

**CONFRONTO DI IDEE SU: LE DEROGHE ALLA LEGALITÀ
TRA EMERGENZA ATTUALE E STABILIZZAZIONE FUTURIBILE**

ADOLFO SCALFATI

**La custodia cautelare durante
l'emergenza sanitaria: leggi confuse e illiberali**

La paralisi giudiziaria ai tempi del virus può comportare un prolungamento della detenzione custodiale; la disciplina è irragionevole e, a tratti, si presenta in attrito palese con i principi fondamentali.

Pre-Trial Detention during Health Emergencies: Confusion and Violation of Fundamental Freedoms of the Individual in New Provisions

The judicial paralysis during the pandemic can lead to longer pre-trial detentions; these provisions are unreasonable and contrast fundamental rights.

SOMMARIO: 1. Compilatori allo sbando. - 2. I detenuti in attesa di giudizio restano in carcere. - 3. Termini di custodia sospesi: una scelta irragionevole. - 4. La richiesta di trattare il procedimento: nodi problematici.

1. *Compilatori allo sbando.* Ai tempi del virus, la disciplina in tema di misure cautelari è stata regolata dall'art. 83 d.l. 17 marzo 2020 n. 18, istituendo una paralisi dei termini di custodia che dura quanto la sospensione dell'attività giudiziaria; la previsione riguardava il periodo 9 marzo - 15 aprile 2020 ed è seguita da tre interventi legislativi che generano tortuosi percorsi di lettura.

In ordine cronologico, il primo correttivo, l'art. 38 d.l. 8 aprile 2020, n. 27, ha prorogato i tempi di sospensione giudiziaria dal 16 aprile all'11 maggio 2020, tuttavia, facendo salvi i casi in cui i termini di custodia cautelare contemplati dall'art. 304 c.p.p. scadano nei sei mesi successivi all'11 maggio 2020. Così scritta, la regola lasciava aperti due interrogativi: se ci si riferisse (questione già sorta sull'analoga disciplina sancita dall'art. 83, comma 3, lett. b), d.l. 17 marzo 2020, n. 18) alla scadenza dei tempi di sospensione *intermedi*, a quelli *complessivi* o ad entrambi, richiamati dall'art. 304 comma c.p.p.; se il *dies a quo* per il computo dei termini custodiali dovesse effettivamente coincidere con l'11 maggio 2020, senza tener conto della sospensione giudiziaria iniziata già il precedente 9 marzo.

La seconda modifica è avvenuta con l'art. 1 della legge di conversione (24 aprile 2020 n. 27) del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 che, però, non ha tenuto conto dalla menzionata proroga temporale introdotta dall'art. 38 d.l. 8 aprile 2020 n. 27; pertanto, essendo la legge di conversione successiva al d.l. 8 aprile 2020, si potrebbe sostenere che la sospensione dell'attività giudiziaria da quest'ultimo prolungata (fino all'11 maggio 2020) venga meno a partire dalla data di efficacia della disciplina posteriore (appunto, la legge 24 aprile 2020 n.

27, entrata in vigore il 30 aprile 2020). Stesso fenomeno quanto alla non operatività della sospensione giudiziaria quando i termini massimi di custodia siano prossimi a scadere: l'art. 83 comma 3 lett. b) d.l. 17 marzo 2020 n. 18, nel testo convertito dalla legge 24 aprile 2020 n. 27, continua a stabilire che la paralisi non si realizza se *durante i tempi previsti per la sospensione maturino i termini di custodia previsti dall'art. 304 c.p.p.*; cosicché, per la successione temporale delle leggi, sembrerebbe superato nuovamente il disposto dell'art. 38 dl 8 aprile 2020 n. 27 nella parte in cui neutralizza la sospensione dei tempi procedurali per le vicende in cui i termini di custodia di cui *all'art. 304 c.p.p. scadano nell'ambito dei sei mesi successivi all'11 maggio 2020*.

