

CONVEGNI

AGOSTINO DE CARO

Il difficile sindacato del giudice del dibattimento sulle misure cautelari, anche in relazione allo statuto legale delle presunzioni per il reato di cui all'art. 416 bis¹

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La cornice costituzionale - 3. Le implicazioni concrete dell'impalcatura costituzionale e l'impostazione originaria - 4. Le modifiche normative suggerite dalle ricorrenti emergenze e l'orientamento della Corte costituzionale: critica - 5. Le strettoie del giudice del dibattimento

Il contributo analizza in chiave critica la presunzione cautelare assoluta prevista dall'art. 275 comma 3 c.p.p. per le fattispecie di associazione di stampo mafioso, confrontandola con i principi costituzionali. La messa a punto delle incoerenze con l'impalcatura fondamentale si confronta con le difficoltà del giudice quando si misura con una presunzione che, nella sostanza, espropria la giurisdizione della necessaria discrezionalità nel valutare situazioni differenti e non omologabili.

The difficult union of the trial judge on precautionary measures, also in relation to the legal statute of presumptions for the crime referred to in art. 416 bis

The contribution critically analyzes the absolute precautionary presumption provided for by art. 275 paragraph 3 c.p.p. for the cases of mafia-type association, comparing it with the constitutional principles. The fine-tuning of the inconsistencies with the fundamental scaffolding is confronted with the difficulties of the judge when he is measured with a presumption which, in essence, expropriates the jurisdiction of the necessary discretion in evaluating different and non-homologable situations.

1. *Premessa.* La premessa generale dalla quale prendere spunto per ragionare sui profili connessi al tema delle presunzioni cautelari richiamate dall'art. 275 comma 3 c.p.p. ed in particolare quelle assolute previste per le contestazioni di associazione di stampo mafioso, ha due proiezioni preliminari. Da un lato, e bisogna riconoscerlo con franchezza, il confronto tra la disciplina codicistica delle misure cautelari e l'impianto costituzionale e convenzionale in tema di protezione della libertà personale² pone in evidenza significative incoerenze nella misura in cui la stessa ammissione in via di principio della carcerazione

¹ Il contributo riproduce l'intervento, rivisito e completato con l'aggiunta di alcune note, al convegno del 31.3.2023 e 1.4.2023 a Reggio Calabria organizzato da Magistratura democratica, dalle camere penali di Reggio, Palmi e Locri e dall'Università mediterranea di Reggio Calabria su *Misure cautelari e criticità applicative*, nell'ambito di una serie di incontri e di *Riflessioni sul processo penale*.

² Sull'architettura costituzionale in tema di libertà personale cfr., per tutti, *I principi europei del Processo Penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016; CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, v. I e II, Milano, 1982-1984; DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000; GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Padova, 1979; RICCIO, *La libertà personale*, in RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, Napoli, 1991, 225 ss.

ante iudicium sembra contraddire “il principio di giurisdizionalità: che non consiste nel poter esser ristretti solo per ordine di un giudice, ma nel poterlo essere solo sulla base di un giudizio”³. Da altro lato, la fondamentale presunzione di innocenza quale regola di trattamento, richiamata dalle fonti sovraordinate interne e internazionali⁴, si oppone, in via generale, alla creazione di disposizioni che in concreto la negano, soprattutto se ancorano la custodia *ante iudicium* a presunzioni, assolute o relative, elaborate per giustificare forme di limitazione della libertà in funzione della gravità astratta del reato secondo meccanismi automatici.

Queste puntualizzazioni introduttive segnano la traccia sulla quale si sviluppa il mio breve contributo. E non è secondaria l’esatta individuazione del sentiero da seguire dal momento che la continua alternanza di spinte riformiste e controriformiste del processo penale suggerisce di tenere dritta la barra delle garanzie, evitando di restare suggestionati dalle continue sirene dell’emergenza, le cui latitudini, da qualunque punto di osservazioni ci si ponga, sono identiche e prendono spunto dal medesimo errore concettuale: ritenere il processo penale uno strumento creato per combattere i fenomeni criminali e non per accertare le responsabilità personali, valutando prevalente la funzione repressiva rispetto a quella cognitiva o, nella migliore delle ipotesi, considerarle concorrenti.

