

ANNO LXXXI - 2014

NUOVA SERIE A - N. 65.1  
monotematico

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



CUSTODIA CAUTELARE  
E SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO

*(a cura di G. ILLUMINATI e G. TODARO)*

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO



ANNO LXXXI - 2014

NUOVA SERIE A - N. 65,1

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

CUSTODIA CAUTELARE  
E SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO

ATTI DEL CONVEGNO  
Rimini, 15 marzo 2014

*A cura di*  
G. ILLUMINATI e G. TODARO

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 1

G. ILLUMINATI, *Presentazione*, 7

**INTRODUZIONE**

G. OLLÀ, N. PINTO, A. ANNIBALINI, *Indirizzi di saluto*, 15

A. ALBIANI, *Relazione di apertura*, 23

**RELAZIONI**

G. TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, 31

A. ALBIANI, *Contestazioni a catena, principio di proporzionalità e altre questioni (di giardinaggio e oreficeria cautelare)*, 61

R. CRISCUOLO, *Il giudicato e il giudicando cautelare*, 93

C. RIZZO, *Più ombre che luci nei decreti svuota-carceri del 2013*, 115

F. MALTESE, *Giustizia minorile e sovraffollamento carcerario*, 139

E. VALENTINI, *Prospettive de iure condendo in materia cautelare personale*, 159

*Conclusione del presidente*, 183

**POSTILLA**

A. ALBIANI, *Omaggio alla città*, 185

**Direttore responsabile:** STEFANO PIVATO

**Comitato scientifico:** MARCO CANGIOTTI, GABRIELE FATTORI, LANFRANCO FERRONI, HENRY FREUDO, GIUSEPPE GILIBERTI, GUIDO GUIDI, LUIGI MARI, LUCIO MONACO, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA

**Redazione:** VICTOR CRESCENZI, ANNA MARIA GIOMARO

**Direzione e redazione:** Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 303250

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 Settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

**Stampa:** Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

GIULIO ILLUMINATI\*

*PRESENTAZIONE*

In questo volume sono raccolti gli atti del Convegno organizzato dall'AI-GA, Associazione Italiana Giovani Avvocati, Sezione di Rimini, svoltosi presso la sala Falcone-Borsellino del Tribunale di Rimini il 15 marzo 2014, sul tema "Custodia cautelare e sovraffollamento carcerario". Obiettivo del Convegno era discutere della custodia cautelare e della sua incidenza sulla situazione delle carceri in prossimità della scadenza del termine di un anno fissato dalla ben nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, per porre rimedio al «carattere strutturale e sistemico» del problema dell'affollamento; termine in scadenza, appunto, il 28 maggio 2014.

Il Convegno ha inteso mettere a confronto i diversi punti di vista delle varie professionalità coinvolte: dalla magistratura all'avvocatura, dall'università alle associazioni di volontariato. Ciò ha consentito di affrontare il problema sia sotto il profilo tecnico-giuridico, sia sotto quello pratico-operativo, dando spazio anche ai dati statistici e agli aspetti concreti della condizione carceraria. Il notevole successo dell'iniziativa e soprattutto la qualità degli interventi hanno indotto gli organizzatori a promuovere la pubblicazione degli atti, che hanno trovato degna ospitalità nella nuova serie della storica rivista degli Studi Urbinati.

Le relazioni pubblicate riproducono fedelmente i testi esposti oralmente al Convegno, con la necessaria revisione formale e il corredo dei riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. Essendo tuttavia la materia in continua evoluzione, si è dato conto nelle note a piè pagina delle modifiche legislative e delle novità intervenute nelle more della pubblicazione, in modo da rendere il volume quanto più attuale possibile. In particolare, come è facile constatare, è nel frattempo scaduto il termine del 28 maggio indicato dalla Corte europea: e il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa – cui spet-

---

\* Professore ordinario di Procedura penale, Università di Bologna.

ta, ai sensi dell'art. 46 comma 2 della Convenzione europea, sorvegliare l'esecuzione delle sentenze definitive della Corte – con una nota del 5 giugno 2014 si è già pronunciato sulle misure adottate nel corso dell'anno dal Governo italiano per risolvere il problema del sovraffollamento, esprimendo un giudizio positivo che tiene conto della progressiva riduzione del numero dei detenuti e della possibilità di ricorsi preventivi, nonché, in prospettiva, di una normativa destinata a introdurre forme di indennizzazione che vanno dallo sconto di pena alla riparazione pecuniaria: la qualcosa, in effetti, è avvenuta con il d. l. 26 giugno 2014, n. 92, recante, appunto, disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti che abbiano subito un trattamento in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea. L'Italia rimane comunque sotto sorveglianza, perché il Comitato dei ministri dovrà riesaminare la questione entro un anno.

Resta il fatto che, sebbene si debba riconoscere come diverse lodevoli iniziative – anche o soprattutto grazie all'*ultimatum* della Corte europea – siano state intraprese per avviare un percorso di umanizzazione della pena carceraria, e altre siano in cantiere, sarebbe sbagliato pensare che il problema del sovraffollamento possa considerarsi risolto. E comunque sarebbe quanto meno semplicistico ridurre il problema della condizione carceraria ad una questione di metri quadri disponibili. Molto ancora c'è da fare per rendere le nostre carceri degne di un paese civile.

Anzitutto, occorrerebbe ancora interrogarsi sulla qualità e sulla estensione della nostra legislazione di diritto penale sostanziale: anche se sfrondata dei suoi aspetti più odiosi e iniqui (oltre che criminogeni) a seguito degli interventi della Corte costituzionale su immigrazione clandestina e stupefacenti, un'opera di ampia e decisa depenalizzazione resta necessaria, come pure un'adeguata riduzione delle pene edittali massime, oggi assai spesso irrazionalmente elevate. Ne deriverebbe non solo la possibilità di limitare l'uso della detenzione, anche a fini cautelari, ma – più in generale – un considerevole alleggerimento del carico penale che consentirebbe di migliorare la qualità e l'efficienza della giustizia amministrata.

L'incidenza della custodia cautelare in carcere sul totale della popolazione detenuta è assai rilevante: la percentuale di ristretti in attesa di sentenza definitiva è superiore al 40%, come evidenziato nelle pagine che seguono, ma questo dato fornisce un'immagine perfino attenuata della realtà, poiché si tratta di un parametro medio nazionale, mentre nelle sedi dei grandi tribunali metropolitani si riscontra una percentuale superiore al 60%: vale a dire, due detenuti su tre non sono in espiazione della pena ma in custodia cautelare. È pur vero che, rispetto ad altri paesi europei di rinomata democrazia, occorre tener conto del fatto che le sentenze di condanna non sono

esecutive fino al passaggio in giudicato, e dunque si considerano in attesa di giudizio non solo gli imputati già condannati in primo grado (“appellanti”), ma anche i c.d. “ricorrenti”, condannati magari sia in primo che in secondo grado, che attendono l’esito di un ricorso in Cassazione. Tuttavia è la Costituzione a stabilire che l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva; né d’altra parte si può addebitare all’imputato l’eccessiva durata del processo. Ma il paradosso è che il detenuto in attesa di giudizio rischia di trovarsi in una condizione anche peggiore del condannato, poiché, tanto per fare un esempio, non essendo in esecuzione di pena non avrà accesso ai benefici penitenziari.

Dunque il problema dei presupposti e delle modalità di applicazione della custodia cautelare in carcere assume un rilievo veramente centrale. E però non c’è un terreno come quello della custodia cautelare nel quale si assista a una eguale divaricazione tra principi e prassi. Nel Libro verde della Commissione europea (C 327 del 14 giugno 2011) si legge che «la custodia cautelare, pur essendo qualificata in quasi tutti gli ordinamenti come eccezionale, ha ancora diffusa e squilibrata applicazione», e si stigmatizza la sua protrazione per periodi lunghi, talvolta anche in assenza della possibilità di un riesame periodico, nonché le condizioni spesso inadeguate di detenzione e la posizione degli stranieri, il più delle volte svantaggiati.

L’ottica della Commissione europea è quella di favorire la cooperazione giudiziaria, che può realizzarsi pienamente solo ove sia raggiunta quella «mutua fiducia» fra gli Stati destinata ad assicurare la realizzazione dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» basato su rapporti di reciproca collaborazione. Ma tale collaborazione rischia di essere rifiutata quando non si hanno garanzie circa il trattamento cui verrà sottoposto il cittadino in uno Stato diverso. E, si badi bene, non stiamo facendo un’ipotesi astratta, poiché la sentenza *Torreggiani*, che è finita sui giornali solo per la perentorietà del termine da essa stabilito, era stata preceduta da due decisioni analoghe, che il Governo italiano come di consueto non aveva preso adeguatamente in considerazione (*Sulejmanovic c. Italia*, 16 luglio 2009 e *Cara-Damiani c. Italia*, 7 febbraio 2012)<sup>1</sup>, dalle quali il trattamento dei ricorrenti era stato già qualificato come «inumano e degradante» ai sensi dell’art. 3 della Convenzione europea. Uno stigma del genere è perciò concretamente in grado di

---

<sup>1</sup> Ancora di recente, la Corte europea ha condannato l’Italia in relazione alla violazione dell’art. 3 della Convenzione: crf. C. eur. dir. uomo, 11 febbraio 2014, *Conrada c. Italia*; nonché C. eur. dir. uomo, 1 luglio 2014, *Saba c. Italia*.

pregiudicare, per esempio, l'esecuzione all'estero di un mandato d'arresto europeo emesso dall'Italia.

Al di là degli aspetti concernenti il trattamento dei detenuti, il problema principale della custodia cautelare è la sua frequente distorsione applicativa: e non stiamo parlando di prassi devianti rispetto a una legge il cui significato viene tradito, ma di atteggiamenti indotti dalle stesse opzioni normative. Si deve riconoscere che, nonostante le contrarie affermazioni di principio, la custodia cautelare finisca con l'essere prevalentemente utilizzata in funzione di anticipazione della pena: alla fragilità della fase esecutiva, dipendente in buona misura dall'eccessiva distanza di tempo rispetto alla commissione del reato, corrisponde un uso sostitutivo della cautela. Sempre più spesso, dobbiamo constatare, il legislatore opera impropriamente scelte di politica penale attraverso la torsione degli istituti processuali: e questo è particolarmente evidente con riferimento alla custodia cautelare, sia attraverso la modulazione *ad hoc* delle pene edittali rispetto ai limiti di applicabilità della misura previsti dal codice di procedura, sia con l'introduzione di automatismi applicativi che comportano l'immediata privazione della libertà in caso di reati particolarmente gravi, ovvero l'esecuzione anticipata della condanna di primo o secondo grado.

Che nella prassi la custodia cautelare assuma la funzione di anticipare una pena di cui si vede lontana e incerta l'esecuzione, o di impartire un'immediata lezione a quello che si ritiene autore del reato, è confermato dal modesto impiego delle misure non custodiali e meno afflittive, che spesso, è significativo, vengono applicate – o meglio, concesse – soltanto dopo un periodo più o meno lungo di carcerazione: mentre dovrebbe trattarsi di misure da utilizzare in via principale, sulla base del principio di adeguatezza, che fa dipendere la loro scelta dalla valutazione della natura e del grado delle esigenze cautelari da soddisfare. Come sappiamo bene, la custodia cautelare dovrebbe rappresentare, pur ammettendo alcune eccezioni, l'*extrema ratio*, cui ricorrere solo quando ogni altra misura risulti inadeguata. Per non parlare del fallimento del braccialetto elettronico (che pure in altri paesi funziona egregiamente), che ha trovato applicazione con una frequenza ridicolmente insignificante: i dati ufficiali del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria segnalano che dal 2001, a fronte di oltre 2000 apparecchiature acquistate, il braccialetto elettronico è stato usato in soli 14 casi. Il legislatore ha ora goffamente cercato di rivitalizzare questa misura, con una norma formulata in maniera piuttosto infelice. Anche di questo si tratta diffusamente nelle relazioni qui pubblicate.

Nella prospettiva evidenziata, particolare significato assume dunque

l'esame delle disposizioni che disciplinano i poteri del giudice nell'applicazione delle misure cautelari, il procedimento applicativo e la durata della detenzione. Non senza ricordare, guardando ai principi fondamentali, che la Corte costituzionale nelle più recenti decisioni (a partire dalla sentenza "pilota" sull'art. 275 comma 3 c.p.p., la n. 265 del 210) ha finalmente – e doverosamente – rivalutato la presunzione di non colpevolezza come essenziale parametro di legittimità della custodia cautelare, recuperando la limpida affermazione contenuta nella ormai storica sentenza n. 64 del 1970 su quello che allora era denominato mandato di cattura obbligatorio, secondo la quale la carcerazione preventiva in nessun caso può avere la funzione di anticipazione della pena. Orientamento incomprensibilmente abbandonato dalla giurisprudenza costituzionale degli anni ottanta, quando si era arrivati a sostenere che l'art. 27 comma 2 della Costituzione fosse «manifestamente non conferente» al tema.

Nella relazione di Guido Todaro si dà conto in maniera analitica dell'impatto delle sentenze della Corte costituzionale sull'art. 275 comma 3 c.p.p. e del conseguente parziale recupero dei poteri discrezionali del giudice a fronte delle presunzioni legali in materia cautelare. Anche dopo la svolta rappresentata dalla più recente giurisprudenza, tuttavia, l'attuale disciplina continua a non essere del tutto soddisfacente, soprattutto nell'ottica della custodia in carcere come *extrema ratio*, che dovrebbe indurre a eliminare o almeno ridurre al massimo gli automatismi applicativi. Anche il problema dell'affollamento carcerario potrebbe essere almeno in parte risolto già attraverso la via maestra dell'interpretazione costituzionalmente orientata da parte dei giudici di merito; ovvero mediante incidenti di costituzionalità delle norme più evidentemente indirizzate nel senso di una sovrapposizione, sulla base di un mero giudizio anticipato di colpevolezza, della funzione cautelare a quella della pena.

Alberto Albiani si occupa della sentenza n. 293 del 2013 della Corte costituzionale, di illegittimità dell'art. 309 c.p.p. in rapporto all'art. 297 c.p.p., che ha stabilito che debba essere dichiarata la perdita di efficacia della misura per violazione del divieto di contestazioni a catena, in sede di riesame, non solo ove tutti gli elementi della retrodatazione emergano dall'ordinanza impugnata, come già statuito dalle Sezioni unite della Cassazione, ma anche ove emergano da altri atti diversi. Tema squisitamente tecnico, che comunque produce effetti evidenti sulla durata massima della custodia cautelare, destinata com'è ovvio ad avere un impatto positivo anche sul problema del sovraffollamento. Va sottolineato che la questione di costituzionalità accolta dalla Corte era stata sollevata proprio dal Tribunale del riesame di Bologna, di cui lo stesso Relatore è Presidente. Sempre nella prospettiva del *favor*

*libertatis* e dei rimedi contro l'eccessivo impiego della coercizione cautelare, particolare attenzione viene dedicata al principio di proporzionalità, al quale va attribuito un rilievo autonomo rispetto al principio di adeguatezza, con la conseguenza che, indipendentemente dalle esigenze cautelari, la custodia cautelare debba venir meno ove la sua durata raggiunga un valore rilevante rispetto alla pena in concreto già inflitta o prevedibile. Altro tema di grande rilievo, anche se finora, come si accennava, troppo trascurato, il braccialetto elettronico, nella sua rinnovata disciplina, e le sue prime recenti applicazioni nel Distretto della Corte d'Appello di Bologna.

Ancora un tema eminentemente tecnico quello trattato nella relazione di Rocco Criscuolo, che dipana con estrema chiarezza le vicende che hanno portato alla costruzione e alla stabilizzazione dell'istituto delle preclusioni dovute al c.d. giudicato cautelare, di creazione giurisprudenziale e da tempo all'attenzione della dottrina. L'esame riguarda l'evoluzione del fenomeno, a partire dalle decisioni delle Sezioni Unite dei primi anni novanta (sentenze Durante e Buffa), fino alla nota sentenza Testini del 2010, su quello che con un brutto neologismo è stato definito "giudicando" cautelare. Decisione che chiude il cerchio, in chiave di garanzia, di un meccanismo nato per prevenire l'inutile e defatigatorio reiterazione delle istanze di revoca della misura da parte dell'imputato, e si è poi affermato anche come strumento di tutela contro prassi scorrette della pubblica accusa. La preclusione nei confronti dell'abusiva moltiplicazione delle iniziative cautelari impedisce al pubblico ministero di giocare su due tavoli e di aggirare le decisioni sfavorevoli.

Chiara Rizzo interviene nel dibattito, oltre che in veste di avvocato, anche come rappresentante dell'associazione "Chiusi Fuori", dedita al reinserimento degli ex-detenuti e alla risocializzazione di chi è ristretto in carcere. Uno dei problemi più drammatici della condizione carceraria, anche al di là del sovraffollamento (la cui emersione ha comunque avuto il merito di portare il tema alla ribalta, inducendo un'inversione di tendenza rispetto alle politiche securitarie degli anni passati) è quello della mancanza di lavoro, che insieme all'istruzione dovrebbe essere il pilastro della funzione rieducativa assegnata alla pena dalla Costituzione. La relazione allarga il tema alle recenti modifiche relative all'esecuzione, con l'analisi dei celebrati decreti "svuota carceri" del 2013 destinati a ottemperare alla sentenza Torreggiani, che tuttavia presentano difetti di coordinamento, diverse incongruenze e in definitiva una sostanziale mancanza di coraggio nell'affrontare il problema in maniera radicale.

La relazione di Filippo Maltese, anch'egli in rappresentanza di un'associazione di volontariato che si occupa in particolare dei minori detenuti, sposta il fuoco su un tema forse sottovalutato, il sistema cautelare minorile,

sistema che si caratterizza per essere completamente autonomo e speciale rispetto a quello previsto dal codice di procedura penale. Anche se la custodia in carcere dovrebbe essere limitata, per tali soggetti, a casi veramente eccezionali, si registra un'incidenza superiore al 50% sul totale dei minori in stato di detenzione, dunque ancora più alta di quella riscontrata per gli adulti. Viene segnalata inoltre la carenza di specifiche strutture destinate ai giovani adulti, per i quali, se giudicati come minori, le restrizioni della libertà personale si eseguono, fino all'età di ventuno anni<sup>2</sup>, negli istituti minorili. La proposta utopistica sarebbe giungere alla totale eliminazione del carcere per i minori.

Elena Valentini, infine, prende in esame le prospettive di riforma della disciplina delle misure cautelari personali. Com'è noto, un disegno di legge di modifica al codice di procedura penale era stato approvato dalla Camera dei deputati, ma ha poi subito cambiamenti anche significativi nel passaggio al Senato, e al momento giace alla Camera, apparentemente abbandonato. Al di là di quello che sarà l'esito finale (è prevedibile che la Camera corregga a sua volta il testo), l'intento è quello di ridefinire e precisare meglio le esigenze cautelari, eliminare – anche se in maniera ancora parziale e insufficiente – gli automatismi applicativi, valorizzare le misure alternative e rendere più efficace il controllo in sede di impugnazione delle misure. Non si tratta di una riforma epocale, anzi si può affermare che sarebbe stato necessario spingersi ancora più avanti. Va comunque salutata con favore la rinnovata attenzione verso la tutela della libertà personale dell'imputato, non soltanto nell'ottica utilitaristica della riduzione della popolazione carceraria, ma soprattutto al fine di assicurare un uso corretto della coercizione e adeguate garanzie della difesa nel procedimento cautelare.

La pubblicazione degli atti del Convegno vuole rappresentare un utile contributo alla discussione, in un momento in cui la riforma della custodia cautelare e la necessità di ridurre il ricorso al carcere, anche incentivando l'impiego di misure alternative alla detenzione, si avvia a diventare una scelta obbligata per allinearsi ai principi fondamentali del diritto europeo.

Un doveroso ringraziamento va ai Relatori, che hanno consentito la realizzazione di questo volume, anche per avere puntualmente rispettato il termine assegnato per la consegna del testo scritto, necessariamente ristretto perché i contenuti non perdessero di attualità. Un ringraziamento partico-

---

<sup>2</sup> Ora, sino all'età di venticinque anni, in virtù dell'art. 5 del d. l. 26 giugno 2014, n. 92, che ha modificato l'art. 24 d. lgs. 28 luglio 1989, n. 272.

lare ad Andrea Annibalini, promotore dell'iniziativa e della pubblicazione negli Studi Urbinati, e a Guido Todaro, che ha condiviso con grande impegno e attenzione la cura dell'opera.

Nel sottolineare l'attualità e l'importanza del tema, nonché la valentia dei relatori, la Redazione, pur lasciando in ogni caso le pagine con gli indirizzi di saluto e i ringraziamenti generali ha potuto "sfrondare" solo in una minima parte le righe iniziali di ogni singolo contributo dedicate allo specifico ringraziamento, al fine di rendere più lineare ed immediato il discorso per i lettori, la cui consequenzialità potrebbe apparire disturbata ed interrotta ad ogni ripresa.

## INDIRIZZI DI SALUTO

GIOVANNA OLLÀ\*

Buongiorno a tutti. Ringrazio e saluto, sia a titolo personale che a nome dei componenti del Consiglio dell'Ordine, i Relatori e i partecipanti che hanno voluto onorarci della loro presenza in questa mattinata riminese.

Un sentito ringraziamento è dovuto al Presidente del Tribunale di Rimini, Dott.ssa Rossella Talia, che ci ha dato l'opportunità di incontrarci nell'Aula del Tribunale di Rimini dedicata alla memoria dei Magistrati Giovanni Falcone e Paolo Borsellino.

In qualità di avvocato penalista riscontro quotidianamente la drammaticità delle condizioni cui sono soggetti i detenuti nelle carceri italiane.

Mi preme evidenziare come oggi il ruolo dell'avvocato non sia limitato ad una mera difesa tecnica nel processo del proprio assistito, ma è volto alla promozione degli interessi e delle esigenze della persona *in vinculis* nel suo complesso.

Poste tali premesse, proprio l'odierno evento è scaturito dalla riflessione congiunta tra giovani colleghi e il proprio Ordine di appartenenza per offrire un segnale chiaro in merito all'evoluzione della professione forense.

L'avvocatura riminese mira pertanto ad offrire una spinta propulsiva verso un dialogo tra le diverse competenze che agiscono nell'ambito della giustizia al fine di adottare soluzioni comuni che possano migliorare l'impatto del sistema penale nei confronti delle persone detenute.

Nel rinnovare i saluti, cedo la parola al Collega Nicola Pinto, Presidente di A.I.G.A. Rimini.

---

\* Avvocato; Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Rimini.

## NICOLA PINTO \*

Sono lieto di poter porgere i miei saluti a tutte le persone oggi presenti al Convegno e formulo innanzitutto i ringraziamenti miei e quelli dell'AIGA di Rimini al Presidente Dott. Alberto Albiani e a tutti gli altri Relatori che cortesemente hanno accettato di partecipare a questa giornata di studio.

La nutrita presenza di pubblico, nonostante il bel tempo e il fatto che sia sabato mattina, conferma l'importanza e l'alto livello di questa iniziativa.

Il Convegno che come AIGA abbiamo promosso è di sicuro interesse, visti gli argomenti che saranno esaminati e fin d'ora vi assicuro che oltre alla qualità a breve riusciremo anche a dare un ulteriore impulso alla quantità dei Convegni e delle tavole rotonde organizzate dalla nostra sezione, perché penso che sia proprio dal dibattito e dal confronto tra gli operatori del diritto che i problemi possano emergere in modo più compiuto. Spesso ognuno di noi, a seconda del ruolo che riveste (magistrato, avvocato, ovvero studioso del diritto) può cogliere un aspetto di questi problemi, una sfaccettatura e magari trovare una risposta, che però il più delle volte è parziale e così il problema rimane. Invece, ogni nuova questione che si affaccia deve essere affrontata, esaminata e se possibile risolta nel suo complesso. Ecco perché, pur nei ruoli che ciascuno di noi ricopre e nella specificità che oggi qualunque professione richiede, è indispensabile una leale collaborazione per arrivare a soluzioni il più possibile condivise nei confronti delle tante tematiche irrisolte che assillano la nostra Giustizia.

Questo credo sia lo spirito che ha dato origine all'odierno Convegno. Oggi infatti sono presenti di fianco a me autorevoli rappresentanti della Magistratura, della Professione Forense, della Università, delle Associazioni di volontariato, perché si è voluto dare spazio alle tante voci che nell'ambito delle misure cautelari, e più nello specifico delle misure di coercizione, si occupano di vicende che non sono soltanto casi giudiziari, pratiche e fascicoli di causa, ma sono persone, sono uomini e donne che hanno sbagliato e nei cui confronti si pone talvolta la necessità di adottare la custodia cautelare detentiva: ma questa scelta dovrà avvenire solo come *extrema ratio*, quindi con la dovuta oculatezza e nei rigorosi limiti imposti dalla legge.

Per quanto riguarda il sovraffollamento carcerario, l'AIGA è molto attenta al problema e più in generale alle varie questioni che riguardano il mondo dei reclusi: per chi non lo sapesse il nostro Presidente nazionale,

---

\* Avvocato; Presidente dell'AIGA, Associazione Italiana Giovani Avvocati Sezione di Rimini.

Avv. Nicoletta Giorgi, fin dall'inizio del suo mandato ha promosso delle iniziative al riguardo e proprio ieri pomeriggio nella Casa Circondariale di Lecce si è svolta una tavola rotonda curata dall'AIGA e dall'associazione "Nessuno tocchi Caino" per discutere di tematiche riguardanti il carcere e la rieducazione sociale.

Gli argomenti che i nostri gentili Relatori andranno ad affrontare sono in continua evoluzione anche dal punto di vista legislativo e quindi ben vengano i contributi di chi si occupa della materia tutti i giorni, secondo i diversi punti di vista e secondo la propria sensibilità.

Il mio ringraziamento finale, ma non per questo meno sentito, va al Collega Avv. Andrea Annibalini, Vice Presidente AIGA di Rimini, che ha curato l'organizzazione del Convegno e al quale passo la parola per le presentazioni e per iniziare i lavori.

#### ANDREA ANNIBALINI\*

Buongiorno a tutti. Saluto e ringrazio subito i Relatori e i partecipanti all'odierno incontro di studi.

Fra i tanti motivi che hanno spinto la sezione riminese di A.I.G.A. (Associazione Italiana Giovani Avvocati) ad organizzare codesto Convegno, ritengo ve ne siano alcuni particolarmente degni di nota.

Il primo motivo attiene ad un confronto generazionale tra giovani operatori del diritto penale ed affermate realtà del panorama giurisprudenziale: l'ardire di sedere accanto ad illustri personalità, ha solleticato la sfida di uno 'sfrontato' gruppo di giovani per cogliere l'occasione di portare avanti l'idea di Giovanni Falcone secondo cui

gli uomini passano, le idee restano, restano le loro tensioni morali e continueranno a camminare sulle gambe di altri uomini.

I giovani infatti non possono che imparare da coloro i quali costituiscono la fonte privilegiata della propria sete di conoscenza, senza far tuttavia mancare il proprio contributo al dibattito scientifico: questo è lo spirito che A.I.G.A. si è proposta, cercando così di creare un luogo di incontro e dialogo per scambiarsi vicendevolmente riflessioni e opinioni.

---

\* Avvocato; Vice Presidente dell'AIGA, Associazione Italiana Giovani Avvocati Sezione di Rimini.

In quest'ottica, la selezione dei Relatori non è stata casuale, bensì frutto di una scelta consapevole, volta a sviluppare una sinergia tra diverse competenze. A fronte di tale esigenza, si è ritenuta opportuna la partecipazione di esponenti della società civile operanti nel contesto carcerario, con ciò cogliendo l'auspicio del Presidente Napolitano<sup>1</sup> secondo il quale

le istituzioni e la nostra opinione pubblica non possono e non devono scivolare nell'insensibilità e nell'indifferenza, convivendo – senza riuscire a modificarla – con una realtà di degrado civile e di sofferenza umana come quella che subiscono decine di migliaia di uomini e donne reclusi negli istituti penitenziari.

L'idea primaria da cui è scaturita l'iniziativa si è presentata fin da subito ambiziosa e, con il passare del tempo, si è arricchita di personalità tali da far apparire la presenza di giovani professionisti riminesi del tutto priva di significato e proporzione; intimoriti e inadeguati, ci siamo ripetuti una frase di Coelho: «soltanto una cosa rende impossibile un sogno: la paura di fallire»; così il gruppo di lavoro si è arricchito, tanto da compendiare insigni esponenti della magistratura felsinea e illustri rappresentanti della dottrina bolognese che hanno offerto il loro contributo per questo prestigioso incontro. Il Foro di Rimini si è pertanto proposto come promotore di un ponte di dialogo ideale tra consacrate realtà dottrinali e giurisprudenziali del panorama italiano.

Il secondo motivo attiene più propriamente alla scelta dell'argomento trattato e riassunto nel titolo del convegno «Custodia cautelare e sovraffollamento carcerario».

La necessità di farsi carico della drammaticità e attualità del problema della condizione carceraria presente in Italia, da imperativo morale è divenuto un obbligo giuridico successivamente alle pronuce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, con sentenza dell'8 gennaio 2013, Torreggiani contro Italia, i giudici di Strasburgo, adottando lo strumento della sentenza pilota, hanno accertato la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, concedendo allo Stato italiano il termine di un anno a decorrere dalla data di passaggio in giudicato della sentenza (27 maggio 2013) al fine di

---

<sup>1</sup> V. *Il messaggio alle Camere del Presidente Napolitano sulle condizioni delle carceri italiane reso in data 8 ottobre 2013*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

istituire un ricorso o un sistema di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, e ciò conformemente ai principi della Convenzione come stabiliti nella giurisprudenza della Corte.

La Corte ha pertanto esortato l'Italia a potenziare gli strumenti delle misure punitive non detentive, nonché a contenere nei limiti dello stretto necessario la custodia cautelare in carcere. La Corte ha rammentato altresì la necessaria compresenza di rimedi sia di natura preventiva che compensativa per far fronte alla problematica sottoposta, in modo tale che da un lato sia garantita la rapida cessazione della sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti, e dall'altro che i medesimi soggetti lesi ottengano ristoro per i danni patiti.

L'impatto della sentenza Torreggiani sul sistema giustizia italiano si è reso fin da subito palese attraverso una circolare diffusa dal Procuratore Capo della Repubblica di Milano, Edmondo Bruti Liberati, il quale, già in data 15 gennaio 2013, dopo aver ripercorso taluni passaggi salienti della sentenza poc' anzi citata, invitava i magistrati della Procura della Repubblica a tenere in debita considerazione i dettami della Corte di Strasburgo sia in fase di richiesta di misure cautelari che in fase di esecuzione<sup>2</sup>.

Preso atto delle argomentazioni evidenziate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in data 8 ottobre 2013 – come noto e come già anticipato in apertura – anche il Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, attraverso un messaggio alle Camere<sup>3</sup> evidenziava che

l'Italia viene, soprattutto, a porsi in una condizione che ho già definito umiliante sul piano internazionale per le tantissime violazioni di quel divieto di trattamenti inumani e degradanti nei confronti dei detenuti che la Convenzione europea colloca accanto allo stesso diritto alla vita

Per tale ragione, il Capo dello Stato ammoniva il Parlamento circa

l'inderogabile necessità di porre fine, senza indugio, a uno stato di cose che ci rende tutti corresponsabili delle violazioni contestate all'Italia dalla Corte

---

<sup>2</sup> La circolare si può leggere in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con commento di G. LEO, *Emergenza carceri: la circolare del Procuratore della Repubblica di Milano dopo la sentenza della Corte edu nel caso Torreggiani v. Italia*.

<sup>3</sup> *Il messaggio alle Camere del Presidente Napolitano* cit.

di Strasburgo: esse si configurano, non possiamo ignorarlo, come inammissibile allontanamento dai principi e dall'ordinamento su cui si fonda quell'integrazione europea cui il nostro Paese ha legato i suoi destini. Ma si deve aggiungere che la stringente necessità di cambiare profondamente la condizione delle carceri in Italia costituisce non solo un imperativo giuridico e politico bensì in pari tempo un imperativo morale.

Per supplire all'inadeguata predisposizione di strumenti di immediata risoluzione del problema del sovraffollamento carcerario, la giurisprudenza di merito, nella fattispecie i Tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. nella parte in cui non prevede – oltre alle ipotesi espressamente e tassativamente indicate – il differimento dell'esecuzione della pena quale rimedio preventivo anche nei casi in cui il detenuto sia sottoposto ad un trattamento inumano e degradante: la dedotta violazione sollevata dai giudici *a quibus* si fondava sul contrasto della norma *sub iudice* con gli artt. 2, 3, 27 comma 3, 117 comma 1 in relazione all'art. 3 della Convenzione europea. La Consulta<sup>4</sup>, nel caso di specie, pur evidenziando la problematicità del sistema carcerario italiano, ha respinto l'eccezione di incostituzionalità sottolineando come lo strumento indicato dai rimettenti determinerebbe una disparità di trattamento tra detenuti

i quali si vedrebbero o no differire l'esecuzione della pena in mancanza di un criterio idoneo a selezionare chi debba ottenere il rinvio dell'esecuzione fino al raggiungimento del numero dei reclusi compatibile con lo stato delle strutture carcerarie.

Cionondimeno, nella stessa sentenza di inammissibilità, la Consulta ha rivolto un chiaro e severo monito nei confronti del legislatore rimarcando come non sia altrimenti tollerabile

l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa rispetto alla tematica del sovraffollamento carcerario.

Mi sia permesso ora di fornire alcuni dati che, sebbene nella loro freddezza e staticità, possono far ben comprendere i termini della problematica

---

<sup>4</sup> 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*.

analizzata. Secondo le ultime statistiche fornite dal Consiglio d'Europa, con rilevazioni aggiornate all'anno 2012, il tasso di sovraffollamento carcerario in Italia si aggirava intorno al 145 %, risultando inferiore solamente a quello della Serbia che deteneva un primato pari al 160 %<sup>5</sup>.

Insomma, non è revocabile in dubbio che il dato del sovraffollamento carcerario è preoccupante. Si può aggiungere come lo stesso rivesta caratteri ancora più allarmanti ove correlato all'elevata incidenza del tasso applicativo della custodia cautelare in carcere. L'attuale drammaticità della situazione carceraria si pone così in antitesi con i valori della Costituzione, la cui idea portante è quella della priorità della persona umana in tutte le sue sfaccettature, con il proprio bagaglio di diritti inviolabili.

Detto ciò, rinnovo i ringraziamenti a tutti i Relatori, presentandoli brevemente.

Presiede l'odierna seduta il Dott. Alberto Albiani, il quale non necessiterebbe di ulteriori parole. Il Dott. Albiani è Presidente del Tribunale della Libertà di Bologna, uomo di cultura, fine giurista ed autore di numerosi contributi in tema di misure cautelari.

La parola passerà poi al Collega e amico Guido Todaro, al quale devo oltretutto un ringraziamento personale per l'organizzazione scientifica di

---

<sup>5</sup> Dal 2012 il dato del sovraffollamento carcerario in Italia si è leggermente ridotto. Infatti, rimanendo alle rilevazioni fornite dal Ministero della Giustizia (fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria), i detenuti presenti in Italia al 30 aprile 2014 risultavano 59.683, a fronte di una capienza regolamentare pari a 49.091 unità. Rispetto al totale delle unità presenti erano 10.935 i detenuti condannati con sentenza non ancora divenuta definitiva, nonché 10.389 i detenuti in attesa della pronuncia di primo grado: proprio in relazione a queste due ultime categorie è sorta la necessità di un dibattito sull'incidenza delle misure cautelari custodiali. Gli ultimi dati forniti dal Ministero della Giustizia al 30 giugno 2014 segnalano comunque dei passi in avanti: aumentata la capienza regolamentare a 49.461 unità, il totale dei detenuti è diminuito a 58.092 unità, di cui 9.985 i detenuti condannati con sentenza non ancora definitiva e 9.999 coloro in attesa della sentenza di primo grado.

Da segnalare, infine, come la Commissione permanente per le libertà civili, giustizia ed affari interni (LIBE) presso il Parlamento Europeo, abbia pubblicato un proprio rapporto sullo stato delle prigioni in Italia successivamente ad un'analisi compiuta nei giorni 26-28 marzo 2014, dal quale è emerso che «*Prison overcrowding is not only the result of higher crime rates or improved effectiveness in investigating crimes and sanctioning perpetrators. The problem is also related to the excessive length of criminal proceeding and the subsequent pre-trial detention and, above all, it is related to the insufficient use of non-custodial measures*».

quest'incontro di studi. Il Collega Todaro ha scritto numerosi contributi, in particolare per la rivista *Cassazione Penale*, nonché è recente coautore di un libro dedicato alla difesa nel procedimento applicativo delle misure cautelari personali: opera tanto rigorosa sotto il profilo scientifico quanto utile strumento pratico per gli operatori del diritto.

Successivamente, intervorrà il Dott. Rocco Criscuolo, magistrato presso il Tribunale della Libertà di Bologna, anch'egli fine giurista.

Seguirà l'Avv. Chiara Rizzo, consulente dell'Associazione "Chiusi Fuori", quest'ultima dedita alla socializzazione e risocializzazione dei detenuti ed *ex* detenuti giunti al termine del loro periodo di detenzione carceraria.

Quindi intervorrà il Dott. Filippo Maltese, Presidente dell'Associazione denominata U.V.a.P.Ass.A (Unione Volontari al Pratello Associazione di Aiuto), la quale opera all'interno dell'Istituto penale per minori Pietro Siciliani di Bologna.

Chiuderemo i lavori con la Dott.ssa Elena Valentini, Ricercatrice in Procedura penale nell'Università di Bologna. Elena Valentini, che peraltro è di origini riminesi, è anch'ella autrice di numerosi contributi, tra cui recentemente una monografia dedicata alla domanda cautelare.

Non ritenendo opportuno sottrarre ulteriore tempo, cedo immediatamente la parola al Presidente Albiani.

ALBERTO ALBIANI\*

RELAZIONE DI APERTURA

Ringrazio per questo invito, che mi lusinga. Grazie perciò alla Sezione riminese dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati, oggi peraltro qui presente nei suoi vertici. Grazie al Presidente del Tribunale, che ci ospita in questa splendida cornice. Grazie al Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Rimini, che ha voluto accoglierci con parole cortesi e incoraggianti. Grazie a tutti Voi, che siete qui, a dispetto delle mille diversioni (seppure forse non ancora balneari) che il clima e l'ambiente offrono.

