenza teoricamente riscontrabile tra la seconda e la terza disciplina appena descritte (entrambe contrassegnate da automatismi, sia pure diversamente modulati) alla prova dei fatti si riduce notevolmente: le caratteristiche del procedimento applicativo disegnato dagli artt. 291 ss. c.p.p., connotato da un contraddittorio solo successivo all'esecuzione della misura, rende infatti arduo pensare che il giudice sollecitato dalla domanda cautelare possa autonomamente riscontrare gli estremi per superare, oltre alla presunzione semplice di sussistenza dei tre *pericula libertatis*, anche quella, parimenti relativa, di adeguatezza della sola custodia in carcere.

Ecco quindi che volendo proprio conservare un trattamento differenziato (come tale ispirato alla logica del doppio binario), ben più coraggiosa sarebbe stata la scelta di confinare l'automatismo al solo fenomeno mafioso²⁰. Auspicabile, quindi, un ripensamento di tale problematica idea di interpolazione. Infine, l'ultima prospettiva di incidere sull'art. 275 c.p.p. passa attraverso l'idea di introdurre un comma 3-*bis* – il cui testo è stato approvato in termini coincidenti tanto alla Camera quanto al Senato – che intenderebbe imporre uno specifico onere motivazionale in capo al giudice, obbligandolo a specificare le ragioni per cui ritiene inidonea la misura degli arresti domiciliari con bracciale elettronico ove abbia scelto di imporre la custodia cautelare in carcere.

In proposito, ci si limita a segnalare che l'inedito precetto potrebbe trovare più idonea collocazione nel corpo dell'art. 292 piuttosto che nell'art. 275 c.p.p.: l'inserimento in quest'ultima disposizione, oltre a determinare l'ennesima disarmonia sistematica, fa sì che, anche per come la norma risulta formulata, l'inosservanza di tale futuribile obbligo motivazionale sfugga alle specifiche nullità che sanzionano l'inottemperanza alle prescrizioni sancite dall'art. 292 c.p.p.²¹.

²⁰ Stando al tenore del dibattito in seno alla Commissione Giustizia della Camera, è facile prevedere che tale ramo del Parlamento possa però quantomeno elidere il duplice riferimento ai delitti di cui agli artt. 416-*ter* c.p. e 74 del Testo unico in materia di stupefacenti (cfr. intervento dell'onorevole Rossomando alla seduta del 30 aprile 2014: <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2014/04/30/leg.17.bol0226.data20140430.com02.pdf>). La scelta di perpetuare il triplice regime normativo non pare però oggetto di discussione.

²¹ Per quanto non strettamente pertinente al tenore di questo ipotetico comma

4. I ritocchi normativi alla disciplina degli arresti domiciliari

Accogliendo l'invito espresso anche dalla sentenza Torreggiani²², l'articolo in via di approvazione incide poi anche sulla disciplina degli arresti domiciliari, in particolare proponendosi di intervenire tanto sul comma 1-*ter* dell'art. 276 c.p.p. quanto sul comma 5-*bis* dell'art. 284 c.p.p.

Delle disposizioni ci ha parlato Guido Todaro, con critiche assai penetranti e proposte di intervento sul piano interpretativo o attraverso sollecitazioni della Corte costituzionale.

A me preme porre l'accento sulle prospettive normative futuribili. Al riguardo, entrambe le idee di modifica hanno subito l'ennesimo (sensibile) ridimensionamento al Senato: se infatti il testo licenziato in prima battuta si proponeva di abrogare le due disposizioni, ora ambedue i commi sono stati reintrodotti nell'articolo, e sono oggetto di una mera modifica rispetto al testo in vigore; una modifica che, per quanto significativa, comunque non elimina il tendenziale automatismo decisorio che permea i due precetti²³.

Come già ricordato da Todaro, nel suo tenore vigente, il comma 1-*ter*, il cui ingresso nell'ordinamento si deve al cosiddetto "Decreto antiscarce-

3-*bis*, preme comunque segnalare il collegamento con la recente modifica all'art. 275-*bis* (rubricato «particolari modalità di controllo») operata dal legislatore con il d.l. n. 146 del 2013, conv. in l. n. 10 del 2014. Il nuovo testo dell'art. 275-*bis* c.p.p., evidentemente mosso dall'intento di incentivare l'impiego del bracciale elettronico in un'ottica deflattiva della custodia in carcere, pone l'obbligo in capo al giudice di specificare le ragioni per cui, imponendo gli arresti domiciliari, decida di non applicare tale modalità di controllo (questo il significato dell'inciso «salvo che lo ritenga non necessario»). Palese l'*aberratio ictus* in cui è incorso il legislatore, visto che la novella, cosiccome formulata più che disincentivare il ricorso alla custodia cautelare in carcere, non fa altro che limitare l'applicazione degli arresti domiciliari senza monitoraggio elettronico.

