

ADOLFO SCALFATI

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Legislazione “a pioggia” sulle cautele *ad personam*: l’effervescente frammentarietà di un triennio

*The highly questionable legislative actions
of the last three years on personal
pre-trial precautionary measures*

Al legislatore manca una prospettiva di medio-lungo periodo che richiederebbe un generale riassetto del sistema cautelare; gli interventi messi a punto qui e là registrano l’interesse a tamponare esigenze occasionali o, peggio, a realizzare piccole novità a scopo di propaganda. Ne deriva un tessuto normativo “mobile”, dal quale è difficile cogliere e riorganizzare le direttrici.

Recent legislative reforms concerning precautionary measures had a scattered and frenetic approach. The very dramatic result of this is a system lacking coherence and a systematic structure, suitable only for pursuing temporary objectives.

TECNICHE DA RAFFINARE

Gli interventi legislativi in tema di cautele personali approntati nella seconda decade del terzo millennio, perlopiù inclini a tamponare il provvisorio, sono in larga parte collocati in provvedimenti dai contenuti più ampi e, talvolta, eterogenei; dinanzi ad essi l’operatore giudiziario si affanna, di volta in volta, a ritessere la trama di un tessuto positivo divenuto assai mobile.

Le novità – sulle quali si tornerà per categorie – sono state inserite con interventi sparsi in cinque decreti, convertiti con modifiche, e tre leggi¹.

¹E ancora, con d. lgs. 1 luglio 2014, n. 101, in attuazione della direttiva 2012/13/UE sul diritto all’informazione nei procedi-

Non si tratta di atti normativi mirati alla disciplina delle misure *de libertate*: i singoli ritocchi, talvolta al microscopio, caduti qui e lì lungo un percorso tracciato per obbiettivi anche diversi, manifestano il carattere accidentale dell’intervento. Ad esempio, la previsione sulla durata delle cautele interdittive per procedure concernenti taluni reati (art. 308 comma 2 *bis* c.p.p.) è stata introdotta, con un “minuscolo” tratto di penna, dall’art. 1 comma 78 l. 6 novembre

menti penali, sono stati arricchiti i contenuti (tra l’altro) degli artt. 293, 386, 391, comma 2, c.p.p., introducendo l’obbligo di fornire una serie di avvertimenti al sottoposto a misura restrittiva: gli si comunicano per iscritto i diritti di cui dispone, tramite un documento tradotto, nel caso di alloggio, in una lingua a lui nota.

2012 n. 190, nell'ambito di una disciplina molto articolata recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*; qui basti dire che l'opera "chirurgica" appare di dubbia ragionevolezza, laddove diversifica i termini massimi delle misure interdittive solo in relazione a taluni delitti privi di una specificità tale da giustificare un trattamento cautelare differenziato.

Inseguendo finalità del tutto eccentriche rispetto al rinnovamento organico della materia, in particolare, spicca la decretazione d'urgenza (dl. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito con modificazioni dalla l. 17 febbraio 2012 n. 9; dl. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013 n. 94; dl. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10; dl. 26 giugno 2014 convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117) complessivamente orientata a sfoltire il popolo delle carceri. Non c'è dubbio, al riguardo, che l'Italia sia pressata dalla necessità di ridurre il numero dei detenuti (anche) per conformarsi ai moniti europei volti a garantire la minima qualità di vita all'individuo²; ma si tratta di aspetto che non giustifica la dubbia qualità dell'operato legislativo.

Innanzitutto, nonostante il numero dei provvedimenti dedicati al tema, le innovazioni, molte delle quali sul regime esecutivo-penitenziario, leniscono l'affollamento carcerario, che rischia di riespandersi a breve in assenza di interventi strutturali. Del resto, ai compilatori sfugge un orizzonte culturale più solido, dove ripensare al sistema sanzionatorio e ricalibrare i rapporti tra "giudizio sul precetto" e statuizioni "per" la pena, oramai in irreversibile crisi³. Oggi – quando si è sprecato tempo utile per allestire

un intervento organico che ristabilisca l'effettività rieducativa dell'apparato sanzionatorio – il nodo sembra avviato a sciogliersi tramite provvedimenti a sfondo deflativo, i quali costituiscono misura tendenzialmente temporanea, incapace di influire sul livello di credibilità dell'azione giudiziaria⁴.