Paolo Grossi, richiamava l’attenzione sulla necessità di ragionare su un concetto di legalità che tenesse conto “dei due piani di legalità in cui si articolano

³ In tal senso, PERROTTI, *La riforma del sistema cautelare vive nelle procedure camerali incidentali (le ragioni della privazione del diritto alla libertà personale)*, in *Uniscost*, rivista web, 23.5.2019 che, sul punto, richiama il pensiero di L. Ferraioli

⁴ Sulla presunzione di non colpevolezza cfr., per un’impostazione generale, per tutti, AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno Foggia-Mattinata 25-27.9.1998, Milano, 2000; AMODIO, *La tutela della libertà personale nella Convenzione Europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 862 ss.; CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, v. II, cit., 299 ss.; DI CHIARA, *Diritto processuale penale*, in FIANDACA, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 303 ss.; DOMINIONI, *La presunzione d’innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985; FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 119 ss; GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007; ILLUNIMATI, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 3 ss.; ID. *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, cit.; NOBILI, *Spunti per un dibattito sull’art. 27, secondo comma, della Costituzione*, Scritti in memoria di Girolamo Bellavista, in *Il Tommaso Natale*, 1978, 834 ss.; ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in *La presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 133 ss.; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, Torino, 2008; RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 136 ss.

i moderni ordinamenti, quello codicistico e quello costituzionale che esprime la società nei suoi valori portanti”⁵.

L’alveo nel quale ci muoviamo, in questo come in altri segmenti processuali, è quello del giusto processo che suggerisce un percorso procedurale proiettato alla ricostruzione del fatto e delle responsabilità segnato dal rispetto assoluto delle garanzie dell’individuo, tra le quali spicca ovviamente la ampia tutela della libertà personale⁶.

Un’applicazione rigida dei precetti costituzionali dovrebbe inevitabilmente condurre la riflessione verso il ripudio assoluto di ogni forma di restrizione della libertà prima della definizione dell’accertamento penale. La realtà, le fenomenologie criminali tipiche del nostro paese e la storia del processo penale suggeriscono, però, cautela e aprono a valutazioni proiettate anche in un’opposta direzione. E non a caso, la stessa Carta fondamentale, nella sua indubbia lungimiranza, riconosce la legittimità della privazione “preventiva” della libertà personale, costruendo nel contempo uno statuto di garanzia e un argine alle possibili derive autoritaria: riserva di legge, obbligo di motivazione, riserva di promanazione giudiziaria per le restrizioni meno significative (art.13 Cost.), riserva di giurisdizione per le limitazioni di maggior spessore (art. 111 comma 7 Cost.), presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.), rappresentano la struttura portante di un eloquente meccanismo rigidamente ancorato al rispetto massimo della libertà.

Le eccezioni a questa rete di tutela dovrebbero giustificarsi in relazione a situazioni del tutto particolari, motivate solo dalla necessità di difendersi da pericoli incombenti e concreti.

La realtà, però, restituisce una situazione tutt’altro che eccezionale. Lo stesso processo penale, con i suoi riti e le sue scenografie segnate inevitabilmente dall’uso della forza, evoca, infatti, un confronto costante e continuo tra autorità e libertà⁷, da affrontare e risolvere secondo i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, avendo come orizzonte la natura del bene e la sua collocazione all’interno della scala dei valori costituzionali, e non con gli arnesi

⁵ GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 80; il concetto è richiamato da GALANTINI, *Diritti cautelari e restrizione della libertà personale nella logica della proporzionalità*, in *Sistema-penale.it*, 30.6.2022.

⁶ Per un inquadramento dei profili costituzionali della libertà personale, oltre agli Autori citati alle note 1 e 4, cfr. DE CARO, voce *Libertà personale* (profili costituzionali), in *Dig. Mat. Pen.*, app. agg., 2005, 839 ss.

⁷ AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale dell'imputato*, Milano, 1967.

della repressione sostenuti da logiche emergenziali⁸. Le proiezioni di questo antagonismo risentono delle opzioni politiche di marca autoritaria (ma anche di quelle affascinate dai sondaggi) e si spingono fino a legittimare restrizioni del tutto analoghe alla pena da infliggere solo all'imputato colpevole. E' un obiettivo paradossale, allo stato privo di una soluzione concreta, che per non debordare in modo eccessivo dovrebbe almeno muoversi in un ambito circoscritto ed avere come riferimento l'esigenza di tutelare beni di rilievo costituzionale dalle possibili aggressioni nel corso del processo.

La "custodia cautelare", al pari del suo parente stretto (la "carcerazione preventiva"), rappresenta una "necessaria ingiustizia"⁹ che, proprio per questa peculiarità, dovrebbe trovare (almeno) una solida giustificazione e soprattutto non deve assurgere mai a regola assoluta e inderogabile.

