

UNA PRIMA LETTURA DELLE NOVITÀ DELLA LEGGE 47 DEL 2015 IN TEMA DI MISURE CAUTELARI PERSONALI.

di Paola Borrelli

Abstract. *Continua la sequenza di modifiche della disciplina della cautela sulla scia della sentenza Torreggiani, questa volta con un intervento più ampio, che coinvolge sia l'attività del primo giudice che quella del tribunale del riesame. Nel presente contributo, redatto all'indomani dell'approvazione definitiva del disegno di legge, si esaminano le molteplici novità della legge 47/15, interrogandosi sui risvolti applicativi della riforma e fornendone un breve inquadramento nel relativo panorama dottrinario e giurisprudenziale, laddove essa si innesti su aspetti già oggetto di dibattito.*

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. La nuova articolazione del giudizio sull'*an* della cautela: come cambia l'art. 274 c.p.p. – 2.1. La necessaria attualità delle esigenze cautelari. – 2.2. La – non – incidenza della gravità del reato. – 2.1. Il coordinamento con l'art. 280 co. 2 c.p.p. – 3. Le modifiche all'art. 275 c.p.p. sulla strada del recupero della custodia in carcere quale *extrema ratio*. – 3.1. Il giudizio sull'inadeguatezza di misure diverse dalla custodia in carcere. – 3.2. L'adeguamento all'opera demolitiva della Corte Costituzionale sulle presunzioni – 3.3. Un'alternativa alla custodia in carcere: gli arresti domiciliari *ex* art. 275-bis c.p.p. – 4. Si ridimensiona l'automatismo evasione/carcere: la novella dell'art. 276 co. 1-ter c.p.p. – 5. La lieve entità ed il divieto di applicazione degli arresti domiciliari ai condannati per evasione. – 6. Interdizione *ex* art. 289 c.p.p.: nessun interrogatorio preventivo se il P.M. aveva chiesto una misura coercitiva. – 7. Prescritto *per tabulas* l'obbligo dell'autonoma valutazione. – 8. L'applicazione cumulativa anche nel caso di aggravamento delle esigenze cautelari. – 9. Si allunga il termine di durata massima delle misure interdittive. – 10. Le nuove regole del riesame. – 10.1. Si rafforza il diritto del detenuto a presenziare. – 10.2. Escluso il potere integrativo dell'ordinanza priva di autonoma valutazione. – 10.3. Il diritto di differimento dell'udienza – solo – in capo al soggetto *in vinculis*. – 10.4. La scura dell'inefficacia anche sul mancato rispetto dei termini di deposito – i limiti alla rinnovazione della misura cautelare. – 11. La richiesta di differimento ed altre – possibili – ricadute della novella nel riesame reale. – 12. Anche nel giudizio di appello previsti i termini per la decisione, ma essi restano ordinatori. – 13. Il giudizio di rinvio modulato come il “nuovo” 309 c.p.p. – 14. Qualche riflessione finale.

1. Premessa.

La legge 47 del 2015¹ introduce diverse novità in materia cautelare; la riforma si pone sulla scia dei ripetuti interventi normativi² che hanno interessato il sistema

¹ Il d.d.l. 1232-B è stato approvato in via definitiva dal Senato il 9 aprile 2015, pubblicato nella G.U. del 23.4.2015, con entrata in vigore l'8 maggio 2015, dopo l'ordinaria *vacatio legis*.

² Il d.l. n. 78/2013, convertito, con modificazioni, nella L. 94 / 13 ha novellato, in primo luogo, l'art. 280 co. 2 codice di rito, prevedendo la possibilità di adottare la custodia carceraria solo per i delitti, consumati o tentati, per cui è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (incrementando il limite precedente, pari a quattro anni) ovvero nel caso di delitto di finanziamento illecito dei partiti. Per evidenti esigenze di coordinamento, è stato novellato l'art. 274, co. 1, lett. c), c.p.p., introducendo la

italiano della cautela negli ultimi anni, sulla spinta della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Torreggiani contro Italia e nell'ottica di una contrazione del ricorso alla misura estrema, contrazione a sua volta funzionale alla riduzione della popolazione carceraria^{3 4}.

Muovendosi nel solco dell'adeguamento alle indicazioni della Corte EDU, la riforma in tema di misure cautelari⁵ che si va commentando è articolata su alcuni punti fondamentali⁶.

In primo luogo, sono stati previsti nuovi limiti generali al ricorso allo strumento cautelare, sotto il profilo della valutazione sulla sussistenza delle esigenze di

locazione per cui la custodia cautelare in carcere è disposta solo se si tratta di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. L'art. 275 co. 2-bis, c.p.p. è stato novellato dal d.l. n. 94/2014, convertito, con modificazioni, nella L. 117/14; il primo periodo del comma 2-bis ha imposto come necessaria la prognosi sulla futura sospensione condizionale della pena anche in vista dell'applicazione degli arresti domiciliari, oltre che per la custodia in carcere. Il secondo periodo ha subito importanti innovazioni: accanto alla previsione secondo cui 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"*, vi sono diverse eccezioni. La prognosi sulla pena irroganda non sarà necessaria nelle ipotesi previste dagli artt. 275, co. 3, 276 co. 1-ter e 280 co. 3, c.p.p. ovvero quando si proceda per i delitti di cui agli artt. 423-bis (Incendio boschivo), 572 (Maltrattamenti contro familiari e conviventi), 612-bis, (Atti persecutori), 624-bis (Furto in abitazione e furto con strappo) c.p. nonché per i delitti indicati all'art. 4-bis ord. Penit., ovvero, ancora, qualora non possano essere disposti gli arresti domiciliari per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione di cui all'art. 284 co. 1 c.p.p. Altra modifica riguarda le *"particolari modalità di controllo"* per i detenuti agli arresti domiciliari di cui all'art. 275-bis c.p.p. che, secondo le modifiche del d.l. n. 146/2013, convertito, con modificazioni, nella L. n. 10/2014, non vanno più disposte se il giudice lo ritenga necessario in relazione alla natura ed al grado delle esigenze da soddisfare nel caso concreto, ma *"salvo che le ritenga non necessarie"*.

³ La necessità di attivarsi in questo senso deriva, infatti, dalla predetta sentenza pilota, che ha visto l'Italia condannata per violazione dell'art. 3 CEDU, a causa delle condizioni in cui erano costretti a vivere i detenuti ricorrenti, i quali erano allocati in celle, prive di acqua calda, in cui potevano fruire di tre metri quadri ciascuno, per cui erano sottoposti – si legge nella sentenza – *«ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione»*. La Corte, dati alla mano, ha ravvisato poi un problema di sovraffollamento più ampio e generalizzato ed ha sollecitato lo Stato italiano a fronteggiarlo, con l'applicazione di pene non privative della libertà personale in alternativa a quelle detentive e l'adozione di misure per ridimensionare l'utilizzo della custodia cautelare in carcere, imponendo, specificamente, allo Stato convenuto, entro il termine di un anno, di istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario. Si veda anche, nell'ottica di una piena condivisione delle argomentazioni della sentenza Torreggiani, la sentenza della Corte Costituzionale n. 279 del 2013.

⁴ Per un quadro generale delle riforme seguite alla sentenza Torreggiani c. Italia dell'8.1.2013 e per una valutazione critica delle stesse, si veda G. ILLUMINATI, [Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa](#), in questa Rivista, 26 marzo 2015; M.F. CORTESI, *Torreggiani c. Italia. I giudici europei dettano le linee guida contro il sovraffollamento carcerario*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2014, 12, Allegato 1, 72; L. FILIPPI, *Adelante Pedro... con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2014, 4, 377.

⁵ Per un *excursus* storico, in chiave critica, della legislazione succedutasi in materia cautelare, delle prassi applicative e per una traccia delle prospettive di riforma, si veda E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cassazione Penale*, fasc.1, 2014, 0012B.

⁶ Alcuni dei quali presi in considerazione, in prospettiva *de iure condendo*, e valutati positivamente in G. CIANI, *La situazione della giustizia penale secondo il procuratore generale della Corte di Cassazione: analisi e proposte*, in *Cassazione Penale*, fasc.2, 2014, 0435B.

prevenzione del pericolo di fuga e specialpreventive, richiedendo una valutazione attualizzata delle medesime e scevra da meccanismi retributivi, restringendo, sotto questo aspetto, il potere discrezionale del giudice⁷.

E' stato, poi, dato un nuovo giro di vite al ricorso alla custodia in carcere, imponendo di riservare quest'ultima ad ipotesi estremamente limitate e favorendo, al contrario, altre e meno radicali forme di contrazione della libertà personale, rese più funzionali dalla possibilità di associarle e, quanto alle sole interdittive, dall'allungamento dei termini e dal ridimensionamento dell'obbligo di interrogatorio preventivo; non mancano, poi, norme che mirano ad attenuare alcuni automatismi normativi, i quali pure conducevano, a determinate condizioni, ad un'applicazione quasi obbligatoria del carcere⁸.

Si è, ancora, sancito espressamente l'obbligo del giudice della cautela di una motivazione che dia conto di un percorso decisionale scevro da appiattimenti sulla parte pubblica, vale a dire l'imperativo, per l'autore dell'ordinanza genetica, di dare luogo a quella che il legislatore ha definito "*autonoma valutazione*".

L'altro aspetto di rilievo attiene al giudizio di riesame, che è stato profondamente innovato, con previsioni che attengono sia al procedimento (che deve vedere la presenza necessaria del soggetto *in vinculis* che lo richieda, può subire slittamenti, ma solo per iniziativa di quest'ultimo, deve rispettare – a pena di inefficacia – i termini previsti per legge, ivi compreso quello – inedito – del deposito delle motivazioni) che all'ambito dei poteri del tribunale distrettuale, a cui è precluso di integrare motivazioni che non diano conto dell'"*autonoma valutazione*" di cui sopra.

Di seguito si riporta un'analisi delle norme novellate ed alcune riflessioni "a caldo"⁹, formulate nell'ottica di chi svolge la funzione di giudice della cautela.

2. La nuova articolazione del giudizio sull'*an* della cautela: come cambia l'art. 274 c.p.p.¹⁰

Il percorso logico-giuridico che conduce all'applicazione di una misura cautelare è stato diversamente scandito nel senso della riduzione della discrezionalità del decidente¹¹ e, nel contempo, è stato depurato da valutazioni estranee alle finalità della cautela.

⁷ Esigenza sentita da una parte della dottrina; una valutazione critica dell'ampiezza delle maglie delle decisioni giudiziarie in tema di libertà personale si legge nel contributo di A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale come forma di anticipazione della pena*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1.

⁸ Contiene una valutazione dei progetti di legge allora *in itinere* e delle modifiche relative agli artt. 274, 275 e 308 c.p.p. oggi approvate, C. FIORIO, *Misure cautelari personali e sovraffollamento carcerario: "cocci" di un'altra legislatura "sprecata"*, in *Giur. It.*, 2013, 3.

⁹ L'articolo è stato completato, salvo le revisioni finali, il 25 aprile 2015.

¹⁰ Le interpolazioni di cui alla novella, per questi e per gli articoli a venire, sono riportate in grassetto.

¹¹ Dello "*scopo di limitare la discrezionalità del giudice nella valutazione delle esigenze cautelari*" quale obiettivo della novella dell'art. 274 c.p.p., si legge nel [Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 1232 – "Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali" n. 95 del gennaio 2014](#), in questa Rivista, 4 febbraio 2014.

Il testo delle lettere b) e c) del primo comma dell'art. 274 c.p.p. a seguito della novella prevede, infatti, che le misure possano essere applicate *“b) quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto **ed attuale** pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione; le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede; c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto **ed attuale** pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni **nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni. Le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede.***

2.1. La necessaria attualità delle esigenze cautelari.

Quanto al primo aspetto dell'intervento, va osservato che il legislatore della novella – con la previsione che, accanto al requisito della concretezza, i rischi ivi contemplati siano connotati anche dalla attualità – ha inteso “allineare” le esigenze di cautela di cui alle lettere b) e c) dell'art. 274 c.p.p. a quella di cui alla lettera a) del medesimo articolo, che già richiedeva che il pericolo di inquinamento probatorio che giustifica una misura cautelare fosse attuale.

A questo proposito, va detto che la previsione di una valutazione aggiornata, rispetto al *tempus commissi delicti*, anche del pericolo di fuga o di recidiva non è una novità: l'art. 292 co. 2 lett. c) c.p.p. già disponeva, in tema di motivazione dell'ordinanza del giudice, che il provvedimento dovesse contenere anche *“l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato.”*

Ciò significa che, già nel sistema previgente, la valutazione delle esigenze cautelari andava modulata in ragione del tempo in cui la decisione interveniva, il che equivale a ritenere che il giudice, nel percorso decisionale che lo conduceva alla scelta sull'an della misura cautelare, avesse tanto più la necessità di attualizzare la

valutazione dei rischi che la giustificavano, quanto maggiore fosse la distanza temporale dell'ordinanza rispetto al momento in cui l'illecito era stato commesso¹².

Certo la previsione era relegata alla disciplina sulla motivazione, senza che ad essa corrispondesse un eguale precetto nella sede deputata all'elencazione dei presupposti della cautela – imponendo, quindi, al giudice una valutazione che, a livello generale, non era prevista – e ciò ha probabilmente fatto sì che la norma del 292 c.p.p. restasse, spesso, priva di applicazione.

D'altra parte, deve prendersi atto che la giurisprudenza di legittimità aveva più volte sancito il principio secondo cui non era necessario, ad integrare le esigenze cautelari di cui alle lettere b) e c) dell'art. 274 c.p.p., che i pericoli ad esse connesse fossero attuali, portando avanti un'opera di delimitazione del requisito della concretezza – l'unico ad aggettivare finora il pericolo – che lo differenziasse da quello dell'attualità, non richiesto¹³.

Riguardo alla portata concreta della novella sulle valutazioni cautelari, sembrerebbe ovvio concludere che la connotazione di attualità possa derivare tanto dalla vicinanza temporale ai fatti in cui si è manifestata la potenzialità criminale del soggetto, tanto – nelle ipotesi di episodi più remoti – dall'esistenza di indici recenti che lascino ritenere comunque effettivo il pericolo della concretizzazione dei rischi che la misura cautelare è chiamata a neutralizzare¹⁴.