Per altro verso, il proliferare della decretazione d'urgenza, in particolare in materia *de libertate*, produce un *surplus* di disposizioni dal difficile coordinamento, sia a causa delle differenze tra contenuti del decreto legge e modifiche apportate in sede di conversione, sia per l'atomismo degli interventi effettuati a più riprese.

In ogni caso, perseguendo l'esile obiettivo dello sfoltimento carcerario *pro tempore*, il legislatore sembra aver calibrato la propria opera sulla fase dell'esecuzione penitenziaria (puntando a grandi linee alle misure alternative e alla liberazione anticipata) piuttosto che sulla detenzione cautelare. Le spinte innovatrici, sinora, sono poco orientate a riorganizzare il sistema delle misure custodiali *ante iudicium*, nonostante la prassi manifesti un pervicace ricorso a tali strumenti. Il rischio, anzi, è che – esteso l'ambito delle misure penitenziarie alternative – si irrobustisca simmetricamente il fenomeno degenerativo secondo cui è l'imputato anziché il condannato a subire limiti alla libertà personale⁵.

Per finire, i contenuti dei singoli "pacchetti legislativi" non brillano per integrità "interna", considerata l'introduzione, in ciascun provvedimento, di regole del tutto estranee allo scopo dichiarato dalla rubrica del testo normativo. Per esempio, nel decreto legge n. 78 del 2013 (*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*), destinato allo sfoltimento carcerario dei *condannati*, accanto all'innalzamento del tetto minimo di pena sotto il quale non è permessa la custodia cautelare in carcere dell'imputato (art. 280, comma 2, c.p.p.), figurano, da un lato, una previsione a tutela della persona offesa collocata nella disciplina degli arresti domiciliari (art. 284, comma 1bis, c.p.p.) e, dall'altro, una statuizione di natura organizzativa, che permette alla polizia giudiziaria

² Ricapitola le questioni aperte Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, *Cass. pen.*, 2013, 11 ss.

³ Si allude alle statuizioni sanzionatorie irrogate nel giudizio di cognizione e alla metamorfosi che subiscono tramite la disciplina delle misure alternative, la cui adozione è agevolata dalla libertà anticipata – computata anche sul "presofferto" cautelare – e da eventuali cause di estinzione della pena. Ne emerge un'intuibile distonia che tende a vulnerare, con risultati concreti talvolta privi di ragionevolezza, il *dictum* sulla sanzione. Tra le soluzioni più accreditate, spicca la riforma del sistema punitivo che punta alla pena non carceraria irrogabile in sede cognitiva (in tema, già, Paliero, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 560 ss.; Id., *La riforma del sistema sanzionatorio: percorsi di metodologia comparata*, *Arch. pen.*, 1995, 8 ss.; più recentemente i rilievi di Bartoli, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio*, AA. VV. *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, Torino, 2013, 416 ss.). In ogni caso, il trattamento sanzionatorio tagliato sulla progressiva rieducazione dell'individuo richiederebbe di separare strutturalmente, anche sul piano organizzativo, il giudizio sul precetto dal giudizio sulla pena.

⁴ Non sfugge che la recente l. n. 67 del 2014 ha tracciato un percorso deflativo su più fronti, allestendo una delega in tema di nuove pene domiciliari, *abolitio criminis*, trasformazione di reati in illeciti amministrativi e irrilevanza penale del fatto a regime "ordinario"; la disciplina, inoltre, introduce la messa alla prova nel processo per imputati adulti. Ma, nel complesso, si tratta di un intervento ancora poco coraggioso, sia per realizzare un efficace sfoltimento carcerario, sia per tracciare una breccia di solida divergenza dalla matrice essenzialmente reclusiva della pena.

⁵ Cfr., recentemente, i pragmatici rilievi di Amodio, *Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria*, *Proc. pen. giust.*, 2013, 3, 2.

di trasferire il verbale di arresto al pubblico ministero per via telematica (art. 386, comma 2, c.p.p.).

Ma, ancora sotto l'indicato profilo, si pensi che, tramite il dl. 1° luglio 2013, n. 78 convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 94, sono state toccate le materie più diverse, del tutto lontane dal comparto penale (es. *Disposizioni per il potenziamento del Corpo nazionale dei vigili del fuoco!*), lanciando segnali di vero e proprio smarrimento sul piano della omogeneità dell'intervento.

