

Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare, di Marcello Daniele

A proposito della legge n. 117/2014 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. n. 92/2014. **1.** La l. n. 117/2014 ha mantenuto, pur riducendone l'ambito operativo, il divieto di custodia cautelare introdotto all'**art. 275 co. 2 bis c.p.p.** dall'art. 8 d.l. n. 92/2014. Salve le eccezioni espressamente previste, la **custodia cautelare** in carcere ora **non** può più essere **applicata** se il giudice ritenga che, "all'esito del giudizio", la **pena** detentiva "irrogata" **non** sarà **superiore a tre anni**.

Tale limite edittale non è casuale, ma coincide con quello di regola richiesto dall'**art. 656 co. 5 c.p.p.** per la **sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione**, volta a consentire al condannato di domandare l'applicazione delle misure alternative alla detenzione o dell'esecuzione della pena presso il domicilio senza entrare in carcere. Il nuovo divieto ha, così, l'effetto di **depotenziare l'opposta prescrizione** contenuta nel **comma 9 lett. b** dell'**art. 656 c.p.p.**, il quale proibisce la sospensione della carcerazione quando il condannato si trovi in stato di custodia cautelare nel momento in cui la sentenza diventa definitiva.

Come si può immaginare, il nuovo divieto di custodia cautelare ha suscitato una **vivace discussione**. Francesco Viganò ([*Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014, in questa Rivista*](#)) e l'ANM lo hanno **contestato** perché in molti casi potrebbe impedire di utilizzare l'unica misura cautelare realmente capace di fronteggiare i *pericula libertatis*. Massimo Ceresa-Gastaldo ([*Tempi duri per i legislatori liberali, in questa Rivista*](#)) ed ampi settori dell'avvocatura, al contrario, lo hanno **difeso** perché sarebbe espressione di un sano garantismo, volto a contrastare la fallace concezione del carcere preventivo come cura standard per neutralizzare le persone pericolose e tranquillizzare l'opinione pubblica.

A mio giudizio è, anche nella sua versione definitiva, un divieto **criticabile** essenzialmente perché non rappresenta ciò di cui il sistema penale avrebbe bisogno: cioè una **terapia d'urto contro l'abuso della custodia cautelare**.

2. Come ha rilevato Ceresa-Gastaldo, l'idea che sta alla base della modifica non è nuova. Il codice di procedura penale già prevedeva **divieti di custodia cautelare** imperniati sulla **bassa entità della pena** e sulla potenziale **assenza di pericolosità** dell'indiziato. Si pensi alla limitazione della carcerazione preventiva ai soli procedimenti per i reati puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a **cinque anni** stabilita dall'**art. 280 co. 2 c.p.p.** Si pensi, inoltre, alla prescrizione già contenuta nell'**art. 275 co. 2 bis**, ancora più simile a quella di cui si discute: il divieto di custodia cautelare quando è ragionevole prevedere che la pena non sarà superiore a due anni e che l'indiziato si asterrà dal commettere ulteriori reati e, quindi, che potrà essere disposta la **sospensione condizionale** della pena ai sensi degli artt. 163 s. c.p.

Tale preesistente divieto è stato ora esteso sempre dal d.l. n. 92/2014 anche agli **arresti domiciliari**, peraltro codificando una prassi applicativa già consolidata. E si deve ritenere che tanto esso quanto il nuovo divieto introdotto dal legislatore operino pure in rapporto alla **custodia in luogo di cura** (art. 286 c.p.p.): anche se non esplicitamente richiamata dall'**art. 275 co. 2 bis**, quest'ultima non è una misura autonoma, ma una modalità sostitutiva della custodia in carcere, tale da comportare una limitazione della libertà equiparabile a quella della carcerazione.

Previsioni del genere, pur fissando presunzioni di inadeguatezza della custodia cautelare tali da inibire i poteri di accertamento del giudice, appaiono **costituzionalmente ineccepibili** (così, in rapporto al divieto basato sulla prognosi di concedibilità della sospensione condizionale, già Corte cost. 11 luglio 1996 n. 278).

Il **canone di proporzionalità** fissato dagli artt. 13 Cost., 27 co. 2 Cost e 5 CEDU proibisce solo che la **restrizione** della libertà personale avvenga senza una verifica in concreto dei presupposti che la giustificano.

