

MANEGGIARE CON CAUTELA

*Per un uso consapevole dei limiti normativi all'uso della custodia in carcere
(ancora a proposito dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p.)*

di Stefano Fiore

Abstract. *L'opportunità e l'efficacia della nuova regola preclusiva all'uso della custodia cautelare in carcere, introdotta di recente nell'art. 275 c.p.p. e basata sulla previsione da parte del giudice della futura (ed eventuale) misura della pena irrogata in sede di condanna, sono già state oggetto di un serrato dibattito, che ha fatto emergere le non poche criticità di un provvedimento forse non adeguatamente meditato.*

Trattandosi di un intervento normativo che si colloca alla intersezione tra il versante processuale e quello sostanziale, questa novità legislativa offre però anche l'occasione per una riflessione più ampia sui pericoli che derivano dalla inadeguata consapevolezza e dalla scarsa padronanza delle dinamiche integrate che caratterizzano il funzionamento del sistema penale.

Nel presente contributo l'attenzione viene in particolare rivolta all'analisi dei rischi che possono scaturire da una indebita confusione tra il piano delle misure cautelari e quello della pena. Nonostante in questo caso la finalità sia quella, del tutto condivisibile, di limitare l'uso e possibilmente impedire l'abuso della custodia cautelare in carcere, la strada scelta dal legislatore e la modalità tecnica adottata sembrano infatti in grado di generare effetti distorsivi, i cui riverberi negativi vanno ben oltre lo specifico ambito considerato.

Poiché, infine, i due piani del discorso si incrociano in corrispondenza del nodo rappresentato dalla commisurazione della pena, alcune riflessioni finali sono dedicate alla ineludibile, ma di fatto costantemente elusa, esigenza di intervenire in profondità sulle cause della irrazionalità del sistema commisurativo, conferendo maggiore prevedibilità ai contenuti della decisione giudiziale.

SOMMARIO: 1. Il nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. – 2. Una prima ricognizione di tipo integrato – 3. I limiti normativi all'uso della custodia in carcere nel sistema delle misure cautelari – 3.1. Le condizioni di un ragionevole bilanciamento – 4. Una scelta (forse) animata da buone intenzioni, ma non immune da rischi – 5. Il nodo della commisurazione delle pena

1. Il nuovo articolo 275 co. 2 bis c.p.p.

La recente (ed ulteriore) modifica dell'art. 275 c.p.p., introdotta con il dl 26 giugno 2014 n. 92, ha riportato sulla scena la questione di quale sia e soprattutto di quale debba essere il rapporto tra le limitazioni della libertà personale derivanti

dall'applicazione di una misura cautelare e quelle che invece conseguono alla esecuzione di una pena come esito di una condanna definitiva.

Il legislatore è intervenuto ancora una volta a ridurre gli spazi di discrezionalità giudiziale in sede di valutazione cautelare, aggiungendo al già previsto divieto per il giudice di applicare la custodia in carcere e gli arresti domiciliari quando ritiene che in sede condanna possa essere concessa la sospensione condizionale della pena, una ulteriore preclusione all'uso della più grave tra le misure cautelari, basata questa volta sulla prevedibile (dal giudice della cautela) misura della pena detentiva irrogata in esito alla futura condanna, salvo che non ricorra una delle (non poche) ipotesi derogatorie ora previste nella norma.

In seguito ai rilievi critici che da più parti ed in particolare dalla magistratura erano stati sollevati, in sede di conversione si è infatti provveduto ad inserire nella norma una nutrita serie di deroghe¹ al generale divieto previsto dalla nuova versione dell'art. 275 comma 2 bis c.p.p. di disporre la custodia cautelare in carcere *“se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva **irrogata**² non sarà superiore a tre anni”*.

L'art. 8 del citato decreto legge, nella versione incisivamente modificata in sede di conversione³, ha infatti sostituito il comma 2-bis dell'articolo 275 c.p.p., prevedendo che *“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. Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di*

¹ In deroga al divieto generale introdotto dal d.l. n. 92/2014 sarà dunque possibile per il giudice disporre comunque la custodia cautelare in carcere: nei **casi previsti dal co. 3 dell'art. 275 c.p.p.**, ai quali il legislatore ricollega una presunzione (ormai sempre più 'relativa' dopo gli interventi della Corte Costituzionale) di adeguatezza della custodia in carcere; quando **l'imputato agli arresti domiciliari abbia trasgredito le relative prescrizioni** (art. 276, co. 1-ter c.p.p.); nonché nel caso in cui **l'imputato abbia trasgredito le prescrizioni inerenti ad altra misura cautelare** (art. 280 co. 3 c.p.p.); quando si procede per una serie di specifici delitti (**incendio boschivo, maltrattamenti in famiglia, atti persecutori, furto in abitazione e furto con strappo**), nonché per tutti i (numerossissimi) delitti contemplati dall'**art. 4-bis della legge sull'ordinamento penitenziario**; ancora, infine, nelle ipotesi in cui, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, **gli arresti domiciliari non possono essere disposti per mancanza di luogo di esecuzione idoneo ai sensi dell'art. 284 co. 1 c.p.p.**