L'eccessivo lassismo legislativo post 1988, dal quale sono state partorite modifiche normative poco compatibili con l'architettura fondamentale¹⁰, sfociate, tra l'altro, nel c.d. doppio binario, sembra ispirata alla teoria del c.d. male minore ed alle sue derive. Fenomeno che pone un interrogativo alla coscienza del giurista: a quali limitazioni dei diritti fondamentali siamo disposti a rinunciare per fronteggiare l'incendere della criminalità?¹¹

Le risposte non dovrebbero mai riposare sulle suggestioni e sulle spinte emergenziali, ma essere ancorate ad una politica criminale coerente con l'impalcatura costituzionale e convenzionale, sulla quale poggia la struttura del processo democratico.

La nota gravità del fenomeno mafioso e la necessità di apprestare mezzi di tutela proporzionali non possono imporre valutazioni cautelari soggette a differenti criteri di apprezzamento, posto che la gravità è espressa dalla pena

⁸ Certamente non coerenti con una dovuta razionalità normativa (FIORIO, *Logiche dell'emergenza e "razionalità" normativa*, in *Giur. it.*, 2013, 3 ss.).

⁹ In tal senso CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca, 1874, 300

¹⁰ Cfr. sul punto GAITO, LA ROCCA, *Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "Codice Vassalli": quel (poco) che rimane*, in *questa Rivista*, 3, 2019, 1 ss.; MAZZA, *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020.

¹¹ Su questo tema cfr. il saggio di EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Milano, 2014; per un'analisi delle problematiche evocate dall'interrogativo cfr. ORLANDI, *Esistono davvero diritti inviolabili? In Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studio*, a cura di Fanchiotti e Miraglia, Torino, 2016, 265 ss.; ID., *Una giustizia penale a misura dei nemici?*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2020, 2, 715 ss.

astrattamente prevista e dalla forbice edittale contemplata dall'art. 416 bis c.p. e la libertà non può trovare tutele dimezzate in funzione del tipo di autore.

2. *La cornice costituzionale.* La nostra Costituzione dedica alla tutela della “libertà personale” una serie di principi che fungono da cornice all'ampia tutela connessa al valore fondamentale del bene¹².

La prima disposizione sulla quale puntare l'attenzione. In questo contesto, l'art. 2 Cost. riveste un ruolo centrale laddove riconosce, in via generale, l'inviolabilità dei diritti dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge e si realizza la sua personalità.

La disposizione non ha un valore riassuntivo delle libertà espressamente tutelate nelle altre norme della Costituzione (se avesse funzione meramente 'riassuntiva' sarebbe oggettivamente inutile) e si disancora dalla matrice liberal-formalistica che ne ha contraddistinto l'imput culturale iniziale. Essa costituisce, infatti, una “clausola aperta” ad altri valori e a nuove libertà emergenti dalla coscienza sociale e dai principi e dagli orientamenti di fondo dell'ordinamento, capace di aprirsi alle 'immissioni' della 'costituzione materiale, alla naturale evoluzione dei valori fondamentali riferibili alla persona umana. Riesce, perciò, a garantire i diritti inviolabili non tradotti in modo specifico in altre norme costituzionali: ha la capacità di ricomprendere i 'valori di libertà' emergenti a livello di costituzione materiale e l'idoneità a raccogliere i diritti consacrati in atti e convenzioni internazionali.

La visione “futurista” dei Costituenti dimostra l'attuale validità e forza della disposizione: l'evoluzione sociale e culturale, infatti, ha consentito di individuare nuovi settori nei quali sono emersi diritti di centrale rilevanza per lo sviluppo della personalità. Del resto, è innegabile l'esistenza di un percorso di naturale arricchimento del novero dei diritti inviolabili dell'uomo direttamente proporzionale con la crescita sociale, economica e culturale di un popolo ed è indispensabile l'esistenza di una clausola che garantisca l'immediata ricezione di questi 'nuovi' diritti al massimo livello giuridico (quello costituzionale).

Anche l'evoluzione culturale internazionale e la conseguente evoluzione normativa produce mutamenti significativi, nuovi ambiti di valenza di specifiche

¹² Per un'analisi più approfondita e dettagliata del tema trattato e degli argomenti riprodotti in questo paragrafo si rinvia ai contributi *Libertà personale e sistema processuale penale*, cit., 3 ss. e *Libertà personale* (profili costituzionali), cit., 839 ss.

garanzie ovvero l'elaborazione e il riconoscimento di nuovi diritti o libertà che a giusta ragione debbono essere considerati 'inviolabili' e trovare 'automatico' ed 'immediato' riconoscimento attraverso il meccanismo dell'art. 2 Cost. il quale, come 'clausola aperta', rappresenta il meccanismo per il recepimento di tali valori a livello costituzionale.