2.2. La – non – incidenza esclusiva della gravità del reato.

Un'altra novità a proposito della prevenzione del pericolo fuga o di recidiva, concerne l'incidenza della gravità del reato nel giudizio *ex art.* 274 c.p.p., laddove il legislatore ha inteso impedire che la valutazione sulla sussistenza delle esigenze cautelari patisca una sorta di presunzione di necessità legata alla gravità del reato a cui si riferisce.

¹² Sulla valenza di tale disposizione, si veda G. GIOSTRA, *Sul vizio di motivazione dell'ordinanza cautelare ovvero sul degrado della tecnica legislativa*, in *Cass. pen.*, fasc.9, 1995, 2428.

¹³ In tema si vedano, *Cass. Pen. Sez. V*, 15 maggio 2014, n. 24051 – che richiama un principio più volte affermato, in termini generali, dalla Corte – secondo cui *“In temi di reati personali, ai fini della valutazione del pericolo che l'imputato commetta ulteriori reati della stessa specie, il requisito della “concretezza”, cui si richiama l'art. 274, comma primo, lett. c), cod. proc. pen., non si identifica con quello di “attualità” derivante dalla riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati, dovendo, al contrario, essere riconosciuto alla sola condizione, necessaria e sufficiente, che esistano elementi “concreti” (cioè non meramente congetturali) sulla base dei quali possa affermarsi che l'imputato, verificandosi l'occasione, possa facilmente commettere reati che offendono lo stesso bene giuridico di quello per cui si procede. (Annulla in parte con rinvio, Trib. lib. Roma, 29/01/2014)”*; negli stessi sensi, *Cass. Pen.* 5 aprile 2013 n. 28618, *Cass. Pen. Sez. IV*, 24 gennaio 2013, n. 6797, *Cass. Pen. Sez. I*, 16 gennaio 2013, n. 15667, *Cass. Pen. Sez. IV*, 10 aprile 2012 n. 18851, *Cass. Pen., Sez. I*, 3 giugno 2009, n. 25214, *Cass. Pen. Sez. III*, 26 marzo 2004 n. 26833, *Cass. Pen. Sez. I*, 20 gennaio 2004, n. 10347.

¹⁴ In questo è evidente la centralità del ruolo del P.M., che dovrà curare particolarmente la raccolta, oltre che di elementi necessari alla ricostruzione del fatto contestato, anche di dati eventualmente ulteriori e diversi che possano testimoniare l'esistenza di tali rischi anche rispetto a crimini non recenti.

Ancora una volta, quindi, il legislatore ha voluto modellare il giudizio circa la necessità di applicare una misura cautelare sulla reale esistenza di un pericolo – di fuga o di ricaduta nel crimine – nel caso specifico depurando il ragionamento del giudice da ogni adesione ad un modello decisionale influenzato esclusivamente dalla gravità del reato a cui si riferisce.

In questo modo, a ben vedere, è stato espressamente sancito un principio ovvio in teoria, ma spesso disatteso nella pratica e contraddetto dalla legislazione emergenziale in materia cautelare¹⁵, secondo cui la misura non deve avere una funzione retributiva rispetto alla gravità del fatto/reato commesso, statuendo la necessità di rifuggire da ogni tentazione di anticipare alla fase cautelare¹⁶ – eventualmente spinti da una scarsa fiducia nella celere definizione del procedimento – il momento sanzionatorio, stravolgendo, così, le finalità della normativa sulle cautele¹⁷.

Fermo restando che la gravità dell'incolpazione mantiene pur sempre un rilievo nella valutazione cautelare (come evincibile dall'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente"), occorre rimarcare che gravità del reato non significa gravità del fatto.

Quest'ultima, infatti, ha un significato più ampio del mero addebito astratto, attenendo a quelle "modalità e circostanze del fatto", quali connotazioni comportamentali concrete, che, nel caso delle esigenze cautelari specialpreventive, devono servire a comprendere, anche ma non solo in ragione della gravità del reato commesso, se la condotta illecita sia occasionale o, al contrario, si collochi in un più ampio sistema di vita ovvero a valle di una radicata incapacità di autolimitarsi che possa condurre l'agente a delinquere ancora; "modalità e circostanze del fatto" che francamente appaiono tasselli imprescindibili per una corretta prognosi di recidiva¹⁸.

Qualche perplessità in più, al contrario, potrebbe destare – oggi come ieri – la formulazione del giudizio sulla personalità funzionale alla valutazione della sussistenza dell'esigenza di cautela di cui all'art. 274 lett. c) c.p.p., laddove, secondo la giurisprudenza dominante, può essere ricavato anch'esso dalle caratteristiche dei fatti

¹⁵ Si pensi alle presunzioni di sussistenza delle esigenze cautelari.

¹⁶ Sulla necessità di rifuggire da una prospettiva di questo tipo, si veda E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale cit.*, in *Cassazione Penale*, fasc.1, 2014, 0012B.

¹⁷ Sulla possibile deriva – giurisprudenziale e normativa – verso una finalizzazione retributiva della cautela, si veda G. ILLUMINATI, [Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa](#) cit., in *questa Rivista* laddove, sul presupposto del collegamento tra sovraffollamento carcerario da carcerazione preventiva ed eccessiva durata del processo, scriveva: "Ciò induce inevitabilmente ad attribuire alla carcerazione in corso di giudizio – per scongiurare vuoti di tutela – una funzione sostitutiva della pena, della quale costituisce in via di fatto un'anticipazione, nonostante la proclamazione costituzionale della presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva (art. 27 comma 2 Cost.) che la vieterebbe, e nonostante che la custodia in carcere, stando alla lettera della legge, sia consentita soltanto in presenza delle specifiche esigenze cautelari indicate dall'art. 274 c.p.p. Nelle motivazioni dei provvedimenti in materia, lo scopo di anticipare la pena non è mai espressamente menzionato, ma spesso traspare dagli argomenti utilizzati; e non sono poche le disposizioni del codice – specie quelle sopravvenute alla riforma del 1989 – dalle quali si può desumere l'intenzione del legislatore di favorire tale orientamento, anche derogando alle affermazioni di principio che imporrebbero che il carcere preventivo fosse impiegato come extrema ratio".

¹⁸ In questo senso, si vedano, tra le altre, Cass. Pen. Sez. II, 8 ottobre 2013, n. 49453, Cass. Pen. Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 38763.

contestati¹⁹, con il rischio, tuttavia, di “doppiare” impropriamente la valutazione sul fatto.

Ugualmente discutibile, infine, risulta la possibilità di “soppesare” la spinta all’allontanamento che può muovere le scelte dell’indagato/imputato in vista delle conseguenze di una futura condanna, sulla scorta della gravità del fatto, tanto che, sul punto, non si rinviene giurisprudenza univoca²⁰.

A questo proposito, però, possono avere rilievo il dato testuale sopravvissuto alla riforma e le “non scelte” del legislatore.

Da una parte, infatti, la regola secondo la quale le caratteristiche del fatto possono e devono concretamente incidere sulla ponderazione del rischio cautelare è un dato espressamente previsto dalla lettera c) e “sopravvissuto” alla riforma odierna (ed alle precedenti) e, dall’altra, alcuna indicazione espressa che vieti l’osmosi tra giudizio sul fatto e giudizio sulla personalità ovvero la correlazione tra gravità del fatto e pericolo di allontanamento è stata introdotta finora.

Ciò, nonostante, nella proposta di modifica del codice di rito da parte della commissione ministeriale per il processo penale istituita il 10 giugno 2013²¹ e nella proposta di legge, si fosse indicato un cambiamento significativo in tal senso²²; una chiave di lettura *a contrario* delle intenzioni legislative la offre, infatti, la constatazione che la commissione aveva proposto l’introduzione del comma 1-bis dell’art. 274 co. 1 c.p.p. secondo cui *“Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 1, la sussistenza della situazione di pericolo non può essere desunta esclusivamente dalla gravità del reato e dalle modalità del fatto per cui si procede, e la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell’imputato non può essere desunta unicamente dalle circostanze del fatto addebitato”*^{23 24}.

¹⁹ Sul punto, si veda, Cass. Pen. Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 8534, la cui massima recita: *Ai fini dell’individuazione dell’esigenza cautelare di cui all’art. 274, lettera c), cod. proc. pen., il giudice può porre a base della valutazione della personalità dell’indagato le stesse modalità del fatto commesso da cui ha dedotto anche la gravità del medesimo.* Negli stessi sensi, tra le altre, Cass. Pen. Sez. II, 16 ottobre 2013, n. 51843, Cass. Pen. Sez. II, 12 aprile 2013, n. 18290, Cass. Pen. Sez. V, 12 marzo 2013, n. 35265, Cass. Pen. Sez. IV, 19 gennaio 2005, n. 11179.

²⁰ Nel senso della possibilità di valorizzare anche la gravità del fatto addebitato per valutare il pericolo di fuga, si veda Cass. Pen. Sez. VI, 6 giugno 2012, n. 27042; in senso opposto Cass. Pen. Sez. V, 18 ottobre 2011, n. 44132.

²¹ Si tratta della commissione ministeriale costituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l’Ufficio Legislativo, “per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale”, presieduta da Giovanni Canzio, Presidente della Corte di Appello di Milano.

²² Oltre che quella, recepita nella L. 47, del divieto di commisurazione tra esigenze cautelari e gravità del reato.

²³ Si veda [La relazione della sottocommissione in tema di misure cautelari istituita in seno alla commissione costituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l’Ufficio Legislativo](#), di cui si è detto, in *questa Rivista*, 27 ottobre 2014.

²⁴ Negli stessi sensi, la proposta di legge n. 631.

2.3. Il coordinamento con l'art. 280 co. 2 c.p.p.

L'articolo 2 co. 1 lett. b) delle legge 47 ha integrato, inoltre, la formulazione della lettera c) dell'art. 274, prevedendo che, se il pericolo di reiterazione riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, la custodia in carcere può essere disposta soltanto se si tratta, oltre che di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, di quello di finanziamento illecito dei partiti.

Si tratta di un intervento che servirà ad assicurare un pieno coordinamento di questa previsione con l'attuale testo dell'art. 280 c.p.p., come modificato dall'art. 1, co. 1, decreto-legge n. 78 del 2013 (convertito nella legge n. 94 del 2013).

3. Le modifiche all'art. 275 c.p.p. sulla strada del recupero della custodia in carcere quale *extrema ratio*.

La riforma ha innovato il comma 3 dell'art. 275 c.p.p., rimarcando la sussidiarietà della custodia in carcere rispetto alle altre misure ed adeguando il dettato normativo alle decisioni della Corte Costituzionale sulle presunzioni di adeguatezza della misura estrema.

Vi è, poi, una previsione inedita – il comma 3-bis – che attiene al profilo specifico della valutazione sull'inidoneità della misura cautelare di cui all'art. 275-bis c.p.p. in luogo del carcere.

3.1. Il giudizio sull'inadeguatezza di misure diverse dalla custodia in carcere.

Il “nuovo” comma 3 recita: *“La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-bis e 416-bis del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, 600-quinquies e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure”*²⁵.

²⁵ Il testo su cui è intervenuta la riforma prevedeva – a prescindere dai rimaneggiamenti dovuti alla sentenze di incostituzionalità che lo hanno riguardato – che: *“La custodia cautelare in carcere può essere*

Viene, così, ribadito un principio fondamentale del nostro ordinamento processuale come concepito dal legislatore del 1988, che vede il ricorso alla custodia in carcere fisiologicamente postergato rispetto alle altre misure cautelari²⁶.

Anzi, nel solco dello spirito contenitivo rispetto all'uso ed all'abuso della custodia in carcere, la novella del primo periodo del comma 3 rafforza addirittura il precetto della residualità, sancendo una regola inedita quanto alla possibilità generale di applicare congiuntamente più misure cautelari²⁷.

Tale possibilità, infatti, non vi era nel sistema previgente, per cui il giudice poteva ricorrere all'applicazione cumulativa solo in due casi, vale a dire in ipotesi di trasgressione delle prescrizioni concernenti una misura cautelare (art. 276 co. 1 c.p.p.) e nei casi di cui all'art. 307 co. 1-bis c.p.p. quando, cioè, le misure – per determinati, gravi reati – fossero applicate in sostituzione della custodia in carcere divenuta inefficace per decorrenza termini²⁸.

Se la novella può essere così interpretata, si ritiene che essa fornirà al giudice strumenti cautelari più articolati e plasmabili sulle esigenze del caso concreto, consentendo di superare quelle situazioni – frequenti nella pratica – in cui il giudizio di inadeguatezza di vincoli meno afflittivi fondava sulla riflessione che determinate misure potessero servire ad arginare solo parzialmente o in maniera insoddisfacente – laddove singolarmente prese – i rischi di cui all'art. 274 c.p.p.

Questo secondo una prospettiva fiduciosa nella magistratura, che legge l'uso della custodia in carcere come necessitato dall'assenza di strumenti di contenimento delle potenzialità criminali del soggetto, dotati di altrettanta efficacia; è evidente, tuttavia, che, per chi ritiene che i giudici abbiano non già usato, ma abusato del ricorso alla misura estrema, la previsione di un ulteriore, obbligatorio tassello del ragionamento – e della motivazione²⁹ – sulla scelta del vincolo, costituirà un presidio rispetto ad improprie derive repressive.

La novella, inoltre, sancisce normativamente, se mai ve ne fosse stato bisogno, la possibilità di osmosi tra misure coercitive ed interdittive, dando per scontato che, in

disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, e 600-quinquies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano anche in ordine ai delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate”.

²⁶ Una riflessione critica sulla collocazione sistematica di tale principio “solo” nella norma sulla scelta della misura, pur nell'ambito di un elogio alla “fragile perfezione” del nuovo codice di procedura penale nella sua formulazione originaria, si legge in E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale cit.*, in *Cassazione Penale*, fasc.1, 2014, 0012B: “È rimasto però sullo sfondo, perché enunciato in una norma relativa alla scelta della misura da applicare in concreto (art. 275 c.p.p.), il vero cuore centrale di tutto il sistema voluto dalla Costituzione: il carcere come misura eccezionale in quanto lesiva nel massimo grado della libertà personale.”

²⁷ Il testo è identico a quello proposto dalla Commissione ministeriale per il processo penale; sulla possibilità di applicazione cumulativa di più misure, si veda la [relazione della Commissione](#) cit.

²⁸ In questo senso si sono espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza 30 maggio 2006, n. 29907, *La Stella*.