²² In particolare là dove, nella parte IV, induce a conformarsi ai testi internazionali pertinenti, e dunque, tra questi, all'allegato alla Raccomandazione n. R (99) 22, che consiglia un uso più ampio possibile delle alternative alla custodia cautelare quali ad esempio l'obbligo, per l'indagato, di risiedere a un indirizzo specificato.

²³ L'originaria proposta di abrogazione traeva probabile ispirazione tanto dalla bozza della "Commissione Canzio", che avrebbe inteso abrogare il comma 1-*ter* dell'art. 276 c.p.p., quanto da quella della "Commissione Giostra", che avrebbe viceversa inteso elidere il comma 5-*bis* dal testo dell'art. 284 c.p.p.

razioni” del 2000²⁴, vincola il giudice cautelare (secondo alcuni prescindendo dalla necessaria domanda del pubblico ministero²⁵) a disporre la revoca degli arresti domiciliari e la sua sostituzione con la custodia cautelare in carcere nel caso di trasgressione delle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora. Per come formulato, il precetto sembra non ammettere possibili deroghe, assorbendo totalmente la discrezionalità valutativa e decisoria del giudice; e in tal senso è stato spesso inteso dalla giurisprudenza, nonostante la Corte costituzionale abbia (giustamente) propugnato una lettura “morbida” del precetto, tale da non precludere al giudice un qualche margine di apprezzamento in senso contrario alla lettera della disposizione²⁶. Lo si è già segnalato: a Palazzo Madama l’originario proposito di abrogazione ha ceduto il passo al recupero dell’istituto, che nel testo nuovamente sottoposto alla Camera risulta comunque concepito in termini meno draconiani rispetto alla norma in vigore, facendo salva la possibilità, per il giudice, di lasciare intatta la misura originariamente prescelta ove la trasgressione si identifichi in un fatto «di lieve entità»²⁷. In definitiva, se venisse effettivamente approvata nei termini ora prospettati, l’idea di riforma finirebbe per recepire la più garantistica esegesi della disposizione attuale, che, sebbene patrocinata dalla Corte costituzionale, è stata più volte smentita dalla giurisprudenza, anche di legittimità²⁸.

Un percorso analogo, con riferimento all’atteggiamento mostrato da Ca-

²⁴ In particolare, si tratta del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito, con modificazioni, con la l. 19 gennaio 2001, n. 4.

²⁵ In proposito, ci sia permesso di rinviare a E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, BUP, Bologna 2012, p. 292 ss.

²⁶ V., in proposito, Corte cost., 6 marzo 2002, n. 40, in *Giur. cost.*, 2002, p. 550 ss.

²⁷ È comunque curioso segnalare come anche il “rinnovato” comma 1-ter riproponga la svista lessicale che caratterizza la disposizione sin dal suo ingresso nell’ordinamento, continuando a menzionare il «divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione [...]»

²⁸ Cfr., fra le altre, Cass. pen., sez. VI, 9 gennaio 2013, in *C.E.D. Cass.*, n. 254290, secondo cui il giudice, una volta accertata la trasgressione, non avrebbe il potere di rivalutare le esigenze cautelari (*contra*, e dunque nel senso della necessità di riconoscere una qualche autonomia valutativa in capo al giudice, Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2008, *ivi*, n. 240065). Sul tema, v. *retro*, G. TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, in *questo Volume*.

mera e Senato, caratterizza anche le vicissitudini del comma 5-*bis* dell'art. 284 c.p.p., di cui l'originario disegno di legge prospettava l'abrogazione. Nel testo ad oggi in corso di approvazione, il sostanziale divieto di applicare gli arresti domiciliari a chi sia stato condannato per evasione nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede cede il passo nell'ipotesi in cui il «giudice ritenga, sulla base di specifici elementi, che il fatto sia di lieve entità e che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte in concreto» con la restrizione domiciliare.