DEFLAZIONE CARCERARIA

Se ne occupano quattro prodotti legislativi.

Il più antico – forse quello a maggiore coerenza interna – è mirato a ridurre l'ingresso in carcere degli arrestati in flagranza (d.l. 22 dicembre 2011 n. 211, convertito con modificazioni dalla l. 17 febbraio 2012 n. 9); fenomeno effettivamente disutile, sia in vista della dislocazione logistica degli istituti di pena, sia per la capacità di contenimento di questi ultimi, sia, infine, in funzione della più adeguata tutela della persona.

Nell'ipotesi di instaurazione del rito direttissimo con previa richiesta di convalida al dibattimento, nei procedimenti per reati attribuiti alla cognizione del giudice monocratico, è il pubblico ministero a disporre l'eventuale ricovero dell'arrestato nelle strutture della polizia giudiziaria o presso il domicilio, secondo i criteri contemplati dalla legge (artt. 386, comma 4, e 558, commi 4bis e 4ter, c.p.p.).

A prescindere dall'incerto tasso di legalità circa i presupposti della scelta affidata al pubblico ministero, le nuove previsioni, in effetti, hanno determinato qualche frutto sull'affollamento carcerario. Tuttavia, nella stessa ottica, mancavano insormontabili ragioni per le quali la soluzione normativa non fosse estesa ai casi di arresto in flagranza per reati concernenti procedimenti attribuiti alla cognizione di giudici collegiali. In generale, sarebbe stato più congruo all'obbiettivo perseguito l'ampliamento della scelta extracarceraria ad ogni ipotesi di arresto in flagranza o di fermo in attesa della pronuncia del giudice circa le sorti cautelari dell'indiziato.

Il secondo provvedimento (d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 94), introduce un solo elemento in astratto pertinente rispetto alla riduzione del numero di detenuti in attesa di giudizio: l'aumento a cinque anni di reclusione della pena massima prevista per il reato nei confronti del quale si procede quale limite minimo per applicare la custodia cautelare in carcere (art. 280, comma 2, c.p.p.). Non sembra, tuttavia,

un intervento novatore particolarmente efficace. Per un verso, le ipotesi illecite la cui soglia edittale è inferiore nel massimo a cinque anni di detenzione non sono molte di meno di quelle che rientravano nell'art. 280, comma 2, c.p.p. prima della menzionata novella; per altro, il nuovo limite è neutralizzato dalla possibilità di derogare al tetto minimo dei cinque anni nell'ipotesi di arresto in flagranza contemplata dall'art. 391, comma 5, c.p.p. (art. 280, comma 1, c.p.p.) o nei casi di trasgressione a misure cautelari meno gravi precedentemente inflitte.

È singolare, invece, che la novazione legislativa in esame eccettui il delitto di finanziamento illecito ai partiti, consentendo l'emissione della misura carceraria anche al di sotto della soglia minima dei cinque anni sopra detta: si tratta di una scelta assai criticabile la quale si presenta, per la sua scarsa assimilabilità alla *ratio* posta a base delle altre deroghe contemplate dall'art. 280, commi 1 e 3, c.p.p., a rischio di legittimità costituzionale per difetto di ragionevolezza⁶.

Si tratta, in linea di fondo, di un manipolazione non certo risolutiva: gli strumenti tramite i quali ridurre il numero dei detenuti in attesa di processo sono ben altri e vanno calibrati sulle condizioni generali per emettere le misure, sulla rivisitazione dei termini di fase e sull'effettiva autonomia delle opzioni decisorie del giudice per le indagini preliminari rispetto alle richieste del pubblico ministero.

Il terzo atto legislativo (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10) – a parte l'introduzione dell'incerta figura del Garante dei detenuti (anche in custodia cautelare) – promuove la deflazione carceraria imponendo che la misura degli arresti domiciliari sia accompagnata dall'istallazione del cd. braccialetto elettronico, salvo a non ritenerlo necessario per la tenuità del *periculum* (art. 275bis, comma 1, c.p.p.): l'auspicio legislativo è di ricorrere più frequentemente alla privazione domiciliare, in luogo di quella carceraria, stante l'*obbligo* (anziché la possibilità), in tal caso, di predisporre l'ulteriore antidoto a tutela delle esigenze cautelari; la qual cosa, simmetricamente, mette a nudo, dopo aver constatato lo scarso impiego del cd. braccialetto elettronico fino ad oggi, la consapevolezza del legislatore che la prassi indulge alla misura custodiale più restrittiva⁷.