Dicevo che la scritturazione mi lusinga, mi onora: perché attesta che riscuoto ancora qualche credito e non sono maturo per l'immediata rotamazione. In effetti, debbo dire che come formatore sono stato sempre molto più largamente gettonato dall'Avvocatura, non solo distrettuale, che dalla mia categoria, in particolare nel mio Distretto, dove – bene o male – presiedo da molti anni l'Ufficio che, nella sostanza, è la Corte d'Appello Cautelare. Ma, si sa, *nemo propheta in patria*. D'altronde, la costante internità a un contesto specifico, nella misura in cui ci espone nelle umane debolezze della quotidianità, rischia di insidiarci l'immagine e non esalta il prestigio di cui possiamo godere (tant'è che si usa dire che nessuno è eroe per il suo valletto di camera). Ma l'Avvocatura, per fortuna, mi vede ancora assiso sullo scranno presidenziale, avvolto nella barba bianca, da cui solennemente esalo oracoli cautelari. Addirittura, l'Avv. Todaro, nell'inviarci il programma del seminario, a un certo punto mi definisce – non sto scherzando – «primo motore immobile»: attributo nientemeno che divino. E qui sono cominciati i miei guai psicologici. Perché mi è sovvenuto di Cesare, che, varcato il Rubicone il 10 gennaio (non il 15 marzo) del 49 a.C., e occupata Rimini (come io sto facendo), poi, vincitore nella guerra civile così scatenata, ebbe la saggezza e la previdenza di rifiutare le prerogative divine

---

\* Presidente del Tribunale della Libertà di Bologna.

a quel punto attribuitegli. Anch'io, per prudenza, seppure a malincuore, ho respinto l'appellativo di «primo motore immobile». Ma a quel punto – come sempre faccio quando mi imbarco in avventure seminariali – ho tratto gli auspici, prendendo a sospettare che il diabolico Todaro mi avesse attirato nella più terribile delle trappole. A che cosa corrisponde il 15 marzo nel calendario romano, se non alle Idi di Marzo, che furono fatali a Cesare? Mi dovevo verosimilmente aspettare, nel corso di questo convegno, 23 pugnalate. Mi ero momentaneamente ringalluzzito, illudendomi che lo scenario imperiale, e il conseguente cesaricidio, fossero ancora lontani, dal momento che l'aver affiancato a me, presidente ed introduttore, l'Avv. Annibalini, nella veste di co-introduttore e moderatore, sembrava riecheggiare piuttosto la formula istituzionale del consolato. Naturalmente, le preoccupazioni restavano: perché, in presenza di questa apparente duplicità di registi, si sarebbe trattato di evitare il ripetersi della disfatta di Canne, del 2 agosto del 216 a.C., provocata dalla non brillantissima regola dell'alternanza al comando (un giorno l'uno, il giorno successivo l'altro) fra due Consoli, Lucio Paolo Emilio e Gaio Terenzio Varrone, dalle strategie diametralmente opposte. Ma, mentre mi lambiccavo il cervello per vedere come conciliare il mio senile attendismo (assimilabile alla strategia di Paolo Emilio, che però lasciò la vita sul campo) con la giovanile esuberanza e irruenza (degne di Varrone, che invece riuscì a farla franca) del mio co-regista, la verità mi si è all'improvviso dischiusa con tutta la sua prorompente evidenza. Ma quale Consolato? Quali Consoli? Chi è mai – visto che *nomina sunt consequentia rerum* e, comunque, *nomen omen* – chi è mai l'Avv. Annibalini, se non un discendente o un epigono di quell'Annibale che, appunto a Canne, inflisse ai Romani una della più tragiche sconfitte della loro storia, mettendo a rischio la stessa sopravvivenza dell'Urbe?

Incurante di tanti e tanto infausti presagi, sono intrepidamente qui, a pie' fermo, per tentare di coordinare al meglio, riconducendoli quanto più possibile ad unità (l'unità tematica, intendo, enucleata dal titolo), apporti così numerosi ed eterogenei, oltre che qualificati.

Il numero dei contributi mi costringerà, onde lasciare a ciascuno lo spazio che gli compete e gli è stato riservato, ad essere molto fiscale nella gestione dei tempi, di cui – e me ne scuso in anticipo – dovrò perciò imporre il rispetto, tenendo conto delle indicazioni di durata fornitemi dall'organizzatore, Avv. Todaro, previe intese con ciascuno dei Relatori.

L'introduzione che sto svolgendo Vi impegnerà per quindici minuti complessivi. Quanto ai successivi interventi, le indicazioni temporali che fornirò sono comprensive di uno spazio finale di cinque minuti per ciascun Relatore: due o tre, onde assicurare all'interventore l'elasticità neces-

saria a concludere non bruscamente l'argomento trattato allo scadere del tempo assegnatogli; due o tre a me, per poche parole di eventuale sintesi e ricordo.

Bene, prima di illustrare quello che potremmo chiamare il piano dell'opera, concedetemi una parola che mi pare Vi sia dovuta per ragioni di onestà intellettuale. Il titolo può prestarsi ad essere inteso, ma non deve, come coordinato coagulo di intenzioni e programmi, di diversificata provenienza, volto all'obiettivo del decongestionamento delle carceri, attraverso determinati usi dello strumento della custodia cautelare. In questi secchi termini, potrebbe ingenerare un equivoco. Che anche un magistrato, in quanto cittadino, auspichi la rapida soluzione del problema del sovraffollamento degli istituti di pena, è lecito e, direi, commendevole. Altrettanto è a dirsi per i magistrati, in quanto aggregantisi nel corpo collettivo dell'associazione di categoria. Ma il magistrato, in quanto funzionario statale (e io e il Dott. Criscuolo siamo qui appunto come operatori del diritto incardinati in un Tribunale della Libertà), nell'esercizio della giurisdizione non ha, né può avere, obiettivi o programmi di portata generale. Il giudice è soggetto soltanto alla Legge e alla Legge esclusivamente deve dunque far capo. Che poi oggi, consolidatosi il convincimento (le cui radici affondano in anni ormai lontanissimi) che l'interpretazione della Legge si traduce sempre inevitabilmente in un'operazione giuspoietica (creativa del diritto), ci si stia, da parte della dottrina più avvertita e degli stessi operatori, accorgendo – precipuamente per il dischiudersi degli orizzonti sovranazionali e il moltiplicarsi degli ordinamenti, in forma di arcipelago, e non più nell'assetto piramidale cui eravamo avvezzi – della rapida (e forse non arginabile) ascesa del giudice verso la (condivisione della) funzione nomopoietica (di creazione della norma stessa), lungi dal concedere al giudice mano libera, vieppiù lo deve sensibilizzare, per converso, ad un uso responsabile del suo potere, meno agevolmente perimetrabile. Detto altrimenti, se è pur vero – sarebbe ingenuo nasconderselo – che, nell'obiettività dei fatti, dalla specola del sociologo, ed anche dell'osservatore politico, la giurisdizione finisce per svolgere una funzione di cuscinetto fra Stato e apparato normativo da una parte, e corpo sociale e relative istanze dall'altro, l'operato del singolo giudice non si ispira a un simile obiettivo, a pena di confondere funzione, e metodo che la informa, con il risultato storico-sociale dell'operato complessivo di tutti gli anonimi giudicanti (o apprendisti stregoni, in quanto potenziali legislatori) che compongono l'ordine giudiziario.

Calato nello specifico contesto dell'odierno seminario, questo mio dire si risolve nell'assunto che non compete al singolo giudice piegare le norme, o peggio disattenderle, in vista di un obiettivo di politica giudiziaria,

corrispondente all'esigenza (da tutti noi, da tutti noi – beninteso – drammaticamente avvertita) di restituire al carcere un volto non disumano. Non si deve chiedere al giudice di distorcere la lettura degli artt. 274 ss. c.p.p. (o addirittura dell'art. 273 c.p.p.), per contribuire a ridurre la popolazione carceraria.

Potrà invece e dovrà il giudice cautelare dar fondo agli strumenti tecnici offertigli dalle norme ordinarie, letti alla luce del faro costituzionale, che, attraverso la finestra dell'art. 117 Cost., riceve ossigeno rivitalizzante dal diritto sovranazionale, per offrire le massime garanzie sul terreno della libertà personale. Noi ci siamo mossi in questa direzione in tema di proporzione, di applicazione per così dire estensiva della portata di determinate sentenze della Consulta, che venivano falciando il catalogo dei delitti a cattura quasi obbligatoria di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p., di rigorosa lettura del giudicato cautelare come preclusione operante anche nei confronti della pubblica accusa, di oreficeria cautelare (alludo ai braccialetti elettronici, che ci hanno visto pionieri nel Distretto). Ma sempre, lo ripeto, all'interno delle nostre attribuzioni. Vogliamo essere più concreti? Il giudice non può, nel momento impositivo della cautela, disapplicare l'art. 275 c.p.p., non disponendo la custodia carceraria, perché le generali condizioni degli istituti di pena si vanno progressivamente degradando. Potrà invece forse, in seguito, *ex artt.* 299 o 310 c.p.p., attribuire efficacia dissuasiva superiore all'ordinario ad una cautela carceraria subita in condizioni di particolare disagio.

Giudici e avvocati debbono avere una cultura comune, come vado ripetendo da anni in tutte le occasioni in cui ho *os ad loquendum*, ma non sono portatori di interessi comuni. Il giudice è disinteressato per definizione (a pena di ricusabilità), più del testimone (che può essere anche parte lesa). Il difensore è un libero professionista, il cui interesse è il riflesso del dovere di utilità che si è (sinallagmaticamente) assunto nei confronti del cliente.

Ancora: guardarsi dai condizionamenti del contingente, che ci rendono miopi. Il vero problema, di natura strategica e non tattica, non è trovare – nella concitazione impostaci dall'imminente scadenza del 28 maggio fissataci dalla ahimè troppo nota sentenza Torreggiani – la bacchetta magica con cui ridurre improvvisamente la popolazione carceraria nei limiti dettati dalla capienza complessiva dei nostri istituti penitenziari (corrispondente a circa 47.000 posti). La capienza totale delle carceri non può essere predefinita, e per di più rigida, ma è una funzione della realtà criminologica, in continua evoluzione, di un determinato Stato. Se il Paese cui ci ispiriamo

(lo riconoscerete nelle note che intono<sup>1</sup>), avendo una popolazione quintupla della nostra, conta un numero di detenuti nell'ordine dei milioni, noi, con una criminalità sempre più aggressiva e dilagante, possiamo, e vogliamo permetterci di restare ancorati ad una capienza complessiva che ne risulta quanto mai inadeguata per difetto? Se ci ostineremo a farlo, immancabilmente, a breve, ci imbattemo in pressanti richieste d'ordine, in provvedimenti eccezionali (o emergenziali, come oggi li si chiama), nella recrudescenza delle pulsioni giustizialiste, nelle velleità di reintroduzione della pena capitale, e così via ... lungo una china esattamente opposta a quella della rivitalizzazione della cultura e della riscoperta dei valori del civismo, che sole ci possono offrire uno spiraglio di salvezza dal degrado.

L'obiettivo strategico (come dicevo) è – restituendo alla Giustizia l'attenzione (anche in termini di stanziamenti, s'intende) che merita in un Paese che voglia definirsi progredito – da un lato conciliare capienza carceraria indispensabile e condizioni di vita non degradanti (ma semmai ispirate al principio di rieducatività), e dall'altro, nel lungo termine e rimboccandosi le maniche, porre, fuori e prima dell'intervento giudiziario, le condizioni per sconfiggere la diffusa e sempre più contagiosa (in)cultura dell'illegalità, iniettare di nuovo fiducia nel corpo sociale ed orientare le nuove generazioni verso il significato di una consapevole e partecipata, quantunque ardua, cittadinanza.

Solo così si può sperare di contenere la delinquenza, anche grave, nei limiti di una irriducibile (perché ineliminabile è), ma non disumanamente gestibile fascia di devianza.

Con queste premesse, ecco il piano dell'opera:

– Guido Todaro, avvocato e accademico. 30 minuti complessivi (25 + 5). Passerà in rassegna gli interventi con cui la Corte costituzionale ha potato spietatamente il catalogo dei delitti sottoposti al regime di duplice presunzione di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. (presunzione, vincibile, di pericolosità, che, se non vinta *in toto*, innesca la presunzione di adeguatezza del solo carcere), o meglio ha, per molte fattispecie, rimodulato quel regime, consentendo di calibrare la cautela in ragione dell'effettivo *periculum libertatis* e di trascogliere all'uopo quello minimo necessario fra i molteplici presidi approntati dall'ordinamento. Da quella ricognizione, il Relatore trarrà spunto per la rivisitazione degli automatismi (o presunti tali, a proposito di presunzioni) di cui all'art. 284 comma 5-*bis* e all'art. 276 comma 1-*ter* c.p.p.

---

<sup>1</sup> Le prime note dell'inno nazionale statunitense, canticchiate dal Relatore.

– Alberto Albiani, magistrato cautelare. 45 minuti complessivi. Ripercorrerà le coordinate essenziali dell'istituto della retrodatazione *ex art.* 297 comma 3 c.p.p., attraverso gli arresti delle Sezioni unite e gli interventi additivi o caducatori della Consulta, per arrivare poi a concentrarsi sull'ultimo di essi e sulla ordinanza di promovimento che l'ha suscitato, pronunciata dal Tribunale della Libertà di Bologna, non senza, da ultimo, adombrare un'ulteriore, possibile questione di costituzionalità *in subiecta materia*. Di seguito, farà cenno della lettura del principio di proporzione a suo tempo fornita dal Tribunale della Libertà di Bologna, nel suo nucleo fondamentale disattesa dalle Sezioni unite, ma emblematicamente riemergente in prospettiva *de iure condendo*, salva sempre la possibilità di un'ulteriore sollecitazione del giudice delle leggi, alla cui ortopedia l'arresto di legittimità in tema di proporzione potrebbe forse esporsi. Ancora un accenno alla dilatazione in via interpretativa, da parte dei giudici ordinari (in particolare, il Tribunale della Libertà di Bologna, in un caso orientatosi in tal senso), della portata caducatoria delle pronunce della Consulta esaminate da Guido Todaro. Infine, pur in pillole, vita, morte e miracoli del monile elettronico di cui all'art. 275-*bis* c.p.p.

– Rocco Criscuolo, magistrato cautelare. 45 minuti complessivi (40 + 5). Ci condurrà nei meandri dell'ancora non del tutto esplorato istituto di creazione giurisprudenziale del giudicato cautelare, e del suo ancora più sfuggente fratello cadetto: il giudicando cautelare. Naturalmente, stante la cornice definita dal titolo del seminario, l'analisi proposta assume peculiare interesse, laddove scandaglia quel versante che individua preclusioni per l'accusa, tarpando le ali al proliferare di iniziative cautelari già bocciate.

– Chiara Rizzo, avvocato. 30 minuti complessivi (25 + 5). Ci darà il polso della situazione carceraria, declinata dall'angolo visuale più drammatico: quello dell'amministrato. Darà conto delle recenti novità normative, generate dall'approssimarsi della scadenza impostaci dalla sentenza Torreggiani. Riferirà dei primi effetti di tali sopravvenienze legislative e lancerà lo sguardo sugli scenari futuri, anche in ottica *de iure condendo*.

– Filippo Maltese, Presidente dell'Associazione U.V.a.P.Ass.A - *Unione Volontari al Pratello Associazione di Aiuto* (Organizzazione di volontariato all'Istituto Penale Minorenni Pietro Siciliani di Bologna). Ma in queste denominazioni, c'è lo zampino di Lina Wertmüller? 20 minuti (15 + 5). Qui la specola del Relatore è orientata verso il reclusorio minorile. L'intervento – che sonda, in tutta la loro possibile latitudine, le alternative al carcere, soprattutto per il minorenni primario – si interroga sull'opportunità di una coda minorilistica alla legislazione recentissima: trampolino speculativo

verso la domanda più impegnativa, ovvero se sia rimuovibile lo strumento custodiale.

– Elena Valentini, accademica, forte anche di esperienza forense. 30 minuti (25 + 5). Ultima ad intervenire, secondo la sua richiesta, per ragioni di complessiva coerenza del nostro programma seminariale. Ella è infatti investita dell'analisi a tutto campo delle prospettive *de iure condendo*, via via affollantisi attorno al tema drammatico del sovraffollamento. Si spazia dall'applicazione congiunta di misure leviori, agli interventi di ridimensionamento, se non di demolizione, dei regimi presuntivi; dall'innalzamento della durata minima delle misure interdittive (onde renderle utilmente praticabili, in alternativa alle scelte estreme), fino al vaglio di liceità costituzionale di determinate tecniche di motivazione del provvedimento cautelare.

In chiusura, se rimarranno 5 minuti, vorrei, come è mia abitudine quando gioco in trasferta, rendere un breve omaggio alla città che mi ospita, però rimanendo, sia pure scherzosamente, nel perimetro del tema dibattuto.

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 libro<sup>1</sup>, poc'anzi ricordato dall'Avv. Annibalini.

---

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

<sup>1</sup> 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 Torreggiani<sup>2</sup> – su cui sono stati giustamente versati fiumi d'inchiostro<sup>3</sup> 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 inesorabilmente<sup>4</sup> e gli interventi del legislatore – affidati a due timidi svuota-carceri del luglio e del dicembre 2013<sup>5</sup> – si sono rivelati radicalmente inadeguati rispetto al denunciato «ca-

---

<sup>2</sup> C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

<sup>3</sup> 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*.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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»<sup>6</sup> della situazione che affligge i nostri istituti penitenziari<sup>7</sup>.

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-

---

<sup>6</sup> 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 3m<sup>2</sup> per detenuto, è tale da costituire di per sé sola causa di violazione dell'art. 3 della Convenzione europea.

<sup>7</sup> 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»<sup>8</sup> 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 conti<sup>9</sup> – 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. Italia<sup>10</sup> 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.

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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 costituzionale<sup>11</sup> 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 custodia<sup>12</sup> – 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 posizione<sup>13</sup>, 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

---

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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 leggi<sup>14</sup>.

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

---

<sup>14</sup> 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 possibile<sup>15</sup> – 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

---

<sup>15</sup> 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 Grevi<sup>16</sup>,

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 costituzionalità<sup>17</sup> nonché il vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>18</sup>. 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

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.*

<sup>18</sup> 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 informativi del sistema cautelare personale e, nello specifico, con i criteri basilari che dovrebbero guidare la discrezionalità del giudice nell'applicazione delle misure<sup>19</sup>. A ciò si aggiunga che analogo meccanismo

---

<sup>19</sup> 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. 94<sup>20</sup>.

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.

---

<sup>20</sup> 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 sessuale<sup>21</sup>, 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 personale<sup>22</sup>. 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

---

<sup>21</sup> 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*.

<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>; 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. 309<sup>24</sup>; 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 1998<sup>25</sup>; dunque, la sentenza n. 110 del 3 maggio

---

<sup>23</sup> 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?*.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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 474<sup>26</sup>; 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 concorso<sup>27</sup>; 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.<sup>28</sup>; 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.<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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)*.

<sup>28</sup> 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*.

<sup>29</sup> 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 cautelari<sup>30</sup>, 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.

<sup>30</sup> Cfr., al riguardo, F. CORDERO, *Procedura penale*<sup>9</sup>, 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 2012<sup>8</sup>, p. 303, il quale evidenzia come si sia in presenza di «una formula legislativa di natura ipocrita che, imponendo una vera e propria

za<sup>31</sup>. 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 relativa<sup>32</sup>. 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».

<sup>31</sup> 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».

<sup>32</sup> «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 imposto<sup>33</sup>. 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'imputato<sup>34</sup>.

### 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.

---

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

<sup>34</sup> 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 scaturita<sup>35</sup>.

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 statuito<sup>36</sup>:

---

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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 figlio<sup>37</sup>; 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'ordinanza<sup>38</sup>; 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 appartamento<sup>39</sup>.

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

---

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

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

<sup>39</sup> 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 intollerabile<sup>40</sup>.

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 affermato<sup>41</sup>:

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

---

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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 detto<sup>42</sup>:

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-

---

<sup>42</sup> 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 carceraria<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> 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 carceri<sup>44</sup>.

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 Repubblica<sup>45</sup> nonché il severo monito della Corte costituzionale<sup>46</sup>.

Ma io debbo restare con i piedi per terra. E dunque, al di là dei rimedi *de iure condendo*<sup>47</sup> – 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.

<sup>44</sup> G. ILLUMINATI, *Carcere* cit., p. 2376 s.

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

<sup>46</sup> Corte cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279, in [www.penalecontemporaneo.it](http://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](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>47</sup> 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.

ALBERTO ALBIANI\*

CONTESTAZIONI A CATENA, PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ  
E ALTRE QUESTIONI (DI GIARDINAGGIO  
E ORIFICERIA CAUTELARE)

Sommario: 1. Retrodatazione delle ordinanze cautelari ex art. 297 comma 3 c.p.p. – 2. Proporzionamento ex art. 275 comma 2 c.p.p. quantitativamente intesa. – 3. Estensione, da parte del giudice ordinario, della potestà, via via eseguita dalla Consulta, del catalogo dei delitti a cattura quasi obbligatoria. – 4. Oreficeria elettronica.

**1. Retrodatazione delle ordinanze cautelari ex art. 297 comma 3 c.p.p.**

Naturalmente non ne riferisco nel dettaglio, perché mi rivolgo a un uditorio qualificato, cui gli istituti sono noti. Soltanto poche coordinate di inquadramento, per allestire la cornice in cui innestare il *report* (credo si debba dire così) della recente vicenda Polcino, che ha visto il Tribunale della Libertà di Bologna doppiamente protagonista, in quanto autore prima di ordinanza annullata con rinvio dalle Sezioni unite del Supremo Collegio<sup>1</sup>, ma poi di altra ordinanza con cui si è (lo dico naturalmente per compiacere Todaro) ribellato, armandosi della fionda di David per opporsi al colosso rappresentato dall'autorevolezza delle Sezioni unite, ossia, tecnicamente, ha sospettato la non conformità al dettato costituzionale dell'art. 309 c.p.p., in relazione appunto all'art. 297 comma 3 c.p.p., nella lettura datane per

---

\* Presidente del Tribunale della Libertà di Bologna

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2012, n. 45246, Polcino, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1412 ss., con nota di D. CAPPUCCIO, *Il giudice del riesame deve dichiarare l'inefficacia del titolo ex art. 297, comma 3, c.p.p. se tutti gli elementi per la retrodatazione risultino dall'ordinanza cautelare: un parziale mutamento di indirizzo delle Sezioni unite*, secondo cui «in tema di contestazione a catena, la retrodatazione della decorrenza del termine di custodia cautelare può essere dedotta anche in sede di riesame solo se per effetto della retrodatazione lo stesso termine sia interamente scaduto al momento della emissione del secondo provvedimento cautelare e se tutti gli elementi risultino desumibili dall'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva».

l'appunto dalle Sezioni unite della Corte nomofilattica con la sentenza che ci aveva cassati, ricevendo infine l'avallo del giudice delle leggi<sup>2</sup>.

Bene: come già ricordavo, l'istituto della retrodatazione nasce e si diffonde, nel settimo decennio del secolo passato, grazie all'impegno garantista della giurisdizione ordinaria, per arginare il fenomeno dei provvedimenti di cattura sequenziali, che potevano trasformare le vicende di custodia cautelare (espressione anacronistica, posto che allora ci si esprimeva in termini di "carcerazione preventiva") in vere e proprie lunghissime pene detentive. Ho già prima accennato – e dunque non ripeto – le tappe con cui il legislatore ha via via recepito l'istituto di favore. Ricordo che l'approdo normativo del '95 lo estende dalle ordinanze emesse per il medesimo fatto, ancorché diversamente circostanziato o qualificato, da quelle per reati in rapporto di concorso formale, nonché dai casi di *aberratio ictus* plurilesiva e *aberratio delicti* con pluralità di eventi, ai casi – e si tratta di un grande balzo in avanti – di ordinanze emesse per fatti connessi ai sensi dell'art. 12 comma 1 lett. b) e c) c.p.p., limitatamente, quanto alla lett. c), all'ipotesi di reati commessi per eseguire gli altri. Si è molto censurata la formulazione della disposizione, così come novellata nel '95. La si è tacciata di mancanza di perspicuità. Ora, si può convenire che si tratti di disposizione ad alta densità tecnica, e che a una prima lettura possa riuscire di ardua interpretazione, ma a me non è mai parso che sia astrusa né che si ponga all'esegeta come un *rebus*.

Sostanzialmente, che cosa dice il testo dell'art. 297 comma 3 c.p.p. nella versione del '95 (mi riferisco al caso dei delitti qualificatamente connessi, perché, se abbiamo riguardo alle situazioni già precedentemente recepite dal legislatore, profili di problematicità non se ne colgono)? Perché operi la retrodatazione, debbono concorrere tre condizioni: medesimezza della misura disposta *hic et illic* (salva la parificazione della cattività domestica alla

---

<sup>2</sup> Corte cost., sent. 6 dicembre 2013, n. 293, in *Cass. pen.*, 2014, p. 792 ss., con osservazioni di E. APRILE, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 309 c.p.p., in quanto interpretato nel senso che la deducibilità, nel procedimento di riesame, della retrodatazione della decorrenza dei termini di durata massima delle misure cautelari, prevista dall'art. 297 comma 3 del medesimo codice, sia subordinata – oltre che alla condizione che, per effetto della retrodatazione, il termine sia già scaduto al momento dell'emissione dell'ordinanza cautelare impugnata – anche a quella che tutti gli elementi per la retrodatazione risultino da detta ordinanza. In argomento, cfr. E. VALENTINI, *La Corte costituzionale boccia le Sezioni unite: il giudice del riesame può dichiarare la retrodatazione anche ove questa non risulti dal testo dell'ordinanza cautelare impugnata*, *ivi*, p. 1202 ss.

custodia carceraria); anteriorità dei fatti di cui alla seconda ordinanza rispetto all'emissione della prima; coincidenza o connessione qualificata fra i reati di cui alle due ordinanze. V'è una quarta condizione, solo eventuale: se nel primo procedimento è intervenuto il rinvio a giudizio, la retrodatazione opera se i fatti di cui alla seconda ordinanza erano desumibili anteriormente a tale rinvio. Questo l'impianto consegnatoci dalla novella n. 332 del 1995.

A quel punto cominciano, martellanti, gli interventi delle Sezioni unite. Già due anni dopo, nel '97, interviene il primo arresto della massima istanza giurisdizionale, la sentenza Atene<sup>3</sup>, ove si chiarisce che la retrodatazione opera anche rispetto a ordinanze emesse in procedimenti separati. Quando dico "si chiarisce" mi esprimo però forse impropriamente, nel senso che si era ancora a uno stadio alquanto fluido dell'interpretazione giurisprudenziale, e i contorni dell'istituto, anche con riferimento allo specifico tema allora affrontato, non presentavano un soddisfacente livello di definizione. Fu comunque una proposizione di apertura.

Occorrerà attendere la seconda pronuncia delle Sezioni unite, la sentenza Rahulia<sup>4</sup>, del 2005, per avere una lettura profondamente chiarificatrice. La sentenza Rahulia fa giustizia della copiosa giurisprudenza di merito (ma anche di legittimità) che pretendeva, per l'operatività della retrodatazione, condizioni ulteriori, o comunque diverse, in senso sfavorevole, rispetto a quelle che la legge (secondo me, in maniera non poi così tortuosa) detta. Si esigeva la desumibilità dei fatti di cui alla seconda ordinanza anteriormente all'emissione del primo provvedimento cautelare, addirittura identificando poi nella nozione di "fatti" (da potersi appunto precedentemente desumere) i gravi indizi giustificativi della seconda cautela. Tutto ciò la legge non dice, né vuole, e la sentenza Rahulia fu puntuale, oltre che provvida, nel fare pulizia: nessuna condizione di desumibilità, se non v'è stato rinvio a giudizio nel primo procedimento; e, se v'è stato, desumibilità anteriore a tale rinvio (e non anche alla prima ordinanza), ma dei fatti (e non anche del relativo apparato probatorio, rilevante *ex art. 273 c.p.p.*). Di fondamentale importanza (perché lasciò spiazzati quasi tutti gli interpreti, in precedenza

---

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. un., 25 giugno 1997, n. 9, Atene, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3000, con nota di M. VESSICHELLI, *Sulla decorrenza dei termini di custodia cautelare per fatti connessi oggetto di procedimenti diversi*.

<sup>4</sup> Cass. pen., sez. un., 10 giugno 2005, n. 21957, Rahulia, in *Guida dir.*, 2005, fasc. 34, p. 79, con nota di R. BRICCHETTI, *Se i procedimenti sono separati serve la desumibilità dagli atti*.

adagiatisi su assunti tralatizi, ereditati dai decenni antecedenti) tale ultimo rilievo, ossia che la desumibilità attiene ai fatti (così si esprime la legge: “fatti”), semplicemente giustificativi dell’iscrizione della *notitia criminis* a carico di soggetto identificato, dal momento che la stessa avrebbe imposto la trattazione dei reati (di cui alle distinte ordinanze) all’interno dello stesso alveo processuale. La *voluntas legis* era lì, espressa nella disposizione in termini (in questo caso) limpidi: ma – come osserva Sciascia – nulla si cela meglio dell’evidenza. Contemporaneamente, la sentenza delle Sezioni unite “apre” su un fronte ulteriore, espandendo il campo d’azione dell’istituto di favore al di là del perimetro che il legislatore, ancora con la novellazione del ’95, aveva tracciato. Si afferma nella *Rahulia*, sia pure *obiter* (ma l’asserto è fondamentale, perché verrà ripreso dai *dicta* delle successive sentenze delle Sezioni unite), che la retrodatazione opera anche fra delitti non qualificatamente connessi, ma a condizioni tutt’affatto diverse, e cioè che non solo i delitti di cui alla seconda ordinanza emergessero anteriormente all’adozione della prima, ma essi fossero altresì apprezzabili (desumibili) al livello della gravità indiziaria legittimante l’imposizione della cautela.

A pochi mesi di distanza dalla sentenza *Rahulia* interviene la Corte costituzionale, con la prima delle sue pronunce *in subiecta materia*, ossia la n. 408 del 2005<sup>5</sup>, che, apparentemente allineandosi alle Sezioni unite in tema di reati non qualificatamente connessi, in realtà afferma che la disposizione, così come interpretata dalla *Rahulia*, non è ancora vigente nell’ordinamento: tant’è che la Consulta dichiara incostituzionale l’art. 297 comma 3 c.p.p. laddove non ammette l’operatività della retrodatazione fra ordinanze emesse per fatti non qualificatamente connessi, pur in presenza delle condizioni indicate dalla *Rahulia* (desumibilità dei gravi indizi del delitto di cui alla seconda ordinanza anteriormente all’emissione della prima). Solo da quel momento, o, meglio, soltanto dal giorno successivo alla pubblicazione dell’arresto n. 408/05 sulla Gazzetta Ufficiale, serie speciale della Corte costituzionale, la norma entra a pieno titolo nell’ordinamento processual-penalistico<sup>6</sup>. Siamo al cospetto di una sentenza non tanto additiva, quanto

---

<sup>5</sup> Corte cost., sent. 3 novembre 2005, n. 408, in *Guida dir.*, 2005, fasc. 45, p. 49, con nota di R. BRICCHETTI, *I termini decorrono dalla prima ordinanza che ha accertato gli indizi di colpevolezza*.

<sup>6</sup> Mette conto rilevare che la Consulta, pronunciatisi su sollecitazione di un Tribunale della Libertà, investito in sede di rinvio a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione, ebbe, fra l’altro, ad osservare testualmente: «non può

“superadditiva”, perché, oltre ad estendere il campo di operatività di un istituto (la retrodatazione, allargata ai delitti non qualificatamente connessi), lo disciplina pure, in quella sua novellamente riconosciuta maggior latitudine.

Sulla scia della sentenza della Corte costituzionale, ma – a me pare – seriamente tarpandone la portata, intervengono di nuovo le Sezioni unite: questa volta si tratta della sentenza Librato<sup>7</sup>, pronunciata sul finire del 2006 e depositata, quanto alla parte motiva, nella primavera successiva. Vi si dice effettivamente che la retrodatazione è istituto applicabile (anche) ai reati non qualificatamente connessi, a quelle precise condizioni già individuate dalla Rahulia e dalla sentenza n. 408 del 2005 della Consulta, nonché, a quali ulteriori condizioni?: che le ordinanze rispetto alle quali si invochi l’istituto di favore, se non emesse nel medesimo procedimento, siano state adottate in procedimenti pendenti davanti alla medesima autorità giudiziaria, e che la separatezza dei procedimenti possa essere dipesa da una scelta del pubblico ministero. A me pare che, così esprimendosi, la sentenza Librato delle Sezioni unite eluda la portata storica delle precedenti pronunce, che abbiamo appena passato in rassegna, relegandola a un dipresso nei limiti di un’affermazione di principio, destinata ad un assai angusto ambito di operatività. Quanti sono, statisticamente parlando, i casi di applicazione? La vera sfida (ma io non ho ancora rinvenuto adeguati strumenti argomentativi) starebbe forse nell’investire di nuovo la Consulta, perché verifichi la rispondenza al dettato costituzionale (quantomeno con riferimento all’art. 3 della Carta fondamentale, ma credo che sullo sfondo si stagli sempre anche l’art. 13 Cost.) di una norma che ammette la retrodatazione a quelle due condizioni aggiuntive che ho testé ricordato, escludendo gli altri casi, i molti casi, che vengono sovente all’attenzione del giudice cautelare, di procedimenti pendenti davanti ad autorità giudiziarie diverse (o anche alla stessa, ove la separatezza non dipenda da possibili strategie dell’accusa). Ovviamente, tutti ci rendiamo conto che la questione, in quanto proponibile e proposta, potrebbe avere, se accolta, una portata di non poco momento: prospettiva compren-

---

dirsi che l’orientamento da ultimo espresso dalle predette Sezioni unite costituisca “diritto vivente”».

<sup>7</sup> Cass. pen., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535, Librato, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1008 ss., con nota di A. ESPOSITO, *Note in tema di contestazioni a catena e retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare*.

sibilmente suscitatrice di possibili resistenze legate a ragioni di politica criminale. Però, sul piano della sostanza, giustificare in termini di ragionevolezza il senso dell'accennata discriminazione non parrebbe semplice. Ma un conto è la sostanza, ed un conto è la tecnica: si tratta di vedere se, appunto a rigor di tecnica, si danno gli estremi per strutturare una questione di legittimità costituzionale solida e lineare. Non lo so: forse non si otterrebbe la stessa risposta che si è registrata con la sentenza Polcino (la nostra, che, oltre a produrre effetti decisamente meno dirompenti, era, almeno dal nostro punto di vista, pressoché scontata), ma si provocherebbe la Corte costituzionale a fare chiarezza, fornendo una spiegazione ragionevole – che forse non manca – dell'obiettivo sperequazione.

Dopo la sentenza Librato, ulteriore arresto (il quarto), rappresentato dalla sentenza Gurgone<sup>8</sup> (del 2008, depositata nel 2009), dichiarativa dell'innammissibilità del ricorso difensivo e non massimata, che nulla aggiunge, sul piano della chiarificazione, alle linee fondamentali già tratteggiate dalle precedenti (compiendo anzi un passo indietro rispetto ai risultati della Rahulia, posto che, per la retrodatazione di ordinanze emesse per fatti qualificatamente connessi, sembra richiedere, anteriormente al rinvio a giudizio nel primo procedimento, la desumibilità non dei semplici fatti oggetto della seconda ordinanza, ma dei gravi indizi dei medesimi).

Si arriva così alla quinta sentenza delle Sezioni unite, la Iaccarino<sup>9</sup>, che, accogliendo l'indirizzo maggioritario delle Sezioni semplici, assume che la retrodatazione non opera se, nel momento dell'emissione della seconda ordinanza, il procedimento nel quale era stata adottata la prima era già stato definito con sentenza irrevocabile: così affidando la fruibilità o non dell'istituto di favore ad un elemento assolutamente aleatorio, quale il momento del passaggio in giudicato di una sentenza. Non l'avevamo condivisa, ma non la condivise neppure un Collegio della I Sezione della stessa Corte nomofilattica, che, con ordinanza di promovimento<sup>10</sup> redatta dal Consigliere Iannelli, rimise l'art. 297 comma 3 c.p.p., così come in-

---

<sup>8</sup> Cass. pen., sez. un., 27 novembre 2008, n. 1154, Gurgone, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 12, p. 59 ss., con nota di G. ROMEO, *Su contestazioni a catena e giudicato un altro "sbandamento" delle Sezioni unite*.

<sup>9</sup> Cass. pen., sez. un., 23 aprile 2008, n. 20780, Iaccarino, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 31, p. 77 ss., con nota di G. ROMEO, *Sulla retrodatazione dei termini di custodia la soluzione continua a non convincere*.

<sup>10</sup> Cass. pen., sez. I., ord. 28 ottobre 2010, n. 42017, in *C.E.D. Cass.*, n. 248938.

terpretato dalla sentenza Iaccarino, al vaglio del giudice delle leggi. Il risultato era, dal mio modesto punto di vista, intuitivo: la Corte costituzionale<sup>11</sup> dichiarò l'illegittimità della norma risultante dalla lettura di diritto vivente fornite dalla giurisprudenza di legittimità, quale espressa dalla Corte Suprema, nella sua composizione estesa. Da quel momento, della retrodatazione tornarono a potersi avvantaggiare anche gli indagati per i quali la sentenza pronunciata nel primo procedimento fosse già divenuta irrevocabile all'atto della sottoposizione alla seconda cautela. Vi faccio osservare, *en passant*, per offrire un'idea della diversità di vedute in punto di garanzie, che, prima della pronuncia della Corte costituzionale, la Corte di cassazione, a Sezioni semplici, era talora pervenuta<sup>12</sup> a escludere la tecnica praticabilità della retrodatazione anche se, al momento dell'emissione della seconda ordinanza, la sentenza del primo procedimento non fosse ancora divenuta irrevocabile, purché il giudicato fosse però sopravvenuto prima dell'istanza di applicazione dell'istituto di favore: opzione interpretativa che amplificava il profilo di aleatorietà già insito nella lettura delle Sezioni unite. Ma la Corte costituzionale rimette le cose a posto.

Arriviamo così all'ultima sentenza delle Sezioni unite *in subiecta materia* (anche se, in realtà, dovrei dire alle ultime, perché abbiamo a che fare con due sentenze coeve, promananti dal medesimo Collegio): mi riferisco alla sentenza Polcino<sup>13</sup>, suscitata da un'ordinanza del Tribunale della Libertà di Bologna (la seconda sentenza, di pari data e dello stesso segno, non massimata, fu emessa su ricorso avverso provvedimento del Tribunale della Libertà di Venezia). Le Sezioni unite annullano con rinvio un'ordinanza del mio Ufficio, che, in sede di riesame *ex art.* 309 c.p.p., aveva applicato l'istituto della retrodatazione, scarcerando il ricorrente, sul rilievo che, sussistendo i presupposti di cui all'art. 297 comma 3 c.p.p., ed essendo il termine di fase *ex art.* 303 comma 1 lett. a) n. 3), c.p.p. – calcolato facendolo decorrere dall'esecuzione della prima ordinanza cautelare – ormai scaduto al momento dell'emissione del secondo provvedimento coercitivo, ossia

---

<sup>11</sup> Cfr. Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 233, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 33-34, p. 64 ss., con nota di C. MELZI D'ERIL, *Salvi i principi di uguaglianza e durata massima quando si verificano "contestazioni a catena"*.