²⁹ Si veda l'art. 292 co. 2 lett. c-bis c.p.p.

luogo di una richiesta del P.M. di applicazione della custodia in carcere, il giudice possa applicare – cumulativamente o meno – anche misure interdittive.

Quanto alla misura cautelare di cui all'art. 289 c.p.p., tale possibilità si ricava anche – vedi *infra* – dalle modifiche concernenti l'esclusione dell'interrogatorio preventivo in caso di applicazione di misura interdittiva che segua a mozione della parte pubblica attinente a misura coercitiva.

3.2. L'adeguamento all'opera demolitiva della Corte Costituzionale sulle presunzioni.

L'aggiornamento del testo residuo del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. risponde all'esigenza di adeguare il dettato normativo alle interpolazioni dovute all'opera continua della Corte Costituzionale^{30 31} e, comunque, all'interpretazione del giudice delle leggi in termini di ripudio di un utilizzo generalizzato della carcerazione preventiva "automatica"³².

Si ricorda che il legislatore, in deroga al principio di adeguatezza – che impone di valutare l'idoneità di misure meno afflittive a fronteggiare le esigenze cautelari, per giungere alla custodia in carcere solo quale *extrema ratio* – aveva invertito la

³⁰ Sentenza 26 marzo 2015 n. 48, in ordine al reato di concorso esterno in associazione mafiosa, sentenza 23 luglio 2013, n. 232, in ordine al delitto di cui all'articolo 609 *octies* c.p., sentenza 18 luglio 2013, n. 213, in ordine al delitto di cui all'articolo 630 c.p., sentenza 29 marzo 2013, n. 57 in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, sentenza 3 maggio 2012, n. 110, in ordine al delitto di cui all'art. 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p., sentenza 22 luglio 2011, n. 231, in ordine al delitto di cui all'art. 74, D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, sentenza 12 maggio 2011, n. 164, in ordine al delitto di cui all'art. 575 c.p., sentenza 21 luglio 2010, n. 265, in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis co. 1, 609-bis e 609 *quater* c.p. Si veda, altresì, la sentenza n. 331 del 16 dicembre 2011, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4-bis del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), che pure prevedeva una presunzione assoluta analoga a quella dell'art. 275 co. 3 c.p.p. Si vedano, altresì, le note a sentenza di G. LEO su [Corte Cost., sent. 25 febbraio 2015, n. 48](#), [Corte Cost., 23 luglio 2013, n. 232](#), [Corte Cost., 18 luglio 2013, n. 213](#), [Corte Cost., 29 marzo 2013, n. 57](#), [Corte Cost., 3 maggio 2012, n. 110](#), [Corte Cost. 16 dicembre 2011, n. 331](#), tutte in questa Rivista.

³¹ Sul tema, si vedano V. MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2014, 4, 457; F. VERGINE, *Art. 275, comma 3, c.p.p.: una norma dall'utilizzo eccessivo*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2014, 4, 430; F. GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. It.*, 2013, 3, P. TONINI, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2014, 3, 261, G. BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2012, 2, 224.

³² Sull'ispirazione degli interventi della Consulta, si veda V. MANES, *Lo "sciame di precedenti" cit.*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2014, 4, 457: " Quanto alle indicazioni più generali, le numerose pronunce di accoglimento – tutte sentenze "additive di regola", direttamente fruibili per il giudice comune – poggiano su un chiaro denominatore comune, che rappresenta lo starting point del percorso argomentativo: il principio di fondo, cui è sotteso un preciso ethos costituzionale, è quello del "massimo livello di tutela dei diritti", cui fa da pendant il principio del minimo sacrificio possibile dei diritti fondamentali, e, nella specie, del "minor sacrificio necessario" della libertà dell'indagato in sede cautelare."

prospettiva, sancendo una presunzione – assoluta – di adeguatezza della sola custodia in carcere, accanto a quella – relativa – di sussistenza delle esigenze cautelari.

Tale operazione era stata posta in essere, originariamente, solo per fronteggiare forme di criminalità organizzata³³ ma, successivamente, si è ampliata fino a ricomprendere reati di matrice diversa, sulla scorta di una produzione normativa disorganica e da più parti ritenuta sintomatica della necessità di assecondare le pulsioni giustizialiste dell'opinione pubblica³⁴.

La Consulta è intervenuta in più riprese – fino alla recentissima sentenza del 26 marzo 2015, sul concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso³⁵ – rideterminando i confini della presunzione e ricostruendo la *ratio* che l'aveva originariamente ispirata.

Sono, infatti, via via cadute, sotto la scure della Corte, le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia in carcere per quasi tutti i reati che compongono l'attuale catalogo, trasformandosi in presunzioni relative superabili allorché siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Nel recente precedente testé citato, la Consulta – in un'efficace sintesi del solco interpretativo sul quale la pronuncia si innestava, che appare utile al fine di apprezzare la *ratio* della riforma – ha ricordato che le presunzioni assolute vanno ritenute incostituzionali per contrarietà al principio di uguaglianza, specie quando limitano diritti fondamentali della persona, laddove arbitrarie e irrazionali, *“cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit: evenienza che si riscontra segnatamente allorché sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa.”*.

La Corte ha ricordato, altresì, che, con riferimento ai delitti di mafia ed alla presunzione posta dall'art. 275 co. 3 c.p.p., non vi erano spunti per contraddire la generalizzazione in quanto *“l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice”*, che rende necessario ricorrere alla sola custodia in carcere per reciderli.

Le altre fattispecie accomunate dal legislatore a quella suddetta, al contrario, *“in un numero non marginale di casi non postulavano, tenuto conto delle caratteristiche dei fatti*

³³ Interessante quanto si legge in A. NAPPI, *Il regime delle misure cautelari personali a vent'anni dal codice di procedura penale*, in Cass. pen., fasc.11, 2009, 4095B: *“Si sostiene che con la presunzione di pericolosità si è inteso predisporre uno scudo per i magistrati, esonerandoli dal motivare in casi di presumibile pericolosità del destinatario della misura. Io credo al contrario che i giudici debbano assumersi sempre la piena responsabilità di ogni singola decisione con riferimento al caso concreto. E comunque non vedo di quale scudo possa giovare il magistrato che, nel decidere una misura cautelare, può omettere la motivazione su uno dei presupposti della misura. Come se i delinquenti si preoccupassero della motivazione e non solo del dispositivo che li priva della libertà”*.

³⁴ Una lettura diversa ma verosimilmente concorrente la fornisce G. LEO; si veda, per esempio, la già citata nota a sentenza su [Corte Cost. 16 dicembre 2011, n. 331](#), in questa Rivista: *“Per ragioni complesse – si è già detto – il sistema non si fida più dei suoi giudici, e sostituisce valutazioni generali ed astratte all'apprezzamento delle circostanze che segnano ciascun caso concreto”*.

³⁵ Si veda la già citata nota sulla sentenza n. 48 di G. LEO, *“Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa”*, in questa Rivista, 30 marzo 2015.

incriminati, esigenze cautelari affrontabili solo con la massima misura". Di qui la ritenuta incostituzionalità di esse per violazione degli artt. 3, 13 co. 1 e 27 co. 2 Cost. (quest'ultimo per la funzione sanzionatoria che la misura cautelare finiva, di fatto, per assolvere), laddove non consentivano la valorizzazione di "elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Il legislatore ne ha preso atto: la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere è rimasta in piedi solo per i reati associazione sovversiva, di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico e di associazione per delinquere di stampo mafioso, anche straniera.

Si tratta di fattispecie per cui è possibile mutuare le considerazioni della Corte laddove ha giustificato la *ratio* della previsione eccezionale con la necessità di recidere, date le caratteristiche del reato, i collegamenti con gli ambienti in cui esso è stato commesso e che ne hanno rappresentato il substrato, il che rende ragionevole e giustificata la disparità di trattamento che obiettivamente ne deriva; disparità che, per i reati di cui agli artt. 270, 270-bis c.p., trova un'ulteriore giustificazione, a giudizio di chi scrive, nella matrice ideologica che li caratterizza e che rende ardua la previsione che mezzi diversi di contenimento – fondati, in fin dei conti, su di una scelta del singolo di sottostarvi – possano arginare la spinta criminale del soggetto.

Deve prendersi atto che resta in ogni caso una valutazione differenziata – rispetto alla generalità dei reati – per le altre, eterogenee fattispecie, per le quali il legislatore ha confermato la necessità di un trattamento pur sempre deteriore per l'indiziato³⁶ rispetto a quello generale, lasciando in piedi sia la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari che quella di adeguatezza della custodia in carcere, benché temperata dalla possibilità di prova contraria.

3.3. Un'alternativa alla custodia in carcere: gli arresti domiciliari ex art. 275-bis c.p.p.

Così il nuovo comma 3-bis: ***"Nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'articolo 275-bis, comma 1."***

L'introduzione del comma 3-bis mira ad incentivare il ricorso agli arresti domiciliari con l'applicazione del braccialetto elettronico, onerando il giudice della cautela di spiegare perché non applica all'indagato/imputato tale misura in luogo di quella carceraria.

Il legislatore ha sancito espressamente quella che era, a giudizio di chi scrive, una regola già enucleabile dal sistema vigente e sulla quale ci si è già più volte soffermati, laddove la custodia in carcere può trovare applicazione, a norma del primo periodo dell'art. 275 co. 3 c.p.p., solo quando ogni altra misura risulti inadeguata.

³⁶ Allo scopo di favorire un percorso dimostrativo semplificato, finendo, tuttavia, per agevolare comunque la via verso la coercizione.

Ciò imponeva un passaggio valutativo, prima, e motivazionale, poi³⁷, consistente nel chiedersi se la misura cautelare di cui all'art. 284 c.p.p. potesse essere idonea ad arginare i rischi ravvisati, riflessione che non poteva non fare i conti con la possibilità – divenuta la regola con la L. 10 del 2014³⁸ – di fare ricorso ad un meccanismo di monitoraggio in presa diretta di eventuali allontanamenti, come ritenuto anche dalla seconda sezione della Corte di Cassazione nella sentenza n. 52747 del 9 dicembre 2014^{39 40}

Venendo alle prospettive applicative della legge, se la *ratio* normativa è condivisibile nell'ottica di una riduzione del ricorso all'incarcerazione, arginando, nel contempo, il rischio di sacrificare esigenze processuali o di sicurezza⁴¹, deve dirsi che gli operatori sanno bene quante difficoltà pratiche comporti l'applicazione del braccialetto elettronico, a causa della periodica carenza di tali strumenti o della necessità, talvolta, di attendere diversi giorni per ottenerlo⁴².

L'interrogativo che ci si pone, in casi di questo genere, è se optare per gli arresti domiciliari "semplici" – ancorché reputati inefficaci a fronteggiare le esigenze cautelari sussistenti – ovvero se ritenere che l'indisponibilità materiale degli strumenti di

³⁷ La previsione dell'obbligo motivazionale specifico sull'inadeguatezza degli arresti domiciliari con sistemi di controllo a distanza resta implicita, non essendovi stato un intervento di coordinamento del comma 3-bis dell'art. 275 c.p.p. con l'art. 292 c.p.p., che non contiene un'espressa indicazione sul punto, limitandosi la lettera c), pur novellata con la legge in commento, ad indicare la necessità di motivare sulle ragioni per cui le esigenze cautelari non possono essere soddisfatte – genericamente – con misure diverse dalla custodia in carcere.

³⁸ Si ricorda che l'art. 1, comma 1, lett. a), del d.l. n. 146 del 2013 convertito nella L. 10 del 2014 ha modificato l'art. 275-bis co. 1 c.p.p. nel senso che il giudice deve prevedere queste modalità di sorveglianza non più "se lo ritiene necessario", ma "salvo che le ritenga non necessarie".

³⁹ La cui massima recita "In tema di misure cautelari, il Tribunale del riesame, nel valutare la inadeguatezza degli arresti domiciliari rispetto al pericolo di recidiva deve adeguatamente motivare le ragioni per le quali le esigenze cautelari non possono essere tutelate con l'impiego del cosiddetto "braccialetto elettronico" che consente di monitorare continuamente la presenza dell'indagato nel perimetro entro il quale gli è consentito di muoversi.". In questo senso, si veda anche Cass. Pen. sez. II, 26 novembre 2014, n. 52716. Deve darsi, atto, tuttavia, di altro e più consolidato orientamento della Corte di Cassazione (cfr. Cass. Pen. Sez. II, 16 febbraio 2015 n. 6505, in linea con Cass. Pen. sez. II, 23 ottobre 2014 n. 47735, Cass. Pen. sez. IV, 14 novembre 2014, n. 49772) circa il fatto che la misura degli arresti domiciliari con il braccialetto elettronico "non si frappone nella scala della gravità tra l'arresto domiciliare "semplice" e la custodia in carcere e non genera nessun onere di motivazione aggiuntiva se il giudice ritiene che la restrizione domiciliare sia idonea a contenere le esigenze cautelari rilevate."

⁴⁰ Profilo diverso è – una volta scelti gli arresti domiciliari – quello della motivazione sulla non necessità del presidio; in Cass. pen. Sez. II, 4 giugno 2014, n. 26327, la Corte ha escluso che il giudice dovesse motivare sul perché ritenesse non necessarie le misure di sorveglianza elettronica, a meno che sul punto vi fosse specifica richiesta di parte, che sola poteva far insorgere l'obbligo di motivazione su tale punto specifico. Critica rispetto a tale tesi è M. F. CORTESI, "Braccialetto elettronico": una inaccettabile lettura del rinnovato art. 275-bis c.p.p., nota a Cass. pen. Sez. II, 04 giugno 2014, n. 26327, in *Giur. It.*, 2014, 7.

⁴¹ Non sconsigliandolo: nulla esclude, infatti, che il soggetto – pur conscio che il suo allontanamento risulterà al sistema di controllo e che dovrà pagarne le conseguenze giudiziarie – evada e si allontani definitivamente, inquina le prove o commetta ulteriori reati.

⁴² Si ricorda che l'art. 275-bis c.p.p. prevede la necessità che il giudice possa prescrivere procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, "quando ne abbia accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria".

controllo a distanza possa far concludere automaticamente per l'inadeguatezza della misura domiciliare, con la conseguenza di fare ricorso alla custodia in carcere⁴³.