La collocazione stessa della norma - posta subito dopo la solenne proclamazione della sovranità popolare e della forma repubblicana e democratica dello Stato e immediatamente prima del principio di uguaglianza - disvela la sua importanza e dimostra come la Costituzione si preoccupi di stabilire, tra le tre cose essenziali per fisionomia della stessa democrazia, il riconoscimento e la garanzia di tutti i diritti inviolabili come categoria connaturale al completo sviluppo della personalità. Questa sua caratteristica dimostra come la successiva individuazione dei diritti e delle libertà giuridicamente e culturalmente definite, riconosciute e regolate specificamente anche attraverso l'individuazione di legittimi limiti o peculiari modalità di esercizio, non ha alcuna pretesa di costituire un'elencazione esaustiva ed assoluta. Diversamente, quella collocazione sarebbe oggettivamente eccentrica.

L'art. 2 Cost. diviene una norma centrale anche in tema di libertà personale ed in modo particolare di libertà personale dell'imputato vista la natura certamente 'inviolabile' del diritto, capace di condizionare logicamente tutti i diritti e le libertà che incidono sull'uomo o almeno di condizionarne la piena e completa valenza.

Se letta in combinato disposto con l'art. 27 commi 2 e 3 Cost. essa libera l'interpretazione dai limiti derivanti dall'art. 13 Cost., che, per troppo tempo, hanno condizionato il dibattito scientifico e culturale sul tema.

L'art. 2 Cost., dunque, è la 'disposizione-chiave' in tema di libertà personale: stabilisce il valore fondamentale dei diritti inviolabili, assegna alla 'libertà' personale - con l'art. 13 Cost. - un significato assoluto, la collega allo sviluppo della personalità dell'individuo, ne riconosce la duplice valenza e gli ambiti operativi rispetto alla sua evoluzione e rispetto alle possibili limitazioni.

Un ruolo centrale in materia di libertà personale è ricoperto dall'art. 13 Cost. che, con la solenne dichiarazione di inviolabilità della libertà personale e le successive delimitazioni, specifica il più generale programma espresso nell'art. 2 Cost.

Per molto tempo è stata considerata l'unica norma deputata alla tutela del bene, ed è stata letta essenzialmente nell'ottica di 'libertà dagli arresti' (c.d. writ

of habeas corpus), in linea con l'interpretazione storicamente consolidata della nozione di libertà personale.

Il suo perimetro normativo è, però, più ampio. Vi rientrano, grazie alla crescita della sensibilità per il valore espresso, anche ulteriori versanti come la c.d. libertà morale e la dignità sociale delle persone.

L'estensione del significato della norma (oltre i limiti tradizionali) fonda, innanzitutto, sulla considerazione secondo cui il concetto di 'libertà personale' è riferito - nell'ottica dell'art. 2 Cost. - alla persona in senso lato, proiezione anche dinamica (= personalità) comprensiva di tutti i segmenti che coinvolgono il valore di riferimento, non racchiudibile in un'ottica solo negativa. Esiste, poi, una correlazione tra sviluppo della personalità e tutela della libertà in senso ampio.

Perciò, il concetto di 'limitazione della libertà personale' ha una valenza che 'contiene', contemporaneamente, la 'libertà fisica' e la 'libertà morale'; la norma si erge, in tal modo, a disposizione complementare di garanzia per la tutela dello sviluppo complessivo della persona.

Il concetto di libertà personale considerato dalla norma, infatti, ha un significato che travalica il mero riferimento alla coazione fisica del soggetto per ricomprendervi anche tutte le forme di coazione psichica e morale e di tutela della dignità del soggetto.

In sintesi, si può affermare che, mentre l'art. 2 Cost. richiama il valore assoluto della libertà personale dell'individuo, l'art. 13 Cost. proietta - in tutta la sua 'portata' - il diritto inalienabile nel processo penale, temperando la sua valenza assoluta e fondamentale con le esigenze del processo.

L'art. 13 Cost. si riferisce, quindi, in modo particolare alla libertà personale nell'ambito del processo penale.