⁶ Coglie sinteticamente il dato, Arasi, *Legge 9 agosto 2013, n. 94: un primo passo per debellare il sovraffollamento carcerario?*, *Proc. pen. giust.*, 2014, 1, 87.

⁷ Si noti che il cd. braccialetto elettronico può essere adottato come forma di controllo della persona sottoposta alla misura dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282 bis, comma 6,

Ma non è detto che la nuova formula legislativa dell'art. 275bis, comma 1, c.p.p. risolva il problema, tanto per l'inidoneità del controllo telematico a fronteggiare taluni rischi cautelari, quanto per la constatata difficoltà culturale a ritenere la misura carceraria come *extrema ratio*; senza considerare che lo scopo legislativo è destinato a scontrarsi con l'esiguo numero di strumenti elettronici attualmente disponibili: la presunzione (relativa) di adeguatezza della misura di controllo a distanza e la non facile reperibilità dei mezzi potrebbe persino accrescere la preferenza della custodia carceraria in luogo degli arresti domiciliari.

(SEGUE): CUSTODIA CAUTELARE E NUOVE PROGNOSI SULLA PENA

Caratterizzato dalle usuali modalità di frammentazione normativa, sebbene dotato di maggiore potenzialità sul terreno della deflazione carceraria, emerge l'art. 8 d.l. n. 92 del 2014 (conv. con modificazioni dalla l. n. 117 del 2014) La disciplina influenza l'art. 275, comma 2bis, c.p.p. con tre novità

Innanzitutto, manipolando la lettera della norma, si stabilisce che cautela carceraria e arresti domiciliari sono preclusi se il giudice prevede l'applicazione della sospensione condizionale della pena; in verità, confrontato alla precedente versione, il nuovo dato normativo può apparire persino più stringente: il «non può essere disposta la misura della custodia cautelare...» in tali casi, secondo l'*incipit* dell'art. 275, comma 2bis, c.p.p. anteriore alla riforma, costituiva una formula (nonostante incertezze giurisprudenziali al riguardo) comprensiva di ogni provvedimento privativo, inclusi arresti domiciliari, ricovero presso case di cura e detenzione in luoghi di custodia attenuata. Oggi, l'esplicita indicazione secondo cui la prognosi favorevole della sospensione condizionale vieta arresti domiciliari e carcere sembra non coinvolgere le residue misure custodiali; ma sarebbe irragionevole consentire – in questi casi – le misure “a regime intermedio” sostenendo che la norma letteralmente sancisca un divieto solo per arresti domiciliari e custodia in carcere.

Del resto, nessuna forma di detenzione cautelare sarebbe concepibile se la pena reclusiva non dev'essere eseguita.

L'ulteriore innovazione è più consistente: la custodia in carcere è preclusa se il giudice ritiene che,

in giudizio, si applicherà una pena detentiva non superiore a tre anni; nella versione definitiva del testo sono state introdotte deroghe che rendono la disciplina “più digeribile” rispetto a talune obiezioni a sfondo repressivo: la regola generale è superata nelle ipotesi di precedente trasgressione delle misure cautelari non carcerarie, oltre che nei casi in cui si procede per delitti indicati dall'art. 4bis, l. 26 luglio 1975, n. 354 e dagli artt. 423bis, 572, 612bis e 624bis del codice penale; a tal ultimo proposito, si tratta di vicende penali (*quasi*) coincidenti con quelle contemplate dall'art. 656, comma 9 lett. a), c.p.p., in vista delle quali non opera la sospensione dell'ordine di esecuzione.

La disciplina darà luogo a incertezze applicative, in particolare, quanto ai criteri sui quali fondare la prognosi; l'impiego dell'espressione “in giudizio” (e non “in dibattimento”) può alludere anche ad una prognosi che tenga conto della sanzione irrogata a seguito di procedure premiali, soprattutto quando il giudice deve esprimersi sulla revoca della misura dopo che la richiesta di rito sommario è stata avanzata dall'imputato.

