

## BREVI RIFLESSIONI SISTEMATICHE SULLE MISURE CAUTELARI DOPO LA L. N. 47 DEL 2015

di Giorgio Spangher

1. La recente riforma della custodia cautelare, metabolizzati i frammenti dell'intervento legislativo, si presta a qualche breve riflessione di sistema.

Sono sicuramente almeno quattro le linee politiche e culturali lungo le quali si è sviluppata l'azione riformatrice; peraltro, non separate, ma spesso intersecate tra loro.

Una prima è costituita dallo sviluppo delle indicazioni della Corte costituzionale tese al superamento delle presunzioni, evidenziando in qualche modo un ritorno all'impostazione originaria della disciplina della materia.

Sicuri indici di questo assunto sono costituiti, innanzitutto, dalla nuova formulazione del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. dove sono ridotte a tre (artt. 270, 270 *bis*, 416 *bis* c.p.) le presunzioni assolute di pericolosità suscettibili di determinare la restrizione inframuraria, fatta salva la dimostrazione della mancanza di esigenze cautelari. Invero, non si assiste ad un completo "ritorno al passato", perché la stagione emergenziale della c.d. sicurezza ha lasciato il segno, com'è noto, anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, attraverso la costruzione della presunzione relativa di pericolosità (C. cost. n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011; n. 110 del 2012; n. 57 del 2013; n. 213 del 2013; n. 232 del 2013; n. 48 del 2015).

Sono riconducibili a questa stessa filosofia della valutazione da parte del giudice della variabilità delle situazioni di pericolosità anche le modifiche all'art. 276, comma 1 *ter*, c.p.p. ed all'art. 284, comma 5 *bis*, c.p.p. ove si prevede che il giudice, nel valutare la violazione alle prescrizioni del divieto di allontanarsi dal luogo della restrizione, ovvero le implicazioni di una accertata evasione debba tener conto se si tratti o meno di un fatto lieve (il riferimento è alle violazioni e non al fatto per il quale è stata applicata la misura).

Una seconda linea di intervento è costituita dalla scelta – precisa – di evitare il ricorso al carcere quale misura cautelare: si tratta dell'onda lunga della sentenza Cedu Torreggiani, già materializzatasi nella c.d. legislazione svuota-carceri, nel cui contesto si segnalano le modifiche agli artt. 280 e 274, lett. *e*, c.p.p. (con l'elevazione a cinque anni della soglia della pena massima fissata per i reati ai quali può conseguire l'applicazione del carcere) e la interpolazione del comma 1 *bis* dell'art. 276 c.p.p. ove si esclude la detenzione carceraria in caso di prognosi di una condanna con pena inferiore a tre anni. Alla stessa filosofia sono ispirate le modifiche di cui all'art. 275 comma 4 c.p.p. ed all'art. 285 *bis* c.p.p. in tema di detenute madri.

Completano questa filosofia la previsione di un onere specifico di motivazione dell'applicazione del carcere in relazione all'impossibilità di ritenere adeguato a fronteggiare le esigenze cautelari l'applicazione degli arresti domiciliari con le procedure di controllo del braccialetto elettronico (art. 275, comma 3 *bis*, c.p.p.).

La terza linea dell'intervento *de quo* è riconducibile all'elaborazione della Commissione Canzio ed, in particolare, alle proposte dei lavori della sottocommissione che si è occupata di questa parte della riforma nel contesto di una più ampia riscrittura del codice di procedura penale (le altre parti riguardavano le indagini preliminari, i riti speciali, le impugnazioni).

L'obiettivo era quello di correggere alcune patologie del sistema anche alla luce di alcune pronunce delle Sezioni unite che non risultavano particolarmente condivise.

Invero, non tutte le proposte sono state recepite in sede parlamentare: è stata stralciata dal governo l'ipotizzata modifica dell'art. 104 c.p.p. e non è stata accolta la proposta di abrogazione dei commi 1 *bis* e 2 *ter* dell'art. 275 c.p.p.