Infine, nel tentativo di rimediare ai vistosi difetti di coordinamento, l'art. 3 d.l. 30 aprile 2020 n. 28 comma 1 lett. a) e b) è ancora intervenuto sull'art. 83 d.l. 17 marzo 2020 n. 18, modificato dalla legge di conversione 24 aprile 2020 n. 27, non sostituendo il termine finale della paralisi giudiziaria originariamente stabilito (art. 83 comma 1: 15 aprile 2020), bensì manipolando il solo art. 83 comma 6 (*«le parole 16 aprile sono sostituite dalle seguenti: 12 maggio»*) che si limita a sancire i compiti degli uffici giudiziari per fronteggiare l'emergenza sanitaria; la qual cosa potrebbe rafforzare l'idea che dal 30 aprile 2020 (data di entrata in vigore della legge 24 aprile 2020 n. 27) la sospensione dell'attività forense non sia più attuale. Quest'ultimo intervento, in ogni caso, chiarisce (finalmente) che la neutralizzazione dei termini giudiziari non opera se *durante il periodo di sospensione o nei sei mesi successivi maturino i tempi complessivi di custodia contemplati dall'art. 304 comma 6 c.p.p.*, con chiaro riferimento allo scadere dei soli limiti massimi e non anche di quelli intermedi.

Insomma, nell'attesa di nuove ortopedie, quattro provvedimenti normativi influiscono sul decorso dei tempi procedurali e dei termini di custodia, manifestando la pessima fattura normativa e il disorientamento di un legislatore destinato rincorrere i propri errori in una materia che pretende un elevato tasso di determinatezza.

2. *I detenuti in attesa di giudizio restano in carcere.* Nel complesso, la manovra legislativa è sorda alle tutele fondamentali: diritto alla salute e libertà personale, quest'ultima, anche in rapporto alla presunzione di non colpevolezza. L'art. 123 commi 1, 2 e 3 d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020 n. 27) permette, a talune condizioni, di sostituire al carcere il regime domiciliare verso chi ha un residuo pena di sei mesi (nella legge di conversione, possono essere sette) e subordina lo stesso beneficio al monitoraggio elettronico per il condannato che deve scontare da sei

mesi e un giorno a 18 mesi di carcere. Il legislatore, all'opposto, non ha previsto misure di "sfollamento" per i detenuti in attesa di giudizio e, così, l'imputato, nonostante sia garantito dalla presunzione di non colpevolezza, è trattato peggio del condannato: quest'ultimo - stante l'attuale *status* di recluso che, pertanto, non ha conseguito nemmeno misure alternative - può ottenere un regime meno stringente pur quando la scarcerazione rivelasse un rischio pari o maggiore rispetto a quello fronteggiato dalla custodia cautelare disposta per l'imputato.

Si tratta di una scelta lesiva della parità di trattamento dinanzi al diritto alla salute che coinvolge l'*habitat* penitenziario, anche in un'ottica di tutela collettiva; senza dire, sul non innocuo versante pratico, che l'indirizzamento dei "braccialetti elettronici" verso i detenuti condannati sottrae risorse al loro impiego per i bisogni cautelari, accrescendo di fatto il ricorso alla misura custodiale più grave.

Durante il periodo emergenziale, indipendentemente dalla sensibilità che mostrerà la magistratura, la stessa adozione della misura carceraria, incluse le pre-cautele laddove presentino margini di discrezionalità, avrebbe dovuto essere disciplinata secondo un criterio di proporzionalità dinanzi alla necessità di non accrescere rischi per la salute quale prerogativa meta-individuale.

Sorprende, invece, la prospettiva autoritaria concernente l'uso dello strumento processuale. Ai tempi del virus, l'assenza di una disciplina volta a limitare l'impiego della misura carceraria (ricoveri in luoghi di cura o presso le REMS) - né al momento impositivo, né nell'ottica di sfoltoimento penitenziario per la custodia in atto - è priva di ragionevolezza laddove manca di bilanciare il grado delle esigenze cautelari con il rischio di contaminazione virale. Non era difficile pensare ad una soluzione di salvaguardia, dinanzi ai gravi pericoli per la salute; non mancano esempi nella disciplina codicistica dove il grado del contenimento trova un punto di equilibrio tra la peculiare gravità del *periculum* e la tutela sanitaria.