<sup>12</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, 18 dicembre 2009, n. 5469, in *C.E.D. Cass.*, n. 245911, nonché Cass. pen., sez. I, 16 marzo 2010, n. 12551, in *C.E.D. Cass.*, n. 246704.

<sup>13</sup> Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2012, n. 45246, Polcino cit.

quello dal Collegio della mia Sezione riesaminato, l'indagato non sarebbe stato cautelabile. Così ragionando, ossia verificando che il termine di fase fosse – per effetto della retroattività della decorrenza – già perento all'atto dell'adozione dell'ordinanza riesaminata, il Tribunale della Libertà ritenne di poter fare applicazione dell'istituto anche in sede di riesame, ovvero di gravame deputato al vaglio dei vizi genetici del provvedimento cautelare, e non anche delle cause di sua sopravvenuta inefficacia (quale ordinariamente è la scadenza di un termine nella scansione dell'art. 303 c.p.p.), proprio perché la già intervenuta consumazione del termine veniva escludendo una delle condizioni di legittimità del provvedimento oggetto di riesame, il quale ultimo, in effetti, appariva equiparabile a un'ordinanza cautelare che venga nuovamente emessa a carico dello scarcerato *ex art.* 307 c.p.p., fuori dai casi nei quali soltanto, ai sensi appunto di tale disposizione, l'indagato già affrancato dalla custodia può esservi riassoggettato. Già prima, il Tribunale della Libertà di Bologna veniva da anni così ragionando: perché, lo ripeto, l'ormai intervenuta perenzione del termine di custodia configura una situazione di illegittimità della cautela da ultimo adottata. Contro la nostra ordinanza liberatoria, ricorre per cassazione il pubblico ministero (di Rimini, per l'appunto), il quale non si duole che il Collegio abbia applicato l'art. 297 comma 3 c.p.p. in sede di riesame, ma assume che il Tribunale della Libertà abbia fatto malgoverno della disciplina del nostro istituto. La Sezione della Corte Suprema che ne viene investita, in questo caso la IV, non prende in considerazione per il momento le doglianze del pubblico ministero, ma rileva che il Tribunale ha appunto applicato la retrodatazione in sede di riesame. Dà conto perciò che v'è sul punto un contrasto giurisprudenziale in atto fra le Sezioni semplici del Supremo Collegio e rimette la questione alle Sezioni unite, le quali, non occupandosi a loro volta del ricorso del pubblico ministero, dirimono la questione stessa, nel senso dell'applicabilità della retrodatazione anche in sede di riesame, ma ponendo due condizioni di operatività, nella quali si sostanziano le due *regulae iuris* dettate dalla sentenza: la prima, già da noi – come ho accennato – condivisa, secondo cui il termine di fase invocato dev'essere già scaduto nel momento genetico della seconda coercizione; e la seconda, giusta la quale occorre anche che tutti gli elementi giustificativi della retrodatazione emergano dall'ordinanza riesaminata. La nostra prima ordinanza viene su queste basi annullata con rinvio, in vista della verifica della compresenza anche di detta seconda condizione. Noi, in composizione completamente diversa rispetto alla precedente (questa volta io presiedo e sono altresì relatore), ci troviamo ad affrontare il giudizio di rinvio sotto il vincolo, oltre che della prima, anche della seconda, per noi (ma, in realtà, per tutti) nuova, *regula iuris*. Non abbiamo alternativa al pro-

movimento di questione di legittimità costituzionale<sup>14</sup>, a pena di applicare,

---

<sup>14</sup> Viene in rilievo, in proposito, il seguente passo dell'ordinanza di promovimento:

«sulla rilevabilità delle questioni di legittimità costituzionale in sede di rinvio:

– il problema – come noto – discende dall'obbligo dell'organo del giudizio rescissorio di uniformarsi al principio di diritto enunciato dal giudice di legittimità;

– si pone la questione degli eventuali limiti di tale obbligo;

– ora, si è da lungo tempo venuto chiarendo che non è censurabile davanti al giudice delle leggi, per contrasto con l'art. 24 della Costituzione, l'art. 627 c.p.p., nella parte in cui prevede che non possono rilevarsi nel giudizio di rinvio vizi maturati nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari, e in particolare, “vizi del precedente procedimento di cassazione conclusosi con la sentenza di annullamento”, giacché “la pronuncia di annullamento con rinvio, come ogni altra sentenza della Corte di cassazione, costituisce atto di valore definitivo, che opera quindi la sanatoria di tutte le nullità verificatesi fino a quel momento. Tanto deriva dal sistema adottato dalla Costituzione di porre, con l'art. 111, la Corte di cassazione a vertice di ogni autorità giudiziaria, collocazione organica di cui l'inoppugnabilità delle decisioni è necessario corollario” (Cassazione, Sez. 6<sup>a</sup>, sent. n. 1395 del 7/4/1995 - dep. 2/5/1995 - Pres. Suriano);

– anzi, si è precisato che quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 627 del codice di rito è espressione del più generale principio – munito di copertura costituzionale – di inoppugnabilità della sentenza della Corte di cassazione, dal quale discende la formazione del cosiddetto *giudicato progressivo* per le questioni non dedotte: di guisa che, quantunque l'art. 627, comma 4, c.p.p., faccia espresso riferimento alle sole nullità ed inammissibilità, tuttavia “l'omessa menzione delle cause di inutilizzabilità non implica che le stesse restino rilevabili oltre i limiti segnati dalla decisione di annullamento” (cfr., in particolare, Cassazione, Sez. 5<sup>a</sup>, sent. n. 36769 del 3/10/2006 - dep. 7/11/2006 - Pres. Calabrese);

– diversa però la questione dell'eventuale conflitto con precetti costituzionali della norma da applicarsi da parte del giudice del rinvio, nella vincolante lettura datane dall'organo del giudizio rescindente;

– è ben vero che la Corte nomofilattica, ancora nel 2004 (cfr. Sez. 5<sup>a</sup>, sent. n. 26649 del 7/5/2004 - dep. 14/6/2004 - Pres. Marrone), aveva affermato (sulla scia del precedente arresto n. 1992/93 della Sezione 6<sup>a</sup>) che “la questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto la norma che il giudice di rinvio è tenuto ad applicare ed ha applicato sulla base del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, è irrilevante, in quanto l'eventuale annullamento della norma denunciata non sarebbe, comunque, in grado di produrre effetti nel giudizio *a quo*, non potendosi più porre in discussione un punto della sentenza in ordine al quale si è formato il giudicato”;

---

– sennonché, tale linea interpretativa veniva a confliggere con un’ormai anosa – e sempre tenuta ferma – elaborazione giurisprudenziale del giudice delle leggi, secondo cui “il giudice del rinvio può sollevare dubbi di legittimità costituzionale concernenti l’interpretazione normativa risultante dal “principio di diritto” enunciato dalla Corte di cassazione, dovendo la norma trovare ancora applicazione nella fase di rinvio” (così la sentenza n. 321/95 che si richiamava ai precedenti arresti della Consulta nn. 30/90, nonché 58/95, 257/94, 130/93, 2/87, 21/82, 11/81 e 138/77);

– ed in effetti, la stessa Corte di legittimità, con la sentenza della 6<sup>a</sup> Sezione n. 4546 del 9/1/2009 - dep. 3/2/2009 - Pres. Lattanzi, ha poi – nel ribadire che il giudice del rinvio “deve conformarsi” al principio di diritto dettato dalla Corte suprema, inteso come lettura della norma fornita all’esito del giudizio rescindente, “senza che questo possa dare causa ad un vizio deducibile ex art. 606 c.p.p., o possa determinare, in sede di nuovo ricorso per cassazione, la rimessione delle vicende alle Sezioni unite” – fatto salvo tuttavia il caso che il giudice del rinvio “prospetti una questione di costituzionalità della norma applicata dalla Corte di cassazione con la statuizione del principio di diritto, nella interpretazione dalla stessa data”;

– ora, avvicinandosi al caso in esame, mette conto ricordare come l’ordinanza della Corte costituzionale n. 314/96 abbia messo a fuoco che, se il giudice del rinvio può e, ricorrendone le condizioni, deve promuovere l’incidente di costituzionalità, “una simile regola, operante anche nel caso in cui il principio di diritto enunciato dalla Cassazione costituisca la conseguenza di una linea ermeneutica del tutto isolata, risulta, a maggior ragione, riferibile al caso in cui il detto principio rappresenti l’adeguamento all’indirizzo interpretativo delle Sezioni unite, alle quali spetta il compito, ai sensi dell’art. 618 c.p.p. e dell’art. 173 comma 3 disp. att. c.p.p., di assicurare l’uniforme interpretazione della legge, quando vi sia contrasto tra le Sezioni della stessa Corte”;

– ebbene, altrettanto è a dirsi, ed *a fortiori*, nel caso in attenzione, per via di questa duplice peculiarità:

il principio di diritto promana direttamente dalle Sezioni unite del supremo Collegio;

la questione affrontata attiene alla disciplina della retrodatazione delle ordinanze cautelari: istituto che, essendo di creazione giurisprudenziale ed essendo poi stato fatto oggetto, in tempi diversi (sotto il vigore del precedente e dell’attuale codice di rito), di recepimento normativo, non ha mancato di cadere ripetutamente sotto la specola delle Sezioni unite (ben sette gli arresti del più alto Collegio giurisdizionale, dopo la fondamentale novellazione apportata con la l. n. 332/95), espressesi con interventi esegetici che, stante il ridotto livello di definizione dell’ordito legislativo, hanno assunto per forza di cose marcata impronta nomopoietica;

– si deve ancora aggiungere che, essendo il giudice del rinvio appunto vinco-

altrimenti, una *regula iuris* (la seconda) che a noi pareva irrazionale, nel senso che sembrava introducesse nella disciplina dell'istituto, e più precisamente, nella sua disciplina per così dire esterna (ovvero relativa agli strumenti processuali con cui far valere la fruibilità dell'istituto stesso) un elemento di irrazionalità, sotto vari profili contrastante con specifici dettami della Carta fondamentale. Ne individuammo sei<sup>15</sup>. Com'è intuibile, innanzitutto, un profilo di contrasto con l'art. 3 Cost., perché si veniva a creare una discriminazione non ragionevolmente giustificata fra coloro che abbiano avuto la fortuna di essere sottoposti a cautela da un giudice per le indagini preliminari che, sia pure per disapplicarla, aveva compiutamente discettato sulle condizioni di applicabilità della retrodatazione (il che è piuttosto raro, perché se non la riconosce operante, il giudice cautelare di prime cure tendenzialmente si astiene dal farvi riferimento) e coloro che tale fortuna invece avuto non abbiano. Ancora, inconciliabilità con l'art. 13 comma 5 Cost., là dove impone la predefinizione di termini certi di custodia. La seconda *regula iuris* ci parve ancora confliggere con l'art. 24 comma 2 Cost. (diritto di difesa in ogni stato e grado del giudizio) e con l'art. 25 comma 1 Cost. (che fissa il principio del giudice naturale precostituito per legge, dal quale

---

lato dal principio di diritto enunciato dalla Corte nomofilattica, resta per lo stesso esclusa la ricerca di una lettura alternativa della norma, che risulti costituzionalmente orientata (ricerca cui invece, negli altri casi, il giudice che intenda sollevare incidente di costituzionalità è – secondo l'insistito insegnamento del medesimo giudice delle leggi – previamente tenuto): “[...] il giudice di tale fase, essendo vincolato al detto principio di diritto, non ha possibilità diversa, per contestare le “*regula iuris*” dettata dalla Cassazione, che quella di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma che sarebbe tenuto ad applicare, proprio perché così interpretata” (cfr. ancora ord. n. 314/96 della Corte costituzionale);

– è, dunque, questo Tribunale della Libertà legittimato a sollevare, e, ricorrendone le condizioni, tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale della *regula iuris* secondo cui l'applicazione, in sede di riesame, dell'istituto della retrodatazione, è subordinata (anche) alla condizione che i presupposti di applicabilità emergano nella loro interezza dall'ordinanza riesaminata».

<sup>15</sup> Che motivatamente enunciammo nel brano dell'ordinanza dedicato alla non manifesta infondatezza della questione, dopo avere, in punto di rilevanza, osservato che, all'esito della (verificanda) sussistenza dei presupposti della cautela, già apprezzati dal giudice per le indagini preliminari, poiché il termine di fase – se retrodatato al momento dell'esecuzione della prima ordinanza – risultava già scaduto all'atto dell'emissione del provvedimento riesaminato, allora all'esame della retrodatabilità non ostava se non la seconda *regula iuris* dettata dal giudice di legittimità.

nessuno può essere distolto), dal momento che, nel nostro ordinamento, il Tribunale del Riesame, proprio quando siede *ex art. 309 c.p.p.*, è per l'appunto il giudice naturale del pronto intervento di controllo sulle questioni *de libertate* (mentre la seconda *regula iuris*, sospettata di incostituzionalità, nella più parte dei casi lo esautorerebbe – distogliendo il cautelato dalla sua giurisdizione – da tale primaria funzione di intervento immediato e risolutivo). Cogliemmo ancora un profilo di incompatibilità con l'art. 111 Cost., che, al comma 3, garantisce la facoltà dell'accusato di ottenere, fra l'altro, «l'acquisizione di ogni [...] mezzo di prova a suo favore». Ma il profilo (sesto ed ultimo) di ritenuto contrasto con il dettato costituzionale, almeno dal nostro punto di vista, più interessante, era quello che riguardava l'art. 117 comma 1 Cost., là dove interpone le disposizioni pattizie, ed in particolare (con specifico riferimento alla nostra questione) quella posta dall'art. 5 paragrafo 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che – anche così come interpretato da giurisprudenza della Corte di Strasburgo da noi citata nell'ordinanza di promovimento – vuole l'intervento immediato e virtualmente decisivo di un giudice (non necessariamente collegiale, ma in Italia lo è) che, «in breve tempo» (questa la traduzione italiana del testo pattizio), decida sulla situazione di colui che è stato assoggettato a una misura privata o limitativa della libertà personale<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Questo, testualmente riprodotto per esteso, il passo dell'ordinanza in cui esponevamo i dubbi di non conformità alla Costituzione:

«sulla non manifesta infondatezza della questione:

– contrasto con l'art. 3, comma 1, della Costituzione:

- obiettivamente, la *regula iuris* della cui conformità alla Costituzione si dubita crea una disparità di trattamento fra sottoposti a custodia cautelare, ricorrenti davanti al Tribunale, potendo in effetti beneficiare della retrodatazione soltanto quelli, fra essi, che siano stati assoggettati a coercizione in forza di ordinanza contenente in sé tutti gli elementi per valutare se l'istituto in questione sia applicabile;

- né – sia detto con tutto il rispetto, non soltanto formale, dovuto ad un provvedimento promanante dal più alto Collegio giurisdizionale italiano, ed esclusivamente nell'ottica dell'incidente di costituzionalità (ché, altrimenti, non competerebbe a questo giudice di merito prendere posizione rispetto al *dictum* del più autorevole degli interpreti) – paiono fondare la differenza, sulla base di quella ragionevolezza che sola può giustificare la disparità di trattamento, gli argomenti svolti nel ricordato paragrafo 14 della sentenza di annullamento con rinvio:

- non la mancanza di poteri istruttori del Tribunale del Riesame, che, indipendentemente dall'esercizio di tali preclusi poteri, ben può disporre, ricavandoli dagli atti trasmessi dall'autorità procedente *ex art. 309 comma 5 c.p.p.*, ovvero da

---

quelli, nuovi ed ulteriori, prodotti dalle parti sino all'udienza, *ex art.* 309 comma 9 c.p.p. di tutti gli elementi incontrovertibilmente giustificativi della retrodatazione: elementi nel primo caso eventualmente, e nel secondo (produzioni delle parti) necessariamente non riportati nell'ordinanza gravata;

- ancora, non la fallibilità del giudice del riesame, esasperata dalla ristrettezza dei tempi propri della procedura *ex art.* 309 c.p.p.: al di là del carattere assolutamente generale ed indiscriminato della fallibilità dei giudizi umani, non solo nelle aule di giustizia, fatto si è che al Tribunale del Riesame sono ordinariamente affidate, nei tempi strettissimi di quella procedura, questioni sovente di estrema complessità e delicatezza, che si vuole siano affrontate, anche a rischio di errore, in ossequio all'esigenza (debitamente comparata con quella di una sufficiente ponderazione) che la statuizione sul mantenimento della cautela personale sia adottata nei termini temporalmente contenuti che si convengono al supremo valore della libertà, ossia in un arco cronologico qualificato "breve" ("in breve tempo") dalla stessa Convenzione europea;

- non il rischio di un contraddittorio monco: la pubblica accusa è parte (ancorché non necessaria) della procedura di riesame, e ben potrà valutare, di volta in volta, se intervenire (inviando memoria o presenziando all'udienza) per prevenire decisioni *ex art.* 297 comma 3 c.p.p., che ritenga poter essere eventualmente adottate, sulla base di prospettazioni infondate, o dell'apprezzamento di elementi di cognizione incompleti;

- non il rischio dell'assunzione della decisione sulla base di supporti documentali incompleti, che, a ben vedere, sembra essere corollario del sopra esaminato rilievo di fallibilità: potrà il giudice del riesame verificare la ricavabilità, dagli atti trasmessi e/o prodotti, di tutti gli "elementi di fatto e documentali utili per la decisione", nel caso contrario rigettando allo stato la richiesta di riesame (senza definitivo pregiudizio per la parte, che – anche in ipotesi di formazione del giudicato cautelare su quella piattaforma conoscitiva – ben potrà in seguito ottenere una pronuncia favorevole, *ex art.* 306 c.p.p., o in sede di gravame ai sensi dell'art. 310 c.p.p., sciogliendo il giudicato cautelare stesso mediante l'esibizione degli ulteriori dati necessari, prima non forniti in sede di riesame);

- in definitiva, sembra al Tribunale che, applicando la *regula iuris* di cui si discute, la disparità di trattamento resterebbe non ragionevolmente affidata ad un fatto estrinseco (rispetto alla questione della retrodatazione, nei suoi sostanziali profili valutativi e sviluppi decisori) e casuale (nonché improbabile) quale, appunto, la circostanza che, nel provvedimento riesaminato, "emergano in modo incontrovertibile e completo gli elementi utili e necessari per la decisione";

- contrasto con l'art. 13, comma 5, della Costituzione;

- la Carta Fondamentale rimette alla legge ordinaria la determinazione dei li-

miti massimi di quella che definisce “*carcerazione preventiva*”, e che va ora sotto il nome di custodia cautelare;

- l’art. 297 comma 3 c.p.p., proprio in quanto disciplina la retrodatazione delle ordinanze genetiche della coercizione, si raccorda inscindibilmente, integrandola, alla scansione dei termini massimi di custodia dettata dall’art. 303 c.p.p.;

- in effetti, rivolgendo lo sguardo al caso in esame, si deve osservare che, se l’istituto di favore di cui all’art. 297 comma 3 c.p.p., risultasse applicabile, allora – come ritenuto dal Collegio precedentemente insediato – il termine di cui all’art. 303 comma 1 lett. a) n. 3 del medesimo Codice risulterebbe ampiamente perentorio alla data di emanazione del provvedimento qui riesaminato;

- se reggono queste premesse, escludere che il Tribunale della Libertà, in sede di riesame, possa apprezzare l’intervenuta consumazione del termine massimo di custodia che emerge dagli atti trasmessigli *ex art.* 309 comma 5 c.p.p. e/o prodotti dalle parti sino all’udienza di trattazione (ancorché non dal solo provvedimento cautelare impugnato), implica la dilatazione di quel limite al di là dei tempi tecnici comunque necessari per constatarlo e dichiararne l’avvenuto raggiungimento, rimettendone l’accertamento ad altra sede, la cui decisione sopraggiungerà in un tempo non determinabile *a priori*: con il risultato di ingiustificatamente vanificare, di fatto, la predeterminazione della durata della custodia cautelare assicurata dall’articolata griglia dell’art. 303 del codice di rito penale;

- contrasto con l’art. 24, comma 2, della Costituzione:

- l’art. 24, al comma 2, attribuisce carattere di inviolabilità al diritto di difesa, con riferimento ad “ogni stato e grado del procedimento” (senza distinguere – è appena il caso di aggiungere – fra procedure per così dire principali e procedure incidentali, nel novero delle quali ultime si iscrive l’impugnazione cautelare *ex art.* 309 c.p.p.);

- il riesame è lo strumento specificamente approntato dal rito penale per far valere i vizi genetici dell’ordinanza privativa (o limitativa) della libertà personale (e, dunque, anche del vizio costituito dall’essere stato il provvedimento cautelare emesso – secondo la *fictio* dell’art. 297 comma 3 c.p.p. – a termine di custodia già interamente decorso);

- ed allora, escludere la possibilità del cautelato di far valere a tutto campo (ossia giovandosi di tutti gli atti disponibili *ex art.* 309 comma 9 c.p.p.), nella sede propria, la favorevole operatività dell’istituto della retrodatazione, circoscrivendo quella tecnica possibilità ai soli casi (statisticamente marginali) in cui gli estremi per la retrodatazione stessa emergano, integralmente ed incontrovertibilmente, dal provvedimento impugnato, equivale a limitare corrispondentemente l’estrinsecazione del diritto garantito dal precetto costituzionale in esame;

- contrasto con l’art. 25, comma 1, della Costituzione:

- come si è visto, il collegio insediato *ex art.* 309 c.p.p. è il giudice specifica-

---

mente investito (anche in attuazione – come si dirà in prosieguo – del precetto di cui all'art. 5 comma 4 C.E.D.U.) del controllo immediato della legittimità (delle condizioni di legittimità) della detenzione imposta dal giudice cautelare di prime cure;

- la sua possibilità d'intervento anche con riguardo al profilo di illegittimità dell'imposizione della custodia, quando il relativo termine, calcolato a mente del combinato disposto degli artt. 297 comma 3 e 303 comma 1 lett. a) n. 3 c.p.p., debba intendersi interamente consumato anteriormente all'emissione del provvedimento genetico della cautela, è riconosciuta dalla prima *regula iuris* dettata dalla medesima sentenza di annullamento con rinvio della cui seconda *regula iuris* qui ci si occupa;

- ma limitare quello spazio d'intervento liberatorio alla sola ipotesi che gli elementi a supporto della decisione risultino *in toto* ed irrefutabilmente dall'ordinanza riesaminata, in tal modo di fatto affidando la cognizione della questione ad altro organo, ossia il giudice cautelare di primo grado, da investire *ex art.* 306 c.p.p. (ed al Tribunale della Libertà soltanto in via eventuale, in seconda battuta, a norma dell'art. 310 del codice di rito), equivale a distogliere il cautelato dal giudice precostituito dalla legge ordinaria per l'appunto per quella peculiare funzione di pronta verifica collegiale della legittimità della coercizione;

- contrasto con l'art. 111, comma 3, della Costituzione:

- l'art. 111 della Costituzione, che enuncia principi destinati ad informare l'intero svolgimento della procedura penale a carico dell'accusato, e non solo la fase cosiddetta processuale (cfr., in particolare, quanto al principio del contraddittorio, dettato dal comma 2, Cassazione, Sez. 3<sup>a</sup>, sent. n. 3895 del 22/10/2010 - dep. 3/2/2011 - Pres. Teresi, nonché Sez. 6<sup>a</sup>, sent. n. 14560 del 2/12/2010 - dep. 12/4/2011 - Pres. De Roberto, entrambe afferenti a fattispecie cautelari, in corso di indagini preliminari), al comma 3, garantisce all'accusato medesimo la facoltà di ottenere, fra l'altro, "l'acquisizione di ogni [...] mezzo di prova a suo favore";

- escludere, ai fini del giudizio sulla retrodatazione in sede di riesame, la valorizzazione degli elementi che, non risultanti dall'ordinanza impugnata, siano tuttavia presenti negli atti trasmessi al Tribunale della Libertà dall'autorità procedente, o vengano adottati dalle parti, e segnatamente dalla difesa, in corso di procedura incidentale di gravame, confligge con *il diritto alla prova*, che si è visto garantito dalla Costituzione, in particolare sotto specie *di prova a favore* (a tal segno da poter determinare l'immediata liberazione dell'accusato, in applicazione di algoritmi squisitamente aritmetici, quali sono quelli che governano la disciplina dei termini di custodia);

- contrasto con l'art. 117, comma 1, della Costituzione, là dove interpone la norma dettata dall'art. 5, comma 4, della C.E.D.U.:

- "ogni persona privata della libertà con un arresto o una detenzione" – recita

Purtroppo – come era forse anche intuibile – la Corte costituzionale<sup>17</sup> si è fermata al primo scalo, che è quello dell’art. 3 Cost., rispetto al quale avevamo forti aspettative di accoglimento: non s’intendeva, infatti, in che modo avrebbe potuto esser ragionevolmente giustificata la sperequazione di cui ho fatto cenno. In effetti, la Corte costituzionale fa propri i nostri argomenti: in sostanza, assume che sia nel giusto il giudice *a quo*, il giudice rimettente, là dove, in particolare, sostiene non potersi negare l’apprezzamento della ricorrenza delle condizioni per retrodatare in sede di riesame,

---

la disposizione convenzionale (fedelmente ripresa dall’art. 9, comma 4, del Patto internazionale sui diritti civili e politici) – “ha il diritto di presentare un ricorso davanti ad un tribunale, affinché decida in breve tempo sulla legittimità della sua detenzione e ordini la sua liberazione se la detenzione è illegittima”;

- non sfugge al Tribunale l’insegnamento del giudice delle leggi (espresso, in particolare, nelle note sentenze gemelle 348 e 349/07), secondo cui le norme pattizie interposte sono norme sub-costituzionali, che, per determinare la caducazione della norma di legge ordinaria con le stesse confliggenti, debbono prima essere verificate conformi al dettato della Carta fondamentale della Repubblica;

- senonché, non occorre spendere parole per rimarcare la perfetta sintonia tra il riportato precetto convenzionale (che, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo, cui – secondo l’insegnamento delle ricordate sentenza gemelle della Consulta – deve aversi riguardo, vuole un controllo della *lawfulness* della restrizione condotto a tutto campo, e dunque esteso anche alle condizioni procedurali della stessa: cfr., in particolare, Brogan ed altri contro Regno Unito, 29/11/1988, § 65) ed il nitido disegno emergente dalla Costituzione in materia di garanzia della libertà personale, in particolare attraverso l’art. 2 (riconoscimento dei diritti fondamentali), l’art. 13 (inviolabilità della libertà personale, garanzie giurisdizionali della medesima, riserva di legge quanto alla fissazione dei suoi limiti massimi) e l’art. 111 (ragionevole durata, immediata ricorribilità in Cassazione, per violazione di legge, dei provvedimenti sulla libertà personale);

- se così è, il contrasto della legge ordinaria (in questo caso, dell’art. 309 c.p.p.) con l’art. 5, comma 4, C.E.D.U., si lascia apprezzare come vizio di illegittimità costituzionale;

- e siffatto contrasto, ad avviso del Tribunale, si manifesta là dove il diritto vivente in esame, salvo il caso che tutti gli elementi conoscitivi necessari risultino dall’ordinanza riesaminata, non consente all’organo di controllo voluto dalla norma pattizia (in attuazione della quale il Tribunale della Libertà, nel 1982, fu introdotto nell’ordinamento processualpenalistico italiano) di esercitare, sul versante della retrodatazione, la verifica che gli compete, rapida e, ricorrendone le condizioni, di esito immediatamente liberatorio».

<sup>17</sup> Corte cost., sent. 6 dicembre 2013, n. 293 cit.

sol perché la questione è complessa e i tempi della procedura *ex art.* 309 c.p.p. sono strettissimi. Ma il Tribunale della Libertà non affronta spesso, necessariamente, questioni spinose e complicate, operando in tempi brevi anche su incarti estremamente voluminosi? Pensate a un riesame cumulativo di ordinanza emessa per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., in cui sia in gioco la gravità indiziaria... Poiché quelli erano, a un dipresso, gli argomenti a sostegno dell'adozione della seconda – obiettivamente discriminatoria – *regula iuris* (i tempi a disposizione non mi consentono di scendere maggiormente nel dettaglio), per la Consulta è stato agevole accogliere l'eccezione del Tribunale della Libertà di Bologna. Adesso, l'unica condizione (questa sì, legittima), per potersi vedere riconosciuta la retrodatazione in sede di riesame (ricorrendo i presupposti, s'intende, di cui all'art. 297 comma 3 c.p.p.), resta la già intervenuta perenzione del termine di custodia all'atto dell'emanazione del secondo provvedimento coercitivo.

Una volta restituitici gli atti dalla Corte costituzionale, abbiamo nuovamente celebrato il giudizio di rinvio cautelare, confermando la precedente ordinanza di annullamento del provvedimento genetico della cautela, in quanto, retrodatando, risultava emesso a termine di custodia di fase ormai scaduto. La pubblica accusa ha proposto nuovo ricorso per cassazione, di cui contavo di comunicarvi oggi l'esito; senonché, la trattazione, originariamente fissata davanti alla IV Sezione della Corte Suprema per il 7 marzo, è stata differita al 15 aprile del corrente anno<sup>18</sup>.

## 2. Proporzione *ex art.* 275 comma 2 c.p.p. quantitativamente intesa

Vengo ora rapidissimamente agli altri istituti cui avevo accennato.

Sempre nell'ambito della nostra opera, non di supplenza – termine che ribadisco, pur fuori da ogni vena polemica, a me non piace – ma di applicazione delle garanzie nella loro massima possibile estensione, abbiamo dedicato grande attenzione e impegno argomentativo al tema della proporzione.

Come il nostro uditorio probabilmente, almeno in larga parte, già sa, anche in questo campo il Tribunale della Libertà di Bologna ha avuto modo

---

<sup>18</sup> Il 15 aprile 2014, la Sez. IV del Supremo Consesso, con la sentenza n. 21601/14, ha poi rigettato il ricorso della Procura, così definitivamente calando il sipario sulla laboriosa vicenda cautelare. Le motivazioni del provvedimento sono state infine depositate il 27 maggio 2014.

di dispiegare la sua attività giurisdizionale, per lunghi anni, in senso profondamente garantista, largamente esponendosi a forti contrasti da parte dei colleghi di merito e anche a censure in sede di legittimità, ove il nostro indirizzo esegetico sul punto è stato avallato da una giurisprudenza nettamente minoritaria, mentre, per la più parte, le pronunce nomofilattiche, suscitate da ricorsi dell'accusa, non lo condividevano.

Il Tribunale della Libertà di Bologna attribuiva rilievo tendenzialmente decisivo al dato quantitativo, assumendo che, allorché la custodia cautelare aveva assunto un valore frazionario rilevante (inizialmente misurato in modo rigido, salva poi tutta una successiva elaborazione della nostra giurisprudenza) della pena già inflitta (o prevedibilmente infliggenda), la custodia dovesse cadere o essere mitigata, indipendentemente dal perdurare del *periculum libertatis*, o dall'intensità con cui lo stesso continuava a manifestarsi, perché, altrimenti, il principio di adeguatezza sarebbe risultato assorbente rispetto alla proporzionalità, espropriando quest'ultima del ruolo rilevante ed autonomo che pure le compete, nella costellazione dei principi guida della materia cautelare<sup>19</sup>. Gli arresti di legittimità che veniva-

---

<sup>19</sup> Qui di seguito, un esempio dell'impianto motivazionale del Tribunale della Libertà di Bologna sul tema, nell'ultima elaborazione, poi adottata anche dall'ordinanza che affrontò il vaglio delle Sezioni unite del supremo Consesso:

«il gravame è fondato e, come tale, meritevole di accoglimento; ed invero:

– nei motivi d'appello, si invoca il canone di proporzione, di cui all'art. 275 comma 2 c.p.p., riguardato con riferimento alla durata del presofferto in rapporto all'entità della pena detentiva riportata;

– orbene:

- non essendo imminente la conclusione del procedimento (si è visto che la sentenza di secondo grado è recentissima, ed è stata oggi impugnata per cassazione), la durata della coercizione carceraria (pari ad oggi a mesi 7 e giorni 19), supera ormai i quattro quinti della frazione (l'unica rilevante ai presenti fini) della sanzione detentiva riferibile al delitto per cui è cautela, come quantificata in sede di merito (nella misura di mesi 9 e giorni 10 di reclusione, oltre alla multa, così quantificata per effetto della decurtazione processuale), e non suscettibile di *reformatio in peius*;

- in questa situazione, stante la contenuta entità della residua pena, il perdurare della custodia comporterebbe la tendenziale sovrapposizione del presofferto cautelare alla sanzione espianda: ciò che verrebbe ad ulteriormente frustrare appunto la *ratio* sottesa al canone di proporzione, ovvero l'esigenza di evitare che la coercizione preventiva trasmodi in espiazione anticipata della pena, e determinerebbe l'operatività del diverso, estremo, automatico sbarramento di cui all'art. 300 comma 4 c.p.p.;

---

• occorre rimarcare che il disposto dell'art. 275 comma 2 del codice di rito esplicita il riferimento comparativo, oltre che alla pena prevedibilmente irroganda, anche, per il caso di già intervenuta condanna, a quella in concreto inflitta;

• resta così individuato un preciso riferimento normativo, oltre che al momento genetico, anche agli sviluppi della cautela, colta in prospettiva diacronica;

• d'altronde, l'attenzione normativa, e di riflesso giurisdizionale, al principio di proporzione (o di proporzionalità), nel senso testé chiarito, con riferimento ai profili dinamici della vita della misura cautelare, è consacrata dall'art. 299 c.p.p., che a tali aspetti specificamente pertiene, laddove esso enuclea, fra le situazioni che giustificano l'intervento favorevole del giudice cautelare, anche quella in cui "la misura applicata non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata";

• non è dunque fondatamente sostenibile che il principio in esame si sostanzi esclusivamente in un criterio di scelta iniziale del presidio cautelare da adottarsi (la sinottica lettura degli artt. 275 comma 2 e 299 comma 2 c.p.p. orientando in senso opposto e prevalendo sulla semplice intitolazione dell'art. 275, isolatamente considerata, ossia "Criteri di scelta delle misure", che non avrebbe comunque rilievo ermeneuticamente decisivo, posto che *rubrica legis non est lex*);

• si tratta, in effetti, di disciplina attuativa della direttiva 59 della legge delega (l'emanazione del vigente codice di rito penale) n. 81 del 16 febbraio 1987, (dove prescriveva al legislatore delegato la "previsione della sostituzione o della revoca della misura della custodia in carcere, qualora l'ulteriore protrarsi di questa risulti non proporzionato alla entità del fatto ed alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata");

• giova ricordare che il canone di proporzione ha trovato riconoscimento in sede di legittimità (cfr. Cassazione, Sez. 6<sup>a</sup>, sent. n. 1227 del 15/5/1995 – cam. cons. 29/3/1995 - Pres. Daniele) anche sotto lo specifico profilo, che qui viene in rilievo, del rapporto aritmetico fra presofferto cautelare e pena espianda;

• le dimensioni, assolute e relative, ormai assunte dalla custodia in corso, e l'essere stata la stessa ininterrottamente patita nella forma estrema, impongono, a questo punto, l'adozione di provvedimento radicalmente ablativo, e non semplicemente attenuativo, della cautela personale;

• va in proposito sottolineato che un almeno orientativo parametro di riferimento può cogliersi nella norma, in effetti dettata in ambito diverso, di cui all'art. 304 comma 6 c.p.p., laddove esso pone, quale sbarramento estremo della custodia, il limite dei due terzi del massimo edittale dal legislatore comminato per il reato per cui si procede: previsione calmieratrice dalla quale emerge invero una tendenziale indicazione di volontà – mirata appunto a scongiurare scompensi del necessario equilibrio quantitativo fra coercizione preventiva ed espiazione – nel senso della

---

non superabilità, in ogni caso, in sede cautelare, di quella determinata aliquota del risultato sanzionatorio astrattamente raggiungibile;

- peraltro, mentre il disposto dell'art. 304 comma 6 del codice di rito, appunto in quanto invalicabile limite ultimo, opera – quale termine di custodia – secondo un rigoroso automatismo aritmetico (ragguagliato ad una frazione della pena edittale), allorché si tratti invece di fare applicazione del canone posto dall'art. 275 comma 2 c.p.p. attraverso lo strumento dinamico dell'art. 299 comma 2 c.p.p., il parametro dei due terzi, riferito alla pena in concreto prevedibilmente infliggenda, o già inflitta in sede di merito, potrà essere bensì orientativamente assunto per individuare il momento di avvio dell'operatività del canone in questione, atto a giustificare già in sé favorevoli interventi *de libertate*, in procedimenti in cui, modesto risultando il residuo di pena, il procedimento versi ancora in una fase arretrata, mentre dovrà, negli altri casi, conoscere dei correttivi, legati in particolare ad un più avanzato stadio di evoluzione del procedimento stesso, al suo eventualmente prevedibile esito, alla prossimità del giudicato in via di formazione, nonché alla consistenza della frazione di pena ancora espianda dopo l'irrevocabilità della sentenza, che possono essere tali, nell'interagire di alcuni (atti a porsi in concreto come preminenti) o della totalità di essi, da neutralizzare il sopra evidenziato rischio del tralignamento della coercizione da misura cautelare ad anticipata espiazione della sanzione detentiva (si pensi, in particolare, alla situazione paradigmatica del procedimento, celebrato nei confronti di imputato *in vinculis*, nel quale, essendo stata patteggiata la pena, il ricorso per cassazione, previo smistamento che lo orienti verso un plausibile esito di inammissibilità, sia stato fissato, davanti alla suprema Corte, per una data in cui la custodia, proseguendo, si approssimerebbe bensì, per durata, all'entità della pena applicata in sede di merito, ma senza sovrapporsi e rimanendone anzi inferiore – prima di convertirsi, col giudicato, in carcerazione espiativa – di un apprezzabile lasso di tempo);

- perché il principio di proporzione non resti lettera morta, lo stesso (che è in effetti oggetto di distinta previsione normativa, testualmente formulata nel comma sopra richiamato, connotato da puntuale scelta lessicale nell'aggettivo “proporzionata”) deve necessariamente operare in via autonoma e prioritaria rispetto agli altri parametri della complessiva disciplina cautelare, fra cui, in particolare, i termini di custodia, dettati dall'art. 303 c.p.p. in funzione di contenimento dei tempi di sacrificio della libertà personale anche nei casi, diversi dal presente e relativi all'irrogazione di lunghe pene detentive, nei quali il presofferto non rischia comunque di approssimarsi alla pena espianda (di guisa che la disciplina dei termini di custodia si colloca nell'orbita della norma costituzionale posta dall'art. 13 comma 5 della Carta fondamentale, mentre il canone di proporzione, quantitativamente inteso, meglio si raccorda al principio di non colpevolezza fissato dall'art. 27 comma 2 della Costituzione) ed il *periculum libertatis* (il cui perdurare – allo stesso modo in

cui non può giustificare il protrarsi della custodia, quando i relativi termini massimi siano scaduti – non può legittimare la prosecuzione della cautela quando il principio di proporzione risulti violato, giacché, diversamente opinando ed affidando il mantenimento della custodia esclusivamente al perdurare del *periculum libertatis* e l'affievolimento o la rimozione della stessa esclusivamente all'attenuarsi o al cessare di tale *periculum*, il canone di proporzione finirebbe per essere posto nel nulla);