² La legge di conversione ha altresì sostituito l'originario riferimento alla **“pena detentiva da eseguire”** (che sembrava ad esempio richiedere lo scomputo della custodia cautelare eventualmente già sofferta) ritenuto ambiguo o comunque suscettibile di essere inteso in sensi diversi, con quello inequivoco di **“pena detentiva irrogata”**.

³ La versione originaria prevedeva che: *“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”*.

ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice".

Le modifiche apportate al testo del decreto legge, oltre a risolvere alcune evidenti contraddizioni del testo originario (si pensi all'ipotesi della violazione degli arresti domiciliari), appaiono essere una risposta alle obiezioni di chi aveva criticamente rilevato che a causa della eccessiva rigidità del regime preclusivo, la novella legislativa impediva *"il soddisfacimento anche delle più pressanti esigenze cautelari nei confronti di tutti gli imputati per i quali sia prevedibile una condanna a pena detentiva non superiore ai tre anni"*⁴. Tra queste esigenze erano state esplicitamente annoverate, pur con la consapevolezza di toccare un tasto delicato, anche quelle riconducibili alla tutela immediata della vittima rispetto a condotte illecite in atto, che contrassegnano con estrema frequenza determinate tipologie di reati e che non trovano necessariamente corrispondenza nelle cornici – ed in particolare nei minimi – edittali, inevitabile punto di riferimento per l'operazione 'predittiva' richiesta al giudice nella fase cautelare.

Allo stesso tempo, però, si era anche messo in guardia il legislatore dalla tentazione (alla quale il legislatore ha invece puntualmente ceduto) di percorrere la facile strada della compilazione di un elenco di eccezioni, in ragione delle note e sperimentate controindicazioni che questo tipo di scelta comporta⁵.

Appare evidente, peraltro, come le scelte effettuate dal legislatore siano state condizionate in misura rilevante anche da più generali preoccupazioni di rassicurazione sociale, in ragione dell'allarme che si ritiene collegato al manifestarsi di determinati fenomeni criminali, che la rigida preclusione del testo originario, almeno in linea di principio, avrebbe in larga misura tenuto fuori dalla portata applicativa della più grave tra le misure cautelari personali.

Questo ennesimo intervento novellistico in materia cautelare si inserisce comunque in un contesto legislativo che ha visto negli ultimi tempi moltiplicarsi (come sempre in maniera abbastanza disordinata) una serie di misure tutte esplicitamente orientate al perseguimento di condivisibili prospettive di decarcerizzazione, con l'obiettivo di alleviare gli effetti del drammatico sovraffollamento degli istituti di pena, i cui rilevanti costi in termini di tutela dei diritti umani, sono stati ripetutamente stigmatizzati sia dalla nostra Corte Costituzionale, che, come assai noto, anche dalla Corte EDU.

E proprio valorizzando questa prospettiva, la norma era stata peraltro oggetto di positivo apprezzamento, da parte di chi, pur senza manifestare una particolare indulgenza per il complessivo operato del legislatore in materia e riferendosi al decreto prima della sua conversione con modifiche, aveva rilevato che la nuova versione del comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p., *"attraverso l'ideale collegamento tra il piano cautelare e quello dell'esecuzione della pena traduce e rende effettivo il principio di proporzionalità"*, senza

⁴ Così VIGANÒ, [Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014](#), in questa *Rivista*, 7 luglio 2014

⁵ VIGANÒ, *Una norma*, cit.; DANIELE, [Il palliativo del nuovo art. 275 c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare](#), in questa *Rivista*, 22 settembre 2014, che sottolineano soprattutto come un norma così costruita sia particolarmente esposta ad eccezioni di legittimità costituzionale riferite all'esistenza di reati, di pari gravità, non compresi nella lista delle esclusioni

dunque cedere (ma questo, come visto, è poi avvenuto in sede di conversione) alla tentazione di assecondare il “*plauso sociale per il carcere preventivo, nella malintesa (a volte inconsapevole, a volte maliziosamente alimentata) convinzione che questo sia ormai il solo strumento a disposizione dell’ autorità giudiziaria per riparare i pretesi guasti dell’ ineffettività della pena*”⁶.

