

## Tempi duri per i legislatori liberali, di Massimo Ceresa Gastaldo

Un contributo alla discussione sul carcere preventivo, rispondendo a Francesco Viganò

*www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2014*

1. In teoria, siamo tutti d'accordo. Bisogna evitare il più possibile di ricorrere al carcere durante il processo: la violazione della libertà personale *ante iudicium* è una violenza che mal si concilia con il divieto di trattare l'imputato come colpevole. Forse non potremo mai farne a meno, perché è un "male necessario", ma certamente dobbiamo consentirlo solo in casi eccezionali.

Sempre in teoria, non solo l'eccezionalità della cautela restrittiva, ma anche la proporzionalità del sacrificio («ogni **misura** deve essere **proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata**»: art. 275 comma 2 c.p.p.), è un valore guida che ci trova tutti concordi. Come si può accettare l'idea che l'imputato sconti un periodo di detenzione preventiva addirittura maggiore della pena prevista dalla legge o che potrebbe subire per il reato in accertamento?

Le esigenze di funzionalità del processo (ma anche quelle di tutela sociale, che per la verità conducono, più che a misure cautelari, a improprie misure di sicurezza) non possono prevalere sulla inviolabilità della libertà personale se non in presenza di un effettivo e proporzionato "rischio pena". Cosa che, beninteso, non vale affatto a giustificare di per sé l'uso della forza contro il prevenuto, né tantomeno ad autorizzare *a contrariis* impieghi del carcere in funzione anticipatoria della sanzione, ma, esattamente al contrario, costituisce una **condizione imprescindibile di legalità** della restrizione.

Il potere coercitivo cautelare (anche su questo il consenso dovrebbe essere unanime), a prescindere dalla ragione "probatoria", "preventiva" o "conservativa" della misura, è privo di legittimazione tutte le volte in cui (non solo manchi un grave quadro indiziario che consenta di formulare una prognosi, sia pur provvisoria, di condanna, ma) si possa escludere che venga esercitato in concreto il potere punitivo, ossia che l'esito del giudizio di responsabilità, ancorché positivo, si traduca in una effettiva privazione della libertà personale.

2. È la stessa ragione, in fondo, che vieta la misura di massimo rigore in presenza di **limiti edittali** inferiori a una certa soglia (fissata dall'art. 280, comma 2 c.p.p. e ribadita nell'art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p.), che si fa carico, appunto, di contenere entro un valore accettabile il rischio di rinchiudere in un istituto penitenziario chi potrebbe non meritare di entrarvi. Un tetto, evidentemente, affidato alla discrezionalità (e alla sensibilità) del legislatore, che non a caso è stato nel tempo via via elevato: originariamente fissato dal codice in tre anni, è passato prima a quattro anni, con la legge n. 332 del 1995, e quindi a cinque (salvo la davvero bizzarra, e poco ragionevole eccezione del reato di finanziamento illecito dei partiti), con il decreto legge n. 78 del 2013.

Nel quadro di un più ampio disegno di riforma, l'ultimo innalzamento del limite mira anche a un **diverso, contingente** ma non meno **rilevante risultato**: quello di ridurre il flusso dei soggetti in ingresso negli istituti penitenziari, per rispondere all'urgente necessità - che, sempre astrattamente speculando, tutti avvertiamo - di **contenere** il drammatico fenomeno del **sovraffollamento carcerario**, stigmatizzato in più occasioni dalla Corte costituzionale (tra le ultime, C. cost. n. 279 del 2013) e dalla Corte e.d.u., che con l'assai nota "sentenza pilota" emessa l'8 gennaio 2013 nel "caso Torreggiani" non solo ha condannato (ancora) l'Italia per trattamento inumano e degradante dei detenuti in violazione dell'art. 3 C.e.d.u., ma ha raccomandato l'adozione di interventi strutturali che prevedano, in particolare, l'applicazione di misure punitive non private della libertà personale

in alternativa a quelle carcerarie e la **riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere**.