Così come già rilevato rispetto agli automatismi prescritti dalla seconda parte dell'art. 275 comma 3 c.p.p., anche le due prospettate modifiche sui commi 1-*ter* dell'art. 276 e 5-*bis* dell'art. 284 c.p.p. risentiranno comunque, in concreto, dell'assenza di contraddittorio anticipato che contrassegna l'operatività dei due istituti. Infatti, tale caratteristica, stando alla regola generale di cui agli artt. 291 e 292 c.p.p. rispetto al provvedimento di prima applicazione, connota anche l'operatività del comma 1-*ter*, come pure, in ogni caso, la procedura che può portare a un aggravamento del presidio cautelare già in corso di esecuzione (ai sensi dell'art. 299 comma 4 c.p.p.).

5. Il futuribile in tema di misure interdittive

Come anticipato, nel tentativo di decongestionare il ricorso alla custodia in carcere (e, più in generale, alle misure coercitive), il disegno di legge ora al secondo *iter* alla Camera si propone di incidere anche sulla disciplina delle cautele interdittive. In particolare, oltre a un intervento (introdotto in sede di esame al Senato) risolutivo di una questione interpretativa concernente la necessità di procedere a interrogatorio di garanzia prima di applicare la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio ove il pubblico ministero, con la domanda cautelare, avesse sollecitato l'applicazione di una misura coercitiva (questione che si intenderebbe risolvere positivamente attraverso la proposta di interpolare il secondo comma dell'art. 289 c.p.p.²⁹),

²⁹ Sul punto, va detto che la giurisprudenza già aveva risolto in tal senso il dubbio, con un orientamento univoco sia pure non troppo nutrito (v., tra le altre, Cass. pen., sez. VI, 14 dicembre 2000, D'Aiello, in *C.E.D. Cass.*, n. 217957; Cass. pen., sez. VI, 5 febbraio 2008, Introcaso, *ivi*, n. 239728; Cass. pen., sez. VI, 6 novembre 2009, Pisino, *ivi*, n. 245539). Infatti, il contrasto, che pure è tuttora riscontrabile in giurisprudenza, riguarda piuttosto la necessità di procedere all'interrogatorio di

si segnala, per la sua importanza, la volontà di riformare il secondo comma dell'art. 308 c.p.p., che, come noto, sancisce i termini di durata massima delle misure interdittive.

La scarsa operatività in concreto delle misure obbligatorie è sempre stata indotta, fra l'altro, anche dall'esiguità dei relativi termini di durata massima, che, se confrontati con quelli prescritti rispetto alle misure coercitive, hanno indubbiamente contribuito a renderle poco "appetibili". Ecco quindi che il prospettato intervento sull'art. 308 comma 2 c.p.p. va salutato con favore, essendo finalizzato a rimuovere questo ostacolo al concreto ricorso a tali misure.

L'idea di riforma, già affacciata nell'ordinamento positivo con la l. 6 novembre 2012, n. 190 (il cui art. 1, comma 78, ha introdotto il vigente comma 2-*bis* nell'art. 308 c.p.p.), che ha sensibilmente allungato i termini di durata massima delle misure interdittive disposte qualora si proceda per determinati delitti contro la pubblica amministrazione, è stata peraltro oggetto di ripensamento una volta approdata al Senato. Si tratta, in questo caso, di una modifica positiva, ispirata a esigenze garantistiche e alla volontà di incentivare ulteriormente l'impiego in concreto di tali misure, rendendo generale la disciplina attualmente applicabile ove si proceda per i delitti di cui agli artt. 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, e 320 c.p., racchiusa, appunto, nel comma 2-*bis* dell'art. 308 novellato nel 2012.

In particolare, se il testo originariamente introdotto alla Camera si limitava a prevedere l'estensione a dodici mesi della durata delle misure interdittive (però contestualmente – e piuttosto inspiegabilmente – abro-

garanzia da parte del tribunale della libertà che decida di imporre la misura interdittiva all'esito del giudizio di impugnazione (per la soluzione positiva, tra le altre decisioni, v. Cass. pen., sez. V, 12 luglio 2010, Caboni, *ivi*, n. 248154; *contra*, ad esempio, Cass. pen., sez. VI, 1 aprile 2009, Annunziata, *ivi*, n. 244185).