Orbene, lasciando da parte in questa sede molte rilevanti questioni specifiche (tra le quali, in primo luogo, quelle che riguardano il difficoltoso coordinamento con l’ art. 656 c.p.p.), bene approfondite nei già citati contributi, le osservazioni che seguono si propongono di proseguire idealmente il dialogo/confronto che sul tema si è svolto sulle pagine di questa rivista, raccogliendo in particolare le sollecitazioni indirizzate a cogliere le interferenze sistematiche ed applicative tra il piano delle cautele endoprocessuali e quello della pena.

2. Una prima ricognizione di tipo integrato.

L’ obiettivo depotenziamento dell’ art. 275 comma 2 *bis* c.p.p. dopo le modifiche introdotte in sede di conversione del decreto, ha probabilmente reso l’ interesse per le questioni relative al metodo legislativo prevalente rispetto a quello, inizialmente maggiore, orientato a valutare il merito della novità legislativa. La regola preclusiva, nella sua attuale versione, non sembra in effetti in grado di condizionare sensibilmente in senso restrittivo l’ uso della custodia cautelare in carcere⁷, là dove naturalmente i provvedimenti che la riguardano si assumano come già minimamente orientati ad un’ applicazione proporzionata delle misure cautelari (circostanza sulla quale non si può tuttavia giurare).

Anche al di là del giudizio sulla parziale marcia indietro del legislatore, il punto è che, a mio avviso, in questo caso come già in altri in precedenza, l’ importante obiettivo che animava e motivava questo intervento legislativo, è stato perseguito imboccando scorciatoie dall’ andamento laterale e tortuoso, potenzialmente devianti rispetto all’ obiettivo stesso e comunque evitando di intraprendere, una volta per tutte, la strada maestra di riforme strutturali in grado di incidere sulla molteplicità dei fattori rilevanti⁸.

A sollevare perplessità ed in ogni caso a sollecitare una riflessione di più ampio respiro è infatti il tipo di percorso intrapreso dal legislatore e la modalità tecnica concretamente utilizzata per concorrere a realizzare l’ obiettivo della deflazione

⁶ M. CERESA GASTALDO, [Tempi duri per i legislatori liberali](#), in questa *Rivista*, 10 luglio 2014.

⁷ Da questo punto di vista, è probabilmente maggiore l’ impatto derivante dalla modifica del 5 comma dell’ art. 73 l. stupefacenti (legge 16 maggio 2014, n. 79, che ha convertito in legge, con modificazioni, il decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36), che, ridefinendo la pena edittale, ha posto fuori dall’ area applicativa della custodia in carcere l’ ipotesi contemplata da questa norma, adesso fattispecie autonoma.

⁸ Rispetto al tipo di obiettivo perseguito l’ intervento legislativo, anche a prescindere dai molti difetti che vengono evidenziati, viene con ragione e senza mezzi termini definito un “palliativo” da DANIELE, *Il palliativo*, cit.

carceraria, che denotano una non adeguata consapevolezza dei meccanismi di interazione tra diritto penale e processo ed una preoccupante sottovalutazione di alcuni decisivi snodi sistematici, il cui cattivo funzionamento certamente contribuisce ad alimentare l'ipertrofia detentiva che affligge il nostro sistema penale reale.

Tra i numerosi ed interconnessi piani sui quali si articola la dinamica dei rapporti tra diritto penale sostanziale e processo, quello sul quale si svolge la interferenza tra misure cautelari limitative delle libertà personale e pena suscita da tempo il diffuso interesse della scienza penale e ciò da ben prima che la prospettiva di una lettura integrata del sistema penale ricevesse l'attenzione che oggi invece finalmente riceve. La ragione di una tale attitudine pionieristica ad evidenziare la dimensione integrata del sistema penale, certamente comprensiva anche del momento dell'esecuzione penale, dipende ovviamente dal fatto che le misure cautelari di tipo detentivo si manifestano (e sono percepite e 'sofferte') in forme materialmente identiche o largamente assimilabili a quelle che la pena detentiva assume in sede di esecuzione, tanto che il tempo della loro esecuzione viene scomputo dalla durata della pena da eseguire e se la detenzione cautelare si rivela ex post 'ingiusta', sorge il diritto per chi l'ha subita di ottenere la medesima *riparazione* prevista per la ingiusta esecuzione di una pena.

E' dunque non solo ovvio, ma anche necessario che venga individuato ed analizzato il tessuto connettivo di regole e principi che si stende tra gli estremi della carcerazione preventiva e della esecuzione della pena ed esprime la loro comune appartenenza all'area dei rapporti tra finalità dell'ordinamento penale e tutela dei diritti fondamentali, nella specifica declinazione che questa tematica assume con riferimento alla libertà personale.