**3.** E ancora. Qualcuno dubita della necessità e dell'urgenza di imprimere «una decisa accelerazione al processo di riforma di quei settori dell'ordinamento penale e penitenziario che offrono le più promettenti potenzialità deflative del prison overcrowding, in tal modo favorendo, nel contempo, una detenzione più umana e dignitosa a quei soggetti che non possono aspirare a forme di esecuzione esterna al circuito penitenziario» (così la Relazione della "Commissione Giostra")? Mi sembra davvero difficile dissentire. Ma una legislazione penitenziaria "mite", favorevole alle misure non detentive, all'umanizzazione del trattamento punitivo e alla creazione di effettive condizioni per la risocializzazione del condannato, porta inevitabilmente a rendere sempre più residuale il ricorso alla detenzione. E sullo stesso obiettivo convergono anche le importanti, apprezzabili **riforme** (realizzate e in progetto) **del sistema sanzionatorio**.

Il che dovrebbe condurre ad un'ulteriore, condivisa considerazione: proprio lo sviluppo delle alternative alla pena rende ancor più intollerabile l'istituto della carcerazione cautelare. Si può accettare l'idea di un bilanciamento tra protezione della libertà e interessi collettivi coinvolti nel processo penale, ma non si può mettere a repentaglio il diritto inviolabile dell'individuo in situazioni nelle quali il sacrificio risulta macroscopicamente sproporzionato.

**4.** Non può allora che meritare **incondizionato sostegno** la scelta del legislatore (art. 8 d.l. 26 giugno 2014, n. 92) di interpolare l'art. 275, comma 2-*bis* c.p.p. introducendovi - accanto al divieto di ricorrere agli arresti domiciliari, oltre che alla custodia cautelare in carcere, quando si reputa che possa essere concessa la sospensione condizionale della pena - la **preclusione all'impiego del carcere preventivo** nei casi in cui sia prevedibile che, all'esito del giudizio, la **pena detentiva da eseguire** (il riferimento mi pare inequivocabile: si tratta della pena alla quale si ipotizza che l'imputato possa essere condannato, ovvero quella già determinata in una sentenza non ancora definitiva) **non sarà superiore a tre anni**.

La *ratio* dell'intervento è più che evidente e denota la seria volontà di **superare**, finalmente, la **concezione carcere-centrica delle cautele processuali**. Si intende evitare il sacrificio della libertà personale dell'imputato tutte le volte in cui si può ritenere che questi, quand'anche venisse irrevocabilmente condannato, con ogni probabilità non entrerà in carcere, perché l'entità contenuta della pena (quello dei tre anni è il più basso dei limiti fissati dall'art. 656, comma 5° c.p.p.) gli consentirà di accedere a una misura alternativa alla detenzione.

Durante le indagini e fino alla pronuncia di primo grado (dopo fa fede il provvisorio accertamento giudiziale del fatto), il giudice sollecitato dalla richiesta cautelare del p.m. a riscontrare la sussistenza di un grave quadro indiziario, ha dunque ora il compito di compulsare gli atti anche per valutare gravità del reato e capacità a delinquere dell'imputato e fondare la stima della pena detentiva in concreto irrogabile: se non superiore ai tre anni, saranno ammissibili solo le misure extracarcerarie.

**5.** Certo, la preclusione, così com'è strutturata, finisce per applicarsi anche a casi in cui, in pratica, il condannato potrebbe non aver diritto di beneficiare delle misure alternative. Il solo riferimento ai tre anni di pena detentiva non consente, infatti, di escludere *tout court* l'esecuzione in carcere della pena, non trattandosi evidentemente di un esito automatico della fase esecutiva, ma di una concessione, su istanza dell'interessato, affidata alla valutazione del tribunale di sorveglianza.