Quanto alla terza integrazione dell'art. 275, comma 2bis, c.p.p., il legislatore – con una sintesi barocca – intende dire che, pur dinanzi alle ipotesi di pena irrogabile non superiore a tre anni, la custodia carceraria è destinata a sostituire gli arresti domiciliari quando l'indiziato non ha la disponibilità di una dimora in cui sottoporsi a detta misura. È evidente che si tratta di casi in cui non sarebbero adeguati gli strumenti di cautela meno aggressivi (lo scrive finanche il legislatore); ma è altrettanto chiaro che ipotesi del genere postulano, comunque, una prognosi negativa circa l'adozione della sospensione condizionale della pena. La regola – largamente seguita dalla prassi – formalizza una disparità di trattamento tra individui che condividono pericoli cautelari della stessa indole ma che versano in condizioni socio-economiche differenziate; per questi ultimi, la custodia in carcere dipenderebbe da elementi estranei alle condizioni legittimanti la misura, con ogni implicazione circa il principio di eguaglianza in tema di libertà personale *ante iudicatum*.

In linea di fondo, comunque, il recente intervento legislativo acuisce l'ipertrofia della vicenda cautelare, con ricadute sistemiche: il giudizio di merito vero e proprio rischia di perdere *appeal* (anche) nel momento dosimetrico della pena. È facile intuire come, di fatto, la motivazione sugli aspetti prognostici affrontati in sede cautelare – soprattutto quando gli argomenti a sostegno superano la prova di resistenza dinanzi alla Corte di cassazione – influen-

c.p.p.); innovazione legislativa mal formulata, introdotta dalla legge di conversione del d.l. n. 93 del 2013, che suscita le critiche di Diddi, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, *Proc. pen. giust.*, 2014, 2, 97-98).

zi le scelte finali sull'imputazione non solo quanto all'alternativa proscioglimento-condanna.

PRE-CAUTELE

In controtendenza – sintomo di un disequilibrio ancora più evidente – nello stesso arco temporale in cui ci si muove per risolvere il sovraffollamento carcerario, non mancano le tendenze repressive che nascono dalla necessità "politica" di fornire risposte a fatti di cronaca o colmare, con strategie semplicistiche, i deficit di fedeltà alle fonti sovranazionali; è accaduto così con la l. 1° ottobre 2012 n. 172 (ratifica della Convenzione di Lanzarote a tutela dei minori) e con il dl. 93 del 2013 convertito con modifiche nella l. n. 119 del 2013 (disciplina per la sicurezza pubblica e contro la violenza di genere), nelle parti in cui hanno allargato le ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza (art. 380, comma 2 lettere d *ter* ed e), c.p.p.).

Si tratta della cattiva abitudine di ampliare progressivamente le condizioni della pre-cautela – disciplina oramai di difficilissima lettura – estendendo di volta in volta la lista dei delitti per i quali la misura è permessa; al grido d'allarme contro forme di criminalità, amplificata dalla stampa, il legislatore risponde con strumenti penali più afflittivi e con il simmetrico anticipo repressivo affidato alla polizia giudiziaria⁸. A prescindere dalla dubbia rispondenza di tali interventi al principio della "necessità" espresso dall'art. 13 comma 3 Cost., il *modus operandi* del legislatore costituisce un cliché tramite cui gli organi istituzionali fronteggiano disagi sociali e disabilità culturali che richiederebbero antidoti di ben altro tipo, educativi più che repressivi.

Risponde alla stessa logica del "pronto soccorso giudiziario" – ancorché di attenuato impatto sulla libertà personale – il nuovo art. 384bis c.p.p. (introdotto dal d.l. n. 93 del 2013 convertito con modifiche dalla l. 119 del 2013), che attribuisce alla polizia autorizzata dal pubblico ministero il potere di disporre l'allontanamento dall'abitazione familiare di chi è colto in flagranza di reati che coinvolgono minori o di violenza domestica, anche di natura sessuale; previsione alla quale corrisponde persino una nuova ipotesi di giudizio direttissimo (attuale art. 449, comma 5, c.p.p.), evidentemente volta a manifestare la presenza di un intervento giudiziario esemplare e tempestivo fuori dai casi di arresto. Ma qui è diffici-

le negare come le logiche autoritarie *tout court* mal si concilino con le dinamiche familiari, molto più complesse di quanto appaiano ad un pubblico ufficiale che bussa alla porta di casa munito esclusivamente di un potere d'imperio.