Una volta che siano date per acquisite queste, invero scontate, premesse, insieme alle numerose implicazioni che da esse derivano nella costruzione dei comuni statuti garantistici da attivare in presenza di qualsiasi forma di privazione o limitazione della libertà personale funzionale al perseguimento delle finalità proprie del sistema penale, sarei però cauto nell'infittire eccessivamente (e forzatamente) la trama delle interrelazioni tra la dimensione cautelare e quella punitiva, soprattutto in mancanza di un'adeguata consapevolezza del rischio che in tal modo si crea di realizzare una indebita sovrapposizione tra i due piani⁹

L'adozione di chiavi di lettura unitarie del sistema ha infatti come premessa una chiara visione delle differenze tra le varie componenti del sistema stesso: le identità fenomeniche, la intensità delle reciproche interazioni, la coincidenza delle aree di diritti coinvolti – che peraltro quando entra in campo il sistema penale sono normalmente *sempre* diritti fondamentali – non possono infatti cancellare le differenze

⁹ Un'autorevole e severa ammonizione a non confondere le funzioni cautelari con quelle della pena è provenuta dalla Corte Costituzionale, non a caso in occasione delle sentenze che hanno rimodulato il regime delle presunzioni di adeguatezza cautelare, la cui introduzione aveva letteralmente rovesciato l'originario assetto proprio dell'art. 275 c.p.p. Sul punto, efficacemente, MANES, *Lo "sciame dei precedenti" della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare: una "dottrina" sulla libertà personale nel segno del "minimo sacrificio necessario"*, in AA.VV, *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2014, 199 ss.

che anche in un sistema a forte connotazione integrata come quello penale, dipendono proprio dalla coesistenza di una pluralità di prospettive funzionali, che l'ordinamento distribuisce nel sistema, auspicabilmente – anche se non è necessariamente quel che accade nella realtà – secondo un disegno razionale.

Spingere verso letture che sovrappongono fino alla *identificazione* – che è cosa diversa dalla *integrazione*, la quale non solo presuppone, appunto, la diversità, ma anche il suo mantenimento – le due dimensioni (quella cautelare e quella punitiva) non solo è improprio ma può invero risultare rischioso. Proprio l'esistenza e la natura 'strutturale' delle inevitabili intersezioni tra i diversi piani interessati e l'intensità delle interazioni tra i diversi livelli del sistema, richiedono invero che l'operare legislativo sia particolarmente attento non solo alle esigenze di coordinamento, ma anche e forse soprattutto ad evitare indebite commistioni tra le funzioni che vengono rispettivamente attribuite, insieme ai correlativi limiti, ai diversi strumenti attuativi di quelle finalità.

Rispetto al dichiarato obiettivo di evitare un uso distorto della custodia cautelare, modifiche legislative in grado di innescare una sorta di corto circuito teleologico tra funzioni distinte, preparano la strada ad una clamorosa eterogenesi dei fini. Una percezione più sfumata delle distinte identità funzionali favorisce infatti 'travasi' di finalità da uno strumento all'altro e rende più flessibili i limiti (e meno resistenti le remore) alla loro utilizzazione, finendo così per distorcere il funzionamento del sistema e generare inevitabilmente aporie e contraddizioni.

3. I limiti normativi all'uso della custodia in carcere nel sistema delle misure cautelari.

Prima di essere contaminato da improvvise, improvvisate ed a volte contraddittorie modifiche, l'art. 275 c.p.p. presentava una estrema linearità nel fissare i criteri di scelta delle misure. La esplicitazione del cogente principio secondo cui il ricorso alla custodia in carcere deve essere considerato la *extrema ratio* per il soddisfacimento delle esigenze cautelari, in combinazione logica con il criterio di proporzione, offriva al giudice una piattaforma pienamente allineata con i valori costituzionali nel momento in cui procedeva al bilanciamento tra le opposte esigenze.

Non è però purtroppo dubitabile che le prassi applicative abbiano manifestato una certa insofferenza a questo inequivoco indirizzo normativo, inducendo il legislatore ad erigere steccati normativi a protezione della libertà personale che, in nome delle esigenze cautelari, risultava essere troppo esposta al rischio, spesso concretizzatosi, di sacrifici non necessari.

Non si può tuttavia ignorare il devastante effetto disorientante derivato dalla introduzione, nel medesimo art. 275 c.p.p., delle presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, che, assegnando alla libertà personale una tutela solo 'sussidiaria', esprimono l'adesione ad un modello completamente rovesciato dei rapporti tra le medesime esigenze, che solo gli interventi della Corte Costituzionale hanno parzialmente riequilibrato.

I rimaneggiamenti ai quali è stato sottoposto l'art. 275 c.p.p., compresi quelli più recenti, sembrano comunque avere determinato una scissione dell'unità logica costituita dalla integrazione del criterio di proporzione con quello di adeguatezza, facendo perdere alla norma la sua capacità di orientare i giudizi cautelari.