Nel primo comma, vi è decisa affermazione di principio che costituisce la chiave metodologica per l'approccio alla materia: la libertà personale è inviolabile. Il successivo comma 2 - consentendo perquisizioni, ispezioni, restrizione della libertà personale nei casi e con i modi previsti dalla legge e in base ad un atto motivato dell'autorità giudiziaria - ha la funzione di garantire le restrizioni del bene 'libertà personale' sottoponendole appunto al doppio rigore della previsione legislativa e della promanazione giudiziaria. Erroneamente si parla di riserva di giurisdizione. Non è l'art. 13 Cost. a sancire il principio di giurisdizionalizzazione delle misure cautelari, ma l'art. 111 comma 7 Cost.

L'art. 13 Cost. coinvolge direttamente la posizione dell'imputato e riguarda sia le restrizioni minori (processuali: perquisizioni, ispezioni ecc.; di diversa natura : misure di prevenzione) sia quelle più esasperate come le misure cautelari vere e proprie, l'arresto ed il fermo

Il riconoscimento di alcune forme di restrizioni della libertà fonda, però, sul presupposto generale secondo il quale l'esercizio di un diritto non può mai sacrificare altri diritti o valori garantiti dalla Costituzione e quindi incontra inevitabili limiti interni al sistema giuridico stesso.

Questa opera di legittimazione presuppone l'intervento di altre disposizioni costituzionali : l'art. 27 comma 2 Cost., da un lato ; l'art. 111 Cost., dall'altro.

Nel primo caso - come si vedrà - il provvedimento restrittivo si atteggia come *extrema ratio* e si muove esclusivamente in una rigida ottica cautelare; per altro verso, combinandosi con l'art. 111 comma 7 Cost., suggerisce il bisogno di giurisdizionalità del provvedimento stesso.

L'art. 111 comma 7 Cost. ha la fondamentale funzione di sottolineare l'esigenza di giurisdizionalizzazione dei provvedimenti incidenti in modo cospicuo sulla libertà personale e, laddove richiede che il provvedimento restrittivo per essere impugnato col ricorso per cassazione deve essere espressione della giurisdizione (non può, cioè, promanare dall'ufficio del pubblico ministero), rimarca l'impossibilità che restrizioni significative della libertà siano disposte da organi diversi dal giudice.

La nozione di libertà personale recepita dall'art. 111 comma 7 Cost. è più ristretta di quella ordinaria fatta propria dalle altre disposizioni costituzionali, per ragioni comprensibili visto che non tutte le 'piccole restrizioni' meritano di essere portate immediatamente al vaglio della Corte di cassazione, visto che possono approdare al giudizio di legittimità unitamente alla sentenza, senza un apprezzabile ulteriore limitazione della libertà del soggetto.

La scienza giuridica e la giurisprudenza si sono sempre posti il fondamentale interrogativo relativo all'individuazione della ragion d'essere della carcerazione prima del giudizio. E per molto tempo la ricerca delle finalità legittime della custodia cautelare - problema centrale in materia de libertate -, è stata ancorata esclusivamente all'art. 13 Cost., senza raggiungere risultati soddisfacenti, tanto che si parlava di 'vuoto dei fini' ritenendo - a ragione - che nel corpo dell'art. 13 Cost. non fossero rintracciabili elementi utili ad indicare le supposte finalità cautelari; in tal senso, si riteneva che la Costituzione non indivi-

duasse i precisi parametri ontologici di riferimento ai quali riconnettere in modo preciso le finalità della restrizione prima del giudizio.

Il ragionamento era coerente con l'impostazione originaria dell'art. 13 Cost. ed in particolare con l'iniziale significato attribuito alla nozione 'libertà personale' ed il conseguenziale riverbero nei confronti dell'imputato: le attenzioni erano, cioè, coerentemente proiettate a tutelare solo il versante della legittimazione del potere restrittivo e non la sua natura finalisticamente considerata, e, soprattutto, il percorso di individuazione delle ragioni cautelari non era ancora collegato ad una lettura sistematica delle norme Costituzionali.

La dottrina cercava comunque di rintracciare all'interno della disposizione significati che dessero concretezza alla 'logica cautelare' e per questa strada si spaziava tra l'individuazione di esigenze processuali e il ripiegamento su esigenze sostanziali, senza, però, riuscire a collegare in modo saldo il significato cautelare dell'allora carcerazione preventiva alla Costituzione.

Il dibattito si è arricchito di nuova e decisiva linfa allorché l'attenzione si è incentrata sull'art. 27 comma 2 Cost., norma che consente una maggiore precisione nella sistemazione della materia.

L'art. 27 comma 2 Cost. esprime una regola fondamentale e la enuncia attraverso una rigorosa locuzione : l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. E' evidente l'opzione della Carta costituzionale per una 'concezione normativa' della presunzione di non colpevolezza che, in fondo, rende intelligibili e chiari i risvolti 'formali' della regola anche se non contribuisce ad apprezzarne i significati più profondi e le interrelazioni con le altre disposizioni.