Tali interrogativi acuiranno la loro problematicità a seguito dell'entrata in vigore del comma 3-bis, allorché il giudice – di fronte ad una norma che sancisce espressamente l'obbligo di motivazione di cui si è detto – dovrà superare l'imbarazzo decisionale e motivazionale dovuto alle situazioni sopra descritte, vale a dire quelle in cui, valutata idonea la misura cautelare degli arresti domiciliari, ma solo secondo la previsione di cui all'art. 275-bis c.p.p., accerterà la mancanza dei dispositivi elettronici di controllo^{44 45}.

Quale che sia la soluzione prescelta, ci si chiede se possa reputarsi accettabile – la domanda ovviamente è retorica – che le valutazioni del giudice della cautela su di un aspetto nevralgico nell'ottica del minor sacrificio possibile debbano essere condizionate così pesantemente da una disfunzione di carattere eminentemente pratico, che rischia di rendere, nei fatti, la novella un'operazione di facciata piuttosto che un effettivo argine al ricorso alla custodia in carcere^{46 47}.

43 Una riflessione sulle conseguenze dell'indisponibilità dei braccialetti – non nel momento genetico, ma in quello dinamico della misura cautelare – si trova in Cass. Pen. sez. II, 17 dicembre 2014, n. 520. Nella pronuncia, la Corte – di fronte ad un'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 275-bis c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 13 Cost. avanzata dalla difesa dell'indagato – ha sancito che, *“ove il giudice ritenga – come nel caso di specie – che il cd. braccialetto elettronico sia una modalità di esecuzione degli arresti domiciliari necessaria ai fini della concedibilità della misura e che tuttavia tale misura non possa essere concessa per la concreta mancanza del suddetto strumento di controllo da parte della P.G., non sussiste alcun vulnus ai principi di cui agli artt. 3 e 13 Cost., perché la impossibilità della concessione degli arresti domiciliari senza braccialetto dipende pur sempre dalla intensità delle esigenze cautelari, comunque ascrivibile alla persona dell'indagato. Né, d'altra parte, può pretendersi che lo Stato predisponga un numero indeterminato di braccialetti elettronici, pari al numero dei detenuti per i quali può essere utilizzato, essendo le disponibilità finanziarie dell'Amministrazione necessariamente limitate, come sono limitate tutte le strutture (carcerarie, sanitarie, scolastiche, etc.) e tutte le prestazioni pubbliche offerte ai cittadini, senza che ciò determini alcuna violazione del principio di eguaglianza e degli altri diritti costituzionalmente tutelati.”*

44 A voler tacer del fatto che la norma importerà un maggior ricorso dei giudici italiani all'utilizzo delle apparecchiature, con il conseguente pericolo che la loro penuria si aggravi.

45 Il legislatore si era posto il problema dell'indisponibilità dei dispositivi elettronici, introducendo, con il d.l. 92 del 2014, per i casi di sostituzione della misura della custodia in carcere con gli arresti domiciliari ex art. 275-bis c.p.p., la possibilità di un differimento della scarcerazione: *“Qualora, con il provvedimento di sostituzione di cui al comma 1, sia stata disposta l'applicazione delle procedure di controllo tramite gli strumenti previsti dall'articolo 275-bis, comma 1, del codice, il direttore dell'istituto penitenziario, nel trasmettere la dichiarazione dell'imputato prevista dall'articolo 275-bis, comma 2, del codice, può rappresentare l'impossibilità di dare esecuzione immediata alla scarcerazione in considerazione di specifiche esigenze di carattere tecnico; in tal caso, il giudice può autorizzare il differimento dell'esecuzione del provvedimento di sostituzione sino alla materiale disponibilità del dispositivo elettronico da parte della polizia giudiziaria.”* Il comma è stato, tuttavia, soppresso in sede di conversione dalla L. 117/2014.

46 Non sembra fornire risposta concreta all'interrogativo la giurisprudenza che nega che il giudice possa adottare provvedimenti applicativi degli arresti domiciliari “condizionati” alla funzionalità dei sistemi di controllo; si veda Cass. Pen., Sez. II, 23 settembre 2014, n. 50400.

47 Sulla necessità che, alla novella dell'art. 275-bis co. 1 c.p.p. seguisse *“un significativo sforzo organizzativo dell'Amministrazione”* si veda [La relazione del Massimario della Cassazione sul d.l. n. 146/2013, in materia di diritti dei detenuti e di riduzione della popolazione carceraria](#), in questa Rivista, 13 gennaio 2014.

4. Si ridimensiona l'automatismo evasione/carcere: la novella dell'art. 276 co. 1-ter c.p.p.

Con quest'ultimo aggiornamento, si è inciso sul meccanismo di sostituzione automatica degli arresti domiciliari con la custodia in carcere, in caso di evasione.

Il “nuovo” comma 1-ter dell'art. 276 recita: *“In deroga a quanto previsto nel comma 1, in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora, il giudice dispone la revoca della misura e la sostituzione con la custodia cautelare in carcere, salvo che il fatto sia di lieve entità”*.

Anche in questo caso, il legislatore si è posto sulla scia – tuttavia andando oltre – dell'interpretazione della Corte Costituzionale; ci si riferisce all'ordinanza n. 40 del 2002 che – pur dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del comma in argomento nella parte relativa alla sostituzione obbligatoria ed automatica degli arresti domiciliari con la custodia cautelare in carcere *“senza alcuna possibilità di valutare l'entità, i motivi e le circostanze della trasgressione”* – aveva aperto un varco ad un apprezzamento concreto, da parte del giudice dell'aggravamento, delle circostanze dell'azione del reo, quanto all'effettiva lesività della condotta.^{48 49}

Il legislatore della legge 47 – si diceva – è andato oltre il solco tracciato dalla Corte, non limitandosi ad imporre una valutazione sull'offensività della condotta, ma

⁴⁸ La Consulta aveva, infatti, affermato che *“una volta che alla nozione di allontanamento dalla propria abitazione si riconosca tale valenza rivelatrice in ordine alla sopravvenuta inadeguatezza degli arresti domiciliari, non è escluso che il fatto idoneo a giustificare la sostituzione della misura, tipizzato dal legislatore nella anzidetta formula normativa, possa essere apprezzato dal giudice in tutte le sue connotazioni strutturali e finalistiche, per verificare se la condotta di trasgressione in concreto realizzata presenti quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata la violazione che la norma impugnata assume a presupposto della sostituzione”*. Una condivisibile lettura che si era data della pronunzia andava nel senso di escludere che la Corte avesse voluto contraddire o ridimensionare l'assunto concernente l'automatismo della sostituzione, richiedendo, tuttavia, che la condotta fosse offensiva e demandando ai Giudici il compito di temperare il rigore della norma, non *“valutando come foriere dell'obbligo di sostituzione condotte caratterizzate da “un minimo scostamento dalla perfetta osservanza dell'obbligo di non lasciare il luogo di esecuzione della misura” ed escludendo che esse “possano corrispondere alla ‘violazione’ regolata dalla norma”*. Sul doveroso passaggio per una valutazione dell'offensività della condotta e per una panoramica dei casi di assenza di tale requisito si veda A. GIUDICI, *Detenzione domiciliare e inoffensività dell'evasione. Il caso Sallusti*, nota a sentenza Trib. Milano, 14 dicembre 2012, in *Corriere Merito*, 2013, 4, laddove, partendo dal presupposto che *“Evadere”*, significhi sottrarsi completamente, con una propria azione volontaria e illegittima, alla sfera di custodia, nella quale una persona legittimamente si trova, ritiene *“esclusa la materialità stessa del reato in tutti quei casi in cui non sia possibile apprezzare una effettiva e concreta violazione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice, che intende garantire la corretta attuazione (in senso, lo rammentiamo, sostanziale) della pretesa punitiva dello Stato, ovvero le esigenze cautelari funzionali al processo penale”*.

⁴⁹ Quanto al dibattito giurisprudenziale sul punto, si veda G. LEO, *Sul ripristino della custodia in carcere nel caso di evasione del soggetto in stato di arresti domiciliari*, nota a Cass. pen. Sez. VI Sent., 18 febbraio 2008, n. 21487, in *Dir. Pen. e Processo*, 2008, 10, 1257; oltre alla sentenza commentata, si veda, su questa scia, anche Cass. Pen. Sez. III, 6 giugno 2012, n. 28606. In generale, per una rassegna aggiornata degli orientamenti sul punto, si rimanda a G. ANDREAZZA, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cassazione Penale*, fasc. 4, 2014, 1128B.

introducendo addirittura nel novero delle violazioni “tollerabili” quelle che, benché offensive, siano di lieve entità⁵⁰.

E’ evidente che sarà compito dell’interprete individuare a quali situazioni attribuire la connotazione richiesta dal legislatore per la deroga, potendosi ipotizzare che essa sia riferibile a evenienze in cui l’allontanamento sia stato effettivo ed abbia determinato la sottrazione del soggetto alla possibilità di controllo delle forze dell’ordine, ma, nel contempo, sia stato contenuto in termini spaziali o temporali ristretti e non abbia determinato la concretizzazione dei rischi che avevano fondato il giudizio sulle esigenze cautelari.

5. La lieve entità ed il divieto di applicazione degli arresti domiciliari ai condannati per evasione.

In linea con la modifica dell’art. 276 co. 1-ter, si registra quella dell’ultimo comma dell’art. 284 c.p.p., la cui nuova formulazione recita: *“Non possono essere, comunque, concessi gli arresti domiciliari a chi sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede. A tale fine il giudice assume nelle forme più rapide le relative notizie, salvo che il giudice ritenga, sulla base di specifici elementi, che il fatto sia di lieve entità e che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con tale misura”*.

La norma su cui è intervenuto il legislatore prevedeva un divieto assoluto di applicazione degli arresti domiciliari a chi avesse riportato condanna nel quinquennio per evasione, cristallizzando normativamente il giudizio sull’inadeguatezza della misura cautelare domiciliare^{51 52}.

⁵⁰ Deve, tuttavia, rimarcarsi che la limitazione della sostituzione automatica ai casi di lieve entità rappresenta un compromesso rispetto a quanto aveva indicato la Commissione ministeriale per il processo penale, che aveva concluso per la soppressione del comma 1-ter e per il recupero del potere del giudice *“di valutare caso per caso la gravità della violazione in rapporto alle esigenze cautelari”*; sul punto si veda [La relazione della commissione](#) cit.

⁵¹ Come ritenuto dalla Corte Costituzionale nell’ordinanza n. 130 del 2003, allorché ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione sollevata in riferimento al comma in argomento – con *“l’evidente intento di precludere l’applicazione della misura graduata nei confronti di chi si sia reso responsabile di una condotta delittuosa, che presenta connotazioni confliggenti rispetto alla prognosi di osservanza della più tipica fra le prescrizioni inerenti la misura degli arresti domiciliari, quale è appunto quella di non allontanarsi, senza autorizzazione, dal luogo degli arresti”*. La Consulta, nell’occasione, ha anche ricordato che *“al riguardo, questa Corte ha in più occasioni avuto modo di affermare che – mentre la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l’an della cautela) comporta, per definizione, l’accertamento, di volta in volta, della loro effettiva ricorrenza – non può invece ritenersi soluzione costituzionalmente obbligata quella di affidare sempre e comunque al giudice l’apprezzamento del tipo di misura in concreto ritenuta come necessaria (il quomodo della cautela): ben potendo tale scelta essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti (v. le pronunce richiamate nella già citata ordinanza n. 40 del 2002)”*.

⁵² Critica – anche – rispetto a tale automatismo A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale* cit., in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1.

Ebbene, la riforma ha parzialmente circoscritto tale divieto, introducendo la possibilità che, valutata la lieve entità del fatto – sui cui tratti ci si è già interrogati, vedi *supra* – e la possibilità di soddisfare le esigenze cautelari con altra misura, possa applicarsi quest'ultima.

Laddove si ritenga che la connotazione di lieve entità debba essere riferita all'evasione che ha fondato la condanna precedente e non già al fatto per cui si procede⁵³, si pongono tuttavia interrogativi di ordine pratico, che lasciano in ombra alcuni aspetti di principio indubbiamente positivi della novità, vale a dire la coerenza della norma con la già commentata novella dell'art. 276 co. 1-ter c.p.p. (quanto alla necessità di considerare l'entità della violazione) e, soprattutto, il risultato, in termini di personalizzazione ed attualizzazione del giudizio cautelare, che ne deriva.

Ci si chiede, invero, se e quali dovranno essere, nel concreto, gli oneri di approfondimento del giudice, al fine di verificare il fatto storico che è alla base della condanna riportata.

Nel caso di aggravamento *ex art. 276 co. 1-ter c.p.p.*, infatti, il giudice che procede è posto in condizione di conoscere – normalmente attraverso l'informativa di reato per evasione – le caratteristiche del fatto; in questo caso, al contrario, giacché la norma si applica a richieste cautelari che ovviamente non fondano sull'episodio di evasione (che semplicemente risulterà dal certificato del casellario), ben difficilmente il giudice troverà ai propri atti la sentenza per il reato suddetto (o altro atto) che possa consentirgli di apprezzare la consistenza del fatto *ex art. 385 c.p.* e di valutare l'eventuale deroga al divieto del comma 5-*bis*.

E' pur vero che la norma lo legittima ad acquisire nel modo più rapido le relative notizie; deve osservarsi, tuttavia, che, se tale onere può essere sostenibile in caso di richieste cautelari la cui decisione non sia soggetta a termini perentori, esso potrebbe non esserlo, al contrario, quando la richiesta acceda a convalide di arresti o fermi o a decisioni *ex art. 27 c.p.p.*, allorché vi potranno essere delle difficoltà effettive per il giudice – sulle cui conseguenze ci si dovrà interrogare – a reperire il materiale necessario entro il termine per provvedere.

6. Interdizione *ex art. 289 c.p.p.*: nessun interrogatorio preventivo se il P.M. aveva chiesto una misura coercitiva.

Cambia sensibilmente l'art. 289 c.p.p., sancendo una regola la cui enucleazione giurisprudenziale aveva dato luogo a non poche incertezze: *“Qualora si proceda per un delitto contro la pubblica amministrazione, la misura può essere disposta a carico del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'articolo 287 comma 1. Nel corso delle indagini preliminari, prima di decidere sulla richiesta del pubblico ministero di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, il giudice*

⁵³ Perché, se così fosse, si tratterebbe di una norma foriera di conseguenze disomogenee rispetto al sistema, in quanto presupporrebbe l'applicabilità di una misura cautelare, pur sempre detentiva, ad un fatto tuttavia ritenuto lieve.

procede all'interrogatorio dell'indagato, con le modalità indicate agli articoli 64 e 65. Se la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio è disposta dal giudice in luogo di una misura coercitiva richiesta dal pubblico ministero, l'interrogatorio ha luogo nei termini di cui al comma 1-bis dell'articolo 294".