3. *Termini di custodia sospesi: una scelta irragionevole.* All'opposto, non solo mancano soluzioni di sfoltoimento carcerario, ma i provvedimenti sinora varati disciplinano la materia cautelare prescrivendo che durante il tempo di paralisi giudiziaria dovuta all'emergenza sanitaria i termini di custodia non decorrano, salvo che la difesa chieda di procedere.

Ed ecco il punto più serio: si tratta di una linea decisamente censurabile che non tiene conto dei valori in gioco.

Per meglio valutare tale profilo, occorre non trascurare il complesso della disciplina codicistica in tema di sospensione dei tempi custodiali. Questa costituisce un utile *tertium comparationis* laddove, nel contemplare quattro distinte categorie di “prolungamento” dei termini, approda a forme di contemperamento tra la durata della privazione cautelare ed *esigenze funzionali intrinseche* alla dinamica dei tempi giudiziari; lungi dal postulare automatismi, la disciplina codicistica appare differenziata in ragione di distinte *rationes*, operando talvolta sui c.d. termini di fase, talaltra anche o solo sui termini complessivi ed è perlopiù garantita dall’intervento del giudice. Nessuna previsione, in definitiva, paralizza indiscriminatamente il decorso dei termini, per di più, in rapporto a *fattori esterni* (es., un terremoto, il crollo del palazzo di giustizia) sganciati dalla gestione delle singole vicende processuali. E così, innanzitutto, si contempla il c.d. congelamento dei termini intermedi (c.d. termini di fase) nei giorni in cui si tengono le udienze e di quelli impiegati per deliberare la sentenza (art. 297 comma 4 c.p.p.). Poi, è prevista la sospensione dei termini di fase e di durata massima nelle ipotesi di rinvio del dibattimento dovuto alla richiesta o alla mancanza dell’imputato o del difensore o nei casi di stesura non contestuale della motivazione in giudizio (art. 304 comma 1 lett. a), b), c) c.p.p.). Inoltre, è prescritta la sospensione dei termini anche intermedi per i giorni d’udienza e per quelli necessari a deliberare la sentenza, quando si procede per delitti di peculiare allarme sociale (art. 304 comma 2 c.p.p.). Infine, è stabilita la proroga dei termini di fase per l’espletamento di prova peritale o nell’ipotesi di particolare complessità delle indagini (art. 305 c.p.p.).

Ferma restando, in assoluto, l’apprezzabilità o meno di ciascuna scelta legislativa che prolunga la custodia *ante iudicium*, nel complesso, le differenziate clausole poste al fondo della disciplina codicistica per fronteggiare il rischio di scarcerazione dovuto a decorrenza termini si spiega secondo tre macro-cause: le manovre dilatorie della difesa volte a differire la durata del giudizio; l’accertamento di delitti di gravissimo allarme sociale, secondo una logica largamente diffusa della “pluralità dei binari di trattamento”, al quale sono di solito legati processi più duraturi; e, infine, la presenza di tempi oggettivamente lunghi in funzione della complessità di specifiche esigenze istruttorie.

Tornando alla normativa emergenziale, l’art. 83 comma 4 d.l. n. 18 del 2020 convertito dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, come anticipato, prevede che durante la sospensione dei termini giudiziari sia automaticamente neutralizzato anche il decorso dei tempi di custodia, sia intermedi, sia di durata complessiva (art. 303 c.p.p.). Rispetto alla trama codicistica - la quale raggruppa clausole so-

spensive funzionali a necessità *differenziate intrinsecamente connesse all'accertamento giudiziale* - il dato normativo emergenziale postula una ragion d'essere (si fa per dire) del tutto eccentrica: il prolungamento della custodia dipende dalla sospensione dell'attività giudiziaria indotta da *cause extraprocessuali* ed è *indiscriminatamente* diretto ad evitare che la maggior durata delle procedure spiani la via ad una più agevole scarcerazione per decorso dei termini. L'esigenza sanitaria, *fattore estrinseco* che ha sospinto il legislatore a disciplinare la paralisi giudiziaria, si riflette indistintamente sullo *status custodiae* e si nutre di ragioni tutt'altro che assimilabili a quelle che, secondo la legge processuale, permettono di neutralizzare i termini cautelari.