Questo è il **vizio delle presunzioni assolute di necessità della custodia cautelare** statuite dall'art. 275 co. 3 c.p.p., molte delle quali sono già state opportunamente trasformate in presunzioni relative dalla Corte Costituzionale a partire dalla sentenza 21 luglio 2010 n. 265, e che sarebbe auspicabile **eliminare** rispetto a **qualsiasi reato**, compresa l'**associazione di stampo mafioso**. Nessun vincolo discende, in rapporto al delitto punito dall'art. 416 *bis* c.p., dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 6 novembre 2003 *Pantano c. Italia*, la quale si limita a rilevare che, nel contesto della lotta alla mafia, "una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata *in particolare* quando *non è assoluta*, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria" (§ 69 della decisione).

La Costituzione e la CEDU, per converso, **non vietano** che prescrizioni tali da **impedire** la **restrizione** della libertà personale siano fondate su presunzioni; presunzioni che hanno, lo scopo di compensare, nell'ottica della **parità delle parti**, i maggiori poteri concessi all'accusa nella fase delle indagini, consentendo la carcerazione preventiva solo in rapporto ai reati più gravi.

3. Anche se **costituzionalmente legittimi**, divieti come quello introdotto dal legislatore del 2014 presentano, però, un **limite di fondo**: quello di prestare il fianco ad un'agevole elusione da parte della giurisprudenza. Una condotta il cui stimolo sarebbe tanto più forte quanto più i procedimenti riguardassero reati capaci di sollevare un rilevante allarme sociale, specie se amplificato dai *mass-media*.

La ragione è che si tratta di divieti basati su presupposti che, come tutti gli altri elementi costitutivi delle fattispecie cautelari, sono oggetto di una **prognosi**: cioè di una previsione del futuro, in questi casi oltretutto fondata su una piattaforma conoscitiva provvisoria ed incompleta, tale dunque da aprire lo spazio ad un'**insopprimibile discrezionalità**.

Il nuovo divieto di custodia cautelare, più specificamente, si fonda su una prognosi che ha ad oggetto gli **indici** previsti dall'art. **133 c.p.** ai fini della **determinazione della pena**. Ma molti di questi, come si rinviene agevolmente dalla casistica giurisprudenziale, non sono diversi dagli indici usualmente impiegati per rinvenire l'esistenza dei *pericula libertatis*: si pensi alla gravità del fatto, alla situazione di vita dell'indiziato, ai suoi comportamenti passati (v. L. Marafioti, *Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma*, in *questa Rivista*). Non sarebbe, insomma, difficile piegarli per un giudice intenzionato a disporre la carcerazione preventiva, prevedendo che la reclusione dovrebbe essere superiore a tre anni laddove l'esito della prognosi sull'entità della pena magari sarebbe stato diverso in assenza del nuovo divieto. E il nuovo divieto potrebbe essere similmente aggirato anche qualora - come suggerito da Ceresa-Gastaldo - fosse **meglio calibrato** dal legislatore subordinandolo pure ad una prognosi positiva circa l'applicabilità delle **misure alternative alla detenzione**.

4. Né le modifiche introdotte dalla l. n. 117/2014 sembrano capaci di migliorare in modo soddisfacente il nuovo art. 275 co. 2 *bis* c.p.p.

Il riferimento alla **pena "irrogata"** ha il merito di dissipare un dubbio interpretativo che era sorto in relazione alla diversa dizione (**pena "da eseguire"**) originariamente impiegata dal d.l. n. 92/2014: è necessario guardare alla pena che potrà essere applicata al **termine del giudizio**, e **non** invece alla pena che dovrà essere indicata nell'**ordine di carcerazione**, al netto delle diminuzioni previste dall'ordinamento (quali le eventuali sottrazioni del presofferto e le riduzioni praticabili grazie all'applicazione immediata della liberazione anticipata).

Il nuovo divieto opera anche quando - e sotto questo aspetto non si può certo accusare il legislatore di incoerenza - l'indiziato sia stato in precedenza sottoposto ad un **arresto poi convalidato** dal giudice. Lo si ricava dalla circostanza che non è stata fatta salva l'applicabilità dell'art. **391 co. 5 c.p.p.**, relativo alla possibilità di disporre la custodia cautelare indipendentemente dalla misura della pena edittale quando l'arresto riguarda uno dei delitti da esso indicati.