IL COINVOLGIMENTO DELLA PERSONA OFFESA

Frutto dell'intervento legislativo sulla "violenza di genere", si arricchisce la figura dell'offeso da reato, enucleandosene un ruolo autonomo nell'ambito della procedura di adozione, revoca o sostituzione delle misure personali contemplate dagli artt. 282bis, 282ter, 283, 284, 285, 286 c.p.p..

Non si amplia solo la sfera giuridica della vittima accrescendo i suoi diritti di natura recettizia, rappresentati dalla comunicazione dei provvedimenti che applicano le misure *de libertate* appena indicate (299, comma 2bis, c.p.p., rispetto all'art. 282 *quater* stesso codice); ma si impone che le siano notificate le richieste di revoca e sostituzione di dette misure (art. 299, commi 3 e 4bis, c.p.p.), salvo quelle formulate in sede di interrogatorio di garanzia.

Il legislatore statuisce un limite (vacuo) all'operatività di tali discipline: che si tratti di "delitti commessi con violenza alle persone", genere dall'inquadramento incerto, che obbliga ad effettuare una scelta (arbitraria) in relazione alla modalità della condotta, alla qualità dell'aggressione e all'effetto prodotto.

In materia di modifica dello *status* cautelare dell'imputato, l'innovazione è più corposa e appesantisce non poco la procedura.

In primo luogo, la notificazione della richiesta è curata dalla parte – perlopiù, la difesa dell'indiziato – con tutte le incertezze quanto all'individuazione soggettiva e logistica dell'avente diritto privo di difensore e al numero dei destinatari nell'ipotesi di pluralità di persone. Inoltre, si tratta di un vero e proprio onere, considerando che la richiesta è addirittura inammissibile se non è stata effettuata la notificazione. Infine, la conoscenza della richiesta permette all'offeso di esprimersi tramite memorie entro termini prefissati, decorsi i quali il giudice decide.

In linea di fondo, il potenziamento della persona offesa⁹ durante la procedura cautelare non si limita più al soggetto debole nei delitti consumati in ambito domestico. Si tratta di una tendenza confermata

⁸ Cfr., tra gli altri, Marzaduri, *Il ricorso alla decretazione di urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*, Guida dir., 2009, 10, 40 s.; Spangher, *Giuliano Vassalli e l'evoluzione del processo penale*, Cass. pen., 2011, 4535 ss.

⁹ Obiettivo, in parte, già perseguito tramite la l. n. 172 del 2012, in attuazione della Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa del 2007 per la protezione dei minori contro lo sfruttamento sessuale e l'abuso sessuale, entrata in vigore il 1° luglio 2010. In tema, Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, Dir. pen. proc., 2013, p.881.

dalla chiosa introdotta all'art. 284 comma 1 bis c.p.p. (d.l. 1° luglio 2013 n. 78 convertito con modifiche dalla l. 9 agosto 2013 n. 94), laddove stabilisce genericamente che la scelta di adottare gli arresti domiciliari va sempre calibrata anche "sulle esigenze di tutela della persona offesa dal reato".

Tuttavia, osservando le cose da un punto di vista panoramico, l'intervento legislativo, in progressiva quanto disorganica espansione, risulta ancora parziale considerando la direttiva europea sulla tutela della vittima del reato¹⁰, disciplina che imporrebbe una coordinata e generale rivisitazione del ruolo processuale di quest'ultima.

LIMITI DETENTIVI PER IL GENITORE

Dominata dall'esigenza di tutela verso il nascituro e la prole in età puerile, la l. 21 aprile 2011, n. 61 emenda gli artt. 275, comma 4, 284, comma 1, c.p.p. e introduce nella disciplina codicistica l'art. 285 bis, statuendo che la loro efficacia decorra dal 1° gennaio 2014; il presupposto delle norme di favore è che si tratti di donna incinta o di madre (di padre, in sua assenza) di bambini di età non superiore a sei anni.