Al di là del fatto che si tratta di una proposta di modifica poco innovativa (appunto perché il dubbio risulta già risolto dal diritto vivente), va detto che forse si sarebbe potuto pensare a un intervento di più ampio respiro, magari volto a introdurre il cosiddetto contraddittorio preventivo (allo stato garantito soltanto rispetto alla misura di cui all'art. 289 c.p.p.) in relazione a tutte le cautele interdittive. Cfr., in tal senso, la proposta di modifica all'art. 287 c.p.p. racchiusa nell'articolato predisposto dalla Commissione Canzio, che vorrebbe estendere l'interrogatorio preventivo (attualmente previsto solo per la sospensione dal pubblico ufficio o servizio) a tutte le misure interdittive, previa *discovery* del *dossier* cautelare.

gando la previsione, derogatoria, relativa all'ipotesi in cui la misura fosse stata applicata per esigenze probatorie, che, ove rinnovata, poteva essere sottoposta solo agli estesi limiti temporali di cui al primo comma dell'art. 308 c.p.p.), la disciplina approvata dal Senato, oltre a estendere a dodici mesi la durata ordinaria delle misure disposte per fronteggiare i pericoli di cui alle lett. *b*) e *c*) dell'art. 274 c.p.p., reintroduce anche il testo del secondo periodo del secondo comma, così appunto consentendo, ove la misura fosse stata disposta per fronteggiare l'esigenza di cui alla lett. *a*), di rinnovarla anche per un termine doppio rispetto a quelli previsti dall'art. 303 c.p.p.³⁰.

6. Le modifiche all'art. 292 c.p.p. e alla disciplina del riesame

Oltre che sulla normativa statica, il disegno di legge si propone di incidere anche su quella dinamica, contemplando alcuni interventi correttivi sul testo dell'art. 292 c.p.p., che disciplina il contenuto necessario dell'ordinanza cautelare, nonché sugli artt. 309 e 311 c.p.p., in tema di impugnazioni *de libertate*.

Utile, al riguardo, esaminare congiuntamente il proposito di riformare il testo dell'ordinanza cautelare e la disciplina del riesame: l'idea di novellare l'art. 292 c.p.p. (peraltro con un intervento contenuto), è infatti strettamente collegata a una delle plurime interpolazioni prospettate sul testo dell'art. 309 c.p.p.

In particolare, attraverso un doppio intervento, di segno analogo e invariato dopo il passaggio al Senato, tanto sulla lett. *c*) quanto sulla lett. *c-bis*) del secondo comma dell'art. 292 c.p.p., i riformatori intendono esplicitare che due tra gli oneri motivazionali prescritti al giudice debbano essere oggetto di «autonoma valutazione»³¹.

³⁰ Più coraggiosa, sul punto, la scelta che si può riscontrare nelle bozze di articolato predisposte tanto dalla "Commissione Canzio" quanto dalla "Commissione Giostra", le quali, proponendosi di incidere (fra l'altro) sul primo comma dell'art. 308 c.p.p., hanno inteso equiparare la durata delle misure interdittive a quella delle misure coercitive diverse dalla custodia cautelare (che, come noto, corrisponde al doppio dei termini previsti dall'art. 303 c.p.p.).

³¹ Sul punto, va detto subito che, sebbene quelli investiti dalla proposta di modifica siano i vincoli motivazionali più significativi tra quelli prescritti al giudice

Così come già affermato dalla dottrina a proposito della novella del 1995, che riscrisse *in toto* il contenuto dell'art. 292 c.p.p. (come pure quella dell'art. 274, ad essa strettamente collegata)³², arricchire la disciplina concernente gli oneri giustificativi del giudice, oltre a rendere il precetto meno generale e astratto (e dunque potenzialmente più incompleto e lacunoso), finisce per far risaltare la mancata estensione dell'intervento novellatore a tutti i precetti a cui potenzialmente esso potrebbe riferirsi; tanto da legittimare letture riduttive, ispirate alla logica *ubi lex dixit, voluit, ubi tacuit, noluit*.

Più in generale, l'analogia con gli interventi del 1995 è manifesta, essendo parimenti tesa a contrastare prassi ispirate a un certo lassismo motivazionale. In questo caso, il bersaglio è il ricorso eccessivo alla motivazione *per relationem*, e in particolare la tendenza a ricorrere alla diffusa pratica del cosiddetto "copia-incolla", che vede il giudice cautelare appiattirsi eccessivamente sul tenore della richiesta cautelare³³. A ben vedere, però, la specificazione deve ritenersi superflua, visto che il requisito della "autonoma valutazione" è già comunque richiesto dalla giurisprudenza quale condizione legittimante l'impiego di questa tecnica motivazionale³⁴: non a caso, la duplice modifica era già racchiusa nel testo provvisorio della bozza

cautelare, volendo intervenire in modo sistematico e completo sarebbe forse stato preferibile incidere (in termini analoghi) anche sul comma 2-ter dell'art. 292 c.p.p.