La novità della novella è rappresentata dalla previsione che, quando la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio sia disposta non già in accoglimento della conforme richiesta del P.M., ma in luogo di una misura cautelare coercitiva oggetto della mozione, non si debba dare luogo all'interrogatorio preventivo, ma che esso debba svolgersi, secondo le regole valevoli per tutte le altre misure diverse dalla custodia in carcere, non oltre dieci giorni dall'esecuzione del provvedimento o dalla sua notificazione.

La norma, quindi, neutralizza parzialmente la previsione eccezionale dell'interrogatorio preventivo, che resterà necessario solo se la mozione accusatoria riguarderà specificamente la misura cautelare in discorso^{54 55}.

Finora la possibilità che, a seguito di una richiesta di misura coercitiva, il giudice che intendesse disporre un'interdittiva dovesse comunque procedere ad interrogatorio, non aveva registrato un'uniformità di vedute⁵⁶; il dibattito giurisprudenziale, inoltre, era stato piuttosto vivace con particolare riferimento ai doveri del tribunale del riesame circa l'interrogatorio in caso di applicazione di tale misura⁵⁷.

⁵⁴ In senso sostanzialmente opposto andava la proposta della Commissione ministeriale per il processo penale, che aveva previsto la necessità generalizzata – per tutte le misure interdittive – di procedere all'interrogatorio preventivo, statuendo, altresì, espressamente l'obbligo di deposito degli atti a beneficio della difesa e l'esonero dall'interrogatorio successivo all'applicazione; sul punto si veda [La relazione della commissione](#) cit.

⁵⁵ Quest'ultimo obbligo è legato – secondo la lettura che ne ha dato la Consulta – alla necessità che il giudice abbia, tra i suoi elementi, anche le difese dell'indagato, al fine di evitare di accogliere la richiesta in casi in cui i chiarimenti dell'interessato potrebbero risultare risolutivi per la sua posizione, evitando, così, di nuocere inutilmente, sottraendo la risorsa, all'apparato amministrativo cui il soggetto appartiene pregiudicando, così, la continuità della pubblica funzione o del servizio pubblico (Corte Cost., ord. n. 229 del 2000).

⁵⁶ In senso negativo Cass. pen. Sez. VI, 21 aprile 2008, n. 16364; in senso opposto, Cass. Pen. sez. I, 17 gennaio 2011, n. 15794; Cass. pen. Sez. VI, 14 dicembre 2000, n. 3310.

⁵⁷ Secondo un primo indirizzo, il Tribunale della libertà che – quale giudice di appello, disattendendo la richiesta del P.M. di applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari – avesse applicato, invece, la misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, aveva l'obbligo di procedere al previo interrogatorio dell'indagato, ex art. 289 co. 2 c.p.p.; la violazione di detto obbligo – vulnerando il diritto di difesa – avrebbe determinato una nullità generale, ex art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c) (Cass. Sez. V, 12 luglio 2010, n. 33338; Cass. Pen. Sez. V, 19 ottobre 2004, n. 14967; Cass. Pen. Sez. VI, 24 maggio 2000, n. 2412; Cass. Pen. Sez. VI, 15 maggio 2000 n. 2304; Cass. Pen. Sez. II, 8 luglio 1998, n. 5041). Secondo un filone giurisprudenziale diverso, in tema di misure interdittive, il tribunale della libertà, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione proposta dal P.M. contro l'ordinanza reiettiva del G.I.P. della misura della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio, non era tenuto a procedere all'interrogatorio dell'indagato, richiesto dall'art. 289 co. 2 c.p.p. per l'applicazione della misura anzidetta, in quanto, ove l'indagato avesse inteso difendersi, avrebbe potuto comparire all'udienza fissata per la trattazione del gravame e chiedere di essere ammesso all'interrogatorio, non essendo tuttavia necessario che nell'avviso di udienza fosse specificata tale possibilità (Cass. Pen. Sez. II, 12 marzo 2013, n. 29132, Cass. Sez. VI, 12 giugno 2012, n. 25195; Sez. VI, 1 aprile 2009, n. 20444; Cass. Pen. Sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 16712); secondo Cass.

Quanto all'attività del G.I.P., l'inconveniente della tesi che – *bypassato* il dato letterale “*prima di decidere sulla richiesta del pubblico ministero di sospensione [...]*” – riteneva comunque necessario l'interrogatorio – a prescindere dal tipo di richiesta della Procura – consisteva sostanzialmente nel fatto che il giudice finiva per rendere nota alla parte l'esistenza di una richiesta cautelare della pubblica accusa, attuando una *discovery* non preventivata da quest'ultima dal momento che non aveva domandato misure interdittive⁵⁸.

Ebbene, deve prendersi atto del fatto che la modifica normativa pone rimedio ai limiti appena esposti e, in ogni caso, rende più agevole la strada verso l'applicazione di una misura interdittiva, al chiaro scopo di alimentarne l'utilizzo in luogo delle coercitive.

Non solo. Essa sancisce normativamente, se mai ve ne fosse stato bisogno, la possibile osmosi tra misure coercitive ed interdittive, di cui già si è detto a proposito dell'art. 275 co. 3 primo periodo c.p.p.

7. Prescritto per *tabulas* l'obbligo dell'autonoma valutazione.

Una novità di estremo interesse è quella che riguarda le interpolazioni alle lettere c) e c-bis) dell'art. 292 c.p.p., che “puntellano” ulteriormente la previsione circa la struttura dell'ordinanza cautelare⁵⁹, rendendo più rigoroso l'obbligo motivazionale e, prima ancora, valutativo dell'estensore del provvedimento genetico.

L'ordinanza che dispone la misura cautelare dovrà contenere, infatti, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio: “c) *l'esposizione e l'autonoma valutazione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato; c-bis) l'esposizione e l'autonoma valutazione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione e l'autonoma valutazione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'articolo 274 non possono essere soddisfatte con altre misure;*”

Nel solco delle sollecitazioni provenienti dalla dottrina⁶⁰ ed arricchendo il già ipertrofico disposto dell'art. 292 c.p.p.⁶¹ – che non ha pari per la sentenza⁶² – la novella

Sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 441 e Cass. Pen. Sez. VI, 24 maggio 2000, n. 2416, il previo interrogatorio dell'indagato era richiesto soltanto quando le misure interdittive fossero state specificamente richieste dal P.M., non quando, avendo quest'ultimo originariamente richiesto una misura coercitiva, il tribunale del riesame avesse applicato invece la misura interdittiva. Si veda, sul contrasto giurisprudenziale, G. SANTALUCIA, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2012, 3951B.

⁵⁸ Si pensi ai rischi di ostensione dell'iniziativa cautelare anche rispetto ad altri indagati per i quali il giudice, concordando con la richiesta della Procura, avesse ritenuto esservi i presupposti per la cattura.

⁵⁹ Si veda, per una lettura estremamente critica della novella della L. 332 / 95, che aveva diversamente articolato l'obbligo di motivazione, G. GIOSTRA, *Sul vizio di motivazione dell'ordinanza cautelare cit.*, in *Cass. pen.*, fasc. 9, 1995, 2428.

⁶⁰ Si veda E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale cit.*, in *Cassazione Penale*, fasc.1, 2014, 0012B.

ha, quindi, stabilito *per tabulas* che il giudice della cautela debba dare conto di avere operato, rispetto alla parte pubblica richiedente, un'autonoma valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, delle esigenze cautelari, del rilievo degli elementi addotti dalla difesa e delle ragioni del ricorso alla custodia in carcere.

E' evidente che il legislatore è intervenuto – positivizzando un principio già ovvio nel sistema di competenze funzionali in materia cautelare – a fronte delle ricorrenti questioni in tema di motivazione apparente delle ordinanze cautelari⁶³, laddove l'estensore faccia un improprio ricorso – non solo come canovaccio espositivo dei dati di fatto raccolti, ma anche sotto il profilo dell'analisi critica e della rilevanza decisionale del materiale raccolto – ad atti delle indagini o alla richiesta del P.M.

Il tema è strettamente connesso al regime dei vizi del provvedimento “orfano” di una motivazione effettiva ed al tema della loro eventuale emendabilità da parte del tribunale del riesame. Si rimanda, pertanto, al paragrafo 10, sulle novità del procedimento *ex art. 309 c.p.p.*, che – come si vedrà – ha subito notevoli rimaneggiamenti⁶⁴, uno fra tutti quello che prevede l'obbligo di annullare l'ordinanza carente, appunto, dell'autonoma valutazione⁶⁵ di cui alla novella.

Due aspetti vanno, tuttavia, qui rimarcati.

In primo luogo, l'obbligo dell'autonoma valutazione non è sancito solo per i gravi indizi e le esigenze cautelari, ma anche in ordine ad aspetti più specifici, vale a dire quello del materiale difensivo eventualmente già confluito nel fascicolo e quello della scelta del carcere, in quest'ultimo caso ponendosi in linea con lo slancio contenitivo rispetto all'utilizzo della misura estrema di cui già si è detto.

In secondo luogo, la necessità di un'autonomia del giudice della cautela non si spinge al profilo espositivo. Se ne deve dedurre, quindi, che sia consentito che la ricostruzione della sequenza delle investigazioni sia riportata in conformità alla richiesta del P.M. il che evita, con particolare riferimento a procedimenti in cui il materiale indiziario sia poderoso, un'inutile rielaborazione di dati di fatto di carattere storico, che allungherebbe solo i tempi della risposta cautelare. A questo proposito, tuttavia, si è dell'idea che resti fermo, comunque, anche sotto il profilo oggettivo-ricostruttivo, il principio – apparentemente ovvio – secondo cui, intanto il giudice può attingere alla mozione cautelare per dare conto del materiale raccolto, ritenendolo patrimonio del procedimento, in quanto abbia verificato che esso sia effettivamente agli atti e che sia stato descritto con correttezza e precisione, sia sotto il profilo contenutistico, che sotto il profilo della dinamica delle investigazioni.

⁶¹ Sul punto si veda G. GIOSTRA, *Sul vizio di motivazione dell'ordinanza cautelare cit.*, in *Cass. pen.*, fasc.9, 1995, 2428.

⁶² Né per la richiesta del P.M., che talvolta – occorre dirlo – si risolve in un apodittico recepimento, grafico e sostanziale, dell'informativa della P.G., senza alcun vaglio di giurisdizione.

⁶³ Di una “*prassi che davvero vanifica l'obbligo costituzionale di motivazione*” quanto alle motivazioni delle ordinanze che incorporino la richiesta della pubblica accusa, ha scritto E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale cit.*, in *Cassazione Penale*, fasc.1, 2014, 0012B.

⁶⁴ Si veda l'art. 309 co. 9 c.p.p., come modificato dall'art. 11 della legge.

⁶⁵ Sui gravi indizi, sulle esigenze cautelari e sulla rilevanza degli elementi forniti dalla difesa.

8. L'applicazione cumulativa anche nel caso di aggravamento delle esigenze cautelari.

L'innovazione intervenuta al quarto comma dell'art. 299 c.p.p. – in tema di modifica *in peius* di una misura cautelare – ha introdotto la previsione secondo cui, nel caso di aggravamento delle esigenze cautelari, ad una misura in atto ne possa essere associata un'altra, sia coercitiva che interdittiva (*“Fermo quanto previsto, dall'articolo 276, quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sostituisce la misura applicata con un'altra più grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità più gravose o applica congiuntamente altra misura coercitiva o interdittiva”*).

La novella si pone in linea con l'inedita possibilità generalizzata (cfr. *supra* in relazione all'art. 275 co. 3 primo periodo c.p.p.) di applicare congiuntamente più misure cautelari coercitive o interdittive in fase genetica. La previsione mira, con tutta evidenza, ad evitare che l'inasprimento delle esigenze cautelari conduca necessariamente o immediatamente all'applicazione della misura estrema.

9. Si allunga il termine di durata massima delle misure interdittive.

L'art. 308 co. 2 c.p.p. è stato integralmente sostituito ed il comma 2-bis è stato abrogato. La norma di nuovo conio recita: *“Le misure interdittive non possono avere durata superiore a dodici mesi e perdono efficacia quando è decorso il termine fissato dal giudice nell'ordinanza. In ogni caso, qualora siano state disposte per esigenze probatorie, il giudice può disporre la rinnovazione nei limiti temporali previsti dal primo periodo del presente comma”*⁶⁶.

La novità più rilevante è che il termine di durata massima di tutte le misure interdittive è stato portato a dodici mesi, con possibilità di rinnovo di quelle disposte per esigenze probatorie entro tale limite. A questa si accompagna anche l'inedita previsione espressa della necessità di indicazione, nell'ordinanza, del termine di scadenza, evidentemente contenuto in quello annuale, sì da poter essere rinnovato fino alla scadenza dell'anno.

Lo scopo del legislatore è chiaro: rendere più effettiva la portata impeditiva delle misure interdittive e consentire al giudice di plasmare, sulla scorta dei pericoli da fronteggiare, dette misure, stabilendo una durata diversa da quella attuale (sempre

⁶⁶ Il testo ante riforma prevedeva che *“Le misure interdittive perdono efficacia quando sono decorsi due mesi dall'inizio della loro esecuzione. In ogni caso, qualora esse siano state disposte per esigenze probatorie, il giudice può disporre la rinnovazione anche al di là di due mesi dall'inizio dell'esecuzione, osservati i limiti previsti dal comma 1.”* Il comma 2-bis abrogato recitava: *“Nel caso si proceda per uno dei delitti previsti dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316 ter, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, primo comma, e 320 del codice penale, le misure interdittive perdono efficacia decorsi sei mesi dall'inizio della loro esecuzione. In ogni caso, qualora esse siano state disposte per esigenze probatorie, il giudice può disporre la rinnovazione anche oltre sei mesi dall'inizio dell'esecuzione, fermo restando che comunque la loro efficacia viene meno se dall'inizio della loro esecuzione è decorso un periodo di tempo pari al triplo dei termini previsti dall'articolo 303”*.

entro il limite dei dodici mesi), sì da renderle una valida alternativa a vincoli più sacrificanti⁶⁷.