Sono stati, invece, condivisi dal Parlamento i suggerimenti in tema di attualità, oltre che di concretezza, delle esigenze cautelari (art. 274, comma 1, lett. *b* e *c*, c.p.p.), la non decisività della gravità del titolo del reato per il quale si procede, la possibilità del cumulo delle misure cautelari, al di fuori dei casi già previsti dagli artt. 276 e 307 c.p.p., sia nel momento genetico, sia in sede di sostituzione (artt. 275, comma 3 e 299, comma 4, c.p.p.); il netto superamento della possibilità delle motivazioni *per relationem*, richiedendosi una autonoma riflessione giustificativa da parte del giudice (art. 292, comma 2, lett. *c* e *c bis*, c.p.p.) e affidando ai poteri di controllo del tribunale della libertà un preciso potere di annullamento (art. 309, comma 9, c.p.p.); la previsione del termine di 10 giorni dal ricevimento degli atti, pena la perdita di efficacia della misura per la decisione anche in caso di annullamento da parte della Cassazione e rinvio al tribunale della libertà (riesame e appello) (art. 311, comma 5 *bis*, c.p.p.); la fissazione di un termine (tra i 30 e i 45 giorni), a pena di perdita di efficacia della misura, per il deposito della motivazione (art. 309, comma 10, c.p.p.).

L'ultima linea di lettura del provvedimento di riforma ha riguardato gli apporti riformatori introdotti dalle Commissioni Giustizia di Camera di Senato – con indicazioni non sempre coincidenti e in qualche caso divergenti –: al riguardo, si segnalano le previsioni in tema di richiesta da parte dell'imputato del differimento dell'udienza (art. 309, comma 9 *bis*, c.p.p., escludendosi, invece, l'ipotesi di poteri ufficiosi in materia, ipotizzati in prima lettura (art. 309, comma 9 *bis*, c.p.p.); il diritto dell'imputato di chiedere con il riesame di poter partecipare personalmente all'udienza (art. 309, commi 6 e 8 *bis*, c.p.p.); l'estensione delle previsioni del riesame delle misure cautelari personali anche alla procedura di riesame delle misure cautelari reali (art. 324, comma 7, c.p.p.), ma soprattutto sia la disposizione per la quale in caso di perdita di efficacia della misura la stessa non può essere reiterata, fatta salva l'ipotesi in cui sussistano eccezionali esigenze cautelari (art. 309 comma 10, c.p.p.), sia l'esclusione di una ipotesi specifica di responsabilità disciplinare in caso di mancato rispetto dei termini della decisione e della motivazione.

Vanno altresì segnalate, in questo contesto, la marginale modifica della disciplina dell'interrogatorio di garanzia nell'ipotesi di cui all'art. 289 c.p.p., nonché le nuove regole in tema di durata delle misure interdittive (art. 308 c.p.p.).

2. Componendo il quadro nel quale queste linee di intervento sono confluite, si può affermare che l'elemento centrale, attorno al quale si articola la riforma può essere fatto risalire al rinforzato onere della motivazione sia del provvedimento cautelare (genetico) (art. 292 c.p.p.), sia di quello sottoposto a controllo (art. 309 c.p.p.). Il dato sottende significative implicazioni (anche al di là di quanto potrebbe dedursi in relazione al tema della responsabilità civile del magistrato: arg. *ex l. n. 117 del 1988 come integrata dalla l. n. 18 del 2015*).

Sotto il primo profilo, confluiscono nell'ordinanza cautelare tutti gli elementi racchiusi negli artt. 272 – 291 c.p.p.: cioè, i presupposti delle misure (indizi, esigenze, ipotesi di reato), la loro scelta, le situazioni escluse, quelle connesse agli sviluppi processuali e comportamentali del soggetto a cui si riferiscono.

Tutti questi elementi devono trovare riscontro nella motivazione dell'ordinanza, che deve essere oggetto di autonoma valutazione da parte del giudice che non potrà più (soltanto) richiamare il contenuto della richiesta del p.m. (o della p.g.), nonché ricopiare gli atti a supporto, ma dovrà "filtrare" i vari elementi nei presupposti fissati dal legislatore.