Appare inoltre ragionevole la limitazione del nuovo divieto che discende dalla clausola di salvaguardia degli artt. **280 co. 3 c.p.p.** e **276 co. 1 ter c.p.p.** Il primo di questi articoli consente l'applicazione della **custodia cautelare** a prescindere dalla misura della pena edittale prevista per il reato oggetto del procedimento in caso di **trasgressione** degli **obblighi** che discendono dall'adozione di **altre misure cautelari**, mentre il secondo prevede addirittura la **conversione obbligatoria** degli **arresti domiciliari** nella **custodia cautelare** in caso di trasgressione del divieto di allontanarsi dalla propria abitazione. In questi casi - come ha ricordato Viganò - la minaccia della carcerazione rappresenta un **deterrente irrinunciabile**. Del resto lo scopo del nuovo divieto di custodia cautelare è solo quello di limitare il ricorso alla carcerazione, e non anche quello di inibire la tutela cautelare *tout court*.

Non risultano altrettanto condivisibili le altre modifiche apportate dalla l. n. 117/2014. Si allude, in primo luogo, al fatto che la legge abbia lasciato intatto l'art. 284 co. 5 *bis* c.p.p., il quale proibisce di concedere gli arresti domiciliari a chi sia stato condannato per **evasione** nei cinque anni precedenti al fatto oggetto del procedimento. Ne deriva una **conseguenza paradossale**, che difficilmente potrebbe superare uno scrutinio di compatibilità con l'art. **3 Cost.**: qualora fosse consentito prevedere che la pena non supererà i tre anni, al pregiudicato per evasione non potrebbero essere applicati, oltre alla custodia in carcere, neppure gli arresti domiciliari; chi non fosse mai evaso nei cinque anni precedenti, al contrario, potrebbe comunque subire la non certo lieve restrizione della libertà personale che discende dagli arresti domiciliari.

Il giudizio è negativo pure per le numerose eccezioni al nuovo divieto di custodia cautelare introdotte dalla legge. Anche queste deroghe - come paventato sempre da Viganò prima della conversione del d.l. n. 92/2014 - altro non fanno che creare **irragionevoli disparità di trattamento**, rischiando di porre l'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p. sotto tutela della Corte costituzionale se non, peggio, di favorire maldestri tentativi di interpretazione costituzionalmente conforme da parte dei giudici ordinari.

Questo è, purtroppo, l'esito dell'**elenco tassativo dei reati** in rapporto a cui il nuovo divieto di custodia cautelare non opera. Tale elenco, ricalcato su quello previsto dall'art. 656 co. 9 lett. a c.p.p. per individuare i reati in relazione ai quali non è consentita la sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, presenta l'**inconveniente** di **non ricomprendere fattispecie** incriminatrici di **pari gravità**.

Lo stesso vale per la clausola di salvaguardia delle già menzionate **presunzioni di necessità** della **custodia cautelare** previste dall'art. 275 co. 3 c.p.p. in rapporto ad un **altro elenco di reati**. Come potrebbe rispettare l'art. 3 Cost. una disciplina che, qualora fosse consentito ritenere che la pena irrogata non supererà i tre anni di reclusione, per alcuni reati - quelli compresi nell'elenco del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. - prevede un **obbligo**, sia pure superabile da una prova contraria, di **carcerazione preventiva**, mentre per altri reati - quelli non menzionati né nell'elenco del comma 2 *bis* né nell'elenco del comma 3 - dispone, al contrario, un **divieto di carcerazione preventiva**?

Si consideri, infine, l'eccezione fondata sull'impossibilità di disporre gli arresti domiciliari per **mancanza di un luogo di privata dimora**. In tale evenienza, quando ogni altra misura risulti inadeguata, la custodia in carcere diviene consentita anche quando si pronostichi una pena non superiore a tre anni. Evidente la discriminazione che ne discende: la carcerazione viene a dipendere dalla mera indisponibilità di un domicilio, che rappresenta solo uno fra i tanti possibili indici del pericolo di fuga e non necessariamente è ascrivibile ad una colpa dell'indiziato.

Senza trascurare che la previsione di questa pletora di eccezioni tradisce una sostanziale **insicurezza di intenti** da parte **del legislatore**, la quale potrebbe incrementare il pericolo dell'elusione del nuovo divieto di custodia cautelare di cui si diceva prima.