Le soglie di pena edittale, progressivamente elevate dal legislatore, al di sotto delle quali non è possibile attivare misure coercitive (art. 280 c.p.p.), in combinazione con meccanismi ulteriormente restrittivi della possibilità di utilizzare misure cautelari limitative della libertà personale, rappresentano appunto la esplicitazione, normativamente vincolante, di un giudizio di (s)proporzione proiettato proprio sull'esito finale della condanna.

Con l'introduzione (l. n. 332/1995) del limite all'applicazione di misure custodiali rappresentato dalla prevedibile concessione della sospensione condizionale della pena, il legislatore aveva ulteriormente definito, anche se in maniera meno rigida, i 'confini esterni', se così si può dire, del bilanciamento tra contrapposte esigenze e la novella del 2014 era (e per quel che ne resta, è) certamente orientata alla medesima finalità, iscrivendosi nella medesima logica.

La scelta, in sé costituzionalmente ineccepibile, di vincolare la discrezionalità giudiziale per definire i limiti di una legittima coercizione penale, non è però certo sottratta ad un vaglio di ragionevolezza e tra gli elementi rilevanti per il giudizio, deve essere ricompresa anche la concreta modalità tecnica adottata dal legislatore per introdurre il vincolo che, come a mio avviso appare evidente nel caso della modifica dell'art. 275 c.p.p., non rappresenta un dato 'neutro'.

3.1 Le condizioni di un ragionevole bilanciamento.

Per valutare la ragionevolezza delle scelte legislative che hanno come finalità quella di limitare l'uso delle cautele processuali di tipo detentivo, dando attuazione al principio di *extrema ratio*, occorre certamente tenere prioritariamente conto della proiezione punitiva in caso di condanna. Ciò non solo al fine di disporre di punti di riferimento legislativamente predeterminati, che garantiscano, attraverso indicazioni tassative, l'attuazione del principio di legalità, ma proprio per evitare che le finalità cautelari vengano strumentalmente utilizzate per rinnegare, prevaricandolo, il principio del minimo sacrificio necessario.

Su questo primo versante, (quello che 'attraversa' il sistema guardando alla prioritaria tutela della libertà personale) un peculiare rilievo deve allora certamente essere attribuito non solo alla presenza nell'ordinamento vigente di un articolato sistema di misure e più ampiamente di percorsi sanzionatori alternativi alla detenzione¹⁰, ma più in generale al dichiarato e crescente orientamento del sistema

¹⁰ A tale proposito, si è fatto correttamente notare (cfr. CERESA GASTALDO, *Tempi duri*, cit.), pur nella generale condivisione dell'intervento, che una pena contenuta entro i tre anni, limite che determina la

punitivo verso l'adozione preferenziale delle alternative alla detenzione come orizzonte delle future politiche penali.

E' innegabile che si tratta di un elemento dotato di un notevolissimo rilievo rispetto al discorso che si va qui sviluppando, in quanto certamente in grado di condizionare la lettura complessiva del sistema penale, compresa dunque la dimensione delle cautele processuali. E' cioè evidente che la scelta di considerare l'opzione detentiva 'davvero' come una *extrema ratio*, rinunciando cioè ad una costruzione del sistema penale (di tutto il sistema penale) di tipo carcere-centrica, che oggi si manifesta nel complessivo riposizionamento della risposta punitiva in aree di limitazione dei diritti individuali progressivamente più distanti dal nucleo della libertà personale, non può non coinvolgere anche l'ambito delle cautele processuali.

Non vi è dunque alcun dubbio che la coercizione cautelare debba – si potrebbe dire a maggior ragione – allinearsi alle scelte di progressivo adeguamento del sistema a standard di tutela della libertà e dei diritti individuali maggiormente conformi ai principi costituzionali ed a quelli consacrati nelle Carte (e dalle Corti) internazionali.

Se così non fosse, si produrrebbe ben più di uno scompenso nel sistema, aumentando il rischio che sulla fase cautelare vengano scaricati i peggiori istinti ordinamentali, rendendo le misure cautelari detentive un luogo, se non proprio 'franco', quanto meno 'aperto' ad accogliere istanze punitive 'non ricevibili' dal sistema di esecuzione penale.

Al legislatore spetta però, il non facile compito di trovare un equilibrio, che riesca a tenere nel debito conto una serie ulteriore di fattori complessi, che le premesse di ordine generale appena poste, se non correttamente intese, potrebbero lasciare in ombra, alterando il senso delle premesse stesse.

Esiste infatti – e deve essere considerato – anche un'altro e contrapposto versante, costituito dalle esigenze di cautela processuale, al cui soddisfacimento l'ordinamento destina anche la possibile adozione di (proporzionate) misure limitative dalla libertà personale.