E così, dalla trama positiva, secondo i requisiti precisati, emergono tre distinte modalità cautelari: 1) la restrizione presso penitenziari a "custodia attenuata", adatti alla vita comune tra genitore e figlio, nel caso in cui i *pericula* siano di eccezionale rilevanza ma, comunque, fronteggiabili nonostante lo stato di detenzione particolare; 2) gli arresti domiciliari presso una "casa famiglia protetta" quando le esigenze cautelari non possiedono il carattere dell'eccezionalità ma meriterebbero, in casi comuni, la misura carceraria; 3) la custodia in carcere se le esigenze cautelari siano di eccezionale rilevanza e non tutelabili tramite i cd. istituti a custodia attenuata.

Il fine legislativo è nobile; tuttavia, la disciplina è perfettibile e, allo stato, di non facile attuazione¹¹.

In primo luogo, il limite di età (non superiore a sei anni) fissato per il minore da salvaguardare è affetto da arbitrio; il legislatore farebbe bene a interpellare degli esperti per stabilire un tetto anagrafico più meditato, al di sopra del quale la relazione tra genitore e figlio può essere inter-

rotto (meno traumaticamente) dalla detenzione carceraria. Peraltro, nell'ipotesi di minore disabile, la relazione genitoriale diventa necessaria in età ancora più avanzata o, persino, in via permanente; anzi, a tal riguardo, la disciplina manifesta segni di incongruità laddove non equipara quest'ultima figura a quella del minore sul piano delle tutele.

Inoltre, il diritto del fanciullo è subordinato all'istituzione di idonee strutture penitenziarie che permettano lo svolgimento del predetto rapporto familiare; la qual cosa è destinata a provocare difformità di trattamento sul territorio nazionale, a beneficio delle aree a più ridotto impatto criminale o di istituti più facilmente riconvertibili a tale scopo. Naturalmente, c'è da dubitare che le soluzioni da adottare in concreto siano semplici, considerando l'emergenza (cronica) dell'affollamento carcerario quale inevitabile priorità da affrontare.

Infine, anche la possibilità di ricorrere agli arresti presso case famiglie protette – ipotesi che in astratto permetterebbe un miglior controllo sulla persona *in vinculis* e che potrebbe meglio garantire le esigenze cautelari spronando ad un limitatissimo uso della cautela carceraria – è condizionata alla loro effettiva presenza sul territorio; la qual cosa ripropone le stesse riserve già espresse sul piano della concreta attuazione della riforma.

DE JURE CONDENDO

Racchiuso nel disegno di legge n. C – 631/B approvato con modifiche dal Senato il 4 aprile 2014 e, allo stato, all'esame della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in seconda lettura – l'intervento legislativo *in itinere* è globalmente indirizzato a ridurre l'impiego della custodia cautelare, ancorché qualche previsione non sia dedicata al tema specifico.

La disciplina si arricchirebbe di vincoli diretti a contenere la discrezionalità giudiziaria in materia, indubbiamente incline all'impiego dello strumento cautelare in chiave di "risposta" istituzionale ai fenomeni criminali.

In linea di fondo, il disegno di legge – non immune da una matrice reattiva rispetto agli orientamenti della giurisprudenza sulla disciplina vigente – si muove lungo quattro direttrici.

Innanzitutto, si precisano i caratteri dei *pericula* cautelari, da un lato, contrassegnandoli esplicitamente con il requisito della "attualità" e, dall'altro, rimarcando che la "gravità del reato" oggetto di procedimento non è da sola sufficiente a integrare

¹⁰ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2012, istitutiva di norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

¹¹ Cfr., Scomparin, *Una piccola riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, Legislazione pen., 2011, 600-601.

le esigenze cautelari; si tratta, in effetti, di sottolineature che potrebbero apparire inutili se non fossero emerse talune linee di tendenza dirette a svalutarle.

In secondo luogo, si incide sulle regole di adeguatezza e gradualità della misura custodiale, prospettando la necessità di preferire l'adozione cumulativa di misure personali prescrittive e interdittive rispetto a forme cautelari detentive.

In argomento si è anche riscritto il capitolo della "doppia" presunzione custodiale in vista di determinati delitti – sulla base delle indicazioni fornite negli ultimi tre anni dalla Corte costituzionale¹² – facendo, tuttavia, un po' di confusione sul testo dell'art. 275 comma 3 c.p.p. integrato dal Senato; al di là di sfumature nei raccordi linguistici, il difetto più grossolano è l'aver incluso l'art. 74 d.p.r. n. 309 del 1990 nel catalogo dei delitti che richiedono un trattamento più restrittivo nonostante i Giudici della Consulta l'abbiano escluso con sentenza 19 luglio 2011, n. 231.