- milita, nel senso dell'autonomia (in linea generale, e salve le espresse eccezioni) del principio di proporzione rispetto al principio di adeguatezza, anche un rilievo di ordine storico-sistemico:

il d.l. 9/9/1991, n. 292, convertito poi nella l. n. 356/91, introduce nell'art. 275 comma 3 secondo periodo del vigente codice di rito, per talune fattispecie, il regime di doppia presunzione, nella sua tuttora attuale formulazione (una prima presunzione, vincibile, di pericolosità, e, in caso di mancato totale superamento della stessa, la seconda, invincibile, di adeguatezza della sola custodia carceraria);

contestualmente, lo stesso d.l. introduce l'attuale *incipit* del comma 2 dell'art. 299 c.p.p.: “salvo quanto previsto dall'art. 275, comma 3 [...]”;

quell'inciso interpolato non gioca un ruolo rispetto all'attenuazione del *periculum libertatis*: l'includibilità del carcere è stabilita senza tema di equivoci appunto dalla coeva modifica dell'art. 275 comma 3 secondo periodo del codice;

quella novellazione del comma 2 dell'art. 299 c.p.p. acquista viceversa rilevanza, in quanto riferita al distinto canone di proporzione;

in effetti, se, in linea generale, il perdurare del *periculum* giustificasse comunque la cautela, pur a fronte di sopravveniente sperequazione apprezzabile *ex art. 275 comma 2 c.p.p.* l'inciso non si sarebbe reso necessario;

si rende viceversa tale, perché la proporzione è principio ordinariamente, e salvi i casi eccettuati, provvisto di autonomia;

per escludere, rispetto a quei determinati reati di grave allarme sociale, gli effetti di detta autonomia, il legislatore deve intervenire positivamente: la proporzione, anche durante la vita della misura, non opera rispetto alla fattispecie per così dire a cattura quasi obbligatoria;

né a tale compressione del principio in parola osta la sopra riportata direttiva 59: il legislatore del 1991 non è legislatore delegato, che sia come tale vincolato dalla direttiva, ed il limitarne l'ambito di operatività non arreca *vulnus* all'art. 77 della Costituzione;

- l'applicazione del principio di proporzione nel senso sostenuto da questo Tribunale – va ancora osservato – non vanifica la portata dell'art. 300 comma 4 del codice di rito, il cui disposto, connotato da perfetto automatismo, lungi dal rimanere privo di campo di applicazione, opera viceversa come necessaria norma di chiusura, come provvida valvola di sicurezza, funzionale a scongiurare – una volta constatata *a posteriori* l'intervenuta obiettiva frustrazione (per essersi la pena

---

attestata a livelli inferiori a quelli prevedibili) del principio di proporzionalità – l’espiazione, in sede cautelare, di una frazione (o di una maggior frazione) di pena aggiuntiva rispetto a quella inflitta (e quindi espianda);

- l’orientamento esegetico di questo Tribunale della Libertà aveva anche recentemente a più riprese ricevuto conforto, quantunque non unanime, in sede di legittimità (cfr., in particolare, Sez. 5<sup>a</sup>, sent. n. 34429 del 12/9/2007 – cam. cons. 17/4/2007 - Pres. Nardi, Sez. 6<sup>a</sup>, sent. n. 35791 del 28/9/2007 – cam. cons. 19/9/2007 - Pres. Lattanzi, Sez. 5<sup>a</sup>, sent. n. 36670 del 5/10/2007 – cam. cons. 26/6/2007 - Pres. Calabrese, Sez. 5<sup>a</sup>, sent. n. 36685 del 5/10/2007 – cam. cons. 11/7/2007 - Pres. Calabrese, Sez. 5<sup>a</sup>, sent. n. 38927/07 del 19/10/2007 – cam. cons. 6/7/2007 - Pres. Colonnese);

- mette conto in particolare osservare, peraltro, che la 2<sup>a</sup> Sezione del supremo Collegio (sent. n. 35179/08 dell’11/9/2008 – cam. cons. 3/7/2008 - Pres. Rizzo), nel dichiarare inammissibile per difetto di legittimazione il ricorso proposto dalla pubblica accusa avverso ordinanza del Tribunale della Libertà che aveva applicato, con esito liberatorio, il principio di proporzionalità, dandone la lettura sopra esposta (si trattava di ricorso della Procura Generale presso la Corte d’Appello), aveva però così testualmente soggiunto: “[...] Il ricorso è, comunque, inammissibile anche nel merito. Infatti, la Corte di cassazione ha ritenuto più volte che il criterio di proporzionalità debba parametrarsi anche alla durata della custodia sofferta in relazione alla irroganda pena. Nella lettura dell’art. 304 c.p.p., comma 6, ha affermato che siffatto principio deriva dal generale canone della proporzionalità (cfr. Cass., Sez. 6<sup>a</sup>, 21.6.1999, Latella, CED Cass. 214680; nonché argomenta da Cass., Sez. 3<sup>a</sup>, 11.7.2003, Nako, CED Cass. 226542 per quanto attiene alle misure detentive), pertanto non è certamente esatta la decisione della Corte d’Appello che, fermandosi alla rubrica dell’art. 275 c.p.p. (“Criteri di scelta delle misure”), esclude interesse per l’aspetto cronologico della loro applicazione, riducendo la portata generale della norma alla scelta tipologica dei provvedimenti. Ma, ancor più autorevolmente, la Corte costituzionale (Sent. 292/98) ha affermato: “La previsione di tale limite (di durata della custodia cautelare, ndr.) [...] rappresenta una evidente attuazione del canone di proporzionalità, nel senso che, come la custodia può essere imposta soltanto se risulti proporzionata alla entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata (art. 275 c.p.p., comma 2), allo stesso modo la durata della misura non può eccedere lo stesso parametro, perché non si corra il rischio di una consumazione della pena in fase custodiale”. Notoriamente il nostro codice non ha positivamente stabilito un rapporto prestabilito tra la durata dell’assoggettamento alla misura e la pena fissata in concreto dal giudice (in attesa della definitività della condanna, ma non suscettibile di riforma “*in peius*”), né tale carenza si profila come costituzionalmente illegittima, attesa la statuizione della Corte costituzionale assunta

---

con ord. n. 397/00, che ritiene trattarsi di scelta discrezionale non connotata da irragionevolezza. Di qui l'incertezza nel temperamento delle linee guida – proporzionalità ed esigenze cautelari (queste ultime quale indefettibile presupposto positivo per la loro applicazione) – che sorreggono e giustificano l'applicazione delle misure cautelari personali restrittive e che assumono connotati di sicura autonomia, tanto che – pur in presenza di un quadro di accentuata pericolosità – è riscontrabile il divieto di emissione della misura e della sua protrazione. [...] Si osserva che l'imputato “è stato ristretto in carcere in detenzione cautelare dal 19/05/2007 data del suo arresto in flagranza per il reato di rapina aggravata. Così che – alla data del ricorso (23/02/2008) – la sua detenzione dura da 9 mesi e 3 giorni: praticamente quasi i 4/5 della sanzione detentiva di un anno di reclusione inflitta dal giudice di primo grado. In concreto, dunque, il Tribunale della Libertà ha assunto un parametro che, rapportato alla misura del presofferto ed alla gravità del fatto, non si presenta privo di ragionevolezza nella valutazione che si riflette nella compressione delle esigenze cautelari (Sez. 5, Sentenza n. 36685 dell'11/07/2007 Cc. – dep. 05/10/2007 –)”;

- il contrasto apertosi (fra l'esegesi qui seguita e l'opposta, maggioritaria interpretazione) aveva determinato una prima rimessione della questione di diritto qui affrontata alle Sezioni unite del supremo Consesso (rimessione intervenuta nel proc. n. 8550/08 R.G. C. Cassaz., con ordinanza dalla 5<sup>a</sup> Sezione della Corte nomofilattica, emessa il 24/4/2008 e depositata il 4/9/2008);

- senonché, gli atti erano stati poi restituiti dal Primo Presidente Aggiunto della Corte suprema alla Sezione rimettente, essendo apparsa pregiudiziale la questione attinente alla legittimazione della parte ricorrente a proporre ricorso per cassazione (trattavasi di ricorso proposto dalla Procura Generale presso la Corte d'Appello avverso ordinanza del Tribunale della Libertà, che, decidendo *ex art.* 310 c.p.p. in applicazione del canone di proporzione aveva, in riforma di provvedimento della Corte d'Appello, revocato la misura cautelare, ponendo in libertà l'appellante);

- successivamente, all'udienza del 10/10/2008, la 6<sup>a</sup> Sezione della Corte di Cassazione, in relazione a molteplici ricorsi promossi dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello avverso ordinanze del Tribunale della Libertà assunte *in subiecta materia*, aveva nuovamente rimesso gli atti alle Sezioni unite del medesimo supremo Consesso;

- ma, anche in questo caso, il Primo Presidente Aggiunto del Supremo Collegio aveva restituito gli atti di ciascun procedimento alla Sezione rimettente, per la riconsiderazione della rilevanza della questione sollevata, alla luce dell'intervenuta definitività della sentenza emessa nel procedimento nel quale si innestava l'incidentale vicenda cautelare (che doveva pertanto “considerarsi ormai esaurita”);

- in seguito, all'udienza dell'1/4/2009, con provvedimento poi depositato il

---

15/4/2009, ancora la 6<sup>a</sup> Sezione della Corte di legittimità (nel proc. n. 2950/09 R.G. C. Cassaz.) per la terza volta investiva della questione le Sezioni unite;

- due giorni più tardi, all'udienza del 3/4/2009, con ordinanza poi depositata il 20/4/2009, sempre da parte della 6<sup>a</sup> Sezione della Corte regolatrice (nel proc. 3887/09 R.G. C. Cassaz.), interveniva una quarta ordinanza di rimessione;

- senonché, il primo Presidente Aggiunto restituiva gli atti, non essendovi più tempo utile per la fissazione in data anteriore alla trattazione, allora imminente, del ricorso promosso contro la sentenza pronunciata nel giudizio di cognizione nel quale si era innestato l'incidente cautelare, e rilevava comunque come fosse già pendente davanti alle Sezioni unite il menzionato procedimento n. 2950/09, vertente sulle medesime questioni;

- deve evidenziarsi che l'ordinanza di rimessione 3-20/4/2009, tra l'altro, osservava testualmente quanto segue: "Per quanto può valere un riferimento di diritto comparato, appare utile segnalare il principio a cui si uniformano taluni ordinamenti di Paesi dell'Unione europea, ispirati al patrimonio costituzionale comune europeo e allo spirito che informa la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e, in particolare, l'ordinamento processuale della Repubblica Federale Tedesca, espressamente menzionato, in tema di mandato d'arresto europeo, dalla sentenza delle Sezioni unite n. 4614 del 30/1/2007 Cc., Ramoci, in cui si sottolinea come "numerose pronunzie della Corte costituzionale (tedesca) [...], con particolare riferimento al disposto dell'art. 2 comma 2 Cost. ted., hanno più volte ribadito che la durata della custodia cautelare deve essere parametrata non solo alla gravità del reato, ma anche alla 'celerità' del processo, di modo che il diritto alla libertà dell'imputato cresce di importanza via via che il procedimento si prolunga" (sentt. BvR nn. 190 e 1964 del 2005; n. 1742 del 2006)";

- analoghi spunti di diritto comparato sono poi rinvenibili, in particolare, negli ordinamenti processualpenalistici francese e spagnolo;

- si tratta di norme in sintonia con i principi di ragionevole durata del processo e della coercizione, che permeano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nei precetti dettati dall'art. 5;

- e non sembra potersi dubitare che, laddove si proceda nei confronti di imputato *in vinculis*, la durata della custodia assurga a parametro privilegiato della ragionevole durata del procedimento;

- all'udienza del 28/5/2009, le Sezioni unite del supremo Consesso dichiaravano inammissibile (per difetto di legittimazione del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello) il ricorso proposto nel procedimento nel quale era intervenuta la terza rimessione (l'unica – sino a quel punto – non seguita dalla restituzione alla Sezione rimettente): di guisa che rimaneva tecnicamente precluso l'esame del merito della questione;

- recentissimamente, la 6<sup>a</sup> Sezione della Corte suprema, con la sentenza n.

no ratificando la nostra linea di pensiero rappresentavano non più del 25% (forse anche qualcosa di meno) del totale delle pronunce che se ne occupavano, prevalentemente su ricorso della Procura Generale presso la Corte d'Appello (avverso le nostre ordinanze liberatorie frutto di quella lettura del canone di proporzione).

La questione approdò diverse volte all'esame delle Sezioni unite. Non venne decisa se non la sesta volta, perché, in precedenza, erano state via via rilevate delle inammissibilità. Tranne in un caso (il quinto): si tratta dell'arresto che sancì il difetto di legittimazione della Procura Generale ad impugnare per cassazione le ordinanze del Tribunale della Libertà<sup>20</sup>. Almeno,

---

38456 del 5/10/2010 – dep. 2/11/2010 - Pres. Di Virginio, ha rigettato il ricorso della Procura della Repubblica avverso ordinanza del Tribunale della Libertà, applicativa del sopra esposto orientamento in punto di proporzione, quantitativamente intesa;

- e, permanendo così il contrasto, da ultimo la 3<sup>a</sup> Sezione della medesima Corte di Cassazione, con ordinanza 4/11/2010, emessa nel procedimento n. 27457/10 R.G. C. Cassaz., ha per la quinta volta investito della controversa questione le Sezioni unite;

- all'udienza del 15/12/2010, nel procedimento n. 38849/10 R.G. C. Cassaz., la 4<sup>a</sup> Sezione del supremo Consesso ha per la sesta volta rimesso il contrasto al vaglio delle Sezioni unite;

- mentre gli atti del procedimento n. 27457/10, con provvedimento 31/12/2010 del Presidente Aggiunto, sono stati restituiti alla Sezione di provenienza (essendo risultato essere divenuta irrevocabile la sentenza di condanna pronunciata nel procedimento cui l'incidente cautelare ineriva), viceversa il ricorso proposto nel procedimento n. 38849/10 è stato, con decreto 30/12/2010, fissato davanti alle Sezioni unite del supremo Consesso, da cui sarà trattato all'udienza del 31/3/2011;

- in attesa della pronuncia da adottarsi nella suprema sede giurisdizionale, investita ex art. 618 c.p.p., deve confermarsi il divisamento sopra espresso, per le ragioni che, a sostegno dello stesso, si sono venute esplicitando;

- frattanto, anche la dottrina in proposito espressasi è venuta mostrandosi adesiva all'interpretazione che qui si propugna;

- la presente ordinanza sortirà esito effettivamente liberatorio, se ed in quanto il prevenuto non sia ristretto anche in forza di altro titolo».

<sup>20</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 28 maggio 2009, n. 31011, Colangelo, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4603 ss., con nota di E. VALENTINI, *La legittimazione del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello a ricorrere per cassazione contro i provvedimenti del Tribunale della Libertà*.

fornimmo alla Corte Suprema l'occasione per rendere questa importante decisione.

Successivamente, quando, cessati così i ricorsi della Procura Generale, prese a ricorrere avverso i nostri provvedimenti in materia di proporzione la Procura della Repubblica presso il nostro Tribunale, questa sì legittimata, la questione tornò alle Sezioni unite, che la risolsero fondamentalmente disattendendo il nostro orientamento<sup>21</sup>. Per la verità, è una sentenza che non ci dà torto su tutta la linea. Sotto alcuni profili riconosce la fondatezza della nostra interpretazione, in particolare là dove sostenevamo non esser vero – come invece si affermava da molti dei nostri contraddittori – che il canone di proporzione operi soltanto nel momento genetico della cautela, dovendosi invece ritenere che esso presidia la coercizione personale lungo tutto il suo corso. Però, certamente, il punto centrale, il cuore della nostra giurisprudenza, ne risultò frustrato, perché – come avrete constatato leggendo questa sentenza – il canone viene annacquato, mediante riconduzione del medesimo nell'orbita del principio di adeguatezza: con il risultato che, nel contesto di quello che viene definito «giudizio triadico» (impostato sui criteri del tipo di misura applicata, della relativa durata in rapporto alla pena irrogata e alla gravità del fatto, nonché delle esigenze che – «alla luce del bilanciato apprezzamento dei diversi parametri coinvolti» – appaiono ancora residue), finché il *periculum libertatis* resta diagnosticabile, è esso soltanto a determinare il permanere (o il permanere in una certa forma) della cautela personale, mentre il principio di proporzionalità non è in grado di produrre autonomamente effetti liberatori (o di allentamento della restrizione). E così il principio di proporzione, che pure va assumendo via via un'importanza centrale nel nostro ordinamento, ove tende a penetrare prepotentemente anche attraverso la finestra dell'art. 117 della Costituzione (parlo della proporzione declinata in chiave europea, sulla quale studiosi di vaglia – fra cui Michele Caianiello – stanno seriamente lavorando<sup>22</sup>), subiva, lungo il suo cammino, una netta battuta d'arresto.

---

<sup>21</sup> V. Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2011, n. 16085, Khalil, in *Giur. it.*, 2012, p. 688 ss., con nota di C. RENOLDI, *Le Sezioni Unite contro la creazione giurisprudenziale di automatismi estintivi della custodia cautelare legati al decorso del tempo*.

<sup>22</sup> M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Sulla specifica questione affrontata nel testo, cfr. E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. merito*, 2010, p. 446 ss.

Io, nelle sedi seminariali in cui, dopo quella decisione di legittimità, mi sono trovato, alquanto deluso, ad interloquire in proposito, ho sempre sostenuto che della questione si sarebbe riparlato: inevitabilmente – affermavo –, perché sotto la salutare pressione della giurisprudenza europea, accade di dover ritornare su posizioni che appaiono francamente oramai superate. E, guarda caso, il 20 febbraio, mentre io ancora mi lambiccavo per vedere come eventualmente investire anche di tale questione la Corte costituzionale (ma è questione non semplice da proporre, perché credo implichi necessariamente il passaggio attraverso il testé citato art. 117 della Carta costituzionale), ricevo un messaggio di posta elettronica della Dott.ssa Elena Valentini, che mi dice: «Guarda un po' chi si rivede: i due terzi ...». E mi allegava, la Dott.ssa Valentini, il progetto governativo di riforma promanante dalla Commissione presieduta da Glauco Giostra, che, al paragrafo 10, facendo espresso riferimento al principio di proporzione, e modulandolo in termini pratici, programma di riformare non l'art. 275 c.p.p. o l'art. 299 c.p.p., ma, molto più radicalmente, l'art. 300 comma 4 c.p.p. (che sancisce, come sapete, la perdita di efficacia delle misure custodiali, quando hanno raggiunto una durata non inferiore alla pena inflitta), con la previsione dell'immediata perdita di efficacia della custodia cautelare, allorché la sua durata ha attinto i  $2/3$  (due terzi) della pena irrogata: esattamente la misura frazionaria che indicavamo nei nostri originari provvedimenti in materia, prima di rimodulare la giurisprudenza in termini più elastici, proprio per non prestare più il fianco alle censure secondo cui, così, avevamo indebitamente introdotto un nuovo termine di custodia cautelare. Forse c'era del vero in queste critiche e appunto per ciò avevamo smussato il rigore aritmetico della nostra impostazione, combinando il criterio strettamente quantitativo con altri elementi di giudizio. Però, se si può sostenere che da parte del Tribunale forse si fosse inizialmente spinto troppo sull'acceleratore (al punto da dovere poi, come ho detto, un poco decelerare), ora il legislatore, ove decida di seguire il suggerimento della Commissione Giostra, potrà farlo senza remore, in quanto appunto legislatore. Ovviamente non è dato sapere se il progetto governativo andrà in porto, ma resta fermo che il segnale è di quelli di evidenza e – verrebbe da dire – di irruenza tali da non potere essere ignorati o anche soltanto sottovalutati: il principio di proporzione ritrova tutto il proprio spazio, la propria dignità, e dunque tutta la propria capacità di concretamente, e – lo sottolineo – autonomamente incidere sul terreno delle garanzie.

### 3. Estensione, da parte del giudice ordinario, della potatura, via via eseguita dalla Consulta, del catalogo dei delitti a cattura quasi obbligatoria

Mi riferisco, in questo caso, ad una nostra ordinanza, del settembre 2010<sup>23</sup>, collocantesi al limite delle possibilità di intervento giurisdizionale, senza tuttavia trasmodare in supgenza normativa.

Estendemmo ad un determinato reato, che non era ancora caduto sotto la mannaia del giudice delle leggi, il regime di rimodulazione della doppia presunzione *ex art. 275 comma 3 c.p.p.* (ce ne ha parlato Guido Todaro), ritenendo che lo si potesse a sua volta già escludere dal catalogo dei delitti cosiddetti a cattura quasi obbligatoria, perché ci parve di riconoscere, con riguardo a tale figura di reato, una serie di ragioni per le quali, con la prima<sup>24</sup> della sequenza di sentenze della Corte costituzionale illustratevi da Todaro, si era esclusa, in materia di reati sessuali, l'operatività della seconda presunzione (presunzione *iuris et de iure* di adeguatezza della sola cautela carceraria), sostituita da un più blando regime presuntivo, che, ripudiando l'alternativa secca fra carcere e libertà incondizionata, ammette anche i presidi cautelari intermedi, a condizione che risultino già acquisiti al procedimento elementi di giudizio che li giustifichino. A rigore, non si trattò – debbo precisare – di una potatura del catalogo, perché – come forse ricorderete – in quel caso, anziché aggiungere il reato nell'elencazione di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. si era preferito, tanto per semplificare, inserire, nell'estate del 2009<sup>25</sup>, circa cinque mesi dopo l'ultima stesura del catalogo<sup>26</sup>, il comma 4-*bis* nel corpo dell'art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998, che stigmatizza l'agevolazione dell'ingresso in Italia degli stranieri extracomunitari. Di fatto, ritenemmo di poter applicare la disciplina presuntiva rimodulata dalla sentenza n. 265 del 2010 della Consulta anche al delitto

---

<sup>23</sup> Trib. Libertà di Bologna, ord. 23 settembre 2010, n. 1462/10 R.I.M.C.P., Pres. A. ALBIANI, rel.-est. R.M. OGGIONI.

<sup>24</sup> 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.*

<sup>25</sup> Con l'art. 1, comma 26, lett. f), della l. 15 luglio 2009, n. 94.

<sup>26</sup> Intervenuta in forma di novellazione dell'art. 275 comma 3 c.p.p., mediante l'art. 2, comma 1, lett. a), d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, nella l. 23 aprile 2009, n. 38.

di cui all'art. 12, comma 5-*bis*, del t.u. sull'immigrazione<sup>27</sup>. Non eravamo sicuri che questa linea sarebbe passata nelle sedi successive. Ma la verifica non ci fu, perché il pubblico ministero (in quel caso di Forlì) non impugnò per cassazione la nostra ordinanza, che pertanto si stabilizzò. Ci sentimmo in seguito confortati nella nostra opzione ermeneutica, quando fu addirittura una Sezione della Corte Suprema a seguire la stessa linea per un altro reato, ricompreso nel catalogo<sup>28</sup>. Ma, alla fine, fummo sconfessati, questa volta per fortuna assieme alla Cassazione, allorché la Corte costituzionale ebbe a bacchettare tutti i giudici ordinari (fossero anche di legittimità), proclamando che solo al giudice delle leggi compete la prerogativa di potare il catalogo, verificando in ogni singolo caso la non rispondenza ai dettami costituzionali della presenza in quel novero di ogni singola figura di reato<sup>29</sup>. In effetti, debbo dire che, già nel dicembre del 2010, in occasione di un seminario (tenuto nell'ambito della formazione forense) di interlocuzione fra giudici di Tribunali della Libertà di varie sedi italiane (formula seminariale che periodicamente si ripete nel capoluogo del nostro Distretto), l'ottimo Collega di Torino, Gianni Macchioni, dopo che io ebbi esposto la questione, osservò come, pur apprezzando il nostro sforzo interpretativo nel segno delle garanzie, tuttavia non potesse esimersi dall'osservare che, in questo modo, si rischiava di trasmodare da un regime di controllo centralizzato della conformità alla Costituzione delle leggi ordinarie, che è proprio del nostro ordinamento, ad una forma di controllo diffuso (che forse piace al giovane e scalpitante Guido Todaro, ma di cui la stessa Consulta ha escluso – come abbiamo visto – la tecnica praticabilità), propria invece di altre realtà, come, in particolare, quella statunitense (non vi intono di nuovo, stante la tirannia del tempo, le note di *The Star-Spangled Banner*).

---

<sup>27</sup> Cfr., sul punto, A. ALBIANI, *I nodi al pettine del Tribunale della Libertà*, BUP, Bologna 2011, p. 71 s.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2012, n. 4377, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, p. 288 ss., con nota di C. CINQUE, *Troppo rumore per nulla: la Cassazione estende il principio del "minor sacrificio necessario" al reato di violenza sessuale di gruppo ex art. 609-octies c.p.*

<sup>29</sup> Al riguardo, v. Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, in *Guida dir.*, 2012, fasc. 21, p. 67 ss., con nota di R. BRICCHETTI, *Irragionevole presumere adeguato alla fattispecie (di associazione per delinquere finalizzata alla contraffazione di marchi e all'introduzione nello Stato di prodotti con segni mendaci) il solo mezzo della custodia cautelare in carcere.*

#### 4. Oreficeria elettronica

Dedico gli ultimissimi minuti rimastimi alla questione, di grande attualità, del braccialetto elettronico.

Nessun rilievo teorico. Poche notazioni pratiche. Vi ho già accennato ad una riunione, svoltasi alla fine di novembre del 2013, nel corso della quale ci furono forniti i necessari ragguagli informativi e impartite le opportune istruzioni operative. Già meno di una settimana dopo, ossia nei primi giorni di dicembre (ho qui il provvedimento), applicammo un braccialetto. Fu la nostra prima operazione di oreficeria elettronica. Da allora, lo stiamo facendo con regolarità: direi che non passa quasi udienza senza che provvediamo, almeno in un caso, *ex art. 275-bis c.p.p.*

Siamo in presenza di uno strumento di alleggerimento della pressione penitenziaria davvero – a mio avviso – straordinario: innanzitutto, se non risolve, almeno fortemente sdrammatizza un problema – come tutti ci rendiamo conto – di civiltà; ma – non so se questo sia a tutti Voi noto – rappresenta altresì un risparmio enorme per l'Erario, dal momento che un cautelato *ex art. 275-bis c.p.p.* viene a costare all'Amministrazione la diciannovesima parte di ciò che le costerebbe, se custodito in carcere. Il rapporto è – lo ripeto! – di 1 (uno) a 19 (diciannove). Sarebbe interessante calcolare quanto lo Stato italiano avrebbe risparmiato se la norma avesse potuto trovare applicazione dalla fine del millennio scorso (allorché, come ho in precedenza ricordato, il braccialetto elettronico fece formalmente ingresso nell'ordinamento), ossia se, fin da allora, gli strumenti di controllo elettronico a distanza fossero risultati effettivamente fruibili e concretamente prescrivibili.

L'ultima notazione, con cui impegno il residuo minuto a mia disposizione, è la seguente: avrete tutti notato che il d.l. n. 146/13 inverte la regola posta dall'*art. 275-bis c.p.p.* nella sua originaria formulazione, secondo cui il braccialetto elettronico – ricorrendo i presupposti per l'assegnazione al regime di cattività domestica – si applicava soltanto ove lo strumento stesso apparisse indispensabile. Ora invece, se l'assetto cautelare trascelto dal giudice è la segregazione domiciliare, si impone il braccialetto elettronico, salvo che il giudice lo ritenga non necessario. Il caso ordinario è, insomma, quello dell'adozione della strumentazione elettronica di controllo: singolare disciplina, che accorda la preferenza a un presidio coercitivo più sfavorevole (perché – non possiamo non dircelo – gli arresti domiciliari *tout court* e gli arresti domiciliari *ex art. 275-bis c.p.p.* sono misure fra loro, almeno sul piano sostanziale, distinte). E tale preferenza ha costretto i giudici che, come noi, già facevano applicazione dell'*art. 275-bis c.p.p.*, a modificare

la struttura argomentativa del provvedimento. L'avevamo costruito in un modo e l'abbiamo dovuto, per così dire, rovesciare, prevedendo il bracciale in via ordinaria rispetto al caso, da considerarsi residuale, della cattività domestica imposta *sic et simpliciter*. Si inala forse ancora una volta *fumus praesumptionis*. Qualcuno vi verrà forse cogliendo profili di incostituzionalità. L'idea ci è balenata, ma, almeno in prima battuta, non ci è parsa una strada tecnicamente percorribile, e in ogni caso non con argomenti solidi.

Chiudo segnalando che lo stesso d.l. n. 146 del 2013, cui nella sostanza dobbiamo, se non la riesumazione, quantomeno lo scongelamento dall'ibernazione di fatto dell'oreficeria elettronica, laddove prevedeva l'inversione di cui ho detto, differiva contemporaneamente l'efficacia della stessa al momento dell'entrata in vigore dell'allora emananda legge di conversione. Siamo quindi di fronte ad una mancanza di urgenza ammessa dallo stesso decreto legge. Non so se si diano precedenti.

ROCCO CRISCUOLO\*

## IL GIUDICATO E IL GIUDICANDO CAUTELARE

SOMMARIO: 1. *Il principio di preclusione.* – 2. *Il giudicato cautelare.* – 3. *Il giudicando cautelare.*

### 1. Il principio di preclusione

Io mi occuperò di due figure: quelle del giudicato cautelare e del giudicando cautelare, che sono espressione del principio di preclusione.

Il principio di preclusione è uno dei principi fondanti la teoria generale del processo. È grazie a tale principio che si può avere uno svolgimento ordinato del giudizio, che possono essere prevenute indebite regressioni, che può essere impedito alle parti di abusare delle facoltà loro riconosciute, che si possono evitare su una stessa *res iudicanda* pronunce contrastanti, che può essere garantito il processo da un'indebita usura e può essere evitato un inutile spreco di energie.

Ma in che cosa si sostanzia il principio di preclusione?

In maniera sintetica si può affermare che si oggettivizza nell'impossibilità per le parti di esercitare una facoltà loro, in astratto, riconosciuta dalla legge.

Ciò può trovare ragione nel fatto che la parte non si sia attivata tempestivamente, che abbia compiuto un'attività incompatibile con l'esercizio della facoltà, che quella facoltà sia stata già esercitata.

Tenuto conto, quindi, degli interessi sottesi al principio di preclusione e alla sua funzione ordinante e razionalizzatrice, mi sembra che si possa affermare che un suo uso sapiente consenta al giudice un governo del giudizio che ne assicuri la celerità, impedendo inutili e defatiganti attività.

Nella materia cautelare il principio in parola entra in gioco, oltre che

---

\* Giudice presso il Tribunale della Libertà di Bologna.

con riguardo alle vicende che afferiscono all'incidente nel suo complesso, anche in relazione alle "interferenze" con il procedimento principale.

Sotto quest'ultimo aspetto, è opportuno rilevare l'efficacia preclusiva:

a) del decreto di archiviazione, nei limiti che più avanti saranno esposti, della sentenza di non luogo a procedere e della sentenza di proscioglimento, in relazione all'esercizio dell'azione cautelare;

b) della sentenza di condanna in ordine alla valutazione della gravità indiziaria;

c) del decreto che dispone il giudizio, del decreto penale di condanna e del decreto di giudizio immediato in merito all'accertamento del *fumus commissi delicti* in materia di cautela reale.

Di recente, in qualche isolata pronuncia della Cassazione<sup>1</sup> è stato affermato che le decisioni assunte nell'incidente cautelare, in punto di utilizzabilità delle prove, ove confermate dalla Suprema Corte, comportano la preclusione a trattare le stesse questioni nell'ambito del giudizio principale.

La Cassazione mi pare, invece, che si stia orientando in modo più convinto ad affermare che è preclusa la riproposizione delle questioni relative alla competenza, ove si sia in presenza di una sentenza del Supremo Collegio che abbia già deciso dette questioni, anche se la pronuncia è intervenuta nella fase delle indagini preliminari e in specie nel corso del procedimento cautelare, poiché tale decisione, stante il disposto dell'art. 25 c.p.p., ha efficacia vincolante per tutte le fasi del giudizio, salvo il caso di sopravvenienza di fatti nuovi che impongano un riesame del tema<sup>2</sup>.

Il principio di preclusione, in relazione a quella che è la dinamica dell'incidente cautelare, ha una portata sicuramente diversa che non nell'ambito del giudizio di cognizione e ciò in quanto, nella nostra materia, le decisioni sono assunte allo stato degli atti e quindi, poiché governate dalla regola *rebus sic stantibus*, possono essere sempre riviste sia in presenza di un mutamento del quadro probatorio derivante dall'allegazione di nuovi elementi – preesistenti o sopravvenuti – precedentemente non valutati, sia a seguito di un mutamento giurisprudenziale.

È proprio questa peculiarità della cautela che rende il giudicato cautelare naturalmente instabile e comporta che sia rimessa all'insindacabile

---

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. I, 21 dicembre 2011, n. 47655, in *C.E.D. Cass.*, n. 252181; Cass. pen., sez. I, 1 marzo 2012, n. 39850, *ivi*, n. 253950.

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. I, 29 aprile 2011, n. 20992, in *C.E.D. Cass.*, n. 250117; Cass. pen., sez. I, 14 febbraio 2013, n. 9413, *ivi*, n. 255065.

decisione delle parti l'allocazione, in uno o nell'altro dei sub-procedimenti contemporaneamente pendenti, degli effetti prodotti dalla preclusione connessa al c.d. giudicando cautelare.

## 2. Il giudicato cautelare

Il giudicato cautelare, che è un tipico istituto di diritto pretorio, è stato oggetto di un'elaborazione giurisprudenziale particolarmente nutrita, tant'è che si possono contare almeno dieci pronunce delle Sezioni unite<sup>3</sup> che hanno riguardato in primo luogo la sua rilevanza nelle differenti situazioni procedurali in cui entra in gioco.

Per meglio comprendere la portata dell'istituto appare opportuno verificarne le implicazioni avendo riguardo, per un verso, alle interrelazioni tra il riesame e il procedimento di revoca delle misure cautelari, nonché tra i successivi procedimenti *ex art. 299 c.p.p.* e, per l'altro, alla sua incidenza sulla possibilità per il pubblico ministero di reiterare la domanda cautelare.

Per quanto attiene agli effetti del giudicato cautelare con riguardo alla posizione del cautelato, si rileva che in un primo periodo la giurisprudenza ha ritenuto che la preclusione sorgesse anche a causa della mancata impugnazione delle ordinanze emesse dal giudice di prime cure, poiché anche in tal caso le decisioni *de libertate* avrebbero acquistato la caratteristica dell'irrevocabilità ed avrebbero avuto un'efficacia preclusiva estesa anche alle questioni deducibili ma non effettivamente dedotte con l'impugnazione<sup>4</sup>.

Tale impostazione della Cassazione è stata messa in discussione già dalla

---

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. un., 1 luglio 1992, n. 11, Grazioso, in *C.E.D. Cass.*, n. 191183; Cass. pen., sez. un., 18 giugno 1993, n. 14, Dell'Omo, *ivi*, n. 194312; Cass. pen., sez. un., 12 ottobre 1993, n. 20, Durante, *ivi*, n. 195354; Cass. pen., sez. un., 12 novembre 1993, n. 26, Galluccio, *ivi*, n. 195806; Cass. pen., sez. un., 8 luglio 1994, n. 11, Buffa, *ivi*, nn. 198211-213; Cass. pen., sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2, Liddi, *ivi*, n. 212807; Cass. pen., sez. un., 31 maggio 2000, n. 14, Piscopo, *ivi*, n. 216261; Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2004, n. 18339, Donelli, *ivi*, nn. 227357 - 227359; Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952, Romagnoli, *ivi*, n. 228117; Cass. pen., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535, Librato, *ivi*, n. 235908.

<sup>4</sup> Cass. pen., sez. un., 12 novembre 1993, n. 26, Galluccio cit.

sentenza delle Sezioni unite che ha riguardato la materia della riparazione per ingiusta detenzione<sup>5</sup>.

Nell'occasione il Supremo Collegio, nel verificare a quali decisioni dovesse essere riconosciuto il carattere dell'irrevocabilità preteso dall'art. 314 comma 2 c.p.p. perché il condannato potesse avanzare la richiesta di riparazione per ingiusta detenzione, ha espressamente affermato che tale carattere può essere riconosciuto alle ordinanze, non impugnate, adottate dal Tribunale della Libertà in sede di riesame o di appello avverso il provvedimento *de libertate*, ovvero alle pronunce emesse dalla Corte di cassazione a seguito di ricorso contro le decisioni del giudice dell'impugnazione, o in sede di ricorso *per saltum* contro lo stesso provvedimento applicativo della misura cautelare personale.

Il massimo organo nomofilattico ha quindi riconosciuto il carattere dell'irrevocabilità soltanto alle decisioni divenute definitive a seguito di impugnazione nell'ambito dell'incidente cautelare.

Da ciò è stato desunto che tale carattere non può essere attribuito all'ordinanza emessa dal giudice di prime cure, anche ove si tratti dell'ordinanza genetica della cautela, se sulla stessa non è intervenuta la pronuncia del giudice di secondo grado o della Suprema Corte.

Il quadro si è assestato con la sentenza delle Sezioni unite in data 8 luglio 1994, n. 11, Buffa. Le Sezioni unite hanno infatti stabilito che la mancata impugnazione dell'ordinanza cautelare nei termini previsti dagli artt. 309 comma 1 e 311 comma 2 c.p.p. non comporta alcuna preclusione, per il giudice competente a pronunciarsi sulla revoca della misura, quanto alla verifica della carenza originaria (oltre che persistente) di indizi o di esigenze cautelari.

Nella circostanza è stato affermato che l'ordinanza in tema di revoca della misura – che può essere adottata, senza l'osservanza di termini, in qualsiasi fase del procedimento e non ha natura impugnatoria – stante quanto previsto dall'art. 299 commi 1 e 2 c.p.p., mira a verificare la sussistenza attuale sia delle condizioni generali di applicabilità della misura stessa previste dagli artt. 273 e 274 c.p.p., sia delle condizioni specifiche dettate con riguardo ad ogni presidio coercitivo o interdittivo.

Il Supremo Consesso ha anche ribadito che una preclusione processuale è suscettibile di formarsi soltanto a seguito delle pronunzie emesse dalla Cassazione ovvero dal Tribunale in sede di riesame o di appello e ha

---

<sup>5</sup> Cass. pen., sez. un., 12 ottobre 1993, n. 20, Durante cit.

specificato che tale preclusione ha una portata più modesta rispetto a quella determinata dalla cosa giudicata, sia perché opera *rebus sic stantibus*, sia perché non copre anche le questioni deducibili, ma soltanto le questioni dedotte, implicitamente o esplicitamente, nei procedimenti di impugnazione, intendendosi per questioni implicite quelle che, quantunque non enunciate in modo specifico, integrano il presupposto logico di quelle espressamente dedotte.