5. Ai fini del contrasto all'abuso della carcerazione preventiva non servono **palliativi** come il nuovo divieto di custodia cautelare introdotto all'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p., ma è indispensabile un **rimedio** capace di aggredirne le **cause**. A questo fine sono ipotizzabili diverse modifiche dell'attuale disciplina delle misure cautelari. Alcune sono rinvenibili nel d.d.l. C 631-B, al momento pendente in Parlamento. Nessuna di esse, tuttavia, riuscirà ad essere realmente efficace se non si coniugherà ad una **complessiva razionalizzazione del sistema**, che riesca nel difficile compito di avvicinare il momento dell'esecuzione della pena a quello della commissione dei fatti senza al contempo sacrificare le garanzie difensive. Solo a fronte di una **pena definitiva ragionevolmente rapida** si potrà evitare che la custodia cautelare sia concepita come una pena anticipata, togliendo ogni alibi ad una prassi inquisitoria indegna di un paese civile.

6. Un altro intervento della l. n. 117/2014 riguarda l'art. **97 bis disp. att. c.p.p.** Si tratta di una **modifica** essenzialmente **inutile**, che ha l'effetto di frazionare fra il comma 1 e il nuovo comma 2 dell'articolo le prescrizioni in precedenza contenute nel solo comma 1, le quali si concretizzano in una regola e in un'eccezione.

La regola - che continua ad essere prevista dal comma 1 - è che, quando la **custodia in carcere** viene **sostituita** dagli **arresti domiciliari**, l'indiziato deve essere lasciato **libero** di raggiungere il luogo di esecuzione dei medesimi. Il giudice ne deve inoltre **informare** il pubblico ministero e la polizia, affinché possano controllare l'osservanza delle prescrizioni imposte.

Fanno eccezione le situazioni - disciplinate dal comma 2 - in cui il giudice, anche su segnalazione del pubblico ministero, del direttore del carcere o della polizia, rinvenga concrete **esigenze processuali** o di **sicurezza** (identificabili con il pericolo di fuga, di inquinamento delle prove o di commissione di reati), laddove dovrà essere disposto l'**accompagnamento coattivo** da parte della polizia.

Rispetto al testo previgente dell'art. 97 *bis* disp. att., è stato eliminato il riferimento, ai fini dell'applicazione dell'accompagnamento coattivo, ad "altre esigenze" diverse da quelle processuali o di sicurezza. Ma era una prescrizione vuota di significato, considerato che la formula "**esigenze processuali o di sicurezza**" è in grado di ricomprendere **qualsiasi pericula libertatis**.

L'unica **vera novità** del *restyling* dell'art. 97 *bis* disp. att. c.p.p. era contenuta nel comma 3, in origine introdotto dall'art. 4 d.l. n. 92/2014. Vi si prevedeva che, in caso di **sostituzione della custodia in carcere** con gli **arresti domiciliari tramite sorveglianza elettronica** *ex art. 275 bis* c.p.p., qualora il direttore del carcere avesse eccepito l'**impossibilità dell'esecuzione immediata** della misura dovuta a "specifiche esigenze di carattere tecnico", il giudice avrebbe potuto differirne l'adozione fino alla materiale disponibilità delle necessarie apparecchiature elettroniche.

Questa prescrizione è stata soppressa dalla l. n. 117/2014 perché, tenuto conto dell'attuale indisponibilità di un sufficiente numero di dispositivi di controllo elettronico, avrebbe condotto al **differimento sine die** dei provvedimenti di sostituzione della custodia in carcere con gli arresti domiciliari in un numero eccessivo di casi.

Vi è da sperare che questa vicenda non sia il preludio all'**ennesimo fallimento** del tentativo di introdurre in Italia la **sorveglianza elettronica** delle persone in attesa di giudizio. Come dimostra l'esperienza degli altri Stati, la sorveglianza elettronica è un tassello fondamentale della strategia del contrasto all'abuso della custodia cautelare. Ed è quantomeno sorprendente che, nel 2014, il nostro ordinamento non sia in ancora in grado di apprestare la tecnologia necessaria per il suo impiego.