La novella, in questa parte, ha effettivamente offerto materia per superare un generale scetticismo per l'efficacia cautelare delle misure interdittive, legato alla loro durata – obiettivamente estremamente limitata – che comportava che il soggetto inibito *ex artt.* 287 e segg. c.p.p. fosse reimmesso nelle facoltà che gli erano state temporaneamente inibite dopo soli due mesi, salvo rinnovi⁶⁸ e salvo i reati di cui al comma 2-bis abrogato dall'intervento normativo che si va commentando⁶⁹.

Ciò – a parte l'allungamento dei termini per i reati contro la P.A. previsto dalla legge Severino nel 2012 – rendeva, di fatto, poco più che meramente simbolico il divieto imposto con le misure interdittive e, quindi, scarsamente fruibili tali misure sotto il profilo cautelare, laddove il giudice che le applicava sapeva che esse sarebbero venute meno in un breve lasso di tempo e l'esperienza sul campo gli lasciava fondatamente presagire che sarebbe mancato il necessario raccordo con le autorità preposte ad inibire l'attività in via ordinaria⁷⁰.

Vale la pena di osservare, tuttavia, che, anche se la dilatazione del termine mitigherà il problema, resta il fatto che le misure interdittive, a differenza di quelle coercitive, sono insensibili ai passaggi di fase, di tal che esse vengono meno, a prescindere dalle progressioni dell'*iter* procedimentale, alla scadenza del termine massimo previsto dall'art. 308 c.p.p.

10. Le nuove regole del riesame.

Come più volte anticipato, le modifiche all'art. 309 c.p.p. sono notevoli e destinate a circoscrivere i poteri suppletivi del tribunale della libertà, a rendere più garantito il procedimento dinanzi ad esso ed a velocizzarne i tempi, ma anche ad incidere notevolmente sul lavoro dei giudici del riesame.

⁶⁷ La Commissione ministeriale per il processo penale aveva proposto un testo che assimilava la durata delle misure interdittive alle coercitive non detentive; sul punto si veda [La relazione della commissione](#) cit.

⁶⁸ Nei casi di rinnovazione, il termine poteva giungere a quello previsto per le coercitive non detentive, vale a dire raggiungere il doppio dei termini di cui all'art. 303 c.p.p. che, in teoria, per reati particolarmente gravi (quelli con termine di prima fase superiore a sei anni ed inclusi nell'elenco dell'art. 407 lett. a) c.p.p.), poteva portare al superamento dell'anno; anche per alcuni dei reati contro la P.A. il termine ha subito certamente una contrazione per i casi di rinnovazione, giacché la previsione di una possibile durata pari al triplo dei termini di cui all'art. 303 c.p.p. portava al superamento del limite annuale per tutti i reati puniti con pena superiore ai sei anni di reclusione nel massimo.

⁶⁹ Sulle perplessità legate alla durata di dette misure manifestate dalla Commissione ministeriale per il processo penale, si veda sul punto [La relazione della commissione](#) cit.

⁷⁰ La pratica giudiziaria insegna, infatti, che non vi è coordinamento con dette autorità, che rispondono a regole differenziate e che non raccordano le proprie iniziative a quelle della magistratura, non garantendo l'assenza di soluzioni di continuità tra l'interdizione giudiziaria e provvedimenti inibitori di natura amministrativa e/o disciplinare.

10.1. Si rafforza il diritto del detenuto a presenziare.

Si modifica la previsione sul diritto a presenziare del detenuto. Il comma 6 dell'art. 309, così come riformulato, recita: *“Con la richiesta di riesame possono essere enunciati anche i motivi. Chi ha proposto la richiesta ha, inoltre, facoltà di enunciare nuovi motivi davanti al giudice del riesame facendone dare atto a verbale prima dell'inizio della discussione e l'imputato può chiedere di comparire personalmente.”*

A questa si collega la novella del comma 8-bis: *“Il pubblico ministero che ha richiesto l'applicazione della misura può partecipare all'udienza in luogo del pubblico ministero presso il tribunale indicato nel comma 7. L'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente.”*

Il soggetto sottoposto a misura, quindi, potrà chiedere di comparire personalmente ed il tribunale avrà l'obbligo di assicurare la sua presenza in udienza; la norma incide soprattutto sul tema dei detenuti fuori distretto, che dovranno essere sempre tradotti⁷¹ per l'udienza qualora domandino di essere sentiti personalmente.

Se ne deduce che non troveranno più applicazione, nonostante il richiamo all'art. 127 c.p.p. di cui al comma 8 primo periodo dell'art. 309, il comma 3 della norma generale sul procedimento in camera di consiglio, laddove essa prevede che, allorché *“l'interessato è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne fa richiesta, deve essere sentito prima del giorno dell'udienza, dal magistrato di sorveglianza del luogo.”* ed il comma 4 secondo cui: *“L'udienza è rinviata se sussiste un legittimo impedimento dell'imputato o del condannato che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice”*.

La novella sopirà in maniera *tranchant* il contrasto che, sul punto, vedeva fronteggiarsi, in Cassazione, opzioni interpretative diverse, circa l'esistenza e l'ampiezza del diritto del detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del tribunale di presenziare, su sua richiesta, all'udienza dinanzi al tribunale della libertà⁷².

⁷¹ Salvo i casi in cui ricorrano, a norma dell'art. 45-bis disp. att. c.p.p. i presupposti per la partecipazione a distanza.

⁷² L'una, secondo cui, alla stregua dei principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 45 del 1991, qualora l'interessato, detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del Tribunale, avanzasse richiesta di essere sentito personalmente, l'organo decidente fosse vincolato, a pena di nullità, a disporne obbligatoriamente la traduzione all'udienza, obbligo dalla cui violazione (ovvero dalla celebrazione dell'udienza senza il richiedente impedito) conseguiva una nullità assoluta ed insanabile dell'udienza e del provvedimento conclusivo (Cfr. Cass. Pen., sez. II, 15 maggio 2012, n. 22959; Cass. Pen. sez. VI, 22 gennaio 2008, n. 10319; Cass. Pen. sez. II, 4 dicembre 2006, n. 1099; Cass. Pen. sez. II, 20 settembre 2006, n. 32666). L'altra, che reputava non esservi, nel procedimento camerale *de libertate*, nessun diritto incondizionato dell'indagato detenuto in luogo esterno alla circoscrizione di essere ascoltato all'udienza fissata per il riesame, ma solo quello di essere sentito dal magistrato di sorveglianza; con la possibilità, tuttavia, per il giudice del riesame, di accogliere comunque la richiesta di audizione qualora non la ritenesse del tutto defatigatoria e di ostacolo al rispetto dei termini fissati dalla procedura per la decisione dell'impugnazione (Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 12 luglio 2007, n. 39834; Cass. Pen. sez. IV, 29 maggio 2013, n. 26993), ovvero di rigettarla nel caso di istanza che non fondasse espressamente su di uno specifico interesse a far valere questioni di fatto concernenti la sua posizione (Cfr. Cass. Pen. Sez. II, 5 novembre 2014, n. 6023, Cass. Pen. Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 14678.). Per un quadro complessivo dello stato della

Un profilo di ordine pratico che potrebbe generare interrogativi è quello relativo al momento di presentazione della richiesta, che non è specificato; vi sono due dati che militano nel senso che essa vada formulata all'atto della proposizione del riesame. L'uno, che concerne la collocazione della previsione nella disposizione relativa alla presentazione dell'impugnativa; l'altro, di ordine pratico, che è legato alla necessità di attuare gli adempimenti necessari per la traduzione, che non potrebbe essere garantita in tempi compatibili con quelli di trattazione qualora la relativa richiesta potesse essere formulata fino alla data dell'udienza, con i possibili rischi di strumentalizzazione delle istanze al fine di impedire la celebrazione delle udienze entro il termine per la decisione.

Infine, quanto al tema generale della partecipazione al subprocedimento cautelare, giova osservare che, se la novella è nel senso del rafforzamento delle garanzie di partecipazione dell'indagato, deve nel contempo prendersi atto che la scelta legislativa è stata quella di non prevedere, al contrario, alcun coinvolgimento della persona offesa nel procedimento, ad onta del *trend* normativo teso, negli ultimi anni, a potenziare, per i reati con violenza alla persona, le garanzie di conoscenza ed interlocuzione di tale soggetto processuale rispetto alle scelte del giudice della cautela^{73 74}.

10.2. Escluso il potere integrativo dell'ordinanza priva di autonoma valutazione.

Uno degli aspetti più significativi della rimodulazione del giudizio di riesame – a parere di chi scrive – è quello che si combina con la novella dell'art. 292 codice di rito. Il legislatore ha, infatti, così riscritto il comma 9 dell'art. 309: *“Entro dieci giorni dalla ricezione degli atti il tribunale, se non deve dichiarare l'inammissibilità della richiesta, annulla, riforma o conferma l'ordinanza oggetto del riesame decidendo anche sulla base degli elementi adottati dalle parti nel corso dell'udienza. Il tribunale può annullare il provvedimento impugnato o riformarlo in senso favorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati ovvero può confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso. Il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa”*.

La modifica del comma 9 – a prescindere dal difetto macroscopico della mancanza di motivazione in senso grafico – appare coerente con la novella riguardante le lettere c) e c-bis) del comma 2 dell'art. 292 c.p.p., la cui violazione non potrà più

giurisprudenza della Corte sul punto, si veda G. SANTALUCIA, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cassazione Penale*, fasc. 3, 2014, 0768B.

⁷³ Si vedano gli artt. 282 *quater* e 299 co. 3 e 4-bis codice di rito. Nell'ottica più generale di un possibile ampliamento dei diritti di informazione ed interlocuzione della persona offesa, si veda G. SEPE, [Violenza di genere e consultazione della persona offesa nelle vicende estintive delle misure cautelari](#), in *questa Rivista*, 9 luglio 2014.

⁷⁴ Sul contrasto giurisprudenziale in tema di partecipazione dell'indagato al procedimento e sulla necessità di sopirlo, nonché sull'opportunità di coinvolgere anche la persona offesa, si veda E. MARZADURI, [Linee di riforma delle impugnazioni de libertate](#), in *questa Rivista*, 3 ottobre 2014.

essere arginata con interventi suppletivi del tribunale del riesame sulla base dei poteri indicati al citato comma, secondo cui l'organo suddetto può confermare il provvedimento per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione⁷⁵.

Si ricorda, a questo proposito, che un orientamento stabilizzatosi negli anni riteneva colmabile dal tribunale adito *ex art. 309 c.p.p.* ogni lacuna valutativa e motivazionale dell'ordinanza impugnata, dato il carattere interamente devolutivo del riesame, sicché la decisione del tribunale della libertà e l'ordinanza avrebbero dato vita ad una fattispecie complessa (con formazione progressiva) composta dai due atti, l'uno suscettibile di essere integrato dall'altro⁷⁶.

A fronte di quest'orientamento, se n'è formato, più di recente, un altro, di segno diverso, che ha sancito l'equiparazione tra mancanza di motivazione in senso grafico e motivazione graficamente presente ma sostanzialmente apparente, laddove i giudici di legittimità hanno ripetutamente optato per la scelta di ritenere annullabile il provvedimento anche in quest'ultimo caso, senza possibilità di beneficiare del potere di integrazione da parte del tribunale del riesame.

Alla patologia sopra descritta – quella della motivazione apparente – sono stati ricondotti i casi in cui il giudice della cautela – operando un rinvio al contenuto di altro atto del procedimento ovvero recependone integralmente il contenuto – non avesse dato conto di una seria ed effettiva analisi critica del materiale richiamato e di un'elaborazione della decisione finale originale rispetto ad esso, limitandosi all'impiego di mere clausole di stile o all'uso di frasi apodittiche. Affini a queste ultime sono stati ritenuti i casi in cui il giudice avesse integralmente riportato, normalmente mediante la trasposizione integrale del testo con gli strumenti informatici ormai di uso comune, la richiesta del P.M., aggiungendo espressioni generiche di condivisione dietro le quali non poteva leggersi alcun procedimento valutativo⁷⁷.

⁷⁵ La Commissione ministeriale per il processo penale aveva proposto l'abrogazione della disposizione che fonda tale possibilità; sul punto si veda [La relazione della commissione](#) cit.

⁷⁶ Le argomentazioni dell'orientamento più conservativo fondavano anche, da una parte, sulla riflessione secondo cui la possibilità di annullare per vizio motivazionale esulava dai poteri del Tribunale del riesame, spettando solo alla Corte di Cassazione, e, dall'altra, sulla legittimità della scelta del G.I.P. di motivare *per relationem* laddove fossero rispettati i canoni individuati da Cass. Pen. Sez. U., 21 giugno 2000 n. 17 (*"La motivazione "per relationem" di un provvedimento giudiziale è da considerare legittima quando: 1) faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3) l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione."*). Per restare alle più recenti, si vedano Cass. Pen. Sez. II, 20 aprile 2012, n. 30696, Cass. Pen. Sez. II, 30 novembre 2011, n. 7967, Cass. Pen. Sez. III, 2 febbraio 2011, n. 15416, Cass. Pen. Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 8590, Cass. Pen. Sez. VI, 14 giugno 2004, n. 35993, Cass. Pen. Sez. II, 4 dicembre 2006, n. 1102, Cass. Pen. Sez. II, 21 novembre 2006, n. 6322, Cass. Pen. Sez. V, 7 dicembre 2006, n. 3255, Cass. Pen. Sez. III, 19 gennaio 2001, n. 11466.

⁷⁷ Cfr. Cass. Pen. Sez. VI, 4 marzo 2014, n. 12032, Cass. Pen. Sez. II, 4 dicembre 2013, n. 12537, Cass. Pen. Sez. VI, 24 maggio 2012, n. 22327, Cass. Pen. Sez. 6, 24 maggio 2012 n. 25631, Cass. Pen. Sez. 2, 14 giugno 2012, n. 25513, Cass. Pen. Sez. III, 15 luglio 2010 n. 33753, Cass. Pen. Sez. 2, 8 ottobre 2008 n. 39383, Cass. Pen. Sez. III, 11 ottobre 2007 n. 41569, Cass. Pen. Sez. IV, 8 luglio 2004 n. 45847. Per un commento a Cass.