³² Cfr., fra i numerosi commenti, quello di G. GIOSTRA, *Commento all'art. 9*, in AA. VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, Padova 1995, p. 134 ss.

³³ Il fenomeno è particolarmente diffuso proprio nel rapporto tra domanda e ordinanza cautelare: basta considerare che la richiesta *ex art. 291 c.p.p.*, spesso formulata in uno stadio piuttosto avanzato delle indagini, tende a costituire un vero e proprio compendio dell'attività investigativa svolta dall'inquirente. Il giudice destinatario dell'atto, posto dinanzi al lavoro talora poderoso dell'inquirente, tende necessariamente ad affidarsi alle valutazioni del pubblico ministero, finendo, quindi, per "uniformare" il contenuto dell'ordinanza a quello della domanda, spesso anche a causa della rappresentata urgenza di fronteggiare *pericula libertatis*.

³⁴ V. in proposito, fra le più recenti, Cass. pen., sez. IV, 5 febbraio 2013, in *C.E.D. Cass.*, n. 254937, secondo cui «è nullo per difetto di motivazione il provvedimento del giudice che riproduca alla lettera ampi stralci della parte motiva di altra pronuncia, a meno che detta tecnica di redazione manifesti una autonoma rielaborazione da parte del decidente e dia adeguata risposta alle doglianze proposte dal ricorrente»; nonché Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2012, in *Giur. it.*, 2013, p. 1202, con nota di C. GABRIELLI, *Sui limiti del "copia e incolla" informatico*.

elaborata dalla Commissione Canzio, ma è poi stata eliminata dalla versione definitiva dell'articolato (con ogni probabilità sul presupposto della sua concreta ininfluenza).

Strettamente connesso a tale modifica è l'intervento sull'art. 309 c.p.p., e in particolare sull'ultima parte del comma 9, che come noto disciplina i poteri cognitivi e decisorii del tribunale del riesame. Questo il tenore dell'inedita disposizione, il cui testo è rimasto invariato nei vari passaggi:

il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa.

La proposta di intervento, indubbiamente significativa, oltre a costituire il *pendant* della ipotetica (duplice) modifica all'art. 292 c.p.p., tocca un nervo scoperto della disciplina del riesame, ossia quello concernente i poteri integrativi del tribunale della libertà chiamato a esprimersi ai sensi dell'art. 309 c.p.p.

Sul punto, si deve rilevare come possa trattarsi di un intervento non risolutivo; tutto dipende, infatti, dal modo in cui la giurisprudenza intenderà recepire la modifica (ove questa dovesse effettivamente entrare in vigore).

Se interpretata alla lettera, infatti, la novella poco aggiungerebbe a quanto già riscontrabile nel diritto vivente, visto che la giurisprudenza di legittimità, pur ammettendo un significativo potere integrativo in capo al giudice dell'impugnazione (sulla scorta dell'esistenza di una "fattispecie complessa", che fonderebbe il provvedimento impositivo e quello emesso ai sensi dell'art. 309 c.p.p.), già ora ritiene che il giudice dell'impugnazione debba procedere all'annullamento dell'ordinanza *ex art. 292 c.p.p.* ove questa sia completamente mancante: il caso della motivazione del tutto carente (cui andrebbe equiparata quella apparente) viene infatti già ricondotto alla nullità di cui agli artt. 125 comma 3 e 292 comma 2 lett. *c*) e *c-bis*) c.p.p., non rimediabile in sede di riesame³⁵.

E dunque, se l'esegesi attorno all'inedita norma dovesse appiattirsi sul tenore testuale della stessa, ci troveremmo dinanzi a un mero recepimento

³⁵ V., fra le altre, Cass. pen., sez. II, 14 giugno 2012, in *C.E.D. Cass.*, n. 253247; Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2012, *ivi*, n. 254161; Cass. pen., sez., II, 20 aprile 2012, *ivi*, n. 253326. In dottrina, cfr. P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà*, Giuffrè, Milano 2008, p. 345 ss.

di quanto già acquisito a livello giurisprudenziale. Ove così fosse, è chiaro il rischio che la riforma possa tradursi in un sostanziale *boomerang*, idoneo a bloccare possibili sviluppi del diritto vivente. Se invece la disposizione venisse intesa in senso “evolutivo” e non letterale (attraverso il recepimento del chiaro intento del legislatore, ancora una volta teso a contrastare una prassi talvolta troppo lassista), allora l’intervento potrebbe costituire un argomento idoneo a sostenere letture anche più garantistiche, volte a censurare il ricorso alla motivazione apparente, come pure la tendenza, diffusa, a sanare lacune motivazionali imponenti.