Peraltro, la sospensione assume un carattere automatico, sganciato da un intervento giudiziale che valuti se, stante il prolungamento custodiale e il rischio epidemiologico, l'esigenza cautelare possa essere fronteggiata con una misura non carceraria, secondo un rapporto di proporzione in concreto; l'assenza di ogni gradualità nella recente scelta legislativa si abbatte irragionevolmente sul custodito per cause indipendenti dal suo *status* di imputato.

Sotto tale profilo, non modifica le cose la regola secondo cui la paralisi dell'attività giudiziaria non opera quando l'imputato chieda che si proceda (art. 83, comma 3 lett. b) n. 2, e comma 4, d.l. n. 18 del 2020), scelta che neutralizzerebbe anche la sospensione dei termini di custodia: si tratta di norma irrispettosa della libertà morale, perché rimette all'interessato un'opzione traumatica tra l'aumento del rischio per la salute di tutti i partecipanti - incluso il suo difensore - connesso alla prosecuzione dell'attività giudiziaria e il prolungamento della custodia qualora egli presti acquiescenza; né, al riguardo, si potrebbe obiettare che, in tali casi, il rischio è temperato dalla possibilità di partecipare agli atti da remoto, considerando che la trattazione può coinvolgere, nell'unico processo, imputati agli arresti domiciliari per i quali la partecipazione assume una veste meno protetta.

In chiave più generale, non sfugge che la disciplina attribuisce all'imputato (e, persino al suo difensore) il diritto di regolare i tempi relativi alla propria libertà personale nel contesto giudiziario, mostrando di ritenere disponibile una prerogativa che la Carta fondamentale tutela con una "doppia riserva". Non si potrebbe replicare, sul punto, la incensurabilità della statuizione perché, in linea di fondo, ciascuno può auto-limitare la propria libertà: un conto è l'opzione "privata" sull'*an*, il *quando* e il *quomodo*, altro è che si degradi a disponibile un *diritto inviolabile del contesto giudiziario*, il quale può essere compresso solo a determinate condizioni. Se non si distinguono i due profili, si potrebbe con irragionevolezza sostenere la legittimità di un'ipotetica previ-

sione che sancisse, per esempio, la facoltà dell'imputato di recarsi in carcere volontariamente, in assenza di una misura impositiva.

Un ulteriore termine di raffronto, che irrobustisce la censura verso le regole appena introdotte, è costituito dalla disciplina del periodo feriale, laddove la sospensione dei termini del procedimento non implica la paralisi dei tempi di custodia, evitando che il rinvio della trattazione, *connesso a fattori estrinseci, non funzionali alle singole vicende giudiziali*, ricada a svantaggio dell'imputato detenuto. Se è vero che l'emergenza sanitaria non è comparabile alle ragioni poste a base della paralisi disciplinata durante il periodo feriale, ciò non induce a ritenere legittima un'incondizionata simmetria tra il "fermo" dell'attività giudiziaria e la sospensione del tempo custodiale.

Tutto ciò dal 9 marzo all'11 maggio 2020, l'effetto sospensivo può durare circa due mesi.