Significativa – e fonte di più solidi rilievi critici – è la clausola che non permetterebbe l'impiego di misure custodiali quando il giudice ritiene che l'esecuzione della pena possa essere sospesa per effetto dell'art. 656, comma 5, c.p.p. Si tratterebbe di innestare una prognosi agganciata ad una serie di variabili, incluse le opzioni relative alla riconducibilità dei delitti per i quali si procede nelle categorie d'illecito che precludono la sospensione dell'ordine di esecuzione.

In effetti, l'*intentio legis* si è parzialmente tramutata nell'art. 8, d.l. n. 92 del 2014, nella parte in cui esclude la custodia in carcere quando il giudice ritiene che la pena detentiva irrogabile in giudizio non superi i tre anni¹³.

Passando alla terza direttrice seguita dal legislatore, emerge il rafforzamento della motivazione cautelare e del suo ruolo durante il riesame dell'ordinanza applicativa.

Si prescrive, in primo luogo, che il giudice dica perché, al posto della custodia in carcere, non sono adeguati gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico.

Si impone, poi, che i motivi a sostegno dell'ordinanza siano muniti di "autonoma valutazione", perseguendo l'intento di evitare motivazioni costruite con i "copia e incolla" o tramite disinvolute stesure *per relationem*¹⁴; anche se, in materia, sono

già intervenute a garanzia talune precisazioni della giurisprudenza.

A completamento di tale ultimo profilo segue il (condivisibile) limite posto ai poteri integrativi del tribunale del riesame in ordine al difetto di motivazione, laddove la riforma *in fieri* – intervenendo sull'art. 309, comma 9, c.p.p. – richiede l'annullamento dell'ordinanza che sia priva di "valutazione autonoma" relativamente alle condizioni cautelari.

L'ultimo percorso seguito dall'intervento legislativo riguarda la procedura di riesame, articolandosi in quattro punti che, salvo limature, meritano accoglimento: a) irrobustimento dell'autodifesa tramite il diritto alla comparizione personale dell'interessato; b) differimento della data d'udienza su semplice richiesta dell'imputato o d'ufficio – nei casi di particolare complessità – con sospensione del decorso dei tempi per la decisione; c) fissazione di un termine perentorio di deposito dell'ordinanza con decadenza della misura nell'ipotesi di inutile decorso (novità riprodotta in sede di rinvio dopo l'annullamento in cassazione); d) preclusione a rinnovare la misura nel caso maturi la decadenza per mancato rispetto dei termini, salvo "eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate".

In linea di fondo, è facile notare che l'intervento *de jure condendo* non tende a rinnovare l'impianto cautelare, ma ritocca semplicemente la disciplina esistente. Un legislatore coraggioso può fare di più: riscrivendo soprattutto le regole dei termini di durata delle misure custodiali, oramai quasi neutralizzati dalle deroghe soprattutto nelle singole fasi; esplicitando meglio i rapporti tra cautele *de libertate* e interdittive, con preferenza per queste ultime; irrobustendo il ruolo del giudice per le indagini preliminari, in particolare nelle procedure di controllo postumo sulla misura; (re)introducendo la libertà su cauzione¹⁵.

Resta da dire, in ogni caso, che nessuna riforma è effettiva se gli operatori giudiziari non sono pronti ad applicarla recependone le ragioni ispiratrici; così, se prevale la logica culturale secondo cui la misura custodiale rappresenta un mezzo di "lotta alla criminalità", ogni novità legislativa diretta a ricondurre il potere cautelare nella sua dimensione fisiologica è destinata all'insuccesso.

¹² In tema, la ricostruzione e le prospettive tracciate da Giuluz, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, *Proc. pen. giust.*, 2013, 6, 111 ss.

¹³ Cfr., *supra*, § (Segue): custodia cautelare e nuove prognosi sulla pena.

¹⁴ Anche per una completa ricognizione degli orientamenti,

Aprile, *La motivazione delle ordinanze cautelari e l'impiego della tecnica informatica del "copia e incolla": usi e abusi nella prassi giudiziaria*, *Proc. pen. giust.*, 2012, 6, 105 ss.

¹⁵ Cfr., le lucide riflessioni di Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, *Cass. pen.*, 2014, 22 ss.