Questo dato – che si è arricchito nei presupposti e nella loro valutazione – sarà oggetto di controllo, sicuramente da parte del giudice che ha emesso la misura nell'interrogatorio di garanzia ma – se attivato – nel giudizio di riesame (art. 309, comma 9, c.p.p.).

Invero, nel tempo le garanzie difensive in materia cautelare, originariamente incentrate sul riesame (si pensi alla conoscenza degli atti) sono state progressivamente anticipate (arg. *ex artt. 293 e 294 c.p.p., ex art. 291 comma 1 c.p.p. in tema di onere del p.m. di trasmettere al giudice gli elementi favorevoli, ex C. cost. n. 192 del 1997 in tema di copia degli atti; ex C. cost. n. 336 del 2008 in tema di diritto alla trasposizione su nastro magnetico delle intercettazioni*).

Con questa riforma, significativamente il ruolo del riesame – va ribadito, se il difensore riterrà utile attivarlo – si rafforza, acquistando un "nuovo" ruolo e valenza.

Sono molti gli elementi che concorrono a questa conclusione.

In primo luogo, va sottolineato il diritto dell'imputato – che ne abbia fatto richiesta con il riesame – di partecipare all'udienza (art. 309, commi 6 e 8 *bis*, c.p.p.). Cercando di coordinare questo elemento con quanto disposto dall'art. 101 disp. att. c.p.p. dovrà ritenersi che in caso di mancata richiesta con la domanda di riesame, residuerà il diritto ad essere ascoltato alle condizioni ivi indicate, cioè, dal magistrato di sorveglianza, nel caso in cui il soggetto sia detenuto fuori distretto.

In secondo luogo, si prevede che, sempre l'imputato, possa chiedere il differimento dell'udienza in un arco temporale tra cinque e dieci giorni (art. 309, comma 9 *bis*, c.p.p.). La verosimile integrazione del materiale probatorio da parte della difesa, sia da parte dell'accusa, anche con materiale nuovo ma anche precedente e non depositato rafforzano l'idea che qui si intende sostenere. Per questa ragione l'assunto non è smentito dal fatto che analogo diritto non è conferito al p.m. (che comunque potrà introdurre elementi idonei a contrastare le argomentazioni difensive) ed è stato escluso – nei vari passaggi parlamentari – un potere d'ufficio (inizialmente ipotizzato).

Inoltre, come anticipato, si rafforzano i poteri di controllo del tribunale del riesame sulla motivazione del provvedimento: mirata sui nuovi oneri motivazionali da espletare autonomamente (art. 292, comma 2, lett. *c* e *c bis*, c.p.p.), con conseguente potere di annullamento, il dato sembra suggerire il riconoscimento di più ampi poteri di sindacato, considerando che le violazioni dell'art. 292 c.p.p., sono già sanzionate, fin dalla l. n. 332 del 1995, con la nullità rilevabile d'ufficio. Fino ad ora marginalizzato in relazione all'affermata possibilità di integrazione delle carenze del provvedimento cautelare, questo dovere officioso potrebbe trovare nuova linfa nel rafforzato ruolo del tribunale del riesame.

Infine, confermando il ruolo della motivazione nella procedura *de qua* si prevede – con una disposizione, per molti versi asistemica, ma giustificata anche dall'esigenza di correggere prassi debordanti ed incontrollabili – che la motivazione possa essere depositata entro 30 giorni (elevabili a 45 in presenza di una motivazione particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni), pena la perdita di efficacia della misura (art. 309, comma 10, c.p.p.).

Sia in questo caso, sia nelle altre situazioni di perdita di efficacia delle misure, il provvedimento non potrà essere reiterato se non in presenza di motivate eccezionali esigenze cautelari (art. 309, comma 10, c.p.p.).