La scelta legislativa – raccogliendo gli spunti che provenivano da tale posizione della Corte e dalla dottrina⁷⁸ – si è orientata nel senso di prevedere, accanto all’obbligo per il giudice di effettuare una valutazione autonoma sui punti della decisione di cui si è detto, un correlativo potere/dovere del tribunale adito *ex art. 309* – salvo che per la valutazione sulla scelta della custodia in carcere – di verifica del rispetto della norma, con la sola possibilità di annullare – e non già più di integrare – il provvedimento nel caso ravvisi un appiattimento acritico del giudice sulla parte pubblica quanto al percorso valutativo e, quindi, di fatto, un’assenza di motivazione⁷⁹.

E’ evidente che l’elaborazione giurisprudenziale circa la motivazione apparente sopra richiamata – e la casistica che se ne può trarre – rappresenterà un fondamentale punto di partenza per l’interprete, che dovrà domandarsi fino a che punto possa spingersi la censura del tribunale del riesame sull’esistenza dell’autonoma valutazione.

Di fronte alla ridefinizione dei compiti di tale organo, poi, un ulteriore interrogativo – tenuto conto della scelta legislativa (diversa da quella della Commissione Canzio) di non espungere dalla norma la previsione che il tribunale può confermare il provvedimento per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione – concerne la sopravvivenza e l’ampiezza del potere/dovere di integrazione rispetto a vizi diversi del provvedimento impugnato.

Si pensi, ad esempio, ad un’ordinanza che non difetti di autonoma valutazione, ma che l’abbia fondata su un percorso logico-giuridico non avallabile ovvero incompleto, ovvero, ancora, a sua volta basato su una lettura inesatta o erronea degli atti di indagine, quando tuttavia il tribunale adito *ex art. 309* ravvisi la possibilità che la scelta cautelare vada comunque condivisa, pur a valle di una diversa e più corretta o completa articolazione del ragionamento indiziario o di quello sulle esigenze cautelari^{80 81}.

pen. Sez. VI, 24 maggio 2012, n. 22327, si veda N. LA ROCCA, *In tema di requisiti minimi per la motivazione delle decisioni cautelari*, in *Giur. It.*, 2013, 1.

⁷⁸ Secondo E. MARZADURI, *Linee di riforma* cit., la teoria che vede nel riesame un vero e proprio nuovo giudizio che può sovrapporsi a quello dell’ordinanza impugnata conduce ad un risultato paradossale: “con l’impugnazione l’imputato ristretto in base ad un titolo inadeguatamente motivato non solo non ottiene la dichiarazione di nullità *ex art. 292 comma 2 lett. c) e c)-bis c.p.p.* (pur trattandosi di invalidità espressamente dichiarata dalla legge come rilevabile d’ufficio), ma finisce per fare un ‘favore’ al giudice emittente, in soccorso del quale interviene, proprio grazie al riesame, il tribunale, che consolida così l’azione cautelare. Sembra così realizzarsi una sorta di ‘delega’ al giudice del controllo rispetto ad obblighi che non possono non essere adempiuti dal giudice che dispone la misura restrittiva.”

⁷⁹ In E. MARZADURI, *Linee di riforma* cit. si legge, quanto al giudizio sulla scelta normativa, che “Viene così individuato un ‘onorevole’ compromesso tra l’esigenza di dare una qualche consistenza all’obbligo di motivare i provvedimenti restrittivi e l’esigenza di valorizzare sul piano dei tempi processuali l’intervento di un organo collegiale chiamato a giudicare nel merito”.

⁸⁰ Potere che già era ritenuto esistente rispetto a casi di “motivazione insufficiente”, si vedano Cass. Pen. Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16587, Cass. Pen. Sez. III, 11 ottobre 2007, n. 41569.

⁸¹ La Corte ha tradizionalmente ritenuto, per esempio, la possibilità di confermare una misura cautelare per esigenze cautelari diverse da quella individuate dal P.M. e dal primo giudice. Sul punto si vedano Cass. Pen. Sez. VI, 12 marzo 2014, n. 26458, Cass. Pen. Sez. V, 5 dicembre 2006, n. 4446, Cass. Pen., Sez. I, 11 ottobre 2005, n. 43014, Cass. Pen. Sez. VI, 4 giugno 1999, n. 2056. Inoltre, per una lettura critica di detta giurisprudenza, si veda A. ZAMPAGLIONE, *Giurisprudenza CEDU e poteri del tribunale del riesame*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 1, 106.

Ci si riferisce ai casi – si badi – non già di motivazione fittizia perché mutuata acriticamente e senza alcuna interiorizzazione reale dalla richiesta del P.M. – o, peggio, dall’informativa della P.G. – ma di motivazione esistente ed appartenente al patrimonio valutativo del giudice, ma ritenuta errata dal riesame perché fondata su una lettura o su un’interpretazione sbagliata dell’incarto e delle norme applicabili, quando vi è, al contrario, una lettura alternativa o complementare sulla base della quale la cautela possa essere ritenuta legittima.

In questi casi – secondo un’esegesi letterale sia della novella sulla autonoma valutazione che della previsione del potere di integrazione sopravvissuto alla riforma – non vi è ragione per ritenere che il tribunale non possa respingere la richiesta di riesame e confermare l’ordinanza impugnata, “sostituendo” o “completando” con le proprie valutazioni ed argomentazioni il ragionamento del primo giudice della cautela ritenuto fallace.

10.3. Il diritto di differimento dell’udienza – solo – in capo al soggetto in vinculis.

La novella ha previsto un’inedita prerogativa per l’indagato/imputato impugnante, quella, cioè, di chiedere un differimento dell’udienza; così il comma 9-bis: *“Su richiesta formulata personalmente dall’imputato entro due giorni dalla notificazione dell’avviso, il tribunale differisce la data dell’udienza da un minimo di cinque ad un massimo di dieci giorni se vi siano giustificati motivi. In tal caso il termine per la decisione e quello per il deposito dell’ordinanza sono prorogati nella stessa misura”*.

La nuova disposizione ha introdotto, quindi, la possibilità, per l’indagato/imputato “*personalmente*” (date le possibili conseguenze sui tempi della sua carcerazione) di chiedere un differimento dell’udienza (con corrispondente, pari slittamento dei termini per adottare la decisione e per depositare le motivazioni) per giustificati motivi, che potranno verosimilmente essere legati alla necessità di consentire alla difesa di approntare una compiuta linea difensiva⁸² e che dovranno essere apprezzati dal tribunale.

Si tratta di un’esigenza evidentemente particolarmente sentita rispetto ai numerosi procedimenti in cui la mole degli atti delle indagini (si pensi alle grandi operazioni in materia di criminalità organizzata) e/o la complessità del procedimento in sé per il numero di parti e di imputazioni non consenta un compiuto studio degli atti o la predisposizione di ogni necessaria attività difensiva in tempo utile a contestare l’iniziativa cautelare dinanzi al tribunale distrettuale.

Se ciò è condivisibile, nell’ottica dell’ampliamento delle garanzie, per consentire un’efficace attività difensiva in un momento nevralgico per le sorti del ricorrente, non può non valutarsi negativamente che la scelta legislativa sia stata, nel corso dell’*iter*

⁸² Sulla *ratio*, si veda la nota breve dell’ufficio studi del Senato.

parlamentare, quella di non dare la possibilità di differimento di ufficio ai giudici del riesame cui spetta la decisione⁸³.

Si sarebbe trattato, infatti, di un'iniziativa che, se apparentemente poteva sembrare funzionale alle sole esigenze professionali dei giudici, avrebbe riverberato i propri effetti positivi sulla concreta possibilità di una valutazione critica dei provvedimenti impugnati e sull'accuratezza della decisione, spesso resa enormemente difficoltosa dai tempi ristretti del tribunale, con un indiretto beneficio anche delle ragioni difensive.

10.4. La scure dell'inefficacia anche sul mancato rispetto dei termini di deposito – i limiti alla rinnovazione della misura cautelare.

Le maglie dell'inefficacia del provvedimento cautelare si sono ampliate; il "nuovo" comma 10 dell'art. 309 c.p.p. recita: *"Se la trasmissione degli atti non avviene nei termini di cui al comma 5 o se la decisione sulla richiesta di riesame o il deposito dell'ordinanza del tribunale in cancelleria non intervengono nei termini prescritti, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata. L'ordinanza del tribunale deve essere depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione salvi i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni. In tali casi, il giudice può disporre per il deposito un termine più lungo, comunque non eccedente il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione."*⁸⁴

Il comma 10, in effetti, ha inserito nuove scansioni procedurali, destinate – da una parte – ad accelerare la definizione del subprocedimento cautelare – ma – dall'altra – ad incidere notevolmente sulla già delicata attività dei giudici del tribunale del riesame.

Questi ultimi, infatti, si vedranno onerati non solo del rispetto di termini per la decisione sulla richiesta di riesame, ma anche dell'osservanza di un termine di trenta giorni per il deposito delle motivazioni, salvi i casi in cui essa sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni. In tali casi, analogamente a quanto avviene ex artt. 544 c.p.p. per il giudizio di merito, l'organo giudicante potrà disporre per il deposito un termine più lungo, comunque non eccedente il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione.

L'inedita previsione del termine per il deposito della motivazione è evidentemente funzionale a scandire, a beneficio delle parti "soccumbenti", i tempi per

⁸³ Come si legge nella nota breve dell'ufficio studi del Senato: *"Intervenendo sul nuovo comma 9-bis, il Senato aveva inserito un nuovo periodo, stabilendo che il tribunale, con provvedimento motivato, può altresì differire l'udienza d'ufficio (sempre da 5 a 10 gg.), in ragione della complessità del caso e del materiale probatorio. Tale previsione è stata soppressa dalla Camera"*.

⁸⁴ Il testo travolto dalla novella recitava: *"Se la trasmissione degli atti non avviene nei termini di cui al comma 5 o se la decisione sulla richiesta di riesame non interviene entro il termine prescritto, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia."*

accedere ai rimedi impugnatori, sì da condurre ad una definizione della vicenda cautelare quanto più rapida possibile.

Giova rimarcare che il legislatore ha previsto anche un nuovo meccanismo che dovrà fungere da monito/stimolo rispetto all'osservanza dei termini, vecchi e nuovi.

Le conseguenze dell'inosservanza dei termini suddetti saranno, infatti, molto più gravi rispetto a quelle previste dalla normativa vigente per i casi di inefficacia derivanti dal combinato disposto dei commi 5 e 10 dell'art. 309 c.p.p.

Nel regime previgente, invero, una volta dichiarata l'inefficacia della misura a causa dell'inosservanza dei termini per la trasmissione atti e per la decisione, non era tuttavia inibita – e ciò senza condizione alcuna – la nuova emissione del provvedimento cautelare divenuto inefficace. Il dato era pacifico ed è stato incidentalmente ribadito anche nella recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 28270 del 24 aprile 2014, che ha definitivamente sancito la non necessità dell'interrogatorio dopo la riemissione dell'ordinanza cautelare – qualora fondata sui medesimi elementi di quella caducata – a seguito di dichiarazione di inefficacia, ai sensi dell'art. 309, commi 5 e 10, c.p.p.⁸⁵

Con la riforma, se nulla muta quanto all'interrogatorio – che resta non necessario – al contrario è la stessa possibilità di nuova emissione ad essere fortemente limitata: al mancato rispetto dei termini di trasmissione degli atti e del nuovo termine per il deposito delle motivazioni ed alla conseguente inefficacia della misura cautelare, infatti, non potrà seguire la reviviscenza del vincolo sulla base di un nuovo provvedimento, se non sulla scorta di eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate.

E' evidente che ciò limiterà molto la possibilità – fino ad oggi generalizzata – di porre riparo a trasmissioni di atti⁸⁶ (da parte dell'ufficio che detiene il fascicolo) o decisioni (o motivazioni) intempestive⁸⁷ e che ciò “sanzionerà” allo stesso modo situazioni diverse, da quelle legate ad inconvenienti non addebitabili ad alcuno⁸⁸, a disfunzioni di segreteria o di cancelleria, fino a quelle concernenti l'operato dei giudici.

Va, infine, sottolineato che, ad onta dell'irrigidimento del sistema dovuto alla riforma, la magistratura può almeno tirare un sospiro di sollievo sul versante cautelare.

⁸⁵ Ecco la massima: “*Nell'ipotesi di emissione di nuova misura cautelare custodiale in seguito alla dichiarazione di inefficacia, ai sensi dell'art. 309, commi 5 e 10, c.p.p., di quella precedente, il giudice per le indagini preliminari non ha il dovere di interrogare l'indagato prima di ripristinare nei suoi confronti il regime custodiale e non è tenuto a reiterare l'interrogatorio di garanzia neanche successivamente, sempre che l'interrogatorio sia stato in precedenza regolarmente espletato e sempre che la nuova ordinanza cautelare non contenga elementi nuovi e diversi rispetto alla precedente*”. Per un commento della sentenza, si veda A. MONTAGNA, *Reiterazione di misura cautelare per inefficacia della precedente ed interrogatorio dell'indagato*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2014, 9, 1055.

⁸⁶ Pur non disponendo di statistiche sul punto, deve ritenersi che i casi di inefficacia per mancata trasmissione si siano sensibilmente ridotti, a seguito dell'introduzione e dell'implementazione – ormai da diversi anni ed in moltissimi uffici giudiziari – del sistema di trasmissione informatica degli atti al tribunale del riesame.

⁸⁷ Diverso è il discorso qualora, successivamente all'incidente cautelare conclusosi con l'inefficacia della misura, la pubblica accusa dia la stura, sulla base di elementi successivi ed inediti, ad un nuovo subprocedimento cautelare, avanzando una nuova richiesta.

⁸⁸ Si pensi a situazioni oggettive che rendano impossibile effettuare le notifiche di rito in tempo utile alla celebrazione dell'udienza nel termine di legge.

Nel corso dell'esame alla Camera è stato, infatti, eliminato l'art. 16, introdotto dal Senato in prima lettura, norma che integrava il decreto legislativo n. 109 del 2006, sugli illeciti disciplinari dei magistrati, con la previsione di una sanzione non inferiore alla censura per l'inosservanza dei termini di cui agli artt. 309 co. 10 c.p.p. e 311 co. 5-bis c.p.p.