Infine, le Sezioni unite, con la sentenza n. 14 del 2000, Piscopo, hanno precisato che la preclusione derivante dal giudicato cautelare non attiene al procedimento previsto dall'art. 299 c.p.p. che può essere sempre attivato dall'interessato con la richiesta di revoca, ma alle singole questioni già definite in passato e ciò in quanto

il giudice della revoca è sempre tenuto ad accertare d'ufficio se vi siano ragioni, anche diverse da quelle prospettategli dall'interessato, che dimostrino l'insussistenza dei presupposti della misura

e hanno aggiunto che

la teoria del c.d. giudicato cautelare tende a consentire un più agevole ricorso alla motivazione *per relationem* al fine di disattendere richieste ripetitive e defatiganti.

La sentenza da ultimo menzionata è da ritenersi in linea con la sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale n. 89 del 1998<sup>6</sup>.

Il giudice delle leggi, dopo aver premesso che le disposizioni di cui all'art. 299 commi 1 e 2 c.p.p. sono espressione del principio del *favor libertatis*, ha affermato che il giudice che, su richiesta del cautelato, debba decidere in materia di cautela personale, non è in alcun modo legato allo specifico *petitum* contenuto nella richiesta, in quanto i suoi poteri-doveri e il contenuto delle sue decisioni trovano la loro definizione normativa nelle richiamate disposizioni, con la conseguenza che può disporre la revoca o l'attenuazione del trattamento cautelare ogni volta che ravvisi il venir meno dei presupposti richiesti per il mantenimento della cautela o l'affievolimento delle esigenze cautelari o, comunque, giudichi la misura

---

<sup>6</sup> Corte cost., sent. 11 febbraio 1998, n. 89, in *C.E.D. Cass.*, n. 23811.

non più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che ritenga possa essere irrogata.

Le successive pronunce delle Sezioni unite in materia di cautela personale hanno sostanzialmente confermato le soluzioni riassunte, come emerge dalla lettura della sentenza Testini<sup>7</sup> emessa nell'anno 2011.

Tirando le fila del discorso sinora svolto è dato rilevare che l'evoluzione giurisprudenziale ha comportato nel corso degli anni un ridimensionamento degli effetti del giudicato cautelare, rendendolo per così dire una preclusione debole, in quanto, proprio per il rispetto del principio del *favor libertatis* e quindi in un'ottica squisitamente garantista, si è prima negata la sua formazione in assenza di impugnazioni proposte avverso l'ordinanza genetica della misura o la decisione di rigetto della richiesta di revoca o di attenuazione del trattamento cautelare; si è, inoltre, limitato il suo effetto preclusivo soltanto alle questioni dedotte anche implicitamente; si è, infine, giunti ad affermare che comunque non può comportare l'inammissibilità dell'istanza poiché il giudice della cautela, una volta che sia stato investito della richiesta, ha il potere-dovere di accoglierla anche per ragioni diverse da quelle prospettate dalla parte, purché non confliggenti con le risoluzioni delle questioni già coperte da giudicato cautelare.

Peraltro, la Cassazione<sup>8</sup> ha rilevato che la decisione con la quale è stata disattesa una richiesta di revoca produce un effetto simile a quello previsto dall'art. 666 comma 2 c.p.p. in quanto tale norma – dettata per il procedimento di esecuzione e in forza della quale è inammissibile la proposta di incidente di esecuzione consistente nella mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi – pone un principio di carattere generale preclusivo, allo stato degli atti, di una nuova pronuncia giurisdizionale in ordine alle questioni trattate.

In materia di cautela reale, gli effetti del giudicato cautelare sono, a mio parere, più marcati.

Le Sezioni unite<sup>9</sup>, dopo aver criticato il richiamo ai principi riferiti al “giudicato” in senso proprio, stante la peculiarità della cautela, hanno af-

---

<sup>7</sup> Cass. pen., sez. un., 12 dicembre 2010, n. 7931, Testini, in *C.E.D. Cass.*, nn. 249001-249002.

<sup>8</sup> Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2008, n. 14236, in *C.E.D. Cass.*, n. 239661; Cass. pen., sez. II, 26 aprile 2012, n. 252819, *ivi*, n. 252819.

<sup>9</sup> Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952, Romagnoli cit.

fermato che la preclusione endoprocessuale in oggetto, nell'ambito dell'incidente cautelare reale,

mira ad impedire ulteriori interventi giudiziari, in assenza di un mutamento del quadro processuale di riferimento, rendendo inammissibile la riproposizione di istanze che hanno già formato oggetto di valutazione

e più avanti hanno ribadito che

in sede di istanza di revoca, invece, non possono essere riproposti motivi che sono stati già dedotti in sede di riesame e, in assenza di un mutamento del quadro processuale di riferimento, è inammissibile la riproposizione di istanze fondate sui medesimi motivi rigettati con decisione definitiva.

Pertanto, ove la richiesta di revoca riguardi un sequestro, il giudicato cautelare non comporta la mera inammissibilità delle questioni già decise, ma determina l'inammissibilità della stessa istanza.

Il giudice non potrà disporre la revoca del vincolo per ragioni diverse da quelle prospettate dall'istante e si dovrà limitare a dichiarare l'inammissibilità della richiesta.

È proprio in relazione alla cautela reale che il giudicato cautelare produce, quindi, gli effetti che sono generalmente connessi a una preclusione processuale.

Nell'ambito della cautela personale, il principio di preclusione, invece, non può che essere temperato con quello del *favor libertatis* e con la conseguente necessità di un monitoraggio, tendenzialmente costante, della permanenza delle condizioni che legittimano la limitazione della libertà personale.

Il c.d. giudicato cautelare, come detto, copre le questioni esplicitamente o implicitamente dedotte ma non anche quelle deducibili.

Tale principio, però, soffre delle limitazioni con riguardo:

- ai vizi che afferiscono al provvedimento genetico;
- alle questioni relative alla competenza;
- ai c.d. vizi che riguardano la decisione del Tribunale della Libertà, emessa a seguito di riesame, perché adottata sebbene non vi sia stata la trasmissione degli atti nel termine di cinque giorni dalla presentazione del ricorso previsto dall'art. 309 comma 5 c.p.p. o perché intervenuta decorso il termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti.

Sotto il primo profilo, la mancata proposizione del riesame impedisce, infatti, un tardivo controllo della sussistenza dei requisiti formali

del provvedimento genetico della cautela, poiché, come è stato statuito<sup>10</sup>,

al Tribunale di cui all'art. 309 comma 7 c.p.p. è attribuito in via esclusiva il controllo sulla validità dell'ordinanza cautelare, con riguardo ai requisiti formali enumerati nell'art. 292 stesso codice.

Soltanto i vizi che rendono il provvedimento inesistente o inesequibile ai sensi dell'art. 292 comma 2 c.p.p. possono essere sempre denunziati.

La conclusione alla quale sono giunte le Sezioni unite trova il proprio fondamento nel fatto che la scadenza dei termini per le impugnazioni *de libertate* sana le nullità derivanti dalla mancanza di questi requisiti di validità.

Peraltro, a mio avviso, la non deducibilità dell'invalidità dell'ordinanza genetica con la richiesta di revoca la si evince anche da quanto previsto nell'art. 299 c.p.p. nel quale non è contenuto alcun riferimento al disposto dell'art. 292 c.p.p. e non viene attribuita al cautelato la facoltà di richiedere la rimozione della misura sulla scorta di asserite nullità del provvedimento impositivo.

Pertanto, se si vuole far valere, ad esempio, il vizio dell'assenza di motivazione o della carenza della domanda cautelare, l'interessato dovrà proporre riesame o ricorso per Cassazione *per saltum* perché successivamente non potrebbe essere dedotta o rilevata d'ufficio alcuna nullità, anche assoluta, invalidante il provvedimento genetico della cautela.

Con riguardo alla competenza, le Sezioni unite<sup>11</sup> hanno statuito che

il mancato esperimento del riesame, ferma restando la facoltà del giudice della convalida [*così come, in genere, del giudice della cautela*] di dichiararsi incompetente in ogni tempo, preclude tuttavia che la questione della competenza del giudice che ha emanato la misura possa essere proposta in altro modo e specie attraverso una richiesta di revoca al giudice che procede.

In merito alla perdita di efficacia dell'ordinanza cautelare *ex art. 309*

---

<sup>10</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 8 maggio 1994, n. 11, Buffa cit.; Cass. pen., sez. un., 31 maggio 2000, n. 14, Piscopo cit.; Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952, Romagnoli cit.

<sup>11</sup> Cass. pen., sez. un., 25 marzo 2010, n. 12823, Mones, in *C.E.D. Cass.*, n. 246273.

comma 10 c.p.p. le Sezioni unite<sup>12</sup>, correggendo quanto precedentemente affermato nelle sentenze n. 1 e 2 del 1999<sup>13</sup>, hanno chiarito che:

l'omissione, da parte del giudice del riesame, della pronuncia, anche d'ufficio, della sopravvenuta perdita di efficacia della misura cautelare ai sensi dell'art. 309, comma 10, c.p.p., costituisce un vizio della decisione che, come tale, può essere fatto valere esclusivamente con il ricorso per cassazione nell'ambito del procedimento "*de libertate*" e non anche con la richiesta di declaratoria dell'inefficacia della misura rivolta al giudice del procedimento principale.

Nell'occasione la Corte ha altresì precisato che

nel giudizio di legittimità la predetta omissione, in quanto vizio della decisione, non può essere rilevata d'ufficio ma solo se denunciata con uno specifico, ancorché unico, motivo di impugnazione.

Proprio perché vizio della decisione, l'omissione in parola può essere fatta valere soltanto mediante l'impugnazione dell'ordinanza nell'ambito del procedimento *de libertate* con il ricorso per cassazione e non anche con la richiesta di declaratoria dell'inefficacia della misura rivolta al giudice del procedimento principale.

Il dovere del Tribunale della Libertà di verificare, anche d'ufficio, la tempestività del procedimento deriva, secondo le Sezioni unite, dal disposto dell'art. 306 c.p.p.

Il giudicato cautelare può essere superato producendo elementi ancora non valutati dal giudice.

La difesa può avanzare una richiesta di revoca sulla scorta, ad esempio, di indagini difensive svolte anche anteriormente alla formazione del giudicato cautelare, le cui risultanze non sono state allegate alle precedenti istanze disattese, o di altri elementi desunti dal fascicolo del pubblico ministero, non portati precedentemente all'attenzione del giudicante.

In ordine, invece, ai limiti per il pubblico ministero di reiterare la domanda cautelare, oramai la Suprema Corte ha fissato dei punti fermi.

In primo luogo, la mancata impugnazione dell'ordinanza reiettiva della

---

<sup>12</sup> Cass. pen., sez. un., 31 maggio 2000, n. 14, Piscopo cit.

<sup>13</sup> Cass. pen., sez. un., 15 gennaio 1999, n. 1, Caridi, in *C.E.D. Cass.*, nn. 212744 – 212745; Cass. pen., sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2, Liddi cit.

domanda dà luogo alla formazione del giudicato cautelare, che preclude la riproposizione della richiesta laddove la stessa non sia fondata su nuovi elementi<sup>14</sup>.

A tale conclusione la Corte di cassazione è giunta facendo leva su un generale principio di tassatività delle procedure esperibili in materia cautelare, che limita i rimedi praticabili ai mezzi di impugnazione previsti dalla legge, anche a fronte di valutazioni del giudice adito palesemente erronee, perché determinate da un distratto e superficiale esame degli atti, che ha comportato l'omesso apprezzamento di elementi fondamentali.

Corollario dell'esposta conclusione è l'impossibilità, per il giudice che abbia emesso un provvedimento reiettivo, di disporre la revoca in mancanza di nuove allegazioni<sup>15</sup>.

Parimenti è preclusa la reiterazione del provvedimento genetico della cautela se il precedente provvedimento sia stato annullato in conseguenza del riesame del merito effettuato con decisione giurisdizionale non più soggetta a gravame, con la quale è stata esclusa la ricorrenza delle condizioni generali di legittimità<sup>16</sup>.

La reiterazione del provvedimento impositivo della cautela è, invece, ammessa quando il precedente provvedimento è rimasto caducato per ragioni puramente formali (nullità; perdita di efficacia *ex art.* 309 comma 10 c.p.p.; perdita di efficacia per mancato espletamento nel termine dell'interrogatorio di garanzia, purché, in quest'ultimo caso, il cautelando venga previamente interrogato in stato di libertà)<sup>17</sup>.

Il Giudice nomofilattico<sup>18</sup> ha, però, chiarito che

il cosiddetto giudicato cautelare si forma sul materiale probatorio, esaminato originariamente dal giudice che ha emesso il provvedimento cautelare, e trasmesso al Tribunale della Libertà, ma non sugli atti prodotti in udienza dalle parti, qualora l'organo del riesame non li abbia presi in alcuna considerazione

Secondo tale insegnamento, il pubblico ministero può, quindi, avanzare

---

<sup>14</sup> Cass. pen., sez. VI, 25 ottobre 2002, n. 5374, in *C.E.D. Cass.*, n. 223654; Cass. pen., sez. V, 13 ottobre 2009, n. 43068, *ivi*, n. 245092.

<sup>15</sup> Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 1999, n. 5825, in *C.E.D. Cass.*, n. 215567.

<sup>16</sup> Cass. pen., sez. un., 1 luglio 1992, n. 11, *Grazioso cit.*

<sup>17</sup> Cass. pen., sez. un., 1 luglio 1992, n. 11, *Grazioso cit.*

<sup>18</sup> Cass. pen., sez. II, 21 settembre 2012, n. 49270, in *C.E.D. Cass.*, n. 255237.

una nuova richiesta cautelare fondata anche su elementi probatori presentati non al giudice di prime cure ma soltanto al Tribunale della Libertà che ha annullato il provvedimento senza però valutare in alcun modo le produzioni dell'inquirente, in quanto è una scelta insindacabile dell'attore istituzionale quella tra procedere all'impugnazione dell'ordinanza del Tribunale del Riesame per omessa motivazione sulla documentazione prodotta o proporre una nuova richiesta di applicazione di misura cautelare allegando gli elementi nuovi in precedenza non valutati.

Anche la difesa, che ha visto rigettata la richiesta di riesame senza che siano stati valutati gli elementi prodotti in sede di impugnazione, potrà avanzare una richiesta di revoca della misura basata proprio su detti elementi.

Nell'ipotesi in cui il giudice di prime cure rigetti la domanda cautelare per carenza di gravità indiziaria o perché non ravvisi *pericula libertatis*, dichiarandosi contestualmente incompetente, c'è da chiedersi se, in caso di mancata impugnazione del provvedimento da parte del pubblico ministero, si formi il giudicato cautelare.

A tale domanda la Suprema Corte ha fornito risposte contrastanti, tant'è che in alcune pronunce<sup>19</sup> ha riconosciuto l'interesse dell'organo requirente presso il giudice che si è dichiarato incompetente a proporre appello, proprio per evitare il formarsi del giudicato cautelare, mentre in altre<sup>20</sup> ha negato che possa essere ravvisato un siffatto interesse.

A mio parere è da condividere la seconda soluzione.

Le Sezioni unite<sup>21</sup>, trattando della preclusione prodotta dal provvedimento di archiviazione, hanno chiarito che si tratta di una «preclusione endoprocedimentale», che attiene

a qualsiasi iniziativa del pubblico ministero specificamente diretta ad attivare (riattivare) le indagini, in assenza delle condizioni previste per la riapertura delle investigazioni

---

<sup>19</sup> Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2007, n. 12330, in *C.E.D. Cass.*, n. 236398; Cass. pen., sez. VI, 17 gennaio 2007, n. 8971, *ivi*, n. 235920.

<sup>20</sup> Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 2006, n. 24639, in *C.E.D. Cass.*, n. 235187; Cass. pen., sez. I, 22 dicembre 2010, n. 11467, non massimata.

<sup>21</sup> Cass. pen., sez. un., 22 marzo 2000, n. 9, Finocchiaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 216004. V., pure, successivamente, Cass. pen., sez. un., 24 giugno 2010, n. 33885, Giuliani, *ivi*, n. 247834.

e ne hanno ben delimitato l'ambito di operatività, facendo leva sul concetto racchiuso nell'espressione "stesso fatto" in correlazione all'opposta "fatto diverso".

Hanno evidenziato come l'interpretazione del sistema codicistico porti necessariamente a concludere che non si possa definire "stesso fatto" quello in accertamento da parte di un'autorità investigativa diversa rispetto a quella operante presso il giudice che pronunciò il provvedimento di archiviazione, in quanto

la nozione di "stesso fatto", ai fini che qui interessano, comprende sia le componenti oggettive dell'addebito (condotta, evento, nesso di condizionamento eziologico), vale a dire il contenuto della *notitia criminis*, sia gli aspetti esterni al fatto di reato, per tali intendendosi l'autorità che procede (o procedette) alla investigazione, essendo chiaro che l'effetto preclusivo, di cui si è parlato, condiziona solo la condotta dell'ufficio investigativo che chiese ed ottenne il decreto (o l'ordinanza) di archiviazione di quella notizia di reato e che, sopravvenendo ragioni di approfondimento delle indagini, può rivolgersi al suo giudice referente per chiedere ed ottenere il decreto di cui all'art. 414 c.p.p. Certo, ciò non potrebbe essere chiesto da un pubblico ministero diverso, per territorio, rispetto a quello che fu investito della richiesta di declaratoria della infondatezza della notizia di reato [...]. Sul punto, pertanto, può affermarsi che è estranea al concetto di "stesso fatto" l'ipotesi di investigazioni condotte, ancorché specificamente, da altro ufficio di Procura della Repubblica perché la preclusione procedimentale non può svolgere funzione impeditiva oltre l'ambito del rapporto pubblico ministero-giudice della data indagine preliminare.

Orbene, alla luce di tale pronuncia, risulta chiaro che la nozione di "stesso fatto" comprende oltre le componenti oggettive dell'addebito, anche gli aspetti esterni al fatto di reato, da identificare nell'autorità che procede o procedette all'investigazione, poiché gli effetti preclusivi che si verificano nell'ambito di un procedimento possono condizionare soltanto l'ufficio inquirente che è stato titolare di quel procedimento e non il diverso ufficio del pubblico ministero territorialmente competente che stia autonomamente investigando o che investigherà sulla medesima *notitia criminis*.

Se così è, allora, la conclusione che si deve trarre in merito alla questione in oggetto deve essere che la mancata impugnazione del provvedimento reiettivo emesso dal giudice incompetente non può determinare alcuna preclusione alla riproposizione della domanda cautelare da parte del pubblico ministero competente.

Invero, il giudicato cautelare ha un'efficacia endoprocedimentale e,

quindi, è produttivo di effetti soltanto nell'ambito del medesimo procedimento.

Ove per la stessa fattispecie di reato sia già pendente o venga promosso un nuovo procedimento dinanzi ad una diversa Autorità Giudiziaria, nessuna preclusione può derivare dalle interlocuzioni che hanno avuto luogo tra la pubblica accusa e il giudice di una diversa sede giudiziaria, poiché tali interlocuzioni sono avvenute nell'ambito di un distinto procedimento, addirittura tra Autorità Inquirente e Giudicante incompetenti.

Non si può fare a meno di descrivere le conseguenze per alcuni versi paradossali derivanti dalla tesi qui non condivisa.

Il pubblico ministero presso il giudice che si è dichiarato incompetente dovrebbe appellare il provvedimento presso il Tribunale della Libertà. Il Tribunale, accolto l'appello avendo ravvisato l'urgenza, non potrebbe che dichiararsi a sua volta incompetente, attivando il meccanismo *ex art. 27 c.p.p.* e disponendo la sospensione dell'esecuzione dell'ordinanza *ex art. 310 comma 3 c.p.p.*

Le disposizioni di cui all'art. 291 comma 2 e all'art. 310 comma 3 c.p.p. appaiono, però, in insanabile contrasto, in quanto una situazione di urgenza di provvedere non può certo tollerare la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento adottato, in attesa della sua definitività.

Del resto, l'attivazione del meccanismo *ex art. 27 c.p.p.* comporterebbe, con ogni probabilità, l'emissione dell'ordinanza cautelare da parte del giudice competente ben prima che quella emessa dal Tribunale della Libertà incompetente divenga definitiva.

*Last, but not least*, non si può non evidenziare come il giudice competente ben potrebbe adottare il provvedimento cautelare in pendenza dell'appello proposto dal pubblico ministero presso il giudice incompetente e se ciò accadesse non sembra che possa ravvisarsi alcuna invalidità di tale titolo cautelare anche secondo la tesi non condivisa, poiché nessun giudicato cautelare si sarebbe ancora formato e, per quanto si dirà più avanti, non è ravvisabile un'ipotesi di c.d. giudicando cautelare.

Altro aspetto che a mio avviso merita attenzione è quello relativo all'impatto sul giudicato cautelare di un nuovo diritto vivente, che trae origine da una pronuncia delle Sezioni unite con la quale sia stato composto un contrasto giurisprudenziale, o si è proceduto ad un radicale mutamento dell'indirizzo interpretativo sino ad allora vigente.

In sostanza, ci si deve interrogare se il giudicato cautelare che si è formato fondandosi su un orientamento giurisprudenziale che riteneva, ad esempio, un certo fatto integrante un'ipotesi di reato, possa ritenersi supe-

rato ove successivamente tale opzione interpretativa sia stata smentita dalla Suprema Corte nella sua composizione estesa: volendo fare un esempio, si faccia il caso dell'uso del telefono per ragioni private da parte del dipendente pubblico: alcune pronunce<sup>22</sup> della Cassazione hanno ritenuto che integrasse il delitto di peculato e quindi potesse essere applicata la custodia carceraria, mentre le Sezioni unite Vattani<sup>23</sup> hanno affermato che si tratta di peculato d'uso con la conseguenza che non possono essere applicate le misure coercitive.

A tale quesito, a mio parere, la risposta non può che essere positiva.

È vero che nella sentenza Librato<sup>24</sup> si afferma che una questione di diritto, una volta decisa e coperta dal giudicato cautelare, non può essere riproposta; però è da rilevare che le Sezioni unite hanno formulato tale affermazione nell'ambito di un procedimento nel quale era stato prospettato quale "nuovo elemento" una pronuncia di una sezione della Cassazione con la quale era stata proposta una soluzione ermeneutica che era rimasta nettamente minoritaria.

Stante il caso concreto di cui si è occupata la sentenza Librato ritengo che detta pronuncia non possa costituire un precedente con il quale ci si debba confrontare.

Sul punto mi sembra invece importante quanto affermato in materia di c.d. giudicato esecutivo dalle Sezioni unite con la nota pronuncia Beschi dell'anno 2010<sup>25</sup>.

Secondo il Supremo Collegio

il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata

precisandosi

---

<sup>22</sup> Cass. pen., sez VI, 20 dicembre 2010, n. 256, in *C.E.D. Cass.*, n. 249201; Cass. pen., sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 26595, *ivi*, n. 244458; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2007, n. 21335, *ivi*, n. 236627.

<sup>23</sup> Cass. pen., sez. un., 20 dicembre 2012, n. 19054, Vattani, in *C.E.D. Cass.*, n. 255296.

<sup>24</sup> Cass. pen., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535, Librato cit.

<sup>25</sup> Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in *C.E.D. Cass.*, n. 246651.

che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europee, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale.

Successivamente a tale pronuncia, in materia di cautela reale, la Suprema Corte<sup>26</sup>, sebbene senza menzionare la richiamata pronuncia delle Sezioni unite, ha affermato che costituisce elemento “nuovo” sul quale fondare la richiesta di revoca del sequestro non un semplice arresto del giudice di legittimità che abbia prospettato una soluzione ermeneutica diversa rispetto a quella già cristallizzatasi nell'originario procedimento cautelare, ma una sentenza delle Sezioni unite, in quanto tale decisione non rappresenta una pronuncia soltanto autorevole da valutare, semmai, in sede di cognizione, ma, proprio perché promanante dal collegio deputato a dirimere i contrasti di giurisprudenza, costituisce, per i giudici del merito, un fatto interpretativo nuovo che gli stessi non possono esimersi dall'esaminare.

Correttamente, a mio parere, la Cassazione ha osservato che, ove così non fosse, il cosiddetto giudicato cautelare assumerebbe un livello di “preclusività” del tutto corrispondente al giudicato vero e proprio.

Insomma, ritengo che si possa affermare che in presenza di una pronuncia del giudice nomofilattico nella sua più autorevole composizione, il giudicato cautelare, proprio perché vige *rebus sic stantibus*, ne viene travolto al fine di consentire l'adeguamento della vicenda cautelare al diritto vivente, che ha preso corpo a seguito dell'intervento delle Sezioni unite.

Ciò vale sicuramente per le ipotesi che hanno ad oggetto mutamenti in materia processuale e per l'*overruling in melius* nell'ambito del diritto sostanziale.

Più problematica è l'ipotesi di un mutamento *in peius*.

In tale ultima ipotesi, non già per ragioni di natura procedurale ma in forza del disposto dell'art. 5 c.p. come ridefinito dalla Corte costituzionale<sup>27</sup> mi sembra che il mutamento possa essere opposto al cautelando soltanto se fosse prevedibile al tempo di commissione del reato.

---

<sup>26</sup> Cass. pen., sez. VI, 6 maggio 2010, n. 19716, in *C.E.D. Cass.*, n. 247113.

<sup>27</sup> Corte cost., sent. 23 marzo 1988, n. 364, in *C.E.D. Cass.*, n. 138.

### 3. Il giudicando cautelare

L'altra preclusione da analizzare è quella derivante dal c.d. giudicando cautelare.

Con la locuzione in oggetto ci si riferisce agli effetti preclusivi derivanti da un gravame in materia cautelare ancora pendente.

La prima pronuncia che ha analizzato tale tematica è stata la sentenza delle Sezioni unite del 31 marzo 2004, Donelli<sup>28</sup>.

Peraltro, la questione che era stata rimessa alla Sezioni unite non era già quella relativa alla preclusione di cui si tratta ma quella afferente alla possibilità che le parti, in pendenza di un appello cautelare, presentassero elementi probatori nuovi – preesistenti o sopravvenuti – direttamente in tale sede.

A quest'ultimo quesito la suddetta decisione ha dato risposta positiva, muovendo dall'affermazione, già contenuta nella sentenza delle Sezioni unite Gibilras<sup>29</sup>, che l'appello cautelare e quello che ha luogo nel processo di merito partecipano della medesima natura,

poiché integrano lo stesso strumento di verifica del provvedimento del primo giudice.

Da ciò hanno, quindi, desunto che come il giudice di appello in sede di merito è legittimato a verificare tutto il materiale istruttorio ed a riconsiderare anche i punti della motivazione della sentenza di prime cure non censurati con l'impugnazione, così il giudice di appello *de libertate* in presenza di un'impugnazione proposta dal pubblico ministero avverso un provvedimento reiettivo della sua richiesta, pur nel rispetto del perimetro tracciato dall'originaria domanda cautelare, è

il giudice al quale è affidato il potere-dovere di riesaminare *ex novo* la vicenda cautelare nella sua interezza

al fine di adottare, eventualmente, il provvedimento genetico della misura.

In modo consequenziale con tali affermazioni le Sezioni unite hanno statuito che, nel rispetto del principio del contraddittorio e della garanzia

---

<sup>28</sup> Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2004, n. 18339, Donelli cit.

<sup>29</sup> Cass. pen., sez. un., 25 giugno 1997, n. 8, Gibilras, in *C.E.D. Cass.*, n. 208313.

della facoltà delle parti di controdedurre, sia la difesa che la pubblica accusa possono produrre elementi nuovi, preesistenti o sopravvenuti, idonei a corroborare le proprie richieste.

Tuttavia le Sezioni unite non si sono fermate a tale statuizione ma hanno anche affrontato il problema derivante «dalle interferenze tra competenze funzionali diversificate» a cui potrebbe dar luogo il riconoscere al pubblico ministero la facoltà di produrre le nuove emergenze investigative nell'appello già instaurato ovvero avanzando una nuova richiesta cautelare e hanno ritenuto di poterlo risolvere affermando come

alla luce di una complessiva lettura delle linee logico – sistematiche sia del fenomeno cautelare che della categoria delle preclusioni endoprocedimentali [...] il rapporto fra le due soluzioni non si configuri in termini di “concorrenza”, bensì di “alternatività”.

Affermano le Sezioni unite:

si intende sostenere il principio per cui, qualora il pubblico ministero si determini a coltivare contemporaneamente entrambe le vie (da un lato rinnovando al giudice per le indagini preliminari la richiesta di misura cautelare, nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, mediante l'allegazione di elementi “nuovi”, e dall'altro insistendo nell'appello avverso il provvedimento reiettivo), al giudice stesso sia preclusa, in pendenza dell'appello avverso la sua prima decisione, la potestà di statuire ancora in ordine alla medesima domanda devoluta in sede di gravame al vaglio del Tribunale della Libertà. Non può invero consentirsi all'organo dell'accusa, nell'investire della decisione sulla stessa azione cautelare diversi giudici, di perseguire l'abnorme risultato di un duplice, identico, titolo, l'uno “a sorpresa” e immediatamente esecutivo, l'altro disposto all'esito di contraddittorio camerale e del quale resta sospesa l'esecutività fino alla decisione definitiva.

Peraltro dalla lettura della sentenza Donelli non emerge in modo chiaro se il pubblico ministero possa produrre il “nuovo” materiale istruttorio soltanto nell'ambito dell'appello cautelare o possa spendere tale materiale anche avanzando una nuova richiesta cautelare al giudice di prime cure.

Con tale ultima problematica si è confrontata la sentenza delle Sezioni unite Testini<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Cass. pen., sez. un., 16 dicembre 2010, n. 7931, Testini cit.

Peraltro, per dare risposta al quesito, i giudici di legittimità hanno dovuto anche tenere in conto quanto affermato dal Supremo Collegio con la sentenza Donati<sup>31</sup>, sentenza con la quale le Sezioni unite avevano tracciato un vero e proprio statuto della preclusione, sebbene con specifico riguardo al procedimento principale.

In detta ultima sentenza si è statuito che:

non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del pubblico ministero, di talché nel procedimento eventualmente duplicato deve essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, deve essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità. La non procedibilità consegue alla preclusione determinata dalla consumazione del potere già esercitato dal pubblico ministero, ma riguarda solo le situazioni di litispendenza relative a procedimenti pendenti avanti a giudici egualmente competenti e non produttive di una stasi del rapporto processuale, come tali non regolate dalle disposizioni sui conflitti positivi di competenza, che restano invece applicabili alle ipotesi di duplicazione del processo innanzi a giudici di diverse sedi giudiziarie, uno dei quali è incompetente.

Le Sezioni unite Testini hanno dichiarato di condividere le argomentazioni della sentenza Donati circa l'immanenza nell'ordinamento processualpenalistico di un generale principio di preclusione, che opera, oltre che nel giudizio di cognizione, anche in altri ambiti procedurali, e di cui la regola dell'art. 649 c.p.p. è solo una particolare pregnante espressione.

Peraltro, hanno sottolineato le peculiarità del procedimento cautelare che ha insita nella propria *ratio* la natura contingente dei provvedimenti e la necessità del loro tendenziale adeguamento al mutare delle situazioni e, richiamando l'elaborazione giurisprudenziale in materia di giudicato cautelare in quanto estensibile anche al giudicando cautelare, hanno riaffermato che l'*idem* il cui *bis* è precluso ha una diversa delimitazione, in ambito cautelare, rispetto a quanto avviene invece nel processo di cognizione. In specie, hanno rilevato che mentre nell'ambito di quest'ultimo giudizio la preclusione si verifica ove si sia in presenza del medesimo fatto contestato alla stessa persona nella medesima sede giudiziaria, nell'ambito dell'inci-

---

<sup>31</sup> Cass. pen., sez. un., 28 giugno 2005, Donati, in *C.E.D. Cass.*, nn. 231799 – 231800.

dente cautelare, che è governato dalla regola del *rebus sic stantibus*, acquista rilievo anche il materiale probatorio prodotto, con la conseguenza che dinanzi ad un cambiamento degli elementi posti (e valutati) a sostegno o a confutazione del fatto contestato e della sua rilevanza cautelare non è ravvisabile un *bis in idem*.

Pertanto, anche le preclusioni del giudicato e del giudicando cautelare sono superate.

Invero, le Sezioni unite, proprio sulla scorta delle peculiarità che caratterizzano la vicenda cautelare e in particolare dell'eventuale necessità di un immediato intervento per porre argine ai *pericula libertatis*, hanno evidenziato che sarebbe oltremodo illogico, e contrario alle esigenze di tempestività tipiche della cautela, ritenere che, a causa della pendenza di un'impugnazione, sia precluso l'immediato utilizzo dei *nova* utili a sostenere una nuova domanda cautelare producendoli al giudice di prime cure.

Si legge, infatti, nella sentenza in commento:

è del resto prassi corrente, della cui legittimità non si dubita, la proposizione, da parte dell'indagato, di istanze di revoca o sostituzione della misura, purché basate su elementi nuovi, mentre è in corso, non importa in quale fase, un procedimento cautelare relativo alla stessa contestazione. [...] La soluzione non può essere diversa quando i *nova* siano fatti valere dal pubblico ministero. Le esigenze di una pronta tutela della collettività, costituenti il *pendant* di quelle che presidiano il *favor libertatis*, sono parimenti incompatibili con improprie e inutili dilazioni, quali quelle che deriverebbero da intralci di tipo procedurale, a volte anche di lunga durata, e magari non nella disponibilità dell'accusa. Le situazioni che si possono presentare nella realtà sono evidentemente le più varie e possono condizionare le scelte concrete del pubblico ministero e riflettersi sulle conseguenze delle medesime sulla sorte dei procedimenti. Il punto fermo è comunque che l'autonomo utilizzo dei *nova* non può essere paralizzato da una pendenza in atto sullo stesso fatto, mentre a sua volta ne determina la non riversabilità dei medesimi in essa, operando, nell'identità degli elementi adottati, il meccanismo preclusivo.

Il ragionamento del Giudice nomofilattico è stato condensato nel seguente principio di diritto:

qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione su una impugnazione incidentale *de libertate*, intenda utilizzare, nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, elementi probatori "nuovi", preesistenti o sopravvenuti, può scegliere se riversarli nel procedimento impugnatorio o porli a base

di una nuova richiesta di misura cautelare personale, ma la scelta così operata gli preclude di coltivare l'altra iniziativa cautelare.

La soluzione proposta risulta conforme al brocardo *electa una via non datur recursus ad alteram* e a detta delle stesse Sezioni unite non è in contrasto, se non meramente apparente, con quanto statuito dalla sentenza Donelli, poiché, secondo il Supremo Collegio, con tale ultima pronuncia si è inteso, per un verso, affermare la facoltà per l'accusa di procedere alla produzione dei nuovi elementi in sede di appello, e, per l'altro, statuendo che le diverse opzioni assegnate all'attore pubblico si pongono in rapporto non di concorrenza ma di alternatività, risolvere gli inconvenienti cui tale scelta poteva dar luogo, superando in particolare l'obiezione del duplice rischio di un potenziale contrasto di decisioni e della potenziale concorrenza di due titoli cautelari dall'identico contenuto.

Secondo le Sezioni unite proprio la costruzione in termine di alternatività tra strade percorribili dall'attore istituzionale per far valere i *nova* ai fini del perseguimento del suo obiettivo e, quindi, l'impossibilità per l'inquirente di intraprendere il percorso alternativo, costituisce la riprova che la conclusione alla quale si è giunti era già contenuta nella sentenza Donelli.

In forza di quanto statuito, la preclusione del c.d. giudicando cautelare derivante dall'impugnazione proposta dal pubblico ministero avverso il provvedimento reiettivo, opera sia nell'ipotesi in cui al giudice di primo grado venga riproposta la medesima richiesta, fondata sugli stessi elementi, sia nell'ipotesi in cui gli elementi probatori nuovi siano stati già prodotti in sede di appello.

Nell'ipotesi in cui il nuovo materiale istruttorio sia presentato non già al giudice dell'appello ma al giudice di prime cure in sede di riproposizione della domanda cautelare si avrà la preclusione per l'inquirente a coltivare l'impugnazione.

Ritengo che per il pubblico ministero decidere di adire nuovamente il giudice di prime cure, trasmettendogli le ulteriori risultanze investigative che intende spendere, sia la scelta più vantaggiosa. In tale ipotesi, invero, se la richiesta è disattesa, l'inquirente potrà presentare appello e, così, ottenere dal giudice del gravame una pronuncia contenente una valutazione dell'intero *dossier* istruttorio selezionato, mentre, ove il giudice adito abbia accolto la sua domanda, avrà un titolo cautelare immediatamente esecutivo.

PRESIDENTE

Grazie al Collega Criscuolo per questa relazione, della cui qualità credo vi siate resi tutti conto. In materia di giudicato cautelare, il problema non è

rinvenire le pronunce, perché ce ne sono forse anche troppe (è un istituto – come ha chiarito il Relatore – di diritto pretorio, di creazione giurisprudenziale). Di pronunce ce ne sono troppe e non sono agevolmente coordinabili e riconducibili ad unità. Mi pare che il gran pregio della relazione stia per l'appunto nell'averne fornito un inquadramento organico (ricomprensivo anche il fratello cadetto del nostro istituto, ossia il giudicando cautelare), con una serie di spunti che si amalgamano fra loro, fino a ricostruire l'istituto in termini che, a questo punto, mi paiono addirittura razionalmente compatti.

Ma dovete sapere che fra di noi magistrati, in particolare all'interno della Sezione, il Dott. Criscuolo altri non è che il *Doctor Subtilis*, appellativo che, come noto, è sino ad ora stato attribuito a tre soli personaggi: un teologo, Giovanni Duns Scoto; un politico, Giuliano Amato; e un giurista, Rocco Criscuolo. Io credo che Rocco Criscuolo, fra i tre, sia quello che più se l'è meritato.

ROCCO CRISCUOLO

Adesso voglio una replica: ho diritto ad una replica. Ci lega una profonda amicizia, e un profondo affetto, ormai, per quanto abbiamo lavorato assieme. Quindi le parole del Presidente Albiani nei miei confronti sono – come dire? – ipervalutazioni del mio lavoro e delle mie capacità. Ovviamente, gliene sono sempre grato e glielo riconosco, però non penso di meritare tutti gli elogi che mi ha rivolto.

PRESIDENTE

Io credo di sì.

Rocco Criscuolo

Ma tu non hai diritto di replica, devi passare la parola ...

PRESIDENTE

Ma io sono Presidente del seminario, "Primo Motore Immobile". Voi non lo conoscete. Vedete: tutti fanno professione di modestia (tranne alcuni che sono affetti da forme incoercibili di megalomania); ma chi, come me, conosce il Dott. Criscuolo sa che le sue esternazioni di modestia sono tanto sincere quanto – e la relazione appena svolta lo attesta – del tutto ingiustificate.