Scendendo più nello specifico, la disposizione pare comunque fare una cernita tra i requisiti motivazionali prescritti dall’art. 292 c.p.p., limitandosi a sanzionare la mancanza e l’autonoma valutazione solo con riferimento alle esigenze cautelari, agli indizi e agli elementi forniti dalla difesa³⁶.

Accanto a tale intervento sul tenore del comma 9, la disciplina del riesame viene poi interessata da numerosi altri propositi di riforma. Oltre a un duplice intervento (sui commi 6 e 8-*bis*) volto a esplicitare il diritto dell’imputato a partecipare all’udienza (sempre che ne abbia fatto richiesta, anche se non è chiaro se tale richiesta debba essere formulata contestualmente alla proposizione del riesame o anche in seguito), sono molto significative le novità che s’intende apportare alla tempistica del procedimento.

Innanzitutto, l’aggiunta del comma 9-*bis* accoglie un’istanza diffusa da tempo, che nasce dalla constatazione di come la celerità che connota (più di qualsiasi altra) questa procedura finisca spesso, in concreto, per tradursi in un *boomerang* per l’imputato, costretto a preparare la propria difesa in tempi stretti, spesso inidonei ad affrontare l’incidente cautelare con un’effettiva cognizione del fascicolo trasmesso al tribunale della libertà, talora molto corposo e impegnativo da studiare.

Per tale ragione, il testo licenziato dalla Camera contemplava la possibilità, da parte dell’imputato (personalmente), di chiedere e ottenere un differimento della data di udienza da un minimo di cinque giorni a un massimo di dieci. A questa possibilità di rinvio (che deve essere richiesto dalla difesa,

³⁶ In proposito, si rinvia alle più diffuse considerazioni espresse da C. MUSIO, *Motivazione cautelare lacunosa e poteri del tribunale del riesame: una (probabile) modifica legislativa*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 13 ss., che segnala, appunto, la discrasia riscontrabile tra il contenuto dell’obbligo di motivazione risultante dall’art. 292 c.p.p. e la nuova ipotesi di annullamento per difetto di motivazione.

«per giustificati motivi», entro due giorni dalla notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza), ne è stata aggiunta un'altra, approvata dal Senato, che può essere disposta d'ufficio dal tribunale con provvedimento motivato sulla base della complessità del caso e del materiale probatorio (anche in questa ipotesi, il differimento dovrebbe essere compreso tra i cinque e i dieci giorni).

L'aggiunta operata al Senato va salutata con favore; appare giusto che anche il giudice dell'impugnazione, al pari dell'imputato, possa fruire di una possibilità che meglio consente di affrontare la preparazione di un caso magari molto complicato. Più volte è del resto stato sottolineato come la celerità della procedura del riesame, chiaramente ispirata dall'intento di limitare al minimo la compressione della libertà dell'imputato ove manchino i relativi presupposti, rischi di diventare un capestro: non solo per la difesa, ma anche per il giudice dell'impugnazione, che è inevitabilmente portato a "fidarsi" delle valutazioni operate, a monte, dal giudice cautelare e (ancor prima) dal pubblico ministero³⁷.

Ben venga, quindi, questa novità (che verrebbe estesa anche al giudizio di riesame reale in virtù di un richiamo al comma 9-bis dell'art. 309 c.p.p. racchiuso nel comma 7 dell'art. 324); l'unico pericolo sotteso al riconoscimento del potere di disporre d'ufficio il differimento dell'udienza può essere quello, molto reale, di un impiego massiccio di questa possibilità, che finirebbe per allentare notevolmente la serrata cronologia caratteristica di questa procedura.