Le ampie dispute sul suo esatto significato hanno preso spunto dalla verifica di eventuali differenze tra i significati della regola costituzionale e di quella, contenute nelle Carte internazionali ed in particolare nella Convenzione europea e nel Patto internazionale, che la esprime come 'presunzione di innocenza'.

Sul piano generale, infatti, l'unica distinzione giuridicamente concepibile è quella tra colpevole e non colpevole, su cui peraltro molte legislazioni imperniano l'intera vicenda processuale. Sembra, perciò, che non abbia nessun significato l'ulteriore distinzione tra non colpevole ed innocente, posto che, nell'ottica del giudizio penale, l'ultima categoria si atteggia in modo del tutto analogo, sovrapponibile, a quella del 'non colpevole'. Assomiglia, perciò, ad una variante lessicale, ad un modo per affermare che l'ipotesi di accusa non è

approdata alla verifica di colpevolezza e, quindi, all'irrogazione della condanna penale. Non è concettualmente concepibile una tripartizione tra imputato, ritenuto non colpevole, colpevole e innocente che possa far ipotizzare uno spazio di autonoma valenza alla prima formula : quasi che 'non colpevolezza' fosse un *tertium genus* che, pur non consentendo l'equiparazione del colpevole all'imputato, lascia margini per un trattamento affievolito delle situazioni soggettive di quest'ultimo.

Per altro verso, la 'presunzione di innocenza' presume quello che di fatto è un soggetto non raggiunto da una pronuncia di colpevolezza divenuta definitiva. L'esatto opposto del colpevole è, infatti, il soggetto nei cui confronti l'accusa non è stata concretamente provata e non si è giunti ad un'affermazione definitiva della responsabilità penale.

Sicché, l'unica presunzione - intesa in senso tecnico - sarebbe quella di colpevolezza che - appunto - la regola costituzionale punta ad eliminare.

Una volta che si assume come dato irrinunciabile che nessuna persona può essere presunta colpevole fino alla sentenza definitiva di condanna è evidente che si attribuisce uno status superabile solo da una pronuncia definitiva. In questo senso, le sottili distinzioni tra 'innocente' e 'non colpevole' non hanno ragioni concettuali di sostegno nella misura in cui non fondano su dati ontologicamente riconoscibili in concreto.

Infatti, la presunzione di non colpevolezza non esprime un criterio neutro, né una sorta di equidistanza tra imputato e colpevole, ma indica in modo chiaro ed inequivocabile che non vi può essere confusione tra i due ruoli ed in questa prospettiva 'ingombra' inevitabilmente lo spazio costituzionale riservato al tema.

Così, alla luce di questa impostazione, è evidente che il trattamento dell'imputato nel corso del processo debba essere ispirato ad una 'filosofia' che rifugge da qualsiasi contaminazione con l'idea di colpevolezza. In questa prospettiva, diventa complicato comprendere la coerenza della nuova regola di giudizio dell'udienza preliminare (la ragionevole previsione di condanna) con la presunzione di innocenza.

La legittimazione della restrizione prima del giudizio dovrebbe, quindi, provenire dall'esistenza di un *quid pluris*, espressione di una situazione (realmente) eccezionale, nella quale vengono messi in 'pericolo' rilevanti valori costituzionalmente 'protetti' e degni di tutela anche a discapito della libertà personale dell'imputato. Il legislatore dovrebbe scegliere applicando in modo sapiente la

proporzionalità e bilanciando i diritti in gioco senza preventive e acritiche adesioni alle sollecitazioni emergenziali.

In quest'ottica, dovrebbe essere rivisitata e (almeno) meglio perimetrata la c.d. pericolosità sociale e soprattutto il pericolo di commissione di reati della stessa specie (art. 274 let. c) c.p.p.), esigenza che sembra avere una coincidenza solo occasionale con le dinamiche dell'accertamento e appartenere a logiche di tutela preventiva che, per quanto rilevanti in assoluto, sono eccentriche rispetto ad esso. Peraltro, le richiamate esigenze si prestano a ricorrenti strumentalizzazioni, generando le maggiori asprezze normative e applicative.