A questo punto, dopo vari interventi che si sono mossi sul piano teorico, anche se toccando a più riprese la pratica, ci spostiamo in un altro osservatorio, che più si avvicina al cuore sostanziale del tema odierno, perché

presteremo ora orecchio – se ho bene inteso quale sarà il contenuto dei prossimi interventi – alla situazione dell'amministrato, al dramma che vive l'amministrato per effetto del problema di cui oggi stiamo tentando di individuare possibili soluzioni. Ci avviciniamo di più, insomma, all'ambiente di chi il problema lo vive, come si dice, sulla propria pelle.

CHIARA RIZZO\*

*PIÙ OMBRE CHE LUCI NEI DECRETI SVUOTA-CARCERI DEL 2013*

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *Gli svuota-carceri del 2013: ricognizione normativa e paralogismi*. – 3. *Conclusioni*.

## **1. Premessa**

Prendo la parola su questo tema non solo come avvocato del Foro di Bologna e sono stata invitata oggi non solo nella mia veste professionale, ma anche quale rappresentante dell'associazione "Chiusi Fuori".

Oltre a essere grata agli organizzatori di questo Convegno – quindi all'associazione AIGA e al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Rimini – il mio pensiero corre subito, con una riconoscenza del tutto particolare, al signor Torreggiani, che (assieme ad altri sette detenuti) con il suo ricorso alla Corte europea ha permesso di focalizzare l'attenzione dell'opinione pubblica sulla drammatica questione del sovraffollamento carcerario in Italia. Dopo che la Corte europea ha condannato il nostro Paese per i trattamenti a cui sottopone i propri detenuti – definiti inumani e degradanti – giuristi, operatori penitenziari, giornalisti e politici hanno quotidianamente discusso intorno alle modalità di esecuzione delle sanzioni restrittive della libertà personale, sollecitando il legislatore a predisporre una serie di provvedimenti gergalmente denominati "svuota carceri".

Alcuni tra questi interventi di riforma sono già entrati in vigore; ma – è sotto gli occhi di tutti – non può certo dirsi che abbiano sortito i risultati sperati.

Cionondimeno, bisogna almeno dare atto di come il nostro Parlamento sia passato (senza soluzione di continuità, così peraltro dimostrando un at-

---

\* Avvocato; Consulente dell'Associazione "Chiusi Fuori".

teggimento a dir poco schizofrenico), dai “pacchetti sicurezza”, che tanto hanno contribuito al collasso delle carceri italiane, ai “decreti svuota carceri”. Ben venga, quindi, la condanna della Corte europea: malgrado screditi notevolmente il nostro Paese, questa sentenza ha il merito (storico) di aver risvegliato le istituzioni da un torpore ingiustificatamente prolungato.

Ciò detto, se da un lato si deve esser grati al signor Torreggiani per aver attratto l'attenzione della politica sulla questione del sovraffollamento carcerario, dall'altro non si può non manifestare una certa preoccupazione: concentrarsi unicamente sui metri quadrati necessari ad ogni detenuto per scontare una pena umana porta a trascurare che la crisi del sistema penitenziario in Italia non riguarda unicamente la mancanza di spazio. Dentro le carceri manca il lavoro, visto che solo il 10% dei detenuti svolge una qualche attività; più in generale, manca completamente un'organizzazione multidisciplinare che possa consentire al detenuto di allontanarsi definitivamente dalle precedenti scelte criminali. Le poche risorse disponibili non permettono di andare oltre al concetto di detenzione quale sinonimo di reclusione, senza che sia riscontrabile uno sforzo effettivo per tentare di offrire una nuova dignità a chi l'ha persa a causa del proprio passato.

Quello che qui preme rimarcare è che la pena può essere inumana e degradante anche se scontata in celle spaziose, se poi ci si dimentica la persona che vi è rinchiusa. Non si può infatti escludere che la sentenza Torreggiani possa diventare un *boomerang*, finendo per essere banalizzata (come se si riferisse solo agli spazi minimi per detenuto), magari facendo trascurare quello che i nostri Costituenti avevano già scritto e voluto più di mezzo secolo fa, esplicitandolo nell'art. 27 della Costituzione.

A costo di apparire didascalici, è comunque doveroso ricordare, infatti, che già il Costituente aveva imposto non solo che le pene non potessero consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, ma anche che queste dovessero tendere alla rieducazione del condannato. Stando alla Carta fondamentale, quindi, ogniquale volta le pene siano scontate con modalità contrarie al senso di umanità e non siano dirette alla rieducazione del condannato, ci si trova comunque dinanzi a una privazione della libertà incostituzionale (e quindi illegittima).

In sostanza: non basta predeterminare i metri quadrati di una cella o lo spazio disponibile per ogni detenuto affinché si possa considerare la pena o la custodia cautelare in carcere in sintonia con l'Europa e con la Costituzione italiana: un tale parametro può forse dirsi sufficiente per stabilire il trattamento minimo di animali allevati in batteria, non di certo per gli esseri umani. È quindi necessario ripensare a una pena e ad una custodia carceraria-

ria costituzionalmente orientate, prendendo anzitutto in considerazione il ristretto come persona<sup>1</sup>.

Un primo passo potrebbe essere quello di abbattere tutte quelle preclusioni normative che da sempre, quindi anche dopo i due recenti provvedimenti appena emanati – il d.l. n. 78 del 2013, convertito nella l. n. 94 del 2013, e il d.l. n. 146 del 2013, convertito nella l. n. 10 del 2014 – non consentono a molti detenuti l'accesso alle misure alternative alla detenzione sulla base di una logica ispirata al "tipo d'autore" e unicamente per il tipo di reato commesso. Il pensiero corre subito all'art. 4-*bis* ord. pen. e all'art. 656 c.p.p. Ebbene: nessuna modifica si è avuta alla prima delle due disposizioni, che, aumentando negli anni l'elenco dei reati per i quali è assai arduo accedere ai benefici penitenziari, ha di fatto introdotto una serie sempre più imponente di preclusioni all'accesso ai benefici medesimi. Sarebbe auspicabile ricondurre la norma alla sua *ratio* originaria, quando si riferiva ai soli delitti di matrice mafiosa o di terrorismo, sulla base di una ragionevole presunzione di rilevante pericolosità di tali soggetti (dettata dalla probabile persistenza del collegamento con le organizzazioni criminali).

Le preclusioni del "4-*bis*", operanti rispetto a un catalogo assai eterogeneo di delitti, concernono categorie di soggetti che si vedranno diversificata la possibilità di accedere alle misure alternative in quanto espressioni di un tipo d'autore ritenuto socialmente pericoloso *a priori*, senza che si possa tener conto della reale personalità del singolo (a cui eventualmente destinare il beneficio penitenziario). Ma a ben vedere, difficilmente chi è detenuto lo è per un reato diverso da quelli elencati nell'art. 4-*bis* ord. pen.: un dato, questo, che dimostra come col tempo sia diventata regola ciò che originariamente era stato inteso come una eccezione alla legge Gozzini. La discrezionalità del giudice è quindi "assorbita" sulla base del solo titolo di reato, senza che al magistrato sia lasciata la possibilità di considerare le circostanze del caso concreto e quegli elementi che fanno di ogni individuo un soggetto a sé, con una propria e individuale evoluzione rispetto al proprio passato criminale.

Nonostante la condanna dell'Europa e malgrado i recenti interventi legislativi già a regime, i numeri dei ristretti in carcere non calano in modo troppo significativo: se a giugno del 2012 i detenuti erano 67.000, a febbraio 2014 si erano ridotti a 61.000: siamo quindi comunque ben al di sopra delle

---

<sup>1</sup> Sul tema, cfr., tra gli altri, A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino 2002.

47.000 unità ritenute soglia massima anche dalla Corte europea<sup>2</sup>. Allarmante appare anche il dato specifico dell'Emilia Romagna: in virtù delle ultime novelle legislative, ad oggi, dalla Casa Circondariale di Bologna sono uscite 39 persone, da quella di Modena 37 e dal carcere di Rimini nessuna. Sebbene sia ancora presto per trarre delle conclusioni (anche perché in Parlamento tuttora pendono proposte di legge volte a decongestionare il sistema carcerario), certo non possiamo dire che gli interventi legislativi abbiano avuto, allo stato, una portata dirompente<sup>3</sup>.

Rivedere tutta la sistematica delle misure alternative, individuando percorsi che si sostituiscano al carcere, significa non solo ridurre il numero complessivo dei detenuti, ma – ciò che più rileva – influire sul tasso di recidiva, che si attesta intorno al 69% per tutti quei soggetti che, appunto, non usufruiscono delle suddette misure alternative; percentuale che crolla rispetto a coloro che accedono a benefici di natura trattamentale extramuraria, assestandosi attorno al 19 %<sup>4</sup>.

A tacer d'altro, considerando che il costo per ogni persona ristretta in carcere è di circa 120 euro al giorno, è facile fare i conti sulle somme che si potrebbero risparmiare e naturalmente reinvestire se la detenzione fosse davvero usata come *extrema ratio*, interrompendo il flusso in entrata e aumentando quello in uscita dal carcere.

## 2. Gli svuota-carceri del 2013: ricognizione normativa e paralogismi

Prima di proseguire, faccio una piccola notazione. Sebbene in questa sede si discuta di custodia cautelare, nella mia relazione – come vi sarete già accorti – non posso non considerare anche la pena nel senso proprio del termine: il mio impegno come avvocato e l'esperienza dell'associazione "Chiusi Fuori" mi inducono a considerare il problema a tutto tondo. Mi perdonerete, pertanto, qualche digressione o divaga-

---

<sup>2</sup> Dati tratti dal sito del Ministero della Giustizia: [www.giustizia.it/giustizia/it/homepage.wp](http://www.giustizia.it/giustizia/it/homepage.wp).

<sup>3</sup> A sostegno di quanto affermato si consideri che, stando ai dati del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP), al 30 aprile 2014 il numero dei ristretti nei 205 istituti Italiani era di 59.683 presenze.

<sup>4</sup> Dati che è possibile consultare su [www.ristretti.it/commenti/2008/agosto/pdf3/leonardi\\_alternative.pdf](http://www.ristretti.it/commenti/2008/agosto/pdf3/leonardi_alternative.pdf).

zione: dopo tutto, il problema carceri è tale per le svariate sfaccettature che lo connotano.

Tornando alla sentenza Torreggiani<sup>5</sup>, questa è il risultato del deposito (tra il 2009 e il 2010) di sette ricorsi presentati da altrettanti detenuti, che si trovavano ristretti in diversi istituti penitenziari italiani. Tre erano nostri connazionali, oltre a due cittadini marocchini, un ivoriano e un albanese: tutti lamentavano di aver subito un trattamento inumano e degradante durante il periodo di detenzione. Erano stati infatti rinchiusi in celle di nove metri quadrati, da condividere con altre due persone, per periodi che andavano da 14 a 54 mesi, tra il 2006 e il 2011.

Come noto, la Corte europea non si è limitata a decidere rispetto al caso singolo, ma ha qualificato la sentenza in disamina quale “sentenza pilota”<sup>6</sup>. E dunque, riscontrata l’esistenza di un problema strutturale, oltre a esortare l’Italia a ridurre il numero dei detenuti, il giudice di Strasburgo ha raccomandato l’applicazione di misure punitive non privative della libertà personale in alternativa a quelle che prevedono il carcere, invitando altresì lo Stato italiano a ridurre al minimo il ricorso alla custodia cautelare in carcere. Altresì, la Corte, pur riconoscendo l’esistenza di reclami interni finalizzati a tutelare il detenuto in caso di trattamenti inumani e degradanti, ha ribadito come questi debbano essere non solo accessibili, ma anche effettivi, per portare a una rapida cessazione della violazione del diritto e ad ottenere in breve tempo una riparazione.

Stando alla sentenza, le misure da adottare devono essere tali da garantire il rispetto degli *standard* e dei principi che guidano la giurisprudenza della Corte medesima; nel frattempo, il provvedimento ha disposto il “congelamento” delle centinaia di ricorsi già presentati e non ancora comunicati al Governo italiano. L’auspicio infatti era che l’interesse degli individui alla

---

<sup>5</sup> C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

<sup>6</sup> La procedura delle sentenze pilota, fondata sull’art. 46 comma 1 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, può essere attivata sia d’ufficio che su richiesta della parte, e si instaura ove il caso trattato evidenzia l’esistenza di un problema strutturale dello Stato chiamato a rispondere della violazione rispetto ad una fattispecie che potrebbe interessare un vasto numero di persone (e, come tale, generare un vasto numero di ricorsi). La pendenza di centinaia di ricorsi proposti da detenuti che lamentavano di aver subito un trattamento inumano e degradante (sia per lo spazio insufficiente sia per altri fattori tali da rendere la vita all’interno degli istituti improponibile), dimostra di per sé l’estrema gravità del problema e la necessità urgente di dare una risposta immediata alla questione.

trattazione del ricorso venisse meno nel corso del 2013, in ragione delle riforme strutturali che lo Stato avrebbe dovuto intraprendere.

La pronuncia nel caso Torreggiani esprime una linea severa rispetto al problema del sovraffollamento delle carceri, e, più in generale, in ordine alle condizioni in cui si svolge la vita dei nostri detenuti. Sulla decisione ha indubbiamente pesato anche la condanna – già ricordata da Guido Todaro – subita dallo Stato nel caso Sulejmanovic<sup>7</sup>, là dove la Corte di Strasburgo aveva rilevato che la permanenza del ricorrente, fino all'aprile del 2003, in una cella nella quale ciascun detenuto poteva disporre di soli 2,7 metri quadrati si poneva in contrasto con il divieto di pene inumane o degradanti. In particolare, con la sentenza pilota del 2013, la Corte ha verificato che, nonostante la condanna del 2009, le misure successivamente adottate non hanno determinato una modifica strutturale del sistema penitenziario e penale, avendo piuttosto costituito l'ennesima risposta-tampone ispirata a una logica emergenziale e di respiro tutt'altro che ampio<sup>8</sup>.

Alla luce di ciò, lo Stato italiano non può più permettersi di non eseguire questo ordine della Corte europea, che – come si è già più volte detto nel corso di questo seminario di studio – oltre a essere un imperativo morale, è parimenti un obbligo costituzionale che deriva dall'art. 117 Cost., nonché, ancor prima, dagli artt. 2 e 27 comma 3 della Carta fondamentale, che impongono una tutela inderogabile della dignità dell'uomo anche se privato della libertà personale<sup>9</sup>.

A seguito del monito di Strasburgo, il legislatore si è espresso attraverso due decreti legge che hanno introdotto delle modifiche sia al momento genetico della carcerazione sia al momento esecutivo della condanna. Il

---

<sup>7</sup> C. eur. dir. uomo, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia.

<sup>8</sup> Oltre a un primo intervento che prevedeva l'approvazione di un piano carceri per la costruzione di nuovi istituti penitenziari, accompagnata dalla nomina di un commissario straordinario *ad acta* per la gestione del piano carceri, va segnalata la l. n. 199 del 2010, che ha introdotto la misura dell'esecuzione presso il domicilio per le pene sino a 12 mesi, poi diventati 18 con la legge n. 9 del 2012. Contestualmente, si era intervenuti per evitare quel flusso quotidiano di detenuti che fanno ingresso in carcere perché arrestati per poi uscirne pochi giorni dopo (soggetti da custodire presso il domicilio o nelle camere di sicurezza a disposizione della polizia giudiziaria, e solo in via residuale nelle case circondariali).

<sup>9</sup> Emblematico, al riguardo, *Il messaggio alle Camere del Presidente Napolitano sulle condizioni delle carceri italiane reso in data 8 ottobre 2013*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

primo, il già ricordato d.l. n. 78 del 2013, convertito nella l. n. 94 del 2013, manifesta ancora forti resistenze culturali, sia in materia cautelare sia in materia esecutiva e trattamentale. Gli interventi appaiono spesso malamente coordinati tra loro, peggiorando il sistema complessivo ed evidenziando che la classe politica è spesso poco preparata ad affrontare gli spinosi temi della devianza e della punizione. Basti pensare alla sconfezione solo parziale della l. 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. *ex Cirielli*, che, modificando l'art. 656 c.p.p., aveva contribuito all'impennata dei detenuti dal 2005 ad oggi. Come già specificato, mantenere il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per i condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen.<sup>10</sup> è prova evidente dell'incapacità del legislatore del 2013 di cogliere uno dei "buchi neri" del sistema punitivo, che avrebbe dovuto, con dimostrazione di maggior coraggio, essere per sempre eliminato.

Venendo ad altro, il suddetto d.l. n. 78 del 2013, convertito in l. n. 94 del 2013, ha inciso (in via del tutto marginale) sul testo dell'art. 284 c.p.p., dove è stato inserito un comma 1-*bis* a tutela esclusiva della persona offesa dal reato, in caso di concessione degli arresti domiciliari. Con la novella si è previsto che il giudice debba individuare il domicilio in modo da assicurare le prioritarie esigenze della vittima del reato. Francamente, l'intervento mi pare – ma credo si tratti di una constatazione oggettiva – fuori tema rispetto al problema dell'affollamento carcerario; esso è però prodromico al successivo d.l. n. 93 del 2013, recante norme urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere e di quella domestica, anch'essa caratterizzata da una particolare attenzione nei confronti della persona offesa dal reato. Tale riforma interviene sulla disciplina dell'allontanamento dalla casa familiare, ampliando il catalogo dei reati in relazione ai quali, ai sensi del sesto comma dell'art. 282-*bis* c.p.p., la stessa può essere disposta in deroga ai limiti edittali di pena fissati dal primo comma dell'art. 280 comma 1 c.p.p.: la misura può oggi essere applicata anche per i delitti di cui agli artt. 582 c.p. (lesioni personali volontarie) e 612, secondo comma (minaccia grave o aggravata dalle circostanze di cui all'art. 339 c.p.).

Proseguendo, una delle disposizioni più rilevanti, introdotta in sede di conversione del decreto, è la modifica dell'art. 280 comma 2 c.p.p., con cui

---

<sup>10</sup> È stato fortunatamente abrogato il divieto di sospendere l'ordine di esecuzione per i recidivi di cui al comma 4 dell'art. 69 c.p. L'immediata emissione dell'ordine di esecuzione senza sospensione per i soggetti recidivi è stato uno dei motivi che ha portato al collasso le carceri Italiane.

– come già visto nel corso di questo Convegno – si è innalzato da quattro a cinque anni il limite di pena per l'applicabilità della custodia cautelare in carcere. Incidentalmente, si può osservare che la norma contiene una specifica deroga per il delitto di finanziamento illecito ai partiti (art. 7 l. n. 195 del 1974), per il quale è prevista l'applicabilità della custodia cautelare in carcere nonostante sia punito con un pena massima di quattro anni di reclusione. Ebbene, tale deroga solleva forti dubbi di costituzionalità in relazione al parametro di cui all'art. 3 Cost., risultando assai arduo giustificare razionalmente tale eccezione, evidentemente indotta dalla volontà di rispondere all'opinione pubblica, che chiede punizioni severe nei confronti della classe dirigente (anche sotto forma del possibile esercizio del potere cautelare coercitivo). Pressoché contestuale è poi stato l'innalzamento della pena in relazione al reato di *stalking*, per consentire l'applicazione della custodia cautelare in carcere anche ove si proceda in relazione a questo reato.

Nessun intervento invece sull'art. 391 comma 5 c.p.p., ai sensi del quale, in sede di udienza di convalida, quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti indicati nell'art. 381 comma 2 c.p.p. ovvero nei casi di arresto fuori dalle ipotesi di flagranza, l'applicazione della misura cautelare è disposta anche al di fuori dei limiti previsti dagli artt. 274 comma 1 lett. c) e 280 c.p.p. Questa mancanza di coordinamento amplia la cerchia di soggetti che possono potenzialmente essere raggiunti da un'ordinanza di custodia cautelare. Non solo. Il mancato raccordo dell'art. 391 c.p.p. con le norme che disciplinano la custodia cautelare costituisce il sintomo evidente di come il legislatore non abbia ancora colto la necessità di un intervento strutturale, con un sensibile mutamento culturale e ideologico rispetto al passato. Per rispondere al monito della Corte europea è necessario perseguire una reale svolta nella politica carceraria e punitiva: ancora una volta, nonostante questa novella sia stata emanata a seguito di numerose sollecitazioni pervenute sia dalla dottrina che dalle più alte cariche dello Stato, non si è riusciti a distanziarsi da un passato normativo che non guarda al caso concreto e alla reale pericolosità personale del soggetto che ha commesso il fatto, continuando a impiegare la custodia in carcere quale strumento per tranquillizzare un elettorato impaurito.

Più in generale – e si allude qui al complesso di modifiche introdotte dalle novelle appena menzionate e dal più recente d.l. n. 146 del 2013, convertito con l. n. 10 del 2014 (sul quale ci si soffermerà a breve più nel dettaglio) – non ci si può esimere dal ribadire quanto già segnalato in precedenza: il complesso delle riforme approvate è contrassegnato da scarso coraggio, e in particolare dalla mancata volontà di modificare, con un ritorno alle origini, l'art. 656 c.p.p., nella parte in cui impedisce la sospensione

dell'ordine di esecuzione per i soggetti condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., con tutte le conseguenze facilmente intuibili. Si è però modificato il comma 5 dello stesso articolo, che ora prevede la sospensione dell'ordine di esecuzione per le condanne fino a quattro anni «nei casi previsti dall'art. 47-*ter* comma 1 dell'ordinamento penitenziario», ossia nei confronti di: donna incinta; madre (o padre) di prole, convivente, di età inferiore ai dieci anni; persona in gravi condizioni di salute; ultrasessantenne se inabile anche parzialmente; minore di anni ventuno. Tale modifica ha permesso di coordinare il codice di procedura penale e il codice penitenziario. Prima dell'intervento legislativo infatti le pene erano sospensibili nel limite di tre anni, ma era di quattro quello previsto dall'art. 47-*ter* comma 1 ord. pen. per l'accesso alla detenzione domiciliare umanitaria: una sfasatura che comportava il necessario passaggio dal carcere per i condannati con pene tra i tre e i quattro anni che volessero fare istanza per la detenzione domiciliare.

Con il d.l. n. 78 del 2013, il legislatore ha aggiunto poi tre commi – il 4-*bis*, il 4-*ter*, e il 4-*quater* – secondo i quali, ove il condannato non si trovi già in custodia cautelare in carcere e non sia in espiazione di pena per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* ord. pen., il pubblico ministero deve calcolare la liberazione anticipata maturata nell'eventuale presofferto o nel caso di pena espiata *sine titulo* ai sensi dell'art. 657 c.p.p. Il rappresentante dell'accusa dovrà trasmettere gli atti al magistrato di sorveglianza affinché questi provveda al calcolo della liberazione anticipata, quindi dello sconto di pena di 45 giorni ogni semestre di carcerazione. All'esito di questo calcolo l'organo requirente emetterà i provvedimenti stabiliti dall'art. 656 c.p.p.: emissione dell'ordine di esecuzione, sospensione dell'ordine di esecuzione di cui al comma 5 o sospensione dell'ordine di esecuzione di cui al comma 10 nel caso di arrestato domiciliare. La novità consiste solo nell'anticipazione del calcolo della liberazione anticipata già maturata da parte del magistrato di sorveglianza – da effettuare, come di regola, secondo la procedura di cui all'art. 69 *bis* ord. pen. – prima dell'emissione dell'ordine di esecuzione da parte della pubblica accusa, al fine di evitare inutili passaggi dal carcere a chi abbia maturato in fase cautelare una diminuzione di pena per effetto della liberazione anticipata.

Oltre che per i condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., l'ordine di esecuzione non viene sospeso per i condannati per i reati di cui agli artt. 423 c.p. (incendio boschivo), 572 c.p. (maltrattamenti aggravati dalla presenza o in danno di una persona minore degli anni diciotto), 612-*bis* comma 3 c.p. (atti persecutori contro un minore, una donna in stato di gravidanza o una persona con disabilità), 624-*bis* c.p. (furto con strappo).

Sicuramente apprezzabili le modifiche all'art. 21 ord. pen., con l'aggiunta di un nuovo comma, il 4-ter, che prevede come detenuti e internati possano partecipare a titolo gratuito all'esecuzione di progetti di pubblica utilità presso lo Stato e altri enti locali, o presso strutture di volontariato. Tali attività lavorative, benché non retribuite, possono rappresentare un'utile occasione di reinserimento sociale e di partecipazione proficua ad esperienze di vita associata, ove si consideri che la stragrande maggioranza dei detenuti passa le giornate senza svolgere alcun tipo di attività, dal momento che la percentuale di ristretti impiegati in lavori intra o extra-murari è ad oggi estremamente modesta: lo abbiamo detto in apertura come si aggiri intorno al 10%. A tale proposito, portando la mia personale esperienza, faccio presente che l'associazione "Chiusi Fuori" ha da poco iniziato una collaborazione con il quartiere San Vitale di Bologna, per permettere ad alcuni detenuti di uscire dal carcere e svolgere attività di pubblico interesse (nella specie, pulizia del verde pubblico). L'esperienza si sta rivelando edificante e proficua: l'entusiasmo dei membri dell'associazione (detenuti e non) dimostra quanto sia ampio lo spazio per creare opportunità dirette a migliorare la vita di quanti debbano scontare una pena, sempre guardando a un ideale di risocializzazione e pacificazione con l'ordinamento.

E torno alle disposizioni. Come già premesso, a distanza di pochi mesi dalla l. n. 94 del 2013, il Governo è tornato sull'emergenza-carceri, emanando un nuovo decreto legge: il n. 146 del 2013, (recentissimamente) convertito con l. n. 10 del 2014.

Da menzionare immediatamente, non foss'altro che per il loro impatto mediatico, le disposizioni relative alle procedure di controllo elettronico (il c.d. braccialetto elettronico), nei confronti dei soggetti sottoposti agli arresti e alla detenzione domiciliare. La modifica riguarda in primo luogo l'art. 275-bis c.p.p., secondo cui il giudice, «nel disporre la misura degli arresti domiciliari anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere», deve prescrivere sempre tali modalità di monitoraggio, «salvo che le ritenga non necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari» (mentre, sino ad ora, erano prescritte solo se ritenute necessarie) e sempre che ne sia accertata la disponibilità da parte della polizia giudiziaria.

La disposizione stabilisce che il giudice deve ordinariamente prescrivere queste particolari modalità di controllo, a meno che, a seguito della valutazione del caso concreto, non ne escluda la necessità. La novella prevede dunque che l'applicazione degli strumenti elettronici di controllo deve rappresentare la regola. Questa modalità di esecuzione della misura cautelare potrebbe sicuramente portare a una considerevole diminuzione della popolazione carceraria; nondimeno, in Italia (a differenza di quanto avviene in

altri Paesi) il ricorso a questo strumento alternativo alla carcerazione stenta a decollare. Si consideri infatti – lo diceva poc’anzi il Presidente Albiani – che la relativa previsione normativa è risalente addirittura al 2001, ma che l’applicazione concreta dell’istituto è stata a dir poco irrisoria.

Sul punto, è significativo ricordare le tappe fondamentali della vicenda, molto “italiana”, che ruota attorno a tale tipo di monitoraggio: a fronte dei 10 milioni di euro all’anno spesi per la convenzione con Telecom per il decennio 2001-2011, sono stati utilizzati appena 14 braccialetti elettronici. Non solo: tale convenzione (per la fornitura e il monitoraggio dei braccialetti) è stata rinnovata senza gara pubblica, nonostante l’importo complessivo dell’appalto fosse di 521,5 milioni di euro per ulteriori 7 anni di contratto (quindi fino al 31 dicembre 2018). L’accordo per la proroga della convenzione è stato oggetto di un ricorso al TAR Lazio da parte di Fastweb: questo ha portato ad una pronuncia dei Giudici di Villa Spada il 24 maggio 2012, che ha dichiarato inefficace la convenzione sulla base della ritenuta necessità di indire una vera e propria gara per assegnare i servizi di comunicazione elettronica sia per l’interesse della società ricorrente sia per l’interesse della pubblica amministrazione. Il 7 gennaio 2013, il Consiglio di Stato ha demandato alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea un quesito di natura pregiudiziale sull’efficacia della convenzione quadro tra Telecom e Ministero degli interni<sup>11</sup>.

Quanto alla detenzione domiciliare, la disposizione relativa al controllo elettronico è stata trasferita dal comma 4-*bis* dell’art. 47-*ter* ord. pen. al nuovo art. 58-*quinquies* ord. pen. che ha innovato la precedente disciplina prevedendo, da un lato, la possibilità per il Tribunale di sorveglianza di disporre il controllo elettronico anche «nel corso dell’esecuzione della misura» ed attribuendo, dall’altro, anche al Magistrato di sorveglianza il potere di disporlo, nei casi di applicazione provvisoria della detenzione domiciliare *ex* comma 1-*quater*.

Tali modifiche rendono evidenti la volontà del Governo di sfruttare la potenzialità dell’istituto quale strumento in grado di assicurare un controllo effettivo sui soggetti detenuti domiciliari.

Il d.l. n. 146 del 2013 ha introdotto anche quella che è stata definita «liberazione anticipata speciale», caratterizzata da una detrazione di 75 giorni

---

<sup>11</sup> La notizia è stata riportata da numerosi quotidiani. Ora è reperibile anche in rete sul sito del sole 24ore, all’indirizzo [www.ilsole24ore.com/art/notizie/2013-01-09/consiglio-stato-stop-appalto-115051.shtml?uuid=AbuPYcIH](http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2013-01-09/consiglio-stato-stop-appalto-115051.shtml?uuid=AbuPYcIH).

ogni sei mesi di pena scontata (anziché di 45 giorni, come nella liberazione anticipata ordinaria, di cui all'art. 54 ord. pen.).

La nuova misura si caratterizza per avere una durata temporanea: essa infatti è destinata ad operare solo per un periodo di due anni calcolati dalla data di entrata in vigore del decreto legge. Immutato, invece, il presupposto soggettivo per la concessione dello sconto di pena, previsto dall'art. 54 ord. pen.: la misura continua a concedersi sulla base della prova della partecipazione del condannato all'opera di rieducazione. Da evidenziare che la "nuova" liberazione anticipata non viene concessa a chi abbia commesso uno dei reati indicati nell'art. 4-*bis* ord. pen. (la maggioranza dei detenuti), con una scelta che ha contrapposto Parlamento e Governo in un braccio di ferro serrato, nel cui ambito l'Esecutivo avrebbe inteso applicare lo sconto di pena anche ai detenuti per la condanna di cui all'art. 4-*bis*. In proposito, ancora una volta non si può non rilevare che una valutazione sul caso concreto – e dunque non vincolata al solo titolo di reato oggetto della condanna – sarebbe stata sicuramente l'opzione preferibile: non solo sarebbe stata più efficace nell'ottica di decongestionare gli istituti di pena, ma sarebbe stata anche più conforme allo spirito degli artt. 2, 3 e 27 della Costituzione.

Essendo la misura diretta ad anticipare la fuoriuscita dei detenuti dagli istituti penitenziari, il nuovo congegno, a differenza della liberazione anticipata ordinaria, non viene applicato a coloro che si trovino in affidamento in prova al servizio sociale e in detenzione domiciliare, per i periodi trascorsi in esecuzione di queste misure alternative.

Il decreto prevede che a quei soggetti cui sia già stata concessa la liberazione anticipata ordinaria venga riconosciuta una riduzione di pena ulteriore, di trenta giorni, ogni semestre di pena scontata. L'applicazione, peraltro, non è automatica, ma necessita di una verifica circa l'effettiva partecipazione all'opera di rieducazione anche nel periodo successivo alla concessione del beneficio. Questa misura permetterà ai detenuti di usufruire di uno scomputo di otto mesi, con la conseguente rimessione in libertà per tutti quei ristretti con un residuo di pena corrispondente. Appare chiaro lo scarso impatto di questo meccanismo sul numero complessivo dei carcerati, trattandosi di un provvedimento a efficacia temporale circoscritta, ispirato a una logica tale da renderlo un "mini indulto" mascherato.

Sempre guardando all'esecuzione, il decreto di dicembre ha voluto potenziare anche l'applicabilità dell'affidamento in prova al servizio sociale. Per effetto della novella, l'istituto risulta ora operante anche per i condannati con pene, anche residue, fino a quattro anni anziché tre. Pur restando invariati i presupposti soggettivi, ossia l'idoneità a contribuire alla rieducazione del reo e a prevenire il pericolo di commissione di altri reati, l'applicabilità

della misura ai condannati a pene sino ai quattro anni postula un periodo di osservazione della personalità ben più lungo di quello ordinario, dovendosi avere riguardo al comportamento serbato dal condannato «quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta». Come già previsto nell'art. 47 ord. pen., anche in questo caso l'osservazione non deve svolgersi necessariamente in carcere, potendosi fare riferimento anche alla condotta tenuta dal soggetto in libertà. Al fine di incentivare l'accesso all'affidamento in prova al servizio sociale nei confronti dei condannati già detenuti, il decreto stabilisce che in caso di istanza della parte il Magistrato di sorveglianza ha il potere di applicare provvisoriamente la misura alternativa (e non più di sospendere la pena, com'è stato sino all'entrata in vigore della normativa), analogamente a quanto avviene per la detenzione domiciliare, la semilibertà e l'affidamento terapeutico. Il provvedimento del Magistrato – che presuppone un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, un *fumus boni iuris* sulla sussistenza dei presupposti e l'assenza del pericolo di fuga – ha efficacia sino alla decisione definitiva del Tribunale di sorveglianza che dovrà intervenire entro sessanta giorni.

Tra gli interventi funzionali volti ad ampliare l'operatività delle misure alternative deve includersi anche l'abolizione del divieto, di cui al comma 5 dell'art. 94 d.P.R. n. 309 del 1990, di applicare per più di due volte l'affidamento in prova terapeutico per condannati tossicodipendenti ed alcolodipendenti.

Detto ciò, l'ottimismo circa la portata deflattiva di tale disposizione deve essere ridimensionato, considerando l'attuale insufficienza dei posti disponibili nelle comunità di recupero: se è vero che la legge non prescrive che la misura dell'affidamento terapeutico debba essere necessariamente eseguita attraverso l'inserimento in una struttura residenziale, è anche vero che, in concreto, la magistratura di sorveglianza, proprio in considerazione delle caratteristiche di tale tipologia di condannati, ritiene spesso non adeguati i programmi terapeutici "territoriali", ossia non residenziali. Ciò rende quindi altamente auspicabile un impegno, anche economico, per ampliare la possibilità di accedere alle comunità residenziali.

Sempre nella prospettiva di potenziare il ricorso a congegni *lato sensu* alternativi alla detenzione, il Governo ha previsto la stabilizzazione della misura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ai diciotto mesi, di cui all'art. 1 della l. n. 199 del 2010 introdotta nell'ordinamento in forma emergenziale (il termine della sua vigenza era infatti stabilito per il 31 dicembre 2013).

Infine, uno dei tratti più qualificanti del d.l. n. 146 del 2013, convertito in l. n. 10/2014, sta nella completa revisione normativa del reclamo del de-

tenuto al Magistrato di sorveglianza, che ora passa attraverso la distinzione tra reclamo c.d. generico, disciplinato dall'art. 35 ord. pen., e reclamo giurisdizionale, di cui all'art. 35-*bis* ord. pen.

In proposito, se la disciplina del reclamo generico è stata oggetto di modifiche tutto sommato secondarie (la più significativa delle quali è senz'altro rappresentata dall'inserimento, tra i destinatari della procedura, del Garante nazionale dei detenuti, di nuova istituzione), sono ben più pregnanti le novità in materia di reclamo giurisdizionale, sino ad ora privo di riconoscimento normativo (ed operante nella prassi per effetto dell'elaborazione giurisprudenziale scaturita a partire dalla "storica" sentenza costituzionale n. 26 del 1999<sup>12</sup>).

Di tale reclamo si occupa ora il nuovo art. 35-*bis* ord. pen. che rinvia all'art. 69 ord. pen. anch'esso novellato. Al di là degli aspetti più squisitamente procedurali dell'istituto di nuovo conio (sui quali non c'è ora il tempo di soffermarsi), è chiaro che la riforma intende principalmente far fronte alle ipotesi di pregiudizio dei diritti del detenuto derivanti dalla situazione di sovraffollamento: è questa, dunque, la disposizione con la quale il Governo ha inteso rispondere alla sentenza Torreggiani, con la quale, oltre a stigmatizzare la situazione drammatica in cui versa gran parte della popolazione detentiva del nostro Paese, la Corte europea ha altresì preteso l'introduzione di rimedi atti a garantire l'immediata cessazione e la riparazione delle violazioni in atto al diritto del detenuto di non subire trattamenti inumani o degradanti.

Dunque, l'art. 35-*bis* ord. pen. prevede che il Magistrato di sorveglianza – chiamato a decidere secondo la procedura *ex artt.* 666-678 c.p.p. – qualo-

---

<sup>12</sup> Corte cost., sent. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, p. 176 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), quest'ultimo come sostituito dall'art. 21 della l. 10 ottobre 1986, n. 663, nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale. In argomento, cfr. S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, p. 190 ss.; E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, *ivi*, p. 199 ss.; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, *ivi*, p. 203 ss.; C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*, *ivi*, p. 222 ss.

ra non riscontri la gravità o l'attualità del pregiudizio lamentato dal detenuto, dichiarare la richiesta inammissibile, ai sensi dell'art. 666 comma 2 c.p.p.

Qualora, invece, sia accertata la sussistenza del pregiudizio e la sua attualità (requisito necessario per l'accoglimento del reclamo), il giudice ordina all'amministrazione penitenziaria di porvi rimedio. Pur non essendo espressamente previsto, appare chiaro che, in relazione ai casi di pregiudizio dei diritti derivanti da sovraffollamento, il rimedio che ci si attende sarà lo spostamento del detenuto in altra cella o il trasferimento in altro istituto.

Al fine di costringere all'obbedienza l'amministrazione penitenziaria, la riforma prevede un giudizio di ottemperanza da attivare, presso lo stesso Magistrato, nel caso di «mancata esecuzione del provvedimento». Qualora il giudizio, anch'esso da esperire nelle forme di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., venga accolto, il giudice ha il potere di: ordinare all'amministrazione di ottemperare, nominando, se necessario, un commissario *ad acta*; dichiarare nulli gli eventuali atti dell'amministrazione che si pongano «in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito»; determinare la somma dovuta al detenuto a titolo di riparazione, con il limite massimo di euro 100,00 per giorno. A ben vedere, però, il decreto (come pure la relativa legge di conversione) si chiude con la clausola di invarianza finanziaria; allo stato, quindi, la riforma è a costo zero, il che rende difficile capire sulla base di quali risorse economiche si potranno prevedere e disporre i risarcimenti anzidetti.

La previsione di un reclamo giurisdizionale in capo al Magistrato di sorveglianza, che diviene così effettivamente il garante della legalità dell'esecuzione della pena, è da valutare sicuramente in modo positivo, rappresentando un indubbio passo in avanti nella tutela dei diritti del detenuto.