Ma la disciplina si presenta persino sconcertante quando aggancia il mancato decorso dei termini di custodia, nel periodo 12 maggio - 31 luglio 2020, alle scelte adottate dai singoli apparati giudiziari nella trattazione del carico; stando all'art. 83 commi 7 e 9 d.l. n. 18 del 2020 (convertito in legge e successivamente manipolato dall'art. 3 comma 1 lett i) d.l. 30 aprile 2020 n. 28), i capi degli uffici stilano linee guida vincolanti per fissare e rinviare le udienze. Anche in tali casi, resta sospeso il decorso dei termini intermedi e complessivi della custodia cautelare (art. 303 c.p.p.). Qui la disciplina, nella parte in cui si affida alla *soft law*, viola direttamente l'art. 13 comma 2 Cost. in punto di riserva assoluta di legge relativa ai casi di privazione della libertà, area nella quale rientrano anche le ipotesi di prolungamento custodiale. Insomma, sempre che l'imputato o il suo difensore non chiedano di procedere, saranno le linee guida di ciascun ufficio a prevedere, in modo intuitivamente difforme da sede a sede, quando trattare il processo e, pertanto, a stabilire quali imputati subiranno una custodia di più lunga durata.

Secondo un calcolo a spanne, l'emergenza sanitaria potrebbe determinare un prolungamento detentivo automatico di circa quattro mesi e 20 giorni. Un intervento d'illegittimità costituzionale della disciplina - che, considerati i tempi di un'eventuale pronuncia della Corte, potrebbe più facilmente riflettersi sul decorso "ora per allora" dei tempi complessivi - non sarebbe nemmeno garantito dalla riparazione per ingiusta custodia, perlomeno secondo la disciplina attuale.

4. *La richiesta di trattare il procedimento: nodi problematici.* Si è già detto che la paralisi giudiziaria non opera se l'imputato o il difensore chiedono di

procedere, con l'effetto di inibire la sospensione dei termini di custodia. Innanzitutto, la disciplinata sospensione dell'attività forense riguarda ogni atto del procedimento, incluse le indagini preliminari; pertanto, se il diritto di presentare la domanda di "procedere" non allude solo alle udienze, ma riguarda ogni segmento giudiziario, l'immunità dalla sospensione dei termini può essere fatta valere a partire dalla data di entrata in vigore della disciplina. Detto in altri termini, il decorso dei termini custodiali sono paralizzati fin quando il diritto a chiedere la trattazione non venga esercitato, circostanza temporale che non coincide necessariamente con la realizzazione di un atto o di un'udienza.

La richiesta di procedere dev'essere "espressa": non valgono formule generiche e sono rischiose quelle equipollenti o sostitutive, come potrebbe essere la semplice domanda dell'imputato di partecipare ad un atto tramite collegamento da remoto.

Se la sospensione dei termini di custodia cessa con la domanda di procedere, si deve ritenere che il *dies a quo* coincida con il momento in cui l'atto di parte perviene all'ufficio giudiziario, aspetto che, per i detenuti in carcere e per i custoditi presso il domicilio, rispettivamente, corrisponde alla data della presentazione presso l'ufficio penitenziario o agli organi di polizia giudiziaria (art. 123 c.p.p.). La volontà di procedere, una volta manifestata, non richiede ulteriori conferme dinanzi ad atti successivi. Non essendo immutabile per legge, niente, invece, impedisce che, una volta proposta, la richiesta di procedere sia successivamente revocata, facendo salvi gli atti già compiuti e i termini decorsi fino al *contrarius actus*.

Passando ad altro fronte, non sono trascurabili taluni provvedimenti emanati dai responsabili degli uffici giudiziari, laddove stabiliscono che, per ragioni organizzative, la richiesta di trattazione delle udienze deve pervenire, per essere accolta, con congruo anticipo. Per quanto non sia innocuo subordinare il diritto di procedere dell'imputato ad un termine non previsto dalla legge, sarebbe contrario ai principi della Carta fondamentale (artt. 13 comma 2 e 111 comma 2 Cost.) sostenere che la richiesta pervenuta oltre i termini sanciti da un ordine amministrativo resti priva di effetti anche sul terreno dei tempi cautelari.