La misura e la intensità 'ragionevoli' della privazione della libertà personale funzionale a questi scopi possono essere definite solo se si ricostruisce un quadro completo ed integrato di tutti i dati sistematici rilevanti per la valutazione, **compresa la necessità di lasciare un adeguato spazio alla dimensione della verifica empirica circa la rispettiva valenza nel caso concreto degli elementi del bilanciamento.**

In altri termini, una volta definita – in primo luogo con la fissazione di soglie di pena e mediante altri meccanismi atti a ridurre gli spazi di discrezionalità giudiziale – un'area al cui interno è possibile l'uso di proporzionate misure limitative della libertà personale per il soddisfacimento di esigenze di cautela processuale, il loro effettivo

sospensione dell'esecuzione, non coincide di per sé con un'area di non esecuzione detentiva, dipendendo questo esito, oltre che ovviamente dalla presentazione della relativa istanza da parte dell'interessato, dalla sussistenza dei presupposti applicativi di una misura alternativa, il cui accertamento è rimesso al Tribunale di sorveglianza. Di conseguenza si è suggerito di inserire nella norma il riferimento alla ulteriore previsione circa la possibile concessione di misure alternative alla detenzione, ma la pretesa sembra essere un po' eccessiva per le già limitate possibilità predittive del giudice.

impiego non può che essere affidato all'esito di un bilanciamento 'in concreto', tra la verificata esistenza di quelle esigenze e la tutela della libertà personale, da condurre lungo la linea tracciata dal principio dei *minimo sacrificio necessario*.

Un tale bilanciamento ha senso infatti solo se è in grado di consentire l'adozione della decisione *giusta in quanto adeguata al suo scopo* e dunque solo se suppone come sempre possibile, sia pure in una logica di *extrema ratio*, l'affermazione della prevalenza delle esigenze cautelari sulla salvaguardia della libertà personale, oltre, ovviamente, al suo contrario (e dunque questo vale in primo luogo per le presunzioni di adeguatezza, che andrebbero certamente eliminate).

Ma proprio perché all'interno di quest'area le dinamiche di bilanciamento sono e devono rimanere 'aperte' a tutti i possibili esiti, è particolarmente importante che il legislatore operi correttamente la definizione dei suoi confini.

4. Una scelta (forse) animata da buone intenzioni ma non immune da rischi

Tornando allora alle preclusioni all'uso della custodia cautelare in carcere introdotte dalla recente modifica dell'art. 275 c.p.p., non vi è dubbio che il senso della loro introduzione sia proprio quello di evitare che la detenzione cautelare possa venire (più o meno consapevolmente) utilizzata 'in sostituzione' della esecuzione detentiva in tutti quei casi in cui tale esecuzione risulterebbe comunque disattivata dall'adozione di meccanismi di sanzione alternativi, sostitutivi o sospensivi. Bisogna tuttavia ribadire che la strada seguita con la modifica dell'art. 275 c.p.p., almeno nella forma concretamente assunta, non sembra essere la più corretta, perché potenzialmente in grado di alimentare, insieme ad una diffusa incertezza applicativa, anche prassi devianti.

A fronte della implementazione nel sistema di meccanismi preclusivi basati sulla previsione (o forse bisognerebbe dire sulla *predizione!*) della pena futura, in funzione non semplicemente orientativa dal giudizio di proporzione, il rilievo immediato e più scontato, ma non per questo meno fondato, riguarda la ben nota disorganicità, frammentazione e molteplicità dei criteri che presiedono alla commisurazione della pena.

Basterebbe pensare alla eccessiva estensione delle forbici edittali, alla incontrollata proliferazione delle circostanze ed alle connesse problematiche di bilanciamento, alla diseguale incidenza dei riti alternativi¹¹, al peso variabile della dichiarazione di recidiva nelle sue varie forme, ai mutevoli ed incostanti andamenti della continuazione e via discorrendo, per comprendere come il fitto ed intricato groviglio di innumerevoli eventuali combinazioni, impedisce di avere una visione

¹¹ A tale proposito c'è da domandarsi, ad esempio, come dovrà essere valutata dal giudice l'ipotesi che l'imputato acceda effettivamente ad un rito alternativo, che magari è stato prospettato come possibilità dal difensore in sede di convalida dell'arresto.

chiara (o una visione *tout court*) dei possibili esiti sanzionatori conseguenti ad una condanna.

Il compito commisurativo si presenta già come un esercizio piuttosto intuitivo all'esito di un giudizio, quando bene o male, volendo, esistono elementi di orientamento, ma se si pretende che un tale esercizio 'predittivo' avvenga in una fase tanto anticipata e fluida come quella della valutazione cautelare, tanto varrebbe affidarsi ad un aruspice!