Come si è già avuto modo di sottolineare, la redistribuzione dei detenuti all'interno degli istituti penitenziari, in parte sicuramente auspicabile, non può rappresentare di per sé la soluzione del problema dell'affollamento carcerario. Ciò da un lato perché, in una situazione di saturazione delle strutture, gli spazi di manovra dell'amministrazione penitenziaria sono inevitabilmente ridotti; dall'altro, perché il trasferimento non rappresenta una soluzione praticabile nei casi in cui, determinando l'allontanamento del ristretto dalla sua famiglia o l'interruzione delle attività di tipo lavorativo o formativo, comporti una compromissione del percorso risocializzativo in atto.

Ciò considerato, sarebbe opportuno inserire, a fianco del rimedio interno e nei casi di sua inutilizzabilità, un rimedio esterno (così come del resto

ipotizzato dalla sentenza n. 279/2013 della Corte costituzionale<sup>13</sup>), ossia il potere del Magistrato di sorveglianza di ordinare la scarcerazione della persona ogniquale questa rappresenti l'unica strada per evitare la protrazione del pregiudizio dei suoi diritti. In questo senso, si potrebbe ipotizzare l'introduzione di una specifica ipotesi di detenzione non carceraria, da applicare anche oltre i limiti di pena oggi previsti, e da eseguire «nel domicilio o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza».

Così come ora previsto, il reclamo *ex art 35-bis* ord. pen. pare un'arma spuntata nelle mani della magistratura: una soluzione non risolutiva del problema al quale si pretende di rispondere. Per vero, i tempi richiesti dall'espletamento dell'intera procedura (con l'appellabilità dinanzi al Tribunale di sorveglianza, la ricorribilità per cassazione e la successiva doppia scansione che caratterizza il giudizio di ottemperanza) finiranno per rendere l'istituto poco utile, non foss'altro perché, appunto per come configurato, questo appare destinato a offrire una soluzione concretamente intempestiva sul piano esecutivo.

Non potendo affrontare in questa sede tutte le modifiche recentemente introdotte, pare opportuno accennare alle disposizioni con le quali si è inteso proseguire nella politica di agevolazioni e sgravi fiscali ai datori di lavoro che assumano lavoratori detenuti o internati.

In questo senso, occorre innanzitutto porre in evidenza la norma di interpretazione autentica dell'art 3 della l. n. 199 del 2010, con la quale si è inteso chiarire che l'ammontare massimo dei crediti di imposta mensili concessi deve intendersi esteso all'intero anno 2013 (e non solo ai mesi successivi alla modificazione della norma avvenuta per effetto del d.l. n. 78 del 2013, convertito con l. n. 94 del 2013).

In secondo luogo, infine, si è prevista la proroga, per un periodo massimo di sei mesi, del termine per l'adozione dei decreti ministeriali relativi alla determinazione delle modalità e dell'entità delle agevolazioni e degli sgravi fiscali relativi all'anno 2013, per i datori di lavoro che abbiano assunto lavoratori detenuti o internati anche ammessi al lavoro all'esterno, o lavoratori *ex degenti* degli ospedali psichiatrici giudiziari.

Infine, i futuribili, senza invadere il campo della Dott.ssa Valentini e quindi limitandomi a parlare di pene in senso proprio. Del resto, vi ho an-

---

<sup>13</sup> 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*.

tipicato come, al di là del tema specifico del Convegno, mi sarei occupata anche di altri profili, in parte necessitati dal dato che gli svuota carceri del 2013 – secondo il piano di lavoro assegnatomi – hanno dedicato poca attenzione alla custodia carceraria, e dunque, su tale aspetto, c'è da sperare in qualche intervento massiccio futuro (Elena Valentini molto ci dirà al riguardo). Dicevo, prospettive future sulla pena: bolle in pentola un disegno di legge che contempla pene detentive non carcerarie e una più generale riforma del sistema sanzionatorio: speriamo non rimanga lettera morta e realizzi una efficace alternativa al carcere<sup>14</sup>. Perché di carcere, purtroppo, si

---

<sup>14</sup> Ebbene, con la l. 28 aprile 2014, n. 67, si è conferita delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio, oltre a talune disposizioni, direttamente applicabili, in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Sul fronte della pena, entra a pieno titolo nel sistema la detenzione non carceraria, ossia la reclusione domiciliare o l'arresto domiciliare, dunque la detenzione presso l'abitazione o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza. Secondo la delega, i domiciliari dovranno diventare pena principale da applicare in automatico a tutte le contravvenzioni attualmente colpite da arresto e a tutti i delitti il cui massimo edittale è sino a tre anni. Ove la reclusione intercorra tra tre e cinque anni, dovrà essere il giudice a decidere tenendo conto degli indici di cui all'art. 133 c.p. Da segnalarsi anche un'opera di depenalizzazione per talune tipologie di reato, che dovranno essere trasformati in meri illeciti amministrativi.

Per completezza, ed essendo arduo allo stato immaginare quale potrà essere l'impatto della novella una volta che verranno adottati i decreti delegati, troppe essendo le variabili da considerare, sia consentito riprodurre per esteso i due articoli della l. n. 67 del 2014 ove le novità, su questo specifico aspetto, sono concentrate:

«Art. 1 - Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie

1. Il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per la riforma del sistema delle pene, con le modalità e nei termini previsti dai commi 2 e 3 e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere che le pene principali siano l'ergastolo, la reclusione, la reclusione domiciliare e l'arresto domiciliare, la multa e l'ammenda; prevedere che la reclusione e l'arresto domiciliari si espiano presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, di seguito denominato "domicilio", con durata continuativa o per singoli giorni della settimana o per fasce orarie;

b) per i reati per i quali è prevista la pena dell'arresto o della reclusione non superiore nel massimo a tre anni, secondo quanto disposto dall'articolo 278 del codice di procedura penale, prevedere che la pena sia quella della reclusione domiciliare o dell'arresto domiciliare;

---

c) per i delitti per i quali è prevista la pena della reclusione tra i tre e i cinque anni, secondo quanto disposto dall'articolo 278 del codice di procedura penale, prevedere che il giudice, tenuto conto dei criteri indicati dall'articolo 133 del codice penale, possa applicare la reclusione domiciliare;

d) prevedere che, nei casi indicati nelle lettere *b)* e *c)*, il giudice possa prescrivere l'utilizzo delle particolari modalità di controllo di cui all'articolo 275-*bis* del codice di procedura penale;

e) prevedere che le disposizioni di cui alle lettere *b)* e *c)* non si applichino nei casi previsti dagli articoli 102, 103, 105 e 108 del codice penale;

f) prevedere che il giudice sostituisca le pene previste nelle lettere *b)* e *c)* con le pene della reclusione o dell'arresto in carcere, qualora non risulti disponibile un domicilio idoneo ad assicurare la custodia del condannato ovvero quando il comportamento del condannato, per la violazione delle prescrizioni dettate o per la commissione di ulteriore reato, risulti incompatibile con la prosecuzione delle stesse, anche sulla base delle esigenze di tutela della persona offesa dal reato;

g) prevedere che, per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione della reclusione e dell'arresto domiciliare, si applichino, in ogni caso, i criteri di cui all'articolo 278 del codice di procedura penale;

h) prevedere l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 385 del codice penale nei casi di allontanamento non autorizzato del condannato dal luogo in cui sono in corso di esecuzione le pene previste dalle lettere *b)* e *c)*;

i) prevedere, altresì, che per i reati di cui alle lettere *b)* e *c)* il giudice, sentiti l'imputato e il pubblico ministero, possa applicare anche la sanzione del lavoro di pubblica utilità, con le modalità di cui alla lettera *l)*;

l) prevedere che il lavoro di pubblica utilità non possa essere inferiore a dieci giorni e consista nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato; prevedere che la prestazione debba essere svolta con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato; prevedere che la durata giornaliera della prestazione non possa comunque superare le otto ore;

m) escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale;

n) provvedere al coordinamento delle nuove norme in materia di pene detentive non carcerarie sia con quelle di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, sia con quelle di cui alla legge 26 novembre 2010, n. 199, sia con la disciplina dettata dal testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002,

---

n. 313, sia con quelle di cui alla legge 26 luglio 1975, n. 354, tenendo conto della necessità di razionalizzare e di graduare il sistema delle pene, delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative applicabili in concreto dal giudice di primo grado.

2. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati entro il termine di otto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Gli schemi dei decreti legislativi, a seguito di deliberazione preliminare del Consiglio dei ministri, sono trasmessi alle Camere, corredati di relazione tecnica, per l'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti possono essere emanati anche in mancanza dei predetti pareri. Qualora tale termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal primo periodo o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. Nella redazione dei decreti legislativi di cui al presente comma il Governo tiene conto delle eventuali modificazioni della normativa vigente comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega. I predetti decreti legislativi contengono, altresì, le disposizioni necessarie al coordinamento con le altre norme legislative vigenti nella stessa materia.

3. Entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi di cui al presente articolo possono essere emanati uno o più decreti legislativi correttivi e integrativi, con il rispetto del procedimento di cui al comma 2 nonché dei principi e criteri direttivi di cui al comma 1.

4. Dall'attuazione della delega di cui al presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

5. Le amministrazioni pubbliche interessate provvedono ai compiti derivanti dall'attuazione della delega con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Art. 2 - Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro i termini e con le procedure di cui ai commi 4 e 5, uno o più decreti legislativi per la riforma della disciplina sanzionatoria dei reati e per la contestuale introduzione di sanzioni amministrative e civili, in ordine alle fattispecie e secondo i principi e criteri direttivi specificati nei commi 2 e 3.

2. La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) trasformare in illeciti amministrativi tutti i reati per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda, ad eccezione delle seguenti materie:

- 1) edilizia e urbanistica;
- 2) ambiente, territorio e paesaggio;
- 3) alimenti e bevande;

- 
- 4) salute e sicurezza nei luoghi di lavoro;
  - 5) sicurezza pubblica;
  - 6) giochi d'azzardo e scommesse;
  - 7) armi ed esplosivi;
  - 8) elezioni e finanziamento ai partiti;
  - 9) proprietà intellettuale e industriale;
- b) trasformare in illeciti amministrativi i seguenti reati previsti dal codice penale:
- 1) i delitti previsti dagli articoli 527, primo comma, e 528, limitatamente alle ipotesi di cui al primo e al secondo comma;
  - 2) le contravvenzioni previste dagli articoli 652, 659, 661, 668 e 726;
- c) trasformare in illecito amministrativo il reato di cui all'articolo 2, comma 1-*bis*, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, purché l'omesso versamento non ecceda il limite complessivo di 10.000 euro annui e preservando comunque il principio per cui il datore di lavoro non risponde a titolo di illecito amministrativo, se provvede al versamento entro il termine di tre mesi dalla contestazione o dalla notifica dell'avvenuto accertamento della violazione;
- d) trasformare in illeciti amministrativi le contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, previste dalle seguenti disposizioni di legge:
- 1) articolo 11, primo comma, della legge 8 gennaio 1931, n. 234;
  - 2) articolo 171-*quater* della legge 22 aprile 1941, n. 633;
  - 3) articolo 3 del decreto legislativo luogotenenziale 10 agosto 1945, n. 506;
  - 4) articolo 15, secondo comma, della legge 28 novembre 1965, n. 1329;
  - 5) articolo 16, quarto comma, del decreto-legge 26 ottobre 1970, n. 745, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 1970, n. 1034;
  - 6) articolo 28, comma 2, del testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309;
- e) prevedere, per i reati trasformati in illeciti amministrativi, sanzioni adeguate e proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche; prevedere come sanzione principale il pagamento di una somma compresa tra un minimo di euro 5.000 ed un massimo di euro 50.000; prevedere, nelle ipotesi di cui alle lettere *b)* e *d)*, l'applicazione di eventuali sanzioni amministrative accessorie consistenti nella sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione;
- f) indicare, per i reati trasformati in illeciti amministrativi, quale sia l'autorità

---

competente ad irrogare le sanzioni di cui alla lettera *e*), nel rispetto dei criteri di riparto indicati nell'articolo 17 della legge 24 novembre 1981, n. 689;

g) prevedere, per i casi in cui venga irrogata la sola sanzione pecuniaria, la possibilità di estinguere il procedimento mediante il pagamento, anche rateizzato, di un importo pari alla metà della stessa.

3. La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) abrogare i reati previsti dalle seguenti disposizioni del codice penale:

1) delitti di cui al libro secondo, titolo VII, capo III, limitatamente alle condotte relative a scritture private, ad esclusione delle fattispecie previste all'articolo 491;

2) articolo 594;

3) articolo 627;

4) articoli 631, 632 e 633, primo comma, escluse le ipotesi di cui all'articolo 639-*bis*;

5) articolo 635, primo comma;

6) articolo 647;

b) abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-*bis* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia;

c) fermo il diritto al risarcimento del danno, istituire adeguate sanzioni pecuniarie civili in relazione ai reati di cui alla lettera *a*);

d) prevedere una sanzione pecuniaria civile che, fermo restando il suo carattere aggiuntivo rispetto al diritto al risarcimento del danno dell'offeso, indichi tassativamente:

1) le condotte alle quali si applica;

2) l'importo minimo e massimo della sanzione;

3) l'autorità competente ad irrogarla;

e) prevedere che le sanzioni pecuniarie civili relative alle condotte di cui alla lettera *a*) siano proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche.

4. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati entro il termine di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Gli schemi dei decreti legislativi sono trasmessi alle Camere, corredati di relazione tecnica, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni competenti per materia e per i profili finanziari, che sono resi entro il termine di trenta giorni

può morire (non entro nel capitolo dei suicidi, ma anche questo è un dato preoccupante).

### 3. Conclusioni

Concludo riportando la mia esperienza sia come avvocato sia come membro dell'associazione "Chiusi Fuori", nata dalla volontà e dall'incontro di alcuni detenuti e volontari che hanno inteso dare voce al malessere di chi vive ristretto.

L'associazione si è data lo scopo di offrire opportunità a chi esce dal circuito penitenziario, ma anche di fornire una risposta all'insostenibile sofferenza umana e al degrado complessivo del sistema carcerario, facendo intravedere un'alternativa di vita possibile a chi sta scontando una pena.

Dall'esperienza acquisita con l'associazione ho potuto constatare che l'esigenza più sentita di chi è detenuto è quella del lavoro, dentro al carcere ma anche attraverso la possibilità di ottenere una misura alternativa extramuraria. Tale esigenza è dettata non solo dal bisogno economico – la maggioranza dei detenuti è pressoché indigente – ma anche dalla volontà di perseguire una valida alternativa al tempo trascorso senza nulla da fare. L'immobilismo che si percepisce all'interno degli istituti, nonostante la buona volontà degli appartenenti all'amministrazione penitenziaria, è dovuto alla mancanza endemica di risorse, che impedisce ogni possibilità di indirizzare l'esecuzione penale al fine rieducativo voluto dal legislatore costituzionale.

---

dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei predetti pareri. Qualora tale termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal primo periodo o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. Nella predisposizione dei decreti legislativi il Governo tiene conto delle eventuali modificazioni della normativa vigente comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega. I decreti legislativi di cui al comma 1 contengono, altresì, le disposizioni necessarie al coordinamento con le altre norme legislative vigenti nella stessa materia.

5. Entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi di cui al presente articolo, possono essere emanati uno o più decreti correttivi ed integrativi, nel rispetto della procedura di cui al comma 4 nonché dei principi e criteri direttivi di cui al presente articolo.

L'associazione vuole dare il proprio contributo al fine di riaffermare il primato della finalità rieducativa della pena, codificato dall'art. 27 comma 3 Cost.

Finisco associandomi a quanto detto poco fa da Guido Todaro: non ci si può affidare al solo legislatore; è quindi necessario che ognuno dia il proprio contributo affinché si possa superare questo momento che ci vede allineati a Paesi che non hanno fatto dei diritti umani la loro bandiera<sup>15</sup>. Ritengo che anche tutti i magistrati abbiano l'obbligo morale di vigilare affinché dai nostri istituti di pena vengano eliminate situazioni che possano contrastare addirittura con il divieto di tortura.

Come prova di grande coraggio, in chiusura sento di dover citare il provvedimento assunto dal giudice del Tribunale di Crotone, Edoardo D'Ambrosio (che, vale la pena sottolinearlo, è un allievo dell'Università di Bologna)<sup>16</sup>.

Si tratta dell'assoluzione di tre persone trattenute presso il C.I.E. Sant'Anna di Crotone, e che erano state arrestate per danneggiamento e resistenza aggravata. L'episodio era scaturito a seguito di disordini nati all'interno del centro di accoglienza. Nell'assolverli, il giudice ha portato a sostegno della propria motivazione la giurisprudenza della Corte europea in materia di detenzione subita contro il divieto di trattamenti inumani e degradanti. Le condizioni al limite della decenza a cui erano stati sottoposti i tre imputati nel periodo del loro trattenimento nel centro di accoglienza ha permesso al giudice di motivare l'esito assolutorio, riconoscendo che il loro comportamento potesse essere scriminato dalla legittima difesa.

Questa vicenda giudiziaria denota l'importanza del ruolo della magistratura, accanto a quello degli operatori e, a monte, del legislatore (chiamato a modificare e rivisitare il sistema penale e penitenziario): non bisogna mai dimenticare che i soggetti ristretti nei nostri istituti penitenziari sono affidati allo Stato, e che lo Stato ha il compito di garantire loro una vita non solo dignitosa, ma anche capace di dare risposte concrete alla volontà di riscatto che quasi sempre li caratterizza.

---

<sup>15</sup> Sono state recentemente pubblicate le «statistiche annuali del Consiglio d'Europa sulla popolazione carceraria e sulle misure non detentive», reperibili in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Da queste si desume come il tasso di sovraffollamento carcerario in Italia fosse, nel 2012, tale da vedersi superato solo dalla Serbia.

<sup>16</sup> Trib. Crotone, sent. 12 dicembre 2012, n. 1410.

PRESIDENTE

Grazie, grazie molte, anche per aver a Sua volta rispettato i tempi assegnati.

Come avevamo immaginato, il passaggio da determinati operatori ad altri, in particolare ad Avvocati che il problema conoscono avendo personale e assiduo contatto con chi lo vive, lo subisce direttamente, ci offre un angolo visuale distinto, accorato e drammatico, che ci induce riflessioni diverse. Ma la Relatrice ci ha consegnato anche dati ulteriori, di estrema significatività, sui quali si innestano motivi di inevitabile preoccupazione. Io non ero al corrente, in particolare, delle vicende della convenzione Telecom, che rischia di decadere, o comunque di venire congelata. La prospettiva è impressionante, perché prefigura il possibile riprodursi delle vicende iniziali, *fin de siècle*, dell'oreficeria elettronica, cui accennavo prima. Sarebbe uno sviluppo drammaticamente paradossale. Dobbiamo sperare che non abbia a verificarsi.

Continuando a leggere, a studiare le questioni di cui oggi ci occupiamo da questo angolo visuale, diamo ora la parola al Dott. Maltese, che forse è ancora più interno a determinate realtà, o quanto meno a quelle minorili.

FILIPPO MALTESE

*GIUSTIZIA MINORILE E SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO*

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Il sistema cautelare minorile.* – 3. *Le prescrizioni.* – 4. *La permanenza in casa.* – 5. *Il collocamento in comunità.* – 6. *La custodia in carcere.*

**1. Premessa**

Buongiorno a tutti. Grazie al Presidente Albiani per la parola e la puntuale presentazione. Ringrazio l’A.I.G.A. di Rimini, l’Avv. Andrea Annibali e l’Avv. Guido Todaro per avermi invitato a questo Convegno.

Sono stato incaricato di tenere una relazione in merito alle misure cautelari minorili, con un’attenzione particolare al problema della custodia cautelare.

Prima di delineare per brevi cenni il sistema, faccio una piccola premessa, in ragione della mia esperienza nell’Istituto Penale per Minorenni Pietro Siciliani di Bologna.

Entro nel carcere minorile di Bologna da otto anni come volontario, e quel che mi preme affermare, in apertura di questa breve relazione, è che se si potesse fare a meno del carcere, per i minorenni come per gli adulti, probabilmente avremmo tutti da guadagnarne.

Il contatto con l’istituzione totale e con i ragazzi che vi sono reclusi si caratterizza per una profonda sofferenza.

Ciò che accompagna me, come tanti altri volontari e operatori, è la domanda circa la necessità del carcere per i minorenni.

È davvero impossibile farne a meno?

Circa un mese fa, un ragazzo da poco maggiorenne, straniero, arrivato

---

\* Presidente dell’Associazione U.V.a.P.Ass.A, Unione Volontari al Pratello Associazione di Aiuto; Dottore in giurisprudenza

in Italia senza famiglia, che ha trascorso gran parte della sua adolescenza negli istituti per minorenni del nostro Paese, dopo aver ricevuto la notizia che il Magistrato di sorveglianza aveva rigettato la sua richiesta di affidamento in prova al servizio sociale, ha tentato di impiccarsi. Fortunatamente, il tempestivo intervento dei suoi compagni di cella e della polizia penitenziaria ha impedito che il suo proposito venisse portato a termine.

Negli stessi giorni, un altro ragazzo, in custodia cautelare, nel ricevere la notizia del rigetto della sostituzione della custodia in carcere con il collocamento in comunità, ha ingerito una dose di detersivo. Anche in questo caso, per fortuna, il grave gesto non ha comportato nessun danno irreparabile.

Si tratta probabilmente di gesti che, manifestando un profondo malessere rispetto alla situazione di detenzione, hanno come principale obiettivo quello di attirare l'attenzione delle autorità preposte alla loro tutela sulle sofferenze causate dal regime di detenzione.

Credo che episodi come questo siano un indice concreto di come il carcere possa essere considerato un luogo disumano: sempre, e non soltanto quando ci sono situazioni di sovraffollamento carcerario.

La tesi della disumanità del carcere, lungi dall'essere una semplice opinione personale, viene presa in seria considerazione da autorevole dottrina: emblematiche le parole del Prof. Ferrajoli<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> «Occorre riconoscere, d'altro canto, che il carcere è sempre stato, contrariamente al suo modello teorico e normativo, assai più di una "privazione di un tempo astratto di libertà". Inevitabilmente esso ha conservato molteplici modelli di *afflizione fisica*, che si manifestano nelle forme di vita e di trattamento, e che differiscono dalle antiche pene corporali solo perché non concentrati nel tempo ma dilatati per tutta la durata della pena. Inoltre, all'*afflizione corporale* la pena carceraria aggiunge l'*afflizione psicologica*: la solitudine, l'isolamento, l'assoggettamento disciplinare, la perdita di socialità e di affettività e quindi di identità, oltre a quella specifica afflizione connessa alla pretesa rieducativa e in generale a qualunque trattamento volto a piegare e a trasformare la persona del detenuto. [...] Il carcere è dunque un'istituzione al tempo stesso illiberale, disuguale, atipica, almeno in parte extra-legale ed extra-giudiziale, lesiva della dignità della persona, penosamente e inutilmente afflittiva. Di questa istituzione sempre più povera di senso, che produce un costo di sofferenze non compensato da apprezzabili vantaggi per nessuno, risulta ormai giustificato il superamento o almeno una drastica riduzione della durata sia minima che massima»: così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*<sup>10</sup>, Laterza, Bari 2011, p. 410 ss.

Tra gli altri orientamenti dottrinali che hanno elaborato un'articolata critica al diritto penale e alla pena detentiva, merita una particolare attenzione quella scuola di pensiero che va sotto il nome di Criminologia Critica<sup>2</sup>.

Il Prof. Massimo Pavarini, nel ricordare il fondatore di questa scuola, il Prof. Alessandro Baratta, ha attribuito a quest'ultimo la paternità di questa meta ideale, che va addirittura al di là dell'idea di abolizione della pena detentiva: «la sola utopia “concreta” per il buon “penalista” è militare per l'abolizione del diritto penale»<sup>3</sup>.

Tenendo sullo sfondo quest'orizzonte culturale, la presente relazione, attraverso una disamina del sistema cautelare minorile, tenterà di rispondere alla seguente domanda: si può parlare di sovraffollamento carcerario nel sistema di giustizia penale minorile? E, in secondo luogo, tenterà di offrire

---

<sup>2</sup> «I termini essenziali del sapere criminologico critico sono notoriamente i seguenti. – La doppia selettività che presiede alla costruzione sociale del fenomeno criminale, tanto nella definizione dei beni giuridicamente tutelati (e perciò enfatizzati) dal diritto penale (beni per lo più coincidenti con gli interessi delle classi dominanti), quanto nell'individuazione dei delitti e dei comportamenti da perseguire, quelli per lo più posti in essere da soggetti deboli economicamente e socialmente, cioè dalle classi marginali. – La critica al sistema penale e alla criminologia, in quanto essi danno per scontata la legittimità e la diffusa condivisione delle definizioni normative cui comunemente si riferiscono, senza considerare come le stesse stiano a fondamento di una costruzione parziale e del tutto capziosa della realtà. – L'ignoranza o la scarsissima considerazione, tanto da parte del diritto penale che dalle istituzioni preposte alla sua applicazione, della criminalità dei potenti, quella cioè posta in essere dai soggetti che vedono già abbondantemente tutelati i propri interessi dalla legge, e che se non si fanno scrupolo di affermarli ulteriormente con metodi illegali. – La critica alla repressione penale e alla pena detentiva, come forme di totalizzazione deformante dei fatti perseguiti e dei soggetti che li pongono in essere, strumenti di induzione autoritaria di sofferenze inumane, quanto inutili, naturale sede di inevitabili violazioni dei diritti della persona. – Un'apertura tollerante verso le forme di criminalità più diffusa e perseguita, orientata a riconoscere la sostanza del fenomeno nella sua oggettività, liberandosi da capziose costruzioni sociali, a trovare risposte alternative e non ulteriormente marginalizzanti della stessa»: così G. MOSCONI, *Traduzione ed evoluzione della criminologia critica nell'esperienza italiana*, in R. MARRA (a cura di), *Filosofia e sociologia del diritto penale. Atti del convegno in ricordo di Alessandro Baratta*, Giappichelli, Torino 2006, p. 65.

<sup>3</sup> M. PAVARINI, *Dell'insostenibile prevenzione*, in R. MARRA (a cura di), *op. cit.*, p. 61.

delle prospettive circa la possibilità di escludere il ricorso al carcere nell'ambito di questo settore o, quantomeno, di apportare dei miglioramenti.

Per fornire un'idea circa l'impatto della giustizia per i minorenni autori di reato è utile fare riferimento ai dati forniti dal Dipartimento della Giustizia Minorile in merito ai soggetti in carico ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia di cui all'art. 6 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, recante la disciplina del processo penale a carico di imputati minorenni. Secondo questi dati, nell'anno 2013, le persone in carico ai servizi sociali minorili ammontavano a 20.694 unità, in un *trend* crescente rispetto agli anni precedenti<sup>4</sup>.

## 2. Il sistema cautelare minorile

Ma veniamo a delineare, sinteticamente, la disciplina delle misure cautelari, per poi soffermarci sulla più grave tematica della detenzione minorile.

Per un quadro esaustivo sul tema, segnalo *Le limitazioni alla libertà personale del minorenne imputato*, a cura della Prof.ssa Claudia Cesari<sup>5</sup>.

Il sistema di limitazioni cautelari alla libertà personale del minorenne indagato-imputato nel procedimento penale si caratterizza come un universo autonomo e speciale rispetto a quello previsto dal codice di procedura penale, per il tramite di misure cautelari esclusive<sup>6</sup>. Queste, peraltro soltanto personali<sup>7</sup>, sono disciplinate dagli artt. 19 ss. proc. pen. min..

In ragione della loro tipologia, possono essere distinte in «misure a ca-

---

<sup>4</sup> Cfr. i dati statistici forniti dai Servizi della Giustizia Minorile del Dipartimento della Giustizia Minorile del Ministero della Giustizia, rinvenibili in *www.giustiziaminorile.it*.

<sup>5</sup> C. CESARI (a cura di), *Le limitazioni alla libertà personale del minorenne imputato*, Giuffrè, Milano 2012.

<sup>6</sup> L. CARACENI, *Commento all'art. 19, Misure cautelari per i minorenni*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile, Commento al d.P.R. 448/1998*<sup>3</sup>, Giuffrè, Milano 2009, p. 194.

<sup>7</sup> Non vi sarebbe, tuttavia, un'esclusione dell'applicazione delle misure cautelari reali, che si ritengono applicabili anche nel processo penale a carico di imputati minorenni, mediante il rinvio alla disciplina del codice, attraverso l'art. 1 d.P.R. 448/1988. Sul punto, L. PEPINO, *Misure cautelari minorili*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino 1997, vol. VII, p. 53.

rattere obbligatorio», quali le prescrizioni, la permanenza in casa e il collocamento in comunità, e di tipo coercitivo «in senso tecnico», ossia la custodia in carcere<sup>8</sup>. Si noti che questa classificazione non può essere sovrapponibile a quella valida per le misure cautelari del processo penale ordinario.

Vige, in virtù del disposto dell'art. 19, il principio di tassatività-tipicità e la riserva di legge, che circoscrive la tipologia delle misure applicabili a quelle previste nel Capo II del citato d.P.R.

Non sussistono, eccezion fatta per la custodia in carcere, espressi presupposti e condizioni generali di applicabilità dei provvedimenti. L'art. 19 si limita a fissare i criteri che il giudice deve seguire per la scelta delle misure. Tale mancanza, tuttavia, in virtù del principio di sussidiarietà<sup>9</sup> che caratterizza i rapporti tra la disciplina del processo minorile e il codice di procedura penale, ed enunciato dall'art. 1 del d.P.R. in disamina, implica l'applicabilità degli artt. 273 e 274 c.p.p.

Vi sono tuttavia alcune particolarità, tra le quali, come noto, il disposto del comma 2 dell'art. 19 in base al quale, nel disporre le misure, il giudice deve tenere conto, oltre che dei criteri indicati dall'art. 275 c.p.p., anche dell'esigenza di non interrompere i processi educativi in atto. I principi di adeguatezza e proporzionalità enunciati dall'art. 275 c.p.p. assumono quindi delle specificità in relazione all'imputato minorene.

La regola del ricorso, a parità di condizioni, alla misura meno afflittiva è esplicitata con la previsione che «se non risulta necessario fare ricorso ad altre misure cautelari», si applicano le prescrizioni.

Come appena detto, particolare attenzione richiede, nel procedimento di adozione delle misure, l'«esigenza di non interrompere i processi educativi in atto» a cui fa riferimento la seconda parte dell'art. 19 comma 2, la cui *ratio* va ravvisata nella necessità di evitare che la misura «procuri al minore danni pedagogici non strettamente correlati all'esigenza cautelare»<sup>10</sup>.

Ma, mi pongo una domanda: come decidere nelle ipotesi in cui le esigenze educative e quelle cautelari dovessero essere confliggenti? A rigore,

---

<sup>8</sup> L. CARACENI, *Commento all'art. 19 cit.*, p. 195.

<sup>9</sup> «La prima proposizione normativa dell'articolo enuncia il principio di sussidiarietà, che informa l'ordinamento processuale minorile: soccorrono, per quanto non previsto dal d.P.R. n. 448/1988, le disposizioni del codice di procedura penale»: così, per tutti, G. GIOSTRA, *Commento all'art. 1, Principi generali del processo minorile*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, p. 6.

<sup>10</sup> L. CARACENI, *Commento all'art. 19 cit.*, p. 202.

per non vanificare la portata dell'art. 19 comma 2, il giudice della libertà, nel decidere sulla domanda cautelare, sarebbe tenuto ad acquisire le informazioni inerenti alla personalità e al contesto familiare e di vita del minore di cui all'art. 9, funzionali all'adozione delle più adeguate misure penali. E, ovviamente, il giudice dovrà ben motivare: una carenza di motivazione sul punto potrebbe dar luogo a un vizio del provvedimento cautelare, e configurare quindi una nullità dello stesso per violazione dell'art. 125 comma 3 c.p.p.<sup>11</sup>.

Il comma 3 dell'art. 19 stabilisce che, una volta disposta la misura, il giudice debba affidare l'imputato ai servizi sociali minorili di cui all'art. 8 comma 1, lett. a), del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272, recante le norme di attuazione del d.P.R. n. 448 del 1988, ai quali è attribuito il compito di svolgere «attività di sostegno e controllo in collaborazione con i servizi di assistenza istituiti dagli enti locali».

L'attività di sostegno deve offrire al minore un ausilio psicologico in questa fase di disagio, mentre l'attività di controllo si configura quale «verifica di adeguatezza dei programmi alla reale possibilità di attuazione»<sup>12</sup>.

Inoltre, nel disciplinare le singole misure, si determinano dei limiti editali diversificati. A tal proposito sono state individuate tre categorie di delitti. C'è una prima fascia per cui non si possono mai applicare le misure cautelari: si tratta dei delitti puniti con una pena che non superi, nel massimo, i cinque anni di reclusione. Rileva poi un secondo insieme di illeciti penali che permette l'applicazione di misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, consistenti nei delitti puniti con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore, nel massimo, a cinque anni di reclusione. Infine, si contempla un terzo insieme di delitti più gravi che legittima l'adozione della più afflittiva delle misure, la custodia cautelare: si tratta dei delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a nove anni.

D'altra parte, il comma 5 dell'art. 19 prescrive che, ai fini dell'applicazione delle misure cautelari, la determinazione della pena deve tener conto, oltre che dei criteri indicati dall'art. 278 c.p.p., anche della diminuzione della minore età. Diminuzione della minore età che importa la riduzione della pena fino ad un terzo, a norma dell'art. 98 c.p.

Per quanto concerne la revoca e la sostituzione delle misure deve ri-

---

<sup>11</sup> V. PATANÈ, *Indagine personologica e "inchiesta sociale" sull'imputato minorene*, in C. CESARI (a cura di), *Il minorene fonte di prova nel processo penale*, Giuffrè, Milano 2008, p. 180.

<sup>12</sup> L. CARACENI, *Commento all'art. 19 cit.*, p. 208.

tenersi applicabile, poiché manca un'apposita disciplina, l'art. 299 c.p.p. Peraltro, è stata individuata in dottrina una speciale ipotesi di revoca delle misure cautelari, riguardante il caso in cui il giudice disponga la sospensione del processo e la messa alla prova a norma dell'art. 28 proc. pen. min. Si ravvisa infatti l'incompatibilità delle misure cautelari con l'istituto del *probation* processuale, il cui scopo sarebbe, secondo parte della dottrina<sup>13</sup>, di evitare che il minore entri nel circuito penale. Inoltre, si ritiene che l'esistenza di esigenze cautelari non potrebbe in alcun modo essere compatibile con la messa alla prova, che comporterebbe una «prognosi di non pericolosità del minore imputato», laddove le misure cautelari sono legittimate dalla pericolosità dello stesso<sup>14</sup>. Se è condivisibile la tesi dell'incompatibilità delle misure cautelari con la messa alla prova, deve però segnalarsi che le prime, limitatamente al loro contenuto, possono continuare a essere operanti nei confronti dell'imputato in prova, attraverso le modalità di partecipazione del minore che il giudice dovesse impartire con l'ordinanza che dispone la sospensione. È possibile, infatti, che il giudice, nell'ordinanza sospensiva di cui all'art. 28, anche facendo riferimento implicito al progetto di intervento elaborato dai servizi minorili, disponga che il minore debba svolgere determinate attività, scolastiche, lavorative, o comunque finalizzate alla sua educazione, analogamente all'ipotesi in cui l'indagato venga raggiunto dalla misura cautelare delle prescrizioni. Può persino verificarsi il caso in cui il giudice stabilisca che il minore, durante il periodo di prova, debba permanere presso una comunità prevista dall'art. 10 disp. att. proc. pen. min.. In un caso del genere, il minore sarà sottoposto a una limitazione della libertà personale identica a quella prevista dalla misura cautelare del collocamento in comunità di cui all'art. 22. Potrebbe pertanto accadere che la misura cautelare, pur cessando formalmente, continui a persistere limitatamente al suo contenuto, qualora si trasformi in una delle prescrizioni aventi carattere afflittivo che contraddistingue la messa alla prova.

---

<sup>13</sup> F. PALOMBA, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Giuffrè, Milano 2002, p. 406 ss. Si tratta di un orientamento difficilmente condivisibile. Il minore sottoposto alla prova è già entrato nel circuito penale, soprattutto se si considera l'eventualità in cui questo sia stato sottoposto ad una misura cautelare. Semmai, scopo della messa alla prova è quello di attenuare i pregiudizi che la permanenza nel sistema penale ha nei confronti del minore, oltre che favorirne la fuoriuscita nel più breve tempo possibile.

<sup>14</sup> L. CARACENI, *Commento all'art. 19 cit.*, p. 218.

Per quel che concerne il sistema delle impugnazioni dei provvedimenti cautelari deve ritenersi operante la disciplina del codice di rito, di cui agli artt. 309 ss. c.p.p. L'elemento di diversità rispetto alla disciplina ordinaria risiede nella determinazione del giudice competente per proporre riesame o appello. L'art. 25 disp. att. proc. pen. min. dispone che sulle richieste di cui agli artt. 309 e 310 c.p.p. decida il Tribunale per i minorenni del luogo dove ha sede l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza impugnata.

Per quanto concerne i termini di durata delle cautele si deve escludere l'applicabilità dell'art. 308 c.p.p., in quanto ciascuna misura prevede degli appositi termini. Tuttavia, per quanto concerne la permanenza in casa, il collocamento in comunità e la custodia cautelare, vi è un rinvio a quelli previsti dall'art. 303 c.p.p., che sono però ridotti della metà o di due terzi, a seconda che la persona sia, rispettivamente, minore degli anni diciotto o degli anni sedici.

Un'ultima considerazione, di non secondaria importanza, riguarda quanto disposto dall'art. 24, che implica delle ripercussioni anche sulla fase esecutiva. La disposizione stabilisce che le misure cautelari, le misure alternative, le sanzioni sostitutive, le pene detentive e le misure di sicurezza si eseguono secondo le norme e con le modalità previste per i minorenni anche nei confronti di coloro che nel corso dell'esecuzione abbiano compiuto il diciottesimo ma non il ventunesimo anno di età, e ciò anche quando l'esecuzione abbia inizio dopo il compimento del diciottesimo anno di età. Finalità della previsione sembrerebbe essere quella di evitare, per i giovani adulti, il pregiudizio delle ordinarie norme di esecuzione previste per le misure restrittive della libertà personale, che comportano una maggiore afflittività. Si pensi ad esempio ai pregiudizi discendenti dal contatto con gli istituti di pena ordinari, per reati che sarebbero o sono stati comunque commessi da minorenni.

I minorenni che raggiungono la maggiore età e i giovani adulti giudicati come se fossero minorenni devono in linea di principio essere collocati in istituti per minorenni autori di reato o in istituti per giovani adulti, a meno che il loro reinserimento sociale non possa essere agevolato in un istituto per adulti. La regola citata potrebbe essere oggetto di maggiore attenzione per addivenire a una separazione tra minorenni e giovani adulti. Se ci si sofferma sull'età dei minorenni autori di reato presenti presso gli istituti di pena minorili in Italia, ci si accorge come sia urgente ed auspicabile una separazione tra minorenni e giovani adulti, al fine di tutelare in modo più adeguato i primi dall'influenza negativa che potrebbero ricevere dai secondi. Secondo i dati forniti dal Dipartimento di Giustizia Minorile, nell'anno

2013, al 31 dicembre, erano presenti 401 detenuti. Di questi, più della metà, 214, erano maggiorenni<sup>15</sup>.