Da questo punto di vista, la regola potrebbe essere **agevolmente migliorata**. Basterebbe aggiungere, in fondo: «*e potranno essere concesse misure alternative alla detenzione*». Una

integrazione, in questo senso, della piattaforma valutativa consentirebbe di ovviare ad una “immunità” cautelare non collegata ad alcuna valutazione di proporzionalità (perché automaticamente applicata anche in casi di ritenuta non meritevolezza della misura alternativa), senza peraltro destare alcuna preoccupazione per l’ampliamento degli spazi di **discrezionalità del giudice** cautelare.

Come sanno tutti (processualpenalisti e non) in quella sorta di *mock trial* che è sempre il procedimento incidentale cautelare, la valutazione di gravità indiziaria è un **giudizio prognostico completo**, ancorché allo stato degli atti, che riguarda non solo il fatto materiale e tipico, la colpevolezza, l’antigiuridicità e la punibilità, ma anche il *quantum* di pena che in concreto potrebbe essere applicata. La decisione cautelare presuppone l’acquisizione di elementi, di natura rappresentativa o logica che, pur senza provare oltre ogni ragionevole dubbio la colpevolezza, consentono di prevedere che, acquisiti come prova, saranno idonei a fondare il giudizio di responsabilità. Il giudice della misura deve, sempre, dimostrare la sussistenza di una qualificata, elevata probabilità di condanna, concretamente attendibile e fondata su una piattaforma indiziaria apprezzata sulla base della stessa regola valutativa dettata per la prova della colpevolezza.

Insomma: la norma così integrata non esigerebbe, a ben vedere, nulla di più di quanto già non debba essere oggi scrupolosamente riscontrato in base all’art. 273 c.p.p.

**6.** Ad ogni modo, con o senza questa aggiunta, la disposizione resta un **presidio di reale garanzia**, che attraverso l’ideale collegamento tra il piano cautelare e quello dell’esecuzione della pena traduce e rende effettivo il principio di proporzionalità, riducendo significativamente il rischio (come già in parte si era incaricato di fare il d.l. n. 78 del 2013, con il ricordato innalzamento della “soglia di accesso” al carcere preventivo) di infliggere all’imputato un sacrificio ingiusto.

Una disposizione che oltretutto ha anche il merito, tutt’altro che secondario, di liberare dall’*impasse* in cui si era arenato il “disegno di legge Ferranti” di modifica della disciplina delle misure cautelari (proprio a causa della doppia approvazione, da parte della Camera e del Senato, di una versione non perfetta della disposizione interpolativa del comma *2-bis* dell’art. 275 c.p.p.), consentendo così il rapido passaggio in aula per il varo dell’importante riforma.

**7.** Se, però, accantonati i principi, si guarda alla norma con le lenti scure, sempre di moda, dei sostenitori delle priorità securitarie, anche interventi saggi e coraggiosi come quello del Governo rischiano l’impopolarità.

È talmente forte, ormai, l’**assuefazione all’idea della normalità** del ricorso alla coercizione preventiva, che la prospettiva di rinunciare alla custodia crea gravi stati ansiosi.

Da perfetto **sedativo delle paure collettive**, la terapia del carcere (per definizione efficace) non può essere interrotta senza scompensi. In quest’ottica, una norma che impedisce, sotto certe soglie, il soddisfacimento delle esigenze cautelari dev’essere cancellata.

Non c’è da sorprendersi che si siano già levate le prime voci critiche (e molte altre si sentiranno ancora nei prossimi giorni) per invocare un *revirement*, nel nome della sicurezza sociale, della tutela delle vittime del reato, della necessità di rassicurare l’opinione pubblica, allarmata dal delitto, sulla capacità dello Stato di rispondere al crimine con tempestività e fermezza. E ancor meno stupisce che le ragioni del dissenso scivolino verso 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.

Sono gli argomenti, comuni e diffusi, che accompagnano sempre le riforme in senso liberale della giustizia penale. Che per fortuna, magari a fatica, si fanno comunque.