E ancora, non è semplice sciogliere il nodo relativo all'effetto sui coimputati della richiesta di trattazione proveniente solo da alcuni di essi. Determinando implicazioni sulla libertà personale - profilo non disponibile ad opera di terzi - la domanda di procedere dovrebbe comportare la paralisi del decorso dei termini custodiali solo verso chi la propone. Tale soluzione dovrebbe anche

comportare il proseguimento dell'attività giudiziaria solo nei confronti di chi lo abbia richiesto: nell'ipotesi di procedimenti plurisoggettivi, non è pensabile che la prosecuzione avvenga anche verso chi, per motivi connessi al rischio sanitario, non presenti alcuna richiesta. Del resto, il diritto alla salute, di rango primario, non può essere compromesso da esigenze di funzionalità che indurrebbero alla trattazione congiunta del procedimento.

Interrogativi distinti pone la richiesta che, in alternativa all'imputato, può essere avanzata dal difensore, anche d'ufficio. Il primo punto riguarda l'ipotesi del professionista che non si attiva, senza un previo concerto con l'assistito; l'inerzia potrebbe generare la pretesa risarcitoria qualora l'imputato accampasse di non essere stato adeguatamente informato circa gli effetti della mancata richiesta, circostanza che induce prudenzialmente ad un'intesa scritta. Inoltre, all'opposto, la domanda di procedere avanzata dal difensore potrebbe diventare inefficace se il custodito manifestasse una volontà susseguente.

Più delicato è il quesito sulla permanenza dell'obbligo difensivo del professionista d'ufficio quando l'imputato avanzi la richiesta di procedere; è difficile dire se il rischio di contaminazione virale connesso all'attività forense legittimi un diniego del ruolo (la domanda, in realtà, si potrebbe estendere al caso di qualunque altra persona chiamata a svolgere la funzione giudiziaria, innestando un tema del tutto nuovo sul piano di un inedito bilanciamento degli interessi in campo). La risposta, perlomeno sulla base dell'attuale disciplina processuale, appare negativa. Il professionista affidatario del *munus* d'ufficio, considerata la sua dimensione schiettamente pubblicistica, può essere sostituito solo per giustificato motivo (art. 97 comma 5 c.p.p.), previsione che allude a ragioni specifiche riferibili al singolo avvocato, ma non anche a cause astrattamente in grado di giustificare il diniego professionale da parte dell'intera categoria com'è, appunto, il rischio del contagio; naturalmente, diverso è il caso del singolo professionista affetto da patologie che aumentino il pericolo di ammalarsi, dove potrebbe concretamente ricorrere il "giustificato motivo" della sostituzione.

Da ultimo, spicca la regola secondo cui, nelle vicende dinanzi alla corte di cassazione, la richiesta di procedere può essere avanzata solo da parte del difensore e non autonomamente dall'imputato (art. 83 comma 3 *bis* d.l. 17 marzo 2020 n. 18, aggiunto dalla legge di conversione); peraltro, è inibito l'esercizio della facoltà da parte di un professionista non abilitato, perlomeno così sembra doversi tradurre la scelta normativa di legittimare solo «il difensore che (...) rappresenta [l'imputato] dinanzi alla Corte». Si tratta di una disciplina ossequiosa verso la magistratura superiore che risponde alle esigenze

manifestate dai vertici dell'ufficio giudiziario. Tuttavia, se può capirsi la *ratio* di affidare l'iniziativa di stimolare la procedura all'unico soggetto che assume la veste di partecipante difensivo nel giudizio di legittimità - non avendo l'imputato un autonomo *jus postulandi* (art. 613 commi 1 e 2 c.p.p.) - il precludere il diritto al custodito non si giustifica dinanzi agli effetti sul decorso dei tempi di custodia che produce la richiesta. All'imputato - colui che subisce il prolungamento cautelare dovuto alla sospensione dei termini - è sottratta la facoltà di evitare la più estesa privazione *de libertate* attraverso una disciplina che, pertanto, si presenta in serio attrito con l'eguaglianza di trattamento.