Una previsione sulla misura della futura pena irrogata, effettuata in fase di valutazione cautelare, presenta un grado di aleatorietà (proporzionale alla sua controvertibilità) così elevato da aprire inevitabilmente la strada non solo a sperequazioni applicative incontrollabili, ma anche a rilevanti distorsioni dei percorsi decisori, che potrebbero seguire direzioni, per così dire, opportunistiche, quanto meno nel senso che potrebbero tendere a conformarsi in base alla considerazione della contingente opportunità.

In un sistema che subordina l'applicazione della cautela detentiva alla previsione del superamento di determinate soglie di pena irrogata, il giudice, anche quando ritenesse piuttosto improbabile (ma comunque astrattamente possibile) il superamento della soglia di pena irrogata (ad esempio i tre anni oggi previsti), in presenza di obiettive esigenze cautelari, potrebbe comunque determinarsi ad applicare la misura della custodia in carcere. E' chiaro che la motivazione sul punto sarebbe orientata dalla necessità di supportare la fondatezza della previsione effettuata sulla pena irrogata, ma poiché ragionevolmente ci riferiamo ad ipotesi in cui la questione è 'aperta' e considerata la inaffidabilità dei modelli commisurativi di riferimento, non sarebbero probabilmente necessarie eccessive forzature argomentative.

Un ulteriore serio rischio è che la prassi, soprattutto in sede di giudizio abbreviato, si orienti nel senso di un generalizzato innalzamento delle pene per alcune tipologie di reati al fine di disegnare un contesto di riferimento reale (autodeterminato dagli stessi giudici delle indagini preliminari in funzione di GUP!) idoneo a sostenere la plausibilità di previsioni di pena irrogata costantemente oltre la soglia dei tre anni e ciò al fine di non precludersi la possibilità di applicare la custodia in carcere in presenza di ritenute esigenze cautelari che la giustifichino.

Non è azzardato ipotizzare che per le stesse ragioni potrebbero manifestarsi delle resistenze da parte degli Uffici del Pubblico Ministero a prestare il consenso per pene concordate inferiori ai tre anni di reclusione.

Un eccesso di promiscuità può invero favorire un processo di osmosi tra prospettive teleologiche distinte, attivando meccanismi surrogatori di eventuali carenze di legittimazione: già oggi non è raro incontrare e non è difficile riconoscere nelle ordinanze cautelari il peso crescente di considerazioni di prevenzione generale volte a rafforzare il profilo magari non particolarmente solido delle esigenze cautelari; potrebbe domani accadere che la considerazione delle esigenze cautelari induca una commisurazione giudiziale volta a non smentire la previsione sanzionatoria effettuata in sede cautelare e posta a base dell'applicazione di una misura cautelare detentiva (che altrimenti decadrebbe).

Non sbaglia d'altra parte chi fa rilevare come sia sempre più frequente in sede di valutazione cautelare il riferimento e l'utilizzazione degli indici di commisurazione della pena in funzione orientativa della sussistenza delle esigenze cautelari; né si può dare torto a chi ricorda che già adesso la valutazione cautelare tiene conto, spesso esplicitamente, delle esigenze di tutela della vittima. Tuttavia in questi rilievi quel che prevale è la convinzione che ciò rappresenti un potenziale fattore di innesco per distorsioni che si riverberano non solo sulle contingenti occasioni ma più ampiamente sul sistema¹².

Forse non accadrà nulla di tutto ciò; forse queste previsioni, al pari di quella che il legislatore richiede al giudice della cautela, sono azzardate, ma legare troppo strettamente i destini delle misure cautelari di tipo detentivo a quelli delle pena conseguente alla condanna, presenta a mio avviso dei rischi da non sottovalutare.

Se è vero (come è vero) che in questa materia l'ibridismo tra diritto sostanziale e processuale non è eliminabile, è reale il rischio che si finisca per considerare inevitabili tutte le conseguenze che da ciò concretamente derivano, quali che esse siano. Una migliore comprensione del funzionamento integrato del sistema penale e delle interazioni tra il piano sostanziale e quello processuale che caratterizzano le dinamiche applicative, dovrebbe servire anche ad individuare quali sono le leve normative sulle quali operare per mantenere il sistema in equilibrio.

Proprio questa consapevolezza sembra ancora una volta essere mancata al legislatore.

La vigente normativa in materia cautelare, secondo una deprecabile consuetudine nostrana confermata da questi ultimi interventi, è il frutto della disordinata stratificazione di novelle legislative, interventi della Corte Costituzionale e rimaneggiamenti interpretativi, che spesso e volentieri rispondono a logiche quanto meno non convergenti.