3. *Le implicazioni concrete dell'impalcatura costituzionale e l'impostazione originaria.* In questa prospettiva ontologica, dunque, la convinzione, espressa anche nella Carta costituzionale, dell'inevitabilità della custodia *ante iudicium*, nonostante la oggettiva (almeno parziale) discrasia con i principi fondamentali, può trovare uno spazio di legittimazione solo a patto di essere strumentale rispetto ad esigenze effettive di tutela di beni costituzionalmente rilevanti (diversamente dovremmo ammettere la subvalenza del diritto alla piena tutela della libertà personale rispetto a beni di rilievo non primario¹³) e di non spingersi oltre il limite della eccezionalità, della assoluta necessità, della rigida ed effettiva provvisorietà e della continua rivedibilità della compressione della libertà personale.

Dalla lettura complessiva dell'impianto costituzionale si ricava, infatti, il limite etico della custodia cautelare e la sua eccezionalità rispetto alla regola che vuole il processo celebrato nei confronti di un imputato libero, messo, peraltro, nelle migliori condizioni possibili per difendersi in modo effettivo.

L'impalcatura codicistica ha cercato di realizzare il disegno costituzionale e nella sua iniziale impostazione aveva un'indiscutibile e logica coerenza. Senza la sussistenza della necessaria gravità indiziaria e delle esigenze cautelari scolpite nell'art. 274 c.p.p., attuali e concrete, non era possibile applicare alcuna misura cautelare. Ugualmente, il giudice doveva verificare la misura più idonea al caso concreto, utilizzando i principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio possibile per la libertà personale senza alcuna differenziazione tra fattispecie penali.

¹³ Sulla necessaria proporzione tra le esigenze repressive e i diritti dell'imputato cfr. le riflessioni di GAITO, *Imputati per fatti di mafia, diritto alla salute e custodia cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 625 ss.; sullo stesso tema, più in generale, cfr. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Torino, 2002.

Il tallone di Achille era, allora come adesso, l'ampiezza del perimetro dell'esigenza scolpita nell'art. 274 let c) c.p.p., la sua potenziale invasività ed incoerenza rispetto alla eccezionalità, provvisorietà e continua rivedibilità e la possibilità concreta di utilizzazioni strumentali ad esigenze improprie (come quelle investigative).

L'impostazione originaria, nell'ambito della cornice costituzionale, affidava alla discrezionalità giurisdizionale tutte le valutazioni *de libertate*, nessuna esclusa.

La stessa Corte costituzionale, pur affrontando in modo non del tutto soddisfacente il tema delle presunzioni cautelari, ha, ancora di recente, ribadito come, nell'ambito delle varie opzioni cautelari, il giudice debba tenere conto della "specifica idoneità di ciascuna misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto", nonché "della proporzionalità della misura all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata, anche tenendo conto dei più precisi criteri indicati dal comma 2-bis".

E' stato anche ribadito, in applicazione del generale requisito di necessità di ogni misura che incide in senso restrittivo sui diritti fondamentali della persona, che la più gravosa delle misure cautelari personali coercitive, vale a dire la custodia cautelare in carcere, "può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate"¹⁴.

L'operatività di questi principi investe travalica la fase genetica e investe anche quella successiva, di vita della misura ed impone "una costante verifica della perdurante idoneità [della] misura [applicata] a fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino"¹⁵. La Corte costituzionale ha anche rilevata la piena coerenza con l'interpretazione dell'art. 5 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale la carcerazione preventiva "deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti"¹⁶. Infi-

¹⁴ In tal senso, Corte cost., n. 191 del 2020

¹⁵ Cass., Sez. un., 31 marzo-22 aprile 2011, n. 16085, richiamata dalla Corte costituzionale 191 del 2020

¹⁶ Corte EDU, sentenze 8 marzo 2018, Poulidou contro Grecia, paragrafo 28; 27 novembre 2014, Koutalidis contro Grecia, paragrafo 40; 2 luglio 2009, Vafiadis contro Grecia, paragrafo 50; 8 novembre 2007, Lelièvre contro Belgio, paragrafo 97.

ne, il rilievo conclusivo con il quale la Consulta chiude il ragionamento vira verso l'esaltazione del principio del minor sacrificio della libertà personale, il cui rispetto "è necessario anche a garantire la compatibilità con la presunzione di innocenza di cui all'art. 27, secondo comma, Cost. della compressione della libertà personale dell'indagato e dell'imputato sino alla condanna definitiva"¹⁷.