### 3. Le prescrizioni

L'art. 20 proc. pen. min. disciplina le prescrizioni, ossia la misura cautelare personale meno afflittiva che può essere disposta dal giudice nei confronti del minorenne.

La misura si configurerebbe non come costrizione nei confronti di colui cui venga applicata – attraverso una restrizione degli ambiti in cui si svolge la sua vita – ma piuttosto come una promozione di maggiori opportunità<sup>16</sup>.

Per quanto concerne il suo contenuto, esso attiene ad attività di studio, di lavoro e ad altre utili per l'educazione.

Se è intuitivo individuare in cosa consistano le attività di studio e lavoro, meno immediata è la comprensione di cosa siano le «attività utili alla sua educazione». In dottrina si ritiene che si tratti di «obblighi di fare»<sup>17</sup>,

---

<sup>15</sup> Dati forniti dal Dipartimento di Giustizia Minorile del Ministero della Giustizia, rinvenibili in [www.giustiziaminorile.it](http://www.giustiziaminorile.it). Si segnala che l'art. 5 del recente d. l. 26 giugno 2014, n. 92 ha modificato l'art 24 d. lgs. 28 luglio 1989, n. 272, aumentando da ventuno a venticinque anni il limite di età in base al quale i provvedimenti limitativi della libertà personale debbano eseguirsi «secondo le norme e con le modalità previste per i minorenni».

In virtù della modifica, i minori degli anni diciotto detenuti presso gli istituti di pena minorili potrebbero ora trovarsi a contatto non soltanto con i c. d. giovani adulti, ma con gli adulti in senso stretto: il problema segnalato nel testo in ordine all'influenza negativa che il contatto con i maggiorenni potrebbero sortire sui minori è pertanto destinato ad acuirsi ulteriormente. Inoltre, in questo modo, restano disattese alcune delle regole europee per delinquenti minori oggetto di sanzioni e misure, che impongono di separare i minorenni da coloro che hanno raggiunto la maggiore età.

<sup>16</sup> «La misura, in altri termini, non si risolve in un *patti*, avendo invece contenuti positivi, riassunti nell'ampia nozione normativa di «attività di studio o di lavoro ovvero [...] altre attività utili»: così C. CESARI, *Le prescrizioni: tra rieducazione e cautela, le ambiguità irrisolte di una scommessa persa*, in ID. (a cura di), *Le limitazioni* cit., p. 69.

<sup>17</sup> L. PEPINO, sub art. 20, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo*

che possono essere diversi. Possono riguardare tutto il volontariato sociale, «dall'assistenza ai disabili, alla protezione dei beni ambientali e della natura, alle attività sportive»<sup>18</sup>.

Dal dato normativo non possono essere escluse le prescrizioni aventi contenuto negativo, come non stare fuori casa dopo una certa ora o in determinati orari, non partecipare a certi eventi, non frequentare certi luoghi *et similia*.

L'articolo 20 comma 2 stabilisce la durata delle prescrizioni, che non può essere superiore ai due mesi dal momento di inizio dell'esecuzione, a prescindere dalla tipologia di reato per cui vengono disposte. Il giudice può tuttavia decidere una durata inferiore. Decorsi due mesi dal momento della loro esecuzione, la misura perde conseguentemente efficacia. Le prescrizioni possono essere disposte per una seconda volta, ma solo se ricorrono esigenze probatorie.

Infine, il comma 3 dell'art. 20 dispone che in caso di gravi e ripetute trasgressioni alle prescrizioni imposte, il giudice possa disporre la misura più gravosa della permanenza in casa.

Veniamo ora a brevi cenni sui dati statistici riguardanti l'applicazione di questa misura, sicuramente indicativi circa l'incidenza della stessa nel sistema cautelare minorile.

Prendendo in considerazione l'arco temporale 2001-2011, emerge che la misura delle prescrizioni applicata ai minorenni usciti dai centri di prima accoglienza di cui all'art. 9 d. lgs. 28 luglio 1989, n. 272, riguarda circa il 15% del totale. Nel 2001 riguardava il 16% dei minori, nel 2011 il 14%.

Particolarmente interessanti sono i dati da cui sembrerebbe emergere un utilizzo «discriminatorio». L'impiego delle prescrizioni riguarderebbe infatti principalmente gli italiani, per il 25% nel 2001 e per il 18% nel 2010. Diversamente, per gli stranieri, le percentuali di applicazione scendono drasticamente: al 5% nel 2001 e all'11% nel 2010. Tuttavia, questo dato può essere passibile anche di una lettura positiva, tale da sconfessare i sospetti di discriminazione sopra cennati. Al riguardo, appare netta l'inversione di tendenza, nel senso di un aumento dell'utilizzo delle prescrizioni nei confronti degli stranieri.

---

*codice di procedura penale. Leggi collegate*, Vol. I, *Il processo minorile*, Utet, Torino 1994, p. 231.

<sup>18</sup> L. CARACENI, *Commento all'art. 20 cit.*, p. 227.

#### 4. La permanenza in casa

Come sappiamo, l'art. 21 proc. pen. min. prevede la seconda delle misure cautelari personali minorili, la permanenza in casa, vale a dire l'obbligo di rimanere presso l'abitazione familiare o altro luogo di privata dimora.

La misura è riconducibile al «*genus* degli arresti domiciliari»<sup>19</sup>, cui è accomunata da diversi aspetti. Ad esempio, il comma 1 dell'art. 21, analogamente a quanto previsto dall'art. 284 comma 2 c.p.p., dispone che con l'ordinanza di applicazione della permanenza in casa, il giudice può imporre restrizioni alla possibilità per il minorenni di intrattenere comunicazioni «con persone diverse da quelle che con lui coabitano e lo assistono».

Peraltro, numerosi sono anche i caratteri che diversificano la permanenza in casa dagli arresti domiciliari.

Sotto questo profilo, il comma 2 dell'art. 21 attribuisce al giudice un ampio potere relativamente alla possibilità di concedere al minore la facoltà di allontanarsi dall'abitazione per esigenze di studio e di lavoro, oltre che per «altre attività utili per la sua educazione», là dove il comma 3 dell'art. 284 c.p.p. prevede un margine assai circoscritto in ordine alla possibilità di allontanarsi dal luogo degli arresti.

L'art. 21 comma 2 stabilisce che il giudice può consentire al minorenni di allontanarsi dalla casa familiare per le esigenze indicate, anche con separato provvedimento e, conseguentemente, in un momento diverso da quello in cui è stata adottata la misura.

Non è chiaro però se al giudice venga attribuito un potere d'ufficio in relazione alla possibilità di autorizzare il minorenni *in vinculis* ad allontanarsi dal luogo degli arresti. L'organo giurisdizionale potrebbe autonomamente valutare la possibilità di concedere all'individuo l'autorizzazione ad allontanarsi, anche avvalendosi delle informazioni fornite dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia di cui all'art. 6 del d.P.R. in esame, oltre che dei servizi sociali locali. L'adozione di una separata ordinanza ai fini di quanto stabilito dall'art. 21 comma 2 potrebbe discendere altresì da una richiesta del difensore, dello stesso indagato e del pubblico ministero, effettuata a norma dell'art. 299 comma 2 c.p.p.

Il minorenni nei confronti del quale viene prescritta la permanenza in casa è sottoposto, secondo quanto stabilito dall'art. 21 comma 3, alla vigilanza dei genitori o delle «persone nella cui abitazione» viene disposta la

---

<sup>19</sup> L. PEPINO, sub *art. 21*, in M. CHIAVARIO, *op. cit.*, p. 236.

misura. Questi devono sorvegliare il minorenne, monitorando il suo comportamento, e devono collaborare con i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, oltre che con i servizi sociali del territorio, affinché svolgano le attività di sostegno e di controllo previste.

Il comma 4 dell'art. 21 prevede che la permanenza in casa sia considerata quale detenzione cautelare ai fini del computo della durata massima della misura. Altresì, il periodo di permanenza in casa viene computato nella pena da eseguire, secondo quanto disciplinato dall'art. 657 c.p.p.

Relativamente alla disposizione di cui all'art. 21 comma 4 potrebbero essere avanzate diverse critiche. Addirittura, non sarebbe forse peregrino ipotizzare una violazione del principio di uguaglianza. Da quest'ultimo punto di vista occorre considerare che la mancanza di un'equiparazione totale con la custodia in carcere, diversamente da quanto previsto dall'art. 284 comma 5 c.p.p., sembrerebbe introdurre un trattamento peggiorativo del minorenne rispetto all'imputato adulto, senza che vi siano plausibili giustificazioni sul piano educativo.

Da ultimo, occorre considerare il comma 5 dell'art. 21, ove si prevede che, in caso di gravi e ripetute trasgressioni agli obblighi imposti al minorenne agli arresti, il giudice possa disporre la misura cautelare del collocamento in comunità.

E veniamo ai dati statistici in mio possesso e ricavati dal Dipartimento di Giustizia Minorile, con una precisazione: per fornire un quadro sufficientemente esaustivo, è necessario fare riferimento ai dati sugli ingressi nei centri di prima accoglienza. Nell'anno 2013 i minorenni condotti presso i centri in parola a seguito di arresto o di fermo sono stati 2.020. Di questi, 503 sono stati raggiunti dalla misura cautelare della permanenza in casa<sup>20</sup>.

## 5. Il collocamento in comunità

Il collocamento, previsto dall'art. 22 proc. pen. min., si contraddistingue per l'obbligo imposto al minorenne di rimanere in una comunità<sup>21</sup>, per cui appare evidente la riconducibilità, come già per la permanenza in casa, al *genus* degli arresti domiciliari.

---

<sup>20</sup> Cfr. i dati statistici forniti dai Servizi della Giustizia Minorile del Dipartimento della Giustizia Minorile del Ministero della Giustizia, rinvenibili in *www.giustiziaminorile.it*.

<sup>21</sup> Il riferimento è alle comunità previste dall'art. 10 d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272.

Accanto al nucleo centrale della cautela, il giudice può impartire prescrizioni inerenti alle attività di studio o di lavoro ovvero ad altre attività utili per l'educazione del minore.

Il comma 2 dell'art. 22 stabilisce che il responsabile della comunità debba prestare collaborazione con i servizi previsti dall'art. 19 comma 3. Al riguardo, in capo al responsabile della comunità, vi è l'obbligo di segnalare ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e all'autorità giudiziaria qualsiasi trasgressione alle prescrizioni imposte, quali l'allontanamento, la violazione degli orari e qualsiasi altro comportamento deviante.

Al riguardo, sul punto è stato segnalato il pericolo che una eccessiva caratterizzazione coercitiva della comunità possa scadere nella «diffusione del carcerario al di fuori della garanzie proprie del sistema penitenziario»<sup>22</sup>. Si tratta di rilievi che, paventando un danno nei confronti del minorenne sottoposto a tale misura, non considerano peraltro come l'individuo si trovi invece in una situazione che sicuramente non può essere paragonata alla detenzione carceraria, anche per via della circostanza per cui il soggetto *in vinculis*, seppur sottoposto a limitazioni della libertà personale, non ne è privato completamente<sup>23</sup>.

Il comma 3 dell'art. 22 richiama le disposizioni dell'art. 21 commi 2 e 4. In proposito, analogamente a quanto già riferito per la permanenza in casa, occorre considerare la non perfetta equiparazione della misura in commento a quella più gravosa. Come già rilevato, dal tenore letterale della dispo-

---

<sup>22</sup> Così M. PAVARINI, *Il rito pedagogico*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, vol. II., p. 125.

<sup>23</sup> «Gli obblighi che discendono dal risiedere presso una comunità avente un'organizzazione di tipo familiare non coincidono del tutto con quelli che derivano dall'imposizione dell'obbligo di permanere nell'abitazione familiare o in un altro luogo di privata dimora. Nel caso delle comunità, infatti, è la loro stessa struttura ad essere organizzata in modo da assicurare lo svolgimento di attività di tipo educativo. Trattandosi di strutture aperte, poi, non è da escludere (e anzi è frequente se si tratta di comunità pubbliche) che le attività formative, ricreative o scolastiche siano organizzate dalla stessa comunità per essere realizzate in ambienti esterni. Con il risultato che, a differenza di quanto disposto per la permanenza in casa, giacché il minore agisce sotto il costante controllo del personale della comunità cui esso è affidato, non ha alcun rilievo che le attività educative siano svolte dentro o fuori le mura, non occorrendo una specifica autorizzazione del giudice per l'allontanamento»: così A. CIAVOLA, *Il collocamento in comunità*, in C. CESARI (a cura di), *Le limitazioni cit.*, p. 151 s.

sizione, il minorene nei confronti del quale è disposto il collocamento in comunità, diversamente da quanto prescritto dall'art. 284 comma 5 c.p.p., deve essere considerato in stato di custodia cautelare ai soli fini del computo della durata delle misura e ai fini dell'applicabilità dell'art. 657 c.p.p. Ebbene, anche in tal caso, forse, non è azzardato parlare di una possibile ingiustificata disparità di trattamento rispetto all'imputato adulto.

Proseguendo, l'ultimo comma dell'art. 22 prevede che in caso di gravi e ripetute trasgressioni alle prescrizioni, o di allontanamento ingiustificato dalla comunità, il giudice possa disporre l'applicazione della custodia in carcere, ma solo per un periodo non superiore a un mese, nel caso in cui si proceda per un delitto per il quale la legge stabilisce una pena non inferiore, nel massimo, a cinque anni.

In dottrina, è stato sostenuto che l'aggravamento di cui all'art. 22 comma 4 abbia carattere sanzionatorio. Confermerebbe l'assunto la circostanza per cui l'applicazione della più gravosa delle misure cautelari verrebbe a prescindere dai limiti di pena per cui questa sarebbe ordinariamente consentita. Da qui discenderebbe il carattere penale e non processuale della norma, ciò comportando problemi di legittimità costituzionale, sia in ordine ai principi fissati dalla delega, sia in ordine al principio di legalità<sup>24</sup>. Non manca tuttavia chi nega la natura sanzionatoria dell'aggravamento in esame, considerandolo un semplice meccanismo di tipo processuale<sup>25</sup>.

Una cosa però è certa. La previsione dell'aggravamento è un aspetto del collocamento in comunità centrale nell'ottica del problema del sovraffollamento carcerario nel sistema minorile. A tal proposito, ci vengono in aiuto i dati forniti, ancora una volta, dal Dipartimento di Giustizia Minorile.

In riferimento all'anno 2013, vi sono stati 1.201 ingressi presso gli Istituti Penali per Minorenni. Di questi, ben 979 sono stati determinati da provvedimenti cautelari, di cui 288 proprio conseguenti all'applicazione dell'art. 22 comma 4. Si può pertanto affermare che si è in presenza di un utilizzo considerevole e forse eccessivo del congegno dell'aggravamento<sup>26</sup>.

Al di là dei dati da ultimo evidenziati, per quanto concerne in generale

---

<sup>24</sup> L. CARACENI, *Commento all'art. 22 cit.*, p. 249.

<sup>25</sup> Cfr. G. DI CHIARA, *La disciplina della libertà personale*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli, Torino 2009, p. 133.

<sup>26</sup> Cfr. i dati del Dipartimento di Giustizia Minorile del Ministero della Giustizia per l'anno 2013, rinvenibili in [www.giustiziaminorile.it](http://www.giustiziaminorile.it)

la misura in commento, per l'anno 2013 si è registrata la presenza media giornaliera nelle comunità, pubbliche o private, di 925,5 unità. Pertanto, il ricorso a questa tipologia di restrizione è maggiore rispetto alla custodia carceraria<sup>27</sup>. Il che porta a ritenere il collocamento una valida alternativa alla custodia in carcere, anche per via del fatto che garantisce un minimo di contenimento, pur consentendo una vita più libera e dignitosa.

Peraltro, come già rilevato, il meccanismo del c.d. aggravamento progressivo di cui all'ultimo comma dell'art. 22 presenta degli aspetti problematici di non facile soluzione. Si potrebbe forse porre l'interrogativo circa la rispondenza dell'aggravamento all'idea dell'utilizzo del carcere quale *extrema ratio*. Sarebbe forse auspicabile – ma è solo una idea – l'istituzione di comunità esclusive per i minorenni accusati dei delitti più gravi, aventi bensì una maggiore caratterizzazione coercitiva ma che consentano, al tempo stesso, di ridurre il ricorso alla detenzione in carcere e all'ineliminabile stigma disumanizzante che lo contraddistingue.

## 6. La custodia in carcere

Veniamo quindi alla custodia cautelare, così come rubricata dall'art. 23 proc. pen. min.

Per questa misura, il cui contenuto è identico alla custodia cautelare in carcere disciplinata dal codice di procedura penale, sono stabiliti presupposti applicativi differenti rispetto a quelli validi per gli altri presidi.

Tale cautela estrema è infatti applicabile soltanto per i delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo, o della reclusione non inferiore nel massimo a nove anni. Peraltro, si soggiunge che può essere applicata anche qualora si proceda per i delitti, consumati o tentati, di cui all'art. 380 comma 2 lett. e), f), g) e h) c.p.p., cioè alcuni dei delitti per i quali il codice di rito stabilisce l'arresto obbligatorio in flagranza.

Questa previsione è stata oggetto di diverse questioni di legittimità costituzionale e contrasti giurisprudenziali<sup>28</sup>. Forse, in una prospettiva

---

<sup>27</sup> Infatti, la presenza media giornaliera presso gli istituti di pena per minorenni per l'anno 2013 è stata pari a 452,5 unità, stando sempre alle statistiche fornite dal Dipartimento di Giustizia minorile.

<sup>28</sup> Sul punto, v. L. CARACENI, *Commento all'art. 23, Custodia cautelare*, in G. GIOSTRA (a cura di), *op. cit.*, p. 252.

*de iure condendo*, sarebbe il caso di rivedere l'opportunità del rinvio all'art. 380 comma 2 c.p.p., al fine di restringere il ricorso alla custodia cautelare che tale disposizione amplia parecchio rispetto al limite ordinario dei nove anni.

Andando oltre, per quanto concerne le esigenze cautelari il legislatore ne ha introdotte di specifiche e derogatorie rispetto a quelle previste dal codice di procedura penale. Originariamente erano tre e riecheggiavano i *pericula libertatis* di cui all'art. 274 c.p.p.

L'esigenza di cui alla lett. a) del comma 2 dell'art. 23 prevede l'adottabilità della misura in caso di esigenze istruttorie che vengono definite gravi.

La lett. b) dell'art. 23 comma 2 si riferiva all'esigenza di prevenire il pericolo di fuga dell'indagato-imputato. Questa disposizione è stata peraltro dichiarata costituzionalmente illegittima dal giudice delle leggi con la sentenza n. 359 del 26 luglio 2000<sup>29</sup> per contrasto con l'art. 76 Cost., avendo il legislatore disciplinato un caso di applicabilità della carcerazione in una ipotesi non contemplata dalla delega.

La lett. c) dell'art. 23, infine, prescrive che il giudice possa disporre la custodia cautelare quando, in ragione di «specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità dell'imputato» sussista il pericolo che questi commetta «gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quelli per cui si procede».

Il comma 3 stabilisce la riduzione della metà dei termini di durata di cui all'art. 303 c.p.p. per i minori di diciotto anni, e dispone un'ulteriore riduzione, di due terzi, per i minori degli anni sedici. Occorre segnalare, come anticipato, che si tratta di una previsione applicabile anche alla permanenza in casa e al collocamento in comunità.

Fatte queste premesse, occorre sottolineare le percentuali di maggior rilievo inerenti alla problematica della detenzione minorile, fornendo alcuni dati significativi.

Vi sono in Italia 17 Istituti Penali per minorenni, più due non attivi, la cui capienza è pari a 594 unità.

Facendo riferimento all'anno 2013, secondo i dati forniti dal Dipartimento di Giustizia Minorile, vi sono stati 1.201 ingressi, di cui 979 per cu-

---

<sup>29</sup> Corte cost., sent. 26 luglio 2000, n. 359, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2589 ss., con nota di G. LA GRECA, *Limiti più stretti alla custodia cautelare nei confronti del minorenni*.

stodia cautelare. Come già evidenziato poc' anzi, di questi, 288 sono dipesi dall'aggravamento della misura *ex art. 22* comma 4.

Al 31 dicembre dello stesso anno erano presenti 401 detenuti, più della metà dei quali, 223, si trovava ristretta in regime di custodia cautelare<sup>30</sup>.

Francamente, mi pare che si sia di fronte a un eccessivo ricorso alla custodia in carcere, anche nella forma dell'aggravamento di cui all'art. 22 comma 4. Se nel caso degli adulti, i ristretti a seguito di custodia cautelare in carcere rappresentano una percentuale pari a circa il 40% della popolazione carceraria – e si tratta di un numero drammatico, lo si è detto più volte nel corso dell'odierno Convegno – addirittura per i minorenni i cautelati costituiscono oltre il 50% della popolazione complessiva degli istituti penitenziari: il dato è allarmante.

Questa situazione è stata oggetto dell'attenzione del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa nel 2010. Anche sul versante minorile, quindi, sono gli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo a segnalare le criticità del sistema.

Una particolare preoccupazione è stata espressa proprio sul collocamento dei minori in custodia cautelare per lunghi periodi mentre sono in attesa di giudizio. Secondo il Comitato dei Diritti dell'Infanzia ciò costituisce «una grave violazione» della Convenzione. La custodia cautelare deve essere limitata a «circostanze eccezionali». Per adempiere ai propri obblighi in questo settore, gli Stati devono adottare provvedimenti specifici per ridurre il numero dei minori in custodia cautelare e offrire un'ampia gamma di alternative per limitare l'uso generale della detenzione precedente al processo. La custodia cautelare, intesa come punizione, dovrebbe essere severamente vietata<sup>31</sup>.

Allo stesso tempo, c'è da segnalare un documento del Tribunale per i minorenni di Milano del 2010<sup>32</sup>, da cui emerge come la detenzione cautelare

---

<sup>30</sup> Dati forniti dal Dipartimento di Giustizia Minorile del Ministero della Giustizia per l'anno 2013, rinvenibili in [www.giustiziaminorile.it](http://www.giustiziaminorile.it).

<sup>31</sup> *Giustizia penale minorile: proposte di miglioramento*, in *Min. Giust.*, 2010, n. 1 p. 316, contenente la traduzione, a cura del Dipartimento di Giustizia Minorile del Ministero della Giustizia, del *CommDH/IssuePaper* (2009) I, Strasburgo, 19 giugno 2009, *Minori e giustizia minorile: proposte di miglioramento*, del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa.

<sup>32</sup> Riportato in G. DI CHIARA, *Libertà minorile e percorsi educativi tra tecniche del processo e mondi vitali: qualche linea*, in C. CESARI (a cura di), *Le limitazioni cit.*, p. 66.

venga utilizzata per finalità diverse da quelle che le sono proprie. Si afferma infatti che il ricorso alla custodia cautelare

ha di fatto consentito, benché questa non sia la sua funzione, la presa in carico di minori che diversamente si sarebbero sottratti a qualsiasi intervento anche solo conoscitivo della loro persona.

Il numero precedentemente ricordato, e cioè quello di 401 ristretti su 594 unità disponibili alla data del 31 dicembre 2013, dimostra come ci si trovi in una situazione in cui non sussistono problemi di sovraffollamento carcerario in senso stretto, anche per via dell'esistenza della misura cautelare del collocamento in comunità che, come già è stato segnalato, costituisce una valida alternativa. Tuttavia, si verificano degli utilizzi impropri e non riconducibili a una dinamica di *extrema ratio* della detenzione cautelare. Per i minori, potrebbe parlarsi, pertanto, di sovraffollamento carcerario in senso metaforico. È evidente infatti che il ricorso al carcere caratterizza, contrariamente a come dovrebbe essere, più la fase processuale che la fase di esecuzione della pena. Occorrerebbe forse intervenire a livello legislativo affinché un utilizzo siffatto della custodia subisca una inversione di tendenza. La revisione del meccanismo dell'aggravamento della misura dell'art. 22 comma 4, oltre che la riduzione del catalogo dei reati per cui può essere disposta la cautela, potrebbero portare a un utilizzo più parsimonioso della misura.

Sussistono sicuramente margini di miglioramento e, anche in questo caso, le linee guida che potrebbero consentire un impiego più moderato dello strumento cautelare più gravoso provengono dalle istituzioni della C.E.D.U.

Non si può non stigmatizzare, inoltre, la tendenza, probabilmente culturale, che spinge verso l'utilizzazione di strumenti propri del procedimento penale connotandoli di un finto finalismo educativo, correndo cioè il rischio di educare con strumenti di coercizione che di educativo hanno ben poco.

D'altra parte, prospettare, allo stato attuale, un concreto superamento della detenzione in carcere è reso difficile dalla circostanza che non paiono esserci al momento ricerche e proposte univocamente dirette in tal senso.

L'idea di istituire comunità dedicate ai soli minorenni autori di gravi reati, o accusati di essere tali, a cui dare una caratterizzazione maggiormente coercitiva, potrebbe essere un esempio, anche sulla scorta delle *Regole europee per delinquenti minori oggetto di sanzioni e misure*, approvate con

la Raccomandazione del 5 novembre 2008<sup>33</sup>. Si tratterebbe di introdurre un ulteriore presidio a metà strada tra il collocamento in comunità e il carcere, che abbia come finalità il contenimento del minore ma senza gli aspetti disumani del carcere.

Ciò che è sicuro, è che le condizioni di detenzione, sia con riguardo a coloro che sono sottoposti a misura cautelare, sia per quel che concerne l'esecuzione della pena, potrebbero e dovrebbero essere migliorate.

Forse è utopistico: ma non sarebbe possibile pensare a un mondo ove il carcere per i minorenni sia proscritto?

Grazie.

PRESIDENTE

Grazie, grazie a Lei, Dott. Maltese. Nel Suo intervento ci sono evidentemente due registri: quello dell'operatore, che, allo stesso modo dell'Avv. Rizzo, ci ha parlato dal punto di vista degli amministrati; e quello del tecnico (emerso nella seconda parte della relazione), di raccordo verso l'ultimo intervento, che sarà di nuovo tecnico. Mi piaceva dirLe che l'utopia è un sogno condiviso anche da chi, come me, è oramai piegato dall'età e dalla durezza di questo lavoro, ed essendo costituzionalmente pessimista nei confronti dell'uomo e della natura umana, proprio per ciò tanto più avverte il bisogno dell'utopia. Io sono un accanito lettore degli utopisti, perché solo così, soltanto coltivando l'utopia, si sopravvive, si resiste. Sull'utopia ha detto e cantato parole bellissime Gaber: ogni tanto ci farebbe bene rievocarlo, almeno citarlo, in questi convegni. A Bologna, talora mi è capitato di farlo.

Ma lascio ora, la parola alla teoria, all'Accademia, che chiude e in qualche modo rappresenta la sintesi del lavoro collettivo odierno.

---

<sup>33</sup> Cfr. B. GIORS, *Le regole europee per i delinquenti minori oggetto di sanzioni o di misure*, in *Min. Giust.*, 2010, vol. I, p. 257.

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 scorso<sup>1</sup>.

---

\* Ricercatrice di Procedura penale, Università di Bologna

<sup>1</sup> 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](http://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 Italia<sup>2</sup>, 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 degradanti<sup>3</sup>. 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)<sup>4</sup>; 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> 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 pronuncia<sup>5</sup>.

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 detenzione<sup>6</sup>.

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 carcerario<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> Il Documento conclusivo dei lavori è rinvenibile sulla rivista telematica [www.penalecontemporaneo.it/upload/13875457091387519332Documento%20conclusivo%20Commissione%20Ord%20Penit%20e%20Misure%20alternative.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/13875457091387519332Documento%20conclusivo%20Commissione%20Ord%20Penit%20e%20Misure%20alternative.pdf).

<sup>7</sup> 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 decisorii, 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.<sup>8</sup>).

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.

<sup>8</sup> 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 collettività<sup>9</sup>, 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 2013<sup>10</sup> – 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*<sup>11</sup>, è stato purtroppo oggetto di

---

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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*)<sup>12</sup>.

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 carcere<sup>13</sup>), 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»<sup>14</sup>.

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 domestica<sup>15</sup>, risulta comunque arduo

---

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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 giudiziale<sup>16</sup>.

---

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](http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00739468.pdf)).

<sup>16</sup> 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 giurisprudenza<sup>17</sup>) di applicazione congiunta di più misure cautelari, coercitive e interdittive<sup>18</sup>, 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](http://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*).

<sup>17</sup> 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*.

<sup>18</sup> 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 stupefacenti<sup>19</sup>. 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.

---

<sup>19</sup> 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 mafioso<sup>20</sup>. 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.<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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 Torreggiani<sup>22</sup>, l'articolato 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'articolato, 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 precetti<sup>23</sup>.

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 braccialetto 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.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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 2000<sup>24</sup>, vincola il giudice cautelare (secondo alcuni prescindendo dalla necessaria domanda del pubblico ministero<sup>25</sup>) 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 disposizione<sup>26</sup>. 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»<sup>27</sup>. 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 legittimità<sup>28</sup>.

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

---

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

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

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

<sup>27</sup> 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 [...]»

<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>),

---

<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup>.

## 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»<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> 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.).

<sup>31</sup> 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)<sup>32</sup>, 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 cautelare<sup>33</sup>. 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 motivazionale<sup>34</sup>: 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.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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*.

<sup>34</sup> 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 riesame<sup>35</sup>.

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

---

<sup>35</sup> 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 difesa<sup>36</sup>.

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,

---

<sup>36</sup> 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](http://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 ministero<sup>37</sup>.

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

---

<sup>37</sup> 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 motivate<sup>38</sup>.

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-

---

<sup>38</sup> 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 misura<sup>39</sup>, 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 richiesta<sup>40</sup>. 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

---

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> 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».

## CONCLUSIONE DEL PRESIDENTE

Abbiamo chiuso brillantemente, con l'illustrazione, da ultimo, di queste prospettive *de iure condendo*, che però non sono prospettive esaltanti, non sono utopistiche, come avrà sentito, Dott. Maltese. Il nostro legislatore pare non essere utopista. Talora, è vero, sembra non avere concretamente il polso della realtà su cui interviene, ma resta tuttavia non sospetto di slanci utopistici. Noi abbiamo cercato di fare del nostro meglio: siamo partiti dalla teoria, poi abbiamo portato la nostra esperienza di pratici, arrivando ad attingere la realtà viva e drammatica degli amministrati, per risalire infine alla teoria, su su, fino ai progetti di cambiamento, che non ci sono parsi l'*optimum*. Ma se lo sguardo sull'avvenire non rasserena, dovrete darci atto che non ne abbiamo colpa.

ALBERTO ALBIANI\*

OMAGGIO ALLA CITTÀ

Approfittando di questi ultimi, pochi minuti, rendo omaggio a Voi e alla città che mi ospita, come sempre faccio – dicevo – quando gioco in trasferta. È un omaggio che, per vero, rendo anche a me stesso, poiché verrò dicendo dei Signori di Rimini, i Malatesta, o Malatesti (versione accreditata come più corretta, poiché derivante dal latino *de Malatestis*), dai quali mi onoro di discendere (la mia bisnonna, ovvero la nonna paterna di mio padre, era appunto una Malatesti).

Cosa c'entrino i Malatesti con il nostro tema odierno, è presto detto. Tutti sappiamo che tra le mura di un castello malatestiano si consuma la fosca vicenda dell'uccisione di Francesca da Polenta e del suo amante Paolo, immortalati da Dante nel V dell'Inferno, forse il canto più universalmente noto. Tanti anni fa, nella vostra rocca malatestiana, mi accadde di assistere a uno spettacolo, molto spiritosamente allestito come processo storico, nel quale cinque località si disputavano il privilegio di essere state teatro della tragedia. Oltre a Rimini, contendevano Fano, Gradara, e, mi pare, Verucchio e Santarcangelo. Ma che di Rimini verosimilmente si sia trattato discende dal fatto che, essendo Signori di Rimini i Malatesti, a tale casato appartenessero tanto l'ucciso, Paolo, che l'uccisore, suo fratello Gianciotto, marito di Francesca.

Vedete, all'epoca questi delitti d'onore erano alquanto frequenti, non solo fra i sanguigni romagnoli. Ma, per evitare che tali crimini, appunto assai ricorrenti, determinassero intasamento carcerario, il legislatore, non disponendo ancora di braccialetti elettronici, bensì soltanto di cinture di castità (non altrettanto efficienti), aveva pensato bene di lasciarli impuniti (il che escludeva anche le misure cautelari, e segnatamente la custodia cautelare in carcere).

Gianciotto, pur pieno di acciacchi, sopravviverà di oltre 20 anni alla moglie e al fratello fedifraghi, passando a peggior vita soltanto nel 1304

---

\* Presidente del Tribunale della Libertà di Bologna.

(dunque vari anni dopo il viaggio oltremondano dell'Alighieri), senza aver fatto un solo giorno di galera. Ho detto a "peggior" vita, perché Francesca, rispondendo all'invito di Dante a «parlar, s'altri non niega», profetizza la sorte di Gianciotto: «Caina attende chi a vita ci spense» (Caina – si scopre, inoltrandosi nella lettura della Commedia – è la zona del basso Inferno riservata ai traditori dei parenti). Ma non lasciamoci ingannare: si tratta di una condanna ultraterrena non per il delitto d'onore, ma per il modo («è il modo ancor m'offende»), che, nella proditoria repentinità dell'eccidio, ha privato Paolo e Francesca del tempo di pentirsi, così consegnandoli alla dannazione eterna (ecco dove sta il tradimento dei congiunti). Ma, finché è in vita, Gianciotto, come detto, è al riparo dalla pena e, prima ancora, dalla custodia cautelare.

Altrove, il cornuto non era altrettanto garantito. Sappiamo, dalla settima novella della sesta giornata del Decamerone, di come Rinaldo de' Pugliesi, scoperta la moglie monna Filippa in flagrante concubito con Lazzarino de' Guazzagliotri, riesca a frenare *in extremis* l'istinto di ucciderli, temendo le conseguenze per sé di tale gesto, che forse – dobbiamo intendere – avrebbe contribuito ad acuire il problema del sovraffollamento carcerario. Né la punizione comminata alla moglie sopravvissuta rischiava, *a priori*, di riproporre, per il Comune di Prato, ove i fatti si ambientano, il medesimo problema, mediante l'imprigionamento di madonna Filippa: la moglie adultera, così come colei che si fosse data carnalmente per denaro a chicchessia, era destinata a essere non reclusa, ma arsa viva. Ancora una soluzione, un tantinello drastica, ma efficace, del problema intorno a cui ci siamo oggi affannati.

Per secoli, la grande sensibilità verso il problema del sovraffollamento carcerario farà sì che, perlopiù, il marito si possa impunemente sbarazzare della moglie adultera e del suo ganzo. Ne fa prova ancora la vicenda della Baronessa di Carini, che provocò qualche noia all'uccisore, sol perché questi era il padre, e non il marito. Ma il genitore se la cavò, per aver fatto giustizia – si disse – appunto alla presenza del genero tradito, quasi avesse agito come sua *longa manus*.

Epoche in effetti più evolute si fecero carico di venire incontro alle esigenze dell'onore, oltre che del coniuge, anche del genitore e del fratello. L'art. 587 del nostro codice penale, abolito non prima del 1981 (1981, lo ripeto per gli increduli), così recitava:

Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona

la morte della persona che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella.

Non proprio il riconoscimento dello *ius necandi*, dello *ius ulciscendi*, *honoris causa*, ma una davvero commendevole attenzione alle ragioni dell'uccisore. Ciò che si guadagnava sul terreno di siffatte nobili idealità lo si perdeva tuttavia sul piano del contrasto all'intasamento carcerario, perché un delitto punito con la reclusione da tre a sette anni ammette cautela personale, anche nella sua forma estrema. Che dire? La solita questione della botte piena e della moglie ubriaca. Per vero, sarebbe bastato prevedere l'applicabilità della custodia carceraria ai delitti puniti nel massimo almeno con otto anni di reclusione, come mi pare che suoni – se non ho inteso male – qualche recente proposta. Ma, all'epoca, la situazione delle carceri non era ancora così esplosiva.

Per concludere, torniamo a Rimini, ai miei antenati Malatesti (o meglio al mio antenato Gianciotto, perché so che non mi riconoscerete mai una discendenza da Paolo, talmente bello da aver fatto innamorare all'istante Francesca, allorché egli si recò a sposarla per procura, conferitagli dal fratello maggiore). Abbiamo visto che il 587 c.p., certamente vigente già all'epoca di Dante (salva la successiva non proprio draconiana penalizzazione, in luogo dell'originaria impunità dell'uccisore), richiedeva la scoperta della «illegittima relazione carnale». Ma qual è la nozione di “relazione carnale”? Bastano a integrarla i pur sensuali baci che, invariabilmente, vediamo i due amanti scambiarsi nei dipinti di tanti pittori di varie epoche (penso, fra gli altri, a Cassioli, a Doré, a Ingres, nell'opera del quale ultimo sbuca da dietro una cortina Gianciotto, munito di spadone, pronto ad affettare i due amanti, che non si stanno spingendo oltre il bacio)? La giurisprudenza di legittimità (in cui si leggono le espressioni «*in ipsis rebus venereis*», «*rapporto carnale*», «*congiunzione carnale*», «*illicito concubito*»<sup>1</sup>) sembra pretendere ben altro. Dante non ci dice – né poteva sapere – se dopo che Paolo «basciò» la bocca di Francesca «tutto tremante», i due passarono dalla postura verticale a quella orizzontale. Ci fa sapere soltanto che i due amanti quel giorno non lessero «più...avante» nel libro galeotto che li aveva condotti sino a tal segno. Se dobbiamo credere ai pittori, si sarebbero limitati a scambiarsi

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 26 ottobre 1977, n. 2842, in *C.E.D. Cass.*, n. 138287; Cass. pen., sez. I, 9 ottobre 1967, n. 1296, *ivi*, n. 106748; Cass. pen., sez. I, 30 novembre 1965, n. 1874, *ivi*, n. 100459.

avidì baci (come, nel secolo da poco trascorso, i protagonisti dello stupendo “Il perduto amore” di Mario Tobino). Ma, se così è, il mio antenato Gianciotto (ormai sono rassegnato), oltre a dannare loro (e conseguentemente se stesso) per l’eternità, già aveva violato la legge, uccidendo moglie e fratello dopo averli colti in una situazione che non legittimava la reazione mortale (ma che egli, evidentemente, rappresentò poi diversa e ben più compromettente, per sottrarsi alla pena terrena, seppure – come abbiamo visto aver Dante appreso per bocca di Francesca – non a quella ultraterrena).

Vi ringrazio.