Sarebbe dunque senz'altro il caso di mettere un po' di ordine ed aumentare il tasso di razionalità in una materia così delicata, magari provvedendo anche ad alcune salutari obliterazioni (mi riferisco alle presunzioni di adeguatezza). Ma per riportare in equilibrio i delicati assetti che definiscono in un dato sistema il conflitto tra tutela della libertà ed esigenze di cautela endoprocessuale, sarebbe necessario un intervento ben più ampio, operando in maniera coordinata e coerente in ambiti molteplici e **prevalentemente al di fuori della disciplina delle misure cautelari**, la cui funzionalità trarrebbe anzi sicuro giovamento dal recupero di una maggiore asciuttezza e linearità delle normative di riferimento.

5. Il nodo della commisurazione della pena

¹² Sul rischio che questa confusione di piani e funzioni possa determinare (se non ha già determinato) una metamorfosi delle misure cautelari, MARAFIOTI, [Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma](#), in questa *Rivista*, 13 settembre 2011.

Cercando di collocare ancora una volta il ragionamento oltre i ristretti limiti segnati dalla rilevanza delle specifiche questioni sollevate dal novellato testo dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p., la vicenda che lo riguarda lascia emergere un altro aspetto che mi sembra particolarmente rilevante e degno di attenta riflessione.

La scelta legislativa che qui si commenta, anche a prescindere dal suo significato pratico, la dice lunga sulla misura della sottovalutazione da parte del legislatore (di questo come dei precedenti) del problema rappresentato dalla commisurazione della pena.

Si è già avuto modo di rilevare come l'idea che *davvero* in un sistema come quello attuale sia possibile operare una previsione minimamente attendibile sulla misura di una futura (ed eventuale) condanna, sfiora l'esoterico!

A voler tacere della endemica inefficienza del nostro sistema giudiziario, l'irresponsabile frammentazione e l'ingovernabile proliferazione dei sistemi e dei meccanismi commisurativi, unita all'assenza nel processo di strumenti dedicati a questo scopo, oltre che di una specifica cultura processuale orientata al difficile compito della commisurazione, hanno da tempo confinato il momento della determinazione giudiziale della pena in un'area sottratta alla razionalità (e dunque alla prevedibilità) e affidata all'intuito, al caso, al buon senso, alle prassi dell'ufficio, con un grado non tollerabile di esposizione ai condizionamenti ambientali, intesi in un senso comprensivo delle pressioni mediatiche e di quelle provenienti dalle ondate emotive che accompagnano determinati episodi o fenomeni criminali.

La possibilità di prevedere quali saranno le conseguenze derivanti dall'accertamento – in sé già poco prevedibile – della responsabilità penale si colloca dunque a livelli a dir poco risibili, anche in considerazione della enorme dinamicità potenziale che caratterizza la fase esecutiva, contribuendo ad abbassare in maniera drastica la complessiva efficienza del sistema, che dipende invece in misura non marginale proprio dalla prevedibilità delle risposte ordinamentali alla violazione delle regole.

Il legislatore invece di chiedere vaticini giudiziari, dovrebbe preoccuparsi di intervenire sui fattori strutturali che contrastano con la razionalità commisurativa e dunque con la prevedibilità della risposta ordinamentale, per offrire punti di riferimento più saldi ed oggettivi (anche nell'ottica del controllo sui provvedimenti cautelari) al giudizio di proporzione.

Le criticità sono ampiamente note e hanno spesso a che fare proprio con la questione che maldestramente il legislatore ha affrontato novellando l'art. 275 c.p.p..

Solo per citare alcune questioni molto note e dibattute, tralasciandone molte altre: la revisione delle cornici edittali, la semplificazione del pletorico sistema delle circostanze, la introduzione di sanzioni interdittive come pene principali, una seria riforma della prescrizione, l'adozione di misure normative ed organizzative volte a ridurre i tempi del processo, sarebbero antidoti efficaci contro le tossine inoculate nel sistema attraverso una cultura giudiziaria non sempre sensibile al primato della libertà personale ed attivate dall'insicurezza, quando non dal panico sociale, dalla demagogia e dall'opportunismo politico.

La verità è che una regola preclusiva come quella da ultimo introdotta nell'art. 275 c.p.p. nasconde (piuttosto male) una insanabile contraddizione. Per quanto si è detto sinora, dovrebbe essere chiaro che per avere un senso e poter funzionare senza indurre distorsioni quella regola (o una regola analoga) dovrebbe inserirsi in un sistema penale razionale, coordinato nelle sue varie componenti, affidabile nei tempi e, per questo, prevedibile nelle sue risposte. Ma in un sistema penale siffatto, ragionevolmente, si tratterebbe di una regola assolutamente superflua!