Altro aspetto di assoluto interesse deve poi essere rinvenuto nella volontà di affrontare le questioni concernenti il deposito dell'ordinanza. È infatti noto che la disciplina vigente si limita a imporre che la decisione debba intervenire entro dieci giorni dalla trasmissione del *dossier* cautelare al tribunale della libertà. A rigore, il comma 10 dell'art. 309 c.p.p. dovrebbe essere inteso nel senso di imporre che la decisione debba "intervenire" nella sua interezza, e dunque che entro dieci giorni dalla trasmissione degli atti debba essere depositata in cancelleria l'ordinanza e non soltanto il relativo dispositivo. Nondimeno, come noto, l'esegesi giurisprudenziale dell'istituto si è orientata in termini differenti, accontentandosi, affinché possa escludersi la caducazione dell'ordinanza cautelare, che entro dieci giorni il tribunale

³⁷ In proposito, v., fra gli altri, A. ALBIANI, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire fra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 3382.

decida, consentendogli però di depositare l'ordinanza in cancelleria dopo tale termine (in virtù del disposto generale di cui all'art. 128 c.p.p., che, per il deposito dei provvedimenti del giudice, contempla un termine, di cinque giorni, meramente ordinatorio).

Il disegno di riforma cerca quindi di affrontare questo tema. In particolare, sia nel testo approvato alla Camera che in quello approvato al Senato si introduce la specificazione circa il fatto che l'ordinanza con cui il tribunale decide sull'istanza di riesame possa essere depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione. Oltre al riconoscimento di questa possibilità, già il testo licenziato dalla Camera avrebbe inteso estendere la caducazione anche al mancato rispetto di questo termine (in tal modo, le ipotesi di caducazione sarebbero passate da due a tre, andando appunto a ricomprendere, oltre alla mancata trasmissione degli atti al tribunale del riesame entro cinque giorni e alla mancata decisione nel termine di dieci, anche il mancato deposito dell'ordinanza nei successivi trenta giorni).

Confermata nel suo complesso questa scelta, il testo del comma 10 è stato notevolmente rivisto al Senato: evidentemente preoccupati dalle conseguenze di una nuova ipotesi caducatoria, i riformatori hanno previsto la possibilità, in capo al tribunale, di indicare un termine più lungo per il deposito dell'ordinanza, ma comunque non eccedente i quarantacinque giorni, ove la stesura della motivazione sia «particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni». L'intervento approvato al Senato è viziato da due imprecisioni lessicali, là dove fa riferimento al concetto di «arrestato», che deve evidentemente essere inteso come se si riferisse all'imputato, e al concetto di «imputazione», da leggersi in senso atecnico, come tale comprensivo anche dell'addebito provvisorio (cosiddetta "imputazione preliminare"). Al di là di questa svista, la novità non sembra porre particolari questioni interpretative.

In generale, sul punto va detto che la riscontrata insussistenza dei presupposti per concedere queste deroghe all'ordinaria cronologia del riesame (con riferimento tanto alla modifica appena menzionata quanto a quella concernente il differimento dell'udienza parimenti disposto d'ufficio da parte del tribunale del riesame) potrebbe verosimilmente essere oggetto di sindacato in cassazione, dovendo la caducazione essere ricondotta alla decadenza di cui alla lett. c) dell'art. 606 c.p.p. Il tribunale è del resto obbligato, in entrambi i casi, a motivare la scelta circa l'allungamento dei termini ordinari.

Il testo licenziato al Senato si caratterizza peraltro per un'importante novità, volta ad attribuire natura particolarmente stringente – e soprattutto preclusiva – al mancato rispetto dei termini. In particolare, l'idea di riforma,

che investe sempre il comma 10, contempla l'impossibilità di rinnovare la misura caducata (per tutte e tre le fattispecie di caducazione, e dunque tanto per quelle tradizionali quanto per quella, allo stato inedita, concernente il mancato deposito dell'ordinanza) se non in presenza di eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate³⁸.

La circostanza che l'idea di modifica usi proprio il termine "rinnovazione" può rendere ambiguo il testo della norma; il concetto è infatti estraneo al lessico usualmente impiegato dal legislatore (se si eccettua il riferimento che compare nel testo dell'art. 301 commi 1 e 2 c.p.p.), tanto da rendere difficile cogliere l'esatta portata dell'idea di modifica. In particolare, ove la disposizione dovesse effettivamente entrare in vigore, si tratterà di capire se la preclusione debba intendersi riferita a una nuova applicazione della medesima misura cautelare (magari fondata sugli stessi fatti e sugli stessi elementi probatori) o, più in generale, a qualsiasi misura coercitiva.