7. Un ultimo ritocco operato dalla l. n. 117/2014 - che in questo ha convertito senza alcuna modificazione l'art. 3 d.l. n. 92/2014 - riguarda l'art. **678 c.p.p.**, al quale è stato aggiunto un nuovo comma 3 *bis*. Vi si prevede uno specifico **obbligo informativo** in capo al giudice di sorveglianza chiamato a decidere in ordine alle richieste di provvedimenti tali da incidere sulla libertà personale provenienti da persone condannate da un **tribunale** o da una **corte penale internazionale**: il dovere di fornire **immediata comunicazione** della **data dell'udienza** e della **pertinente documentazione** al Ministro della giustizia, il quale ne deve tempestivamente informare il Ministro degli affari esteri e, qualora previsto da accordi internazionali, l'organo che ha pronunciato la condanna.

Tale inserimento dipende dalla circostanza che adempimenti di questo genere sono previsti in molte delle leggi di adeguamento alle normative istitutive delle giurisdizioni internazionali: si pensi all'art. 19 l. n. 237/2012, il quale prevede l'obbligo del Ministro della giustizia di informare la Corte penale internazionale in merito ai procedimenti penali e ad ogni altra circostanza rilevante che riguardi i condannati. In passato, come si evince dalle diverse **lamentele** pervenute allo Stato italiano da parte delle giurisdizioni internazionali, non sempre tali doveri sono stati assolti. Opportunamente il legislatore tenta di invertire la tendenza ponendo l'onere informativo a carico, anzitutto, del giudice di sorveglianza.

Legge 11 agosto 2014, n. 117

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, recante disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile.

Publicata sulla *Gazzetta ufficiale* della Repubblica italiana, serie generale, n. 192 del 20 agosto 2014.

In vigore dal 21 agosto 2014

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Promulga

la seguente legge:

Art. 1

1. Il decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, recante disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile, e' convertito in legge con le modificazioni riportate in allegato alla presente legge.

2. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

Data a Roma, addì 11 agosto 2014

NAPOLITANO

Renzi, Presidente del Consiglio dei ministri
Orlando, Ministro della giustizia

Visto, il Guardasigilli: Orlando

Allegato

Modificazioni apportate in sede di conversione al decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92

All'articolo 4, capoverso Art. 97-bis, il comma 3 e' soppresso.

All'articolo 5, comma 1, le parole: «venticinquesimo anno di eta'.» sono sostituite dalle seguenti: «venticinquesimo anno di eta', sempre che, per quanti abbiano gia' compiuto il ventunesimo anno, non ricorrano particolari ragioni di sicurezza valutate dal giudice competente, tenuto conto altresì delle finalita' rieducative.».

Dopo l'articolo 5 e' inserito il seguente:

«Art. 5-bis. - (Disposizioni in materia di attribuzione di funzioni a magistrati). - 1. Con provvedimento motivato, il Consiglio superiore della magistratura, ove alla data di assegnazione delle sedi ai magistrati ordinari nominati con il decreto del Ministro della giustizia 20 febbraio 2014 sussista una scopertura superiore al 20 per cento dei posti di magistrato di sorveglianza in organico, puo' attribuire esclusivamente ai predetti magistrati, in deroga all'articolo 13, comma 2, del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, e successive modificazioni, le funzioni di magistrato di sorveglianza al termine del tirocinio, anche antecedentemente al conseguimento della prima valutazione di professionalita'».

Dopo l'articolo 6 e' inserito il seguente:

«Art. 6-bis. - (Disposizioni in materia di gestione dei programmi di edilizia penitenziaria). - 1. All'articolo 4, comma 1, alinea, del decreto-legge 1° luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 94, le parole: "fino al 31 dicembre 2014" sono sostituite dalle seguenti: "fino al 31 luglio 2014".

2. Con decreto di natura non regolamentare adottato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sono definite le misure necessarie per assicurare la continuita' e il raccordo delle attivita' gia' svolte ai sensi delle disposizioni richiamate nel comma 1».

All'articolo 7, comma 1, dopo la parola: «presso» sono inserite le seguenti: «altri Ministeri o».

All'articolo 8:

al comma 1, capoverso 2-bis:

al secondo periodo sono premesse le seguenti parole: «Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3,» e le parole: «da eseguire» sono sostituite dalla seguente: «irrogata»;

e' aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice».

All'articolo 9, comma 2, primo periodo, le parole: «al presente decreto» sono sostituite dalle seguenti: «agli articoli 1 e 2 del presente decreto».