11. La richiesta di differimento ed altre – possibili – ricadute della novella nel riesame reale.

Così recita il comma 7 dell'art. 324 c.p.p. dopo la riformulazione: *“Si applicano le disposizioni dell'articolo 309 commi 9, 9-bis e 10. La revoca del provvedimento di sequestro può essere parziale e non può essere disposta nei casi indicati nell'articolo 240 comma 2 del codice penale.”*

La novella ha introdotto la possibilità, per l'imputato personalmente, di avanzare la richiesta di differimento. Le ragioni risiedono in quelle già enunziate a proposito del commento relativo all'art. 309 co. 9-bis codice di rito.

A prescindere da questo aspetto, ci si deve chiedere, tuttavia, quanto il preesistente richiamo ai commi 9 e 10 dell'art. 309 c.p.p. (anch'essi oggetto di riscrittura da parte del legislatore) possa valere a ritenere che, anche per le misure reali, sia oggi imposto l'obbligo di “autonoma valutazione” e quello di deposito del provvedimento in un termine perentorio.

In questo può essere utile il percorso argomentativo di Cass. Pen. Sez. U., 28 marzo 2013 n. 26268⁸⁹, in cui la Corte aveva dovuto risolvere il contrasto interpretativo

⁸⁹ Il legislatore della L. 332 del 1995 era intervenuto riformulando i commi 5 e 10 dell'art. 309 c.p.p., “allungando”, sia pure in via subordinata, il termine di trasmissione degli atti al riesame (da uno a cinque giorni), ma rendendolo perentorio, non intervenendo, nel contempo, sul comma 3 dell'art. 324 che, in tema di riesame di misure reali, riproduceva – e riproduce attualmente – detto termine. La difficoltà interpretativa risiedeva nel fatto che, nonostante tale novella dell'art. 309 c.p.p., l'art. 324 continuava – e continua – ad operare rinvio, essendo rimasto invariato il richiamo del comma 7 ai commi 9 e 10 dell'art. 309. Le Sezioni Unite hanno ragionato su diversi versanti. In primo luogo, hanno verificato che l'attenzione del legislatore del 1995 era stata centrata sulla figura del soggetto la cui libertà sia stata compressa o limitata e non sulle misure reali. In secondo luogo, hanno posto l'accento sul diverso rilievo costituzionale della tutela della proprietà rispetto alla libertà personale, il che giustifica una diversità di previsione. In terzo luogo hanno fatto riferimento al dato testuale, posto che l'art. 324 co. 7 c.p.p. richiama la sola norma dell'art. 309 co. 10 e non anche quella di cui all'art. 309 co. 5 c.p.p. e che l'art. 324 co. 3 c.p.p. mantiene un'autonoma disciplina in tema di termine per la trasmissione degli atti (stabilendo che gli stessi siano inviati entro il giorno successivo all'avviso). La Corte, ancora, ha ritenuto il rinvio che il comma 7 dell'art. 324 c.p.p. opera ai commi 9 e 10 dell'art. 309 come “riconoscibilmente recettizio”, statico, ossia fatto alla mera veste letterale dei predetti commi, con conseguente cristallizzazione della disposizione normativa recepita, che “dunque, una volta inglobata nella norma che la richiama, ne entra a far parte Integrante e non segue le eventuali “sorti evolutive” della norma richiamata”. Ciò in quanto il rinvio operato a diversa disposizione di legge può essere considerato dinamico (formale) solo qualora esso si riferisca, non già a una disposizione determinata, ma a un istituto o a una normativa complessivamente considerati. Peraltro – ha ancora argomentato la Corte –, in questo caso il comma 10 del “nuovo” art. 309 costituisce sanzione del precetto di cui al comma 5 del medesimo articolo e, da un rinvio a una sanzione, non si può dedurre un precetto, che, nel caso di specie, è contenuto in una norma non richiamata. La Corte, infine, ha fatto appello a

relativo alle conseguenze del mancato rispetto del termine di trasmissione degli atti al tribunale del riesame reale.

La Cassazione aveva, a questo proposito, risposto negativamente al quesito «*se, nel procedimento di riesame del provvedimento di sequestro, sia applicabile il termine perentorio di cinque giorni, previsto dall'art. 309, comma 5, cod. proc. pen. (con la conseguente perdita di efficacia del provvedimento in caso di violazione) per la trasmissione degli atti al tribunale*».

Per giungere a questa conclusione la S. C. aveva, tra l'altro, ragionato sulla natura del rinvio del comma 7 dell'art. 324 al comma 10 dell'art. 309 c.p.p. – ritenendolo statico e non idoneo a recepire le evoluzioni normative intervenute sulla norma richiamata – e sulla *ratio* e sulla portata della novella della L. 332 del 1995 che aveva reso perentorio il termine, altresì sviluppando considerazioni relative alla struttura delle norme richiamante e richiamate, per cui sarà interessante verificare quale valenza le riflessioni svolte avranno nell'affrontare il tema odierno.

Vale solo osservare, in questa sede, che, a prescindere dallo spunto che può ricavarsi dal ragionamento delle Sezioni Unite, la modifica del comma 9 appare difficilmente conciliabile con il riesame reale – se non per la mancanza di motivazione – in quanto vi è un espresso riferimento all'art. 292 c.p.p.; la sanzione di inefficacia del comma 10 dell'art. 309 c.p.p., poi, è espressamente riferita alle ordinanze che dispongono misure coercitive il che, apparendo pleonastico giacché le coercitive sono le uniche misure suscettibili di riesame *ex art.* 309 c.p.p., potrebbe suonare quale precisazione tesa a circoscrivere l'impatto della novella sulle misure reali.

12. Anche nel giudizio di appello previsti i termini per la decisione, ma essi restano ordinatori.

Il legislatore ha novellato anche la norma sull'appello cautelare; così il comma 2 dell'art. 310 codice di rito: “*2. Si osservano le disposizioni dell'articolo 309 commi 1, 2, 3, 4 e 7. Dell'appello è dato immediato avviso all'autorità giudiziaria precedente che, entro il giorno successivo, trasmette al tribunale l'ordinanza appellata e gli atti su cui la stessa si fonda. Il procedimento davanti al tribunale si svolge in camera di consiglio nelle forme previste dall'articolo 127. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà per il difensore di esaminarli e di estrarne la copia. Il tribunale decide entro venti giorni dalla ricezione degli atti con ordinanza depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione. L'ordinanza del tribunale deve essere depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione salvi i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni.*”

considerazioni di “compatibilità sostanziale”, data la particolare complessità che i riesami reali possono presentare rispetto a quelli personali, il che giustifica la differenziazione quanto ai termini e non ha ritenuto preoccupante la circostanza che, sotto il profilo processuale, non vi sia sanzione al mancato rispetto del termine di trasmissione del comma 3 dell'art. 324 codice di rito, ritenendo che ciò possa essere temperato dal dovere – eventualmente sanzionato in via disciplinare – del P.M. di rispetto della norma processuale. Si veda anche la nota a sentenza di G. CANESCHI, [Sezioni unite: non decade il provvedimento di sequestro in caso di intempestiva trasmissione degli atti al tribunale del riesame](#), in questa Rivista, 24 giugno 2013.

In tali casi, il giudice può indicare nel dispositivo un termine più lungo, non eccedente comunque il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione.”

Se anche per l'appello è stato inserito il termine per il deposito della motivazione, la sua mancata osservanza rimane, tuttavia, priva di conseguenze in termini di inefficacia della misura cautelare, stante il mancato richiamo al comma 10 dell'art. 309 c.p.p.⁹⁰

Così la commissione per la riforma del processo penale spiegava tale – condivisibile – scelta, che si rinviene nella proposta formulata dalla sottocommissione sulle misure cautelari il 14.7.13: *“Si è ritenuto tuttavia di escludere in questo caso la caducazione della misura perché ne risulterebbe una disciplina troppo complessa, che si potrebbe prestare a strumentalizzazioni da parte degli imputati mediante la moltiplicazione delle richieste di revoca”*⁹¹.

Non sembrano esservi ostacoli testuali inequivocabili che facciano ritenere che la disposizione suddetta non si applichi anche all'appello reale, stante il richiamo all'art. 310 c.p.p. dell'art. 322-bis u. c. c.p.p., anche se ciò poco si concilia con le conclusioni a cui si è giunti quanto al riesame reale.

13. Il giudizio di rinvio modulato come il “nuovo” 309 c.p.p.

E stata allineata alla riforma sui termini di deposito del riesame, con l'introduzione del comma 5-bis all'art. 311 c.p.p., anche la disciplina sul giudizio di rinvio dopo l'annullamento della Corte di Cassazione: *“Se è stata annullata con rinvio, su ricorso dell'imputato, un'ordinanza che ha disposto o confermato la misura coercitiva ai sensi dell'articolo 309, comma 9, il giudice decide entro dieci giorni dalla ricezione degli atti e l'ordinanza è depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione. Se la decisione ovvero il deposito dell'ordinanza non intervengono entro i termini prescritti, l'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva perde efficacia, salvo che l'esecuzione sia sospesa ai sensi dell'articolo 310 comma 3, e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata”*.

Con questo comma – inserito *ex novo* – si è, per la prima volta, prevista la scansione dei tempi per la decisione e la motivazione che il tribunale deve adottare a seguito di annullamento con rinvio di una misura disposta o confermata *ex art.* 309 c.p.p., scansione modulata in termini analoghi a quelli che riguardano la prima impugnazione⁹², con la differenza, tuttavia, che in questo caso non è possibile riservare il deposito dei motivi in quarantacinque giorni.

La ragione di quest'ultima scelta normativa potrebbe risiedere nella circostanza che il tribunale è già in possesso del patrimonio di conoscenze necessario per la decisione ed ha già emesso un provvedimento, che dovrà essere rivisto sulla scorta delle specifiche censure della Corte.

⁹⁰ Potendo eventualmente avere solo rilevanza disciplinare.

⁹¹ Si veda [La relazione della Commissione](#) cit.

⁹² Il termine per la decisione decorrerà ovviamente dalla trasmissione delle motivazioni e non già del mero dispositivo della Corte.

Le novità della norma è duplice, in quanto si è introdotto, oltre che l'obbligo di deposito della motivazione in trenta giorni, anche quello di decidere entro dieci giorni dalla ricezione degli atti dalla Corte di Cassazione.

In entrambi i casi, l'obbligo è previsto a pena di inefficacia e la riemissione del provvedimento incontra i limiti di cui già si è detto nel commento al comma 10.

14. Qualche riflessione finale.

Alcune osservazioni finali sugli aspetti più significativi della riforma – pur con i limiti di una riflessione svolta a pochi giorni dall'approvazione del testo definitivo – sono doverose.

In ordine alla rimodulazione dei tempi del giudizio di riesame, la *ratio* è condivisibile, laddove mira a garantire una partecipazione incondizionata del detenuto all'udienza e la predisposizione di una linea difensiva in tempi compatibili con la complessità di procedimenti a volte obiettivamente "ipertrofici"; non convince, al contrario, il fatto che la possibilità di fronteggiare le stesse difficoltà che possono incontrare le difese non sia stata data ai giudici a cui è affidata la decisione, che dovranno fare i conti con la necessità di decidere nei termini ristretti ordinari (e di depositare entro il limite temporale calcolato dalla decisione), con lo spettro di una sanzione di inefficacia che oggi, con il restringimento delle maglie della riemissione, è assai poco rassicurante.

La riforma è suscettibile di essere, in linea di principio, condivisa anche nella parte in cui mira ad assicurare una celere definizione della parentesi cautelare. A questa esigenza ed al conseguente intervento normativo, tuttavia, dovrà farsi fronte tenendo presente che, in determinate realtà, i carichi del tribunale della libertà erano già, a legislazione immutata, difficilmente sostenibili, per cui non potrà che rendersi necessario un potenziamento dei relativi organici, vieppiù indispensabile data la novella sui termini di deposito.

Quanto alla fase di competenza del primo giudice della cautela, l'intervento legislativo può prestarsi ad una duplice lettura.

L'una deve appuntarsi sugli aspetti positivi della riforma, legati ad una spinta alla formulazione di giudizi cautelari non standardizzati, ma quanto più possibile modellati sul caso concreto, sia sotto il profilo della scelta circa l'adozione della cautela che quanto all'individuazione della misura – o delle misure – da applicare, eliminando alcuni automatismi normativi che spesso gli operatori – e tra essi i giudici – sentivano come sproporzionati rispetto alla specifica situazione che si presentava loro e recuperando un certo grado di discrezionalità del decidente. Nessuna osservazione sull'obbligo dell'autonoma valutazione – sacrosanto e già insito nel sistema, ma che evidentemente è stato necessario disciplinare espressamente, sulla scorta dei frequenti interventi della Corte di Cassazione sul tema delle motivazioni apparenti.

L'altra lettura – di segno diverso – non può ignorare la coeva volontà del legislatore di contenere l'area di discrezionalità del giudice in tema di applicazione

delle misure coercitive⁹³ – si pensi al puntellamento dei giudizi *ex artt.* 274 e 275 co. 3 primo periodo e co. 3-*bis* c.p.p. – il che significa avergli sì restituito un'autonomia decisionale con la contrazione degli automatismi, ma da esercitare “con cautela”, rendendo ancora più difficile il compito di chi si occupa di libertà personale.

Sotto questo profilo, se la traccia segnata dall'intervento normativo è quella di una riduzione dell'area dell'intervento cautelare e, in particolare di quello carcerario, ci si augura che la tendenza resti chiara e che la magistratura non si trovi nuovamente a far fronte ad ambigue scelte legislative in tema di intervento repressivo nei confronti della criminalità (spesso sull'onda della volontà di compiacere le istanze punitive provenienti dall'opinione pubblica), che la esporrebbero, ancora una volta, al rischio di accentrare su di sé l'ingrato compito di conciliare imperativi opposti⁹⁴ – da una parte quelli di salvaguardia della collettività e dall'altra quelli di tutela della libertà personale.

⁹³ Che questo fosse lo scopo della novella è chiaro anche dalla lettura del [Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 1232](#), cit.

⁹⁴ Di “devastante effetto disorientante” si legge in S. FIORE, [Maneggiare con cautela – Per un uso consapevole dei limiti normativi all'uso della custodia in carcere \(ancora a proposito dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p.\)](#), in questa Rivista, 10.11.2014. Per un quadro generale delle linee di tendenza – e delle spinte che le muovono – della legislazione penale degli ultimi anni, prezioso per inquadrare le difficoltà di chi opera, quale interprete, tra direttrici opposte, si veda F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.4, 2014, 1693.