3. I dati, seppur sommariamente esposti, consentono di affermare che sotto l'apparente aggiustamento dell'attuale disciplina, si possono prefigurare elementi di significativo rilievo e di possibile sviluppo dal ruolo delle cautele e del giudizio di riesame nel sistema processuale che spetterà alle prassi consolidare o congelare.

Invero, per un verso, si tende a circoscrivere il raggio di operatività dello strumento cautelare, rendendone per un verso più stringenti i presupposti e giustificati i provvedimenti, con il carcere concepito come *extrema ratio* e comunque confinato in situazioni connotate dalla necessità; per un altro, si punta a fare del riesame uno strumento di stabilità e solidità del provvedimento restrittivo, considerato che è stato disposto inizialmente senza contraddittorio.

La volontà di avere – in tempi non lunghi – un provvedimento “solido”, ferma restando la ricorribilità per Cassazione, giustificata dalla partecipazione dell'imputato, dai rinnovati poteri di controllo, dall'ampiezza dei termini per l'estrinsecazione di attività difensive, da tempi non ristretti per una motivazione verosimilmente ampia (e autonoma), ancorché legata ad una decisione (dispositiva) confinata nei dieci giorni, non può non innestare alcune ricadute di sistema, prima delle quali le implicazioni sulle richieste di revoca e di sostituzione che il giudice competente (quasi sempre monocratico) dovrà affrontare rispetto al contenuto di una motivazione collegiale sedimentata.

Sembra, invero, prefigurarsi una non impossibile sovrapposizione (e anticipazione, ancorché *rebus sic stantibus*) con il giudizio di responsabilità che, pur nella considerazione prognostica e proprio per questo, verrebbe anticipato. Invero, nella materia non difettano valutazioni che proiettano, sull'esito processuale, alcuni elementi di valutazione assunti nel momento genetico di applicazione della misura (si vedano, fra

le altre, le previsioni di cui agli artt. 274, comma 1, lett. *b*, c.p.p. e 275, commi 2 e 2 *bis*, c.p.p. nonché, in qualche modo, anche il disposto di cui al comma 1 *bis* dell'art. 273 c.p.p. Considerazioni in linea possono essere sviluppate anche in relazione alle ricadute di C. cost. n. 336 del 2008 sull'art. 293 c.p.p., con il diritto alla trasposizione su nastro delle intercettazioni telefoniche.

Questa logica a “trazione anteriore”, potrebbe avere significative ricadute in tema di richiesta di riti premiali: richieste di patteggiamento (anche in indagini preliminari), richieste di abbreviato e di messa alla prova (in questo caso tenuto conto dei limiti di pena e della condizione restrittiva personale) nonché, di possibile richiesta, da parte del p.m., dell'immediato custodiale (arg. *ex art.* 453, comma 1 *bis* e 1 *ter*, c.p.p.).

Il rinnovato ruolo della decisione cautelare e del giudizio di riesame, pone problemi in ordine alla incompatibilità del giudice cautelare nel giudizio di rinvio, superando i negativi orientamenti della Cassazione, rafforzati sia dal riconoscimento del termine di dieci giorni per la decisione, sia dal più ampio termine per elaborare le motivazioni (art. 311 c.p.p.). Del resto, a qualche riflessione potrebbe indurre – nonostante la prudenza della Corte costituzionale – la recente dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 671 c.p.p. (C. cost. n. 283 del 2013).

Infine, tutte da scandagliare si presentano le possibili implicazioni sulla procedura *ex art.* 127 c.p.p. del riesame delle recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di pubblicità delle procedure camerali (C. cost. n. 109 del 2015).

Considerato che l'attuazione dello strumento del riesame (ed in parte anche l'appello) è rimesso nella disponibilità dell'imputato e del suo difensore, spetterà a loro valutare l'opportunità di sollecitare la verifica del fondamento sotto i vari profili implicati del provvedimento in esecuzione, ovvero di analizzare – nei tempi e nei modi ritenuti più adeguati – gli altri strumenti di verifica dell'attualità dei presupposti del provvedimento restrittivo.