7. Le novità in tema di appello e di ricorso per cassazione *de libertate*

Infine – e mi avvio alle conclusioni essendo quasi spirato il tempo a mia disposizione – qualche rapido cenno alle prospettate modifiche agli artt. 310 e 311 c.p.p., in tema, rispettivamente, di appello e di ricorso per cassazione.

Si tratta di interventi tutto sommato secondari, fundamentalmente tesi, oltre che a risolvere alcuni dubbi interpretativi insorti nella prassi, a estendere anche all'appello alcune fra le novità che dovrebbero caratterizzare il nuovo volto del riesame.

A tale secondo proposito, intervenendo sull'art. 310 comma 2 c.p.p. il disegno di legge estende anche alla disciplina dell'appello il riconoscimento della possibilità di depositare l'ordinanza entro trenta giorni dalla decisione; a seguito delle modifiche operate dal Senato (e del tutto analogamente a quanto previsto relativamente al comma 10 dell'art. 309 c.p.p.), ove la stesura della motivazione sia particolarmente complessa, il giudice, nel di-

³⁸ La locuzione è simile a quella che compare, ad esempio, nel comma 4 dell'art. 275 c.p.p., relativamente a categorie di soggetti "deboli", rispetto ai quali il legislatore rafforza il connotato di *extrema ratio* che già in generale viene riservato alla custodia in carcere.

spositivo, potrà indicare un termine più lungo, comunque non eccedente i quarantacinque giorni.

Quanto alla disciplina in materia di ricorso per cassazione, due sono le novità di cui dar conto.

La prima investe il primo comma della disposizione, in particolare incidendo sul novero dei legittimati a proporre ricorso. Allo stato, come sappiamo, tali soggetti sono l'imputato, il suo difensore, il pubblico ministero che ha richiesto l'applicazione della misura³⁹, il pubblico ministero presso il tribunale indicato nel comma 7 dell'art. 309 c.p.p. In forza della prospettata modifica, tra i rappresentanti dell'accusa sparirebbe quest'ultimo riferimento (quello al pubblico ministero presso il tribunale della libertà); mentre l'organo autore della domanda cautelare, di cui viene ribadita la legittimazione, dovrebbe vedersi preclusa la possibilità di ricorrere ove la decisione emessa ai sensi dell'art. 310 c.p.p. abbia confermato un rigetto o una declaratoria di inammissibilità di una sua richiesta⁴⁰. Chiara la volontà di restringere il novero dei legittimati, e soprattutto di sanzionare (secondo una logica simile a quella che aveva ispirato, nel 2006, l'introduzione dell'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento) l'eccessiva pervicacia del pubblico ministero che abbia visto confermato in appello il rigetto della propria richiesta *ex art. 291 c.p.p.* Resterebbe peraltro da verificare l'ortodossia costituzionale di una simile previsione, visto che l'art. 111 comma 7 Cost. garantisce la ricorribilità dei provvedimenti «sulla libertà personale».

La seconda interpolazione sull'art. 311 c.p.p. implicherebbe l'innesto di un comma 5-*bis*, teso a vincolare il tribunale del riesame a decidere entro termini perentori nel caso di giudizio di rinvio a seguito di annullamento in cassazione. La logica è quella di equiparare la cronologia del giudizio di rinvio a quella che già caratterizza i tempi del giudizio di riesame. E dunque, stando all'inedita previsione: il tribunale della libertà dovrebbe decidere entro dieci giorni dalla ricezione degli atti, mentre l'ordinanza andrebbe

³⁹ Ciò in forza dell'innesto normativo operato con il d.l. n. 553 del 1996, reiterato per ben due volte e conv. in l. n. 652 del 1996. In tema, ci si permette di rinviare a E. VALENTINI, *La legittimazione del Procuratore generale presso la Corte d'appello a ricorrere per cassazione contro i provvedimenti del tribunale della libertà*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4610 ss.

⁴⁰ Si tratterebbe, peraltro, del riconoscimento (implicito, e non si sa quanto davvero consapevole), della possibilità di una domanda cautelare inammissibile.

depositata in cancelleria entro trenta giorni della decisione; il tutto a pena di perdita d'efficacia dell'ordinanza, salvo che l'esecuzione sia sospesa ai sensi dell'art. 310 comma 3 c.p.p. In virtù delle modifiche volute dal Senato (volte a omologare questa idea di riforma a quella ipotizzata per l'art. 309 c.p.p.), la misura non potrebbe comunque essere rinnovata, se non in presenza di «eccezionali esigenze specificamente motivate».