4. *Le modifiche normative suggerite dalle ricorrenti emergenze e l'orientamento della Corte costituzionale: critica.* La linearità dell'impianto codicistico è stata, però, nel tempo disarticolata, in perfetto stile italico, dalle suggestioni poste dalla logica dell'emergenza, costante che da troppo tempo affligge il processo penale, impendo di affrancarsi da spinte autoritarie¹⁸. L'emergenza si è trasformata nel modo comune di affrontare alcune tipologie di processi nell'errata convinzione che il processo penale serve a combattere i fenomeni criminali (funzione repressiva) piuttosto che ad accertare, nel rispetto dei diritti fondamentali, la sussistenza di specifiche condotte (funzione cognitiva). In questa prospettiva, anche la giurisdizione è stata "sfiduciata" e ritenuta incapace di bilanciare le necessità cautelari con le garanzie del giusto processo.

Il muro di cemento che dovrebbe perimetrare i confini di questi principi ed emarginare ogni deriva applicativa incoerente con essi, ha riscontrato, negli anni, numerose crepe dalle quali si infiltrano continuamente impurità che li contaminano fin quasi a neutralizzarne, come vedremo, alcuni aspetti.

Dopo appena due anni dall'entrata in vigor del codice di procedura penale, l'art. 275 comma 3 c.p.p. è stato stravolto con l'inserimento, al suo interno, delle prime presunzioni relative¹⁹. In particolare, si riteneva che, per l'associazione di tipo mafioso e per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento, in presenza di gravi indizi di colpevolezza, dovesse essere sempre disposta 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 [stesse] possono essere soddisfatte

¹⁷ Sempre Corte cost. sentenza n. 191 del 2020.

¹⁸ Sulla logica dell'emergenza e sulla sua longevità cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 2000; RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli, 1982.

¹⁹ Per un'ultimissima ricostruzione generale del tema delle presunzioni cautelari cfr. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, Torino, 2023

con altre misure”. Doppia presunzione relativa avente ad oggetto la sussistenza delle esigenze cautelari e l’adeguatezza della custodia in carcere, vincibile solo in presenza di elementi di segno contrario, rimessi all’apprezzamento del giudice.

Solo dopo qualche mese, le presunzioni relative si sono trasformate in assolute attraverso l’eliminazione dell’inciso “o che le stesse possono essere soddisfatte con altre misure”. Successivamente, vi è stata una progressione legislativa sulla cui scia è stato ampliato notevolmente il novero delle fattispecie sottoposte alla doppia presunzione assoluta, fino a farla diventare una sorta di caratteristica tipica del doppio binario processuale (c.d. doppio binario cautelare)²⁰.

La Corte costituzionale, con l’ordinanza 450 del 1995 ha subito dichiarato manifestamente infondati i dubbi di legittimità sollevati sulla duplice presunzione (di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere) relativa agli indiziati del delitto di associazione di tipo mafioso, affermando come compete “al legislatore l’individuazione del punto di equilibrio tra le diverse esigenze, della minore restrizione possibile della libertà personale e dell’effettiva garanzia degli interessi di rilievo costituzionale tutelati attraverso la previsione degli strumenti cautelari nel processo penale (sent. n. 1 del 1980; n. 64 del 1970)”, sicchè, per tale ragione, “la predeterminazione in via generale della necessità della cautela più rigorosa (salvi, ovviamente, gli istituti specificamente disposti a salvaguardia di peculiari situazioni soggettive, quali l’età, la salute e così via) non risulta in contrasto con il parametro dell’art. 3 della Costituzione, non potendosi ritenere soluzione costituzionalmente obbligata quella di affidare sempre e comunque al giudice la

²⁰ L’evoluzione normativa è ricostruita da DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 54 e ss.; sul tema delle presunzioni cautelari cfr. anche DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, II, 2: Le misure cautelari, a cura di Scalfati, Torino, 2008, 5 ss.; GIALUZ, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionali e garanzie convenzionali*, in *Proc. pen. e giust.*, 2013, 117; MANES, *Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *dir. Pen. Proc.*, 2014, 466; MARZADURI, *Continua la bonifica costituzionale nei confronti dei meccanismi presuntivi di accertamento della sussistenza delle esigenze cautelari*, in *Leg. Pen.*, 2013, 1971; NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere dell’art. 275 comma 3*, in *Cass. pen.*, 1996, 2843; QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale. Verso il crepuscolo del giudizio di proporzionalità e adeguatezza?*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazioni e tradimenti della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 226; VALENTINI, *Il “doppio binario cautelare”: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall’art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 3, 2021, 1669 e ss.

determinazione dell'accennato punto di equilibrio e contemperamento tra il sacrificio della libertà personale e gli antagonisti interessi collettivi, anch'essi di rilievo costituzionale"²¹.

Dal 2010 in poi, la Consulta ha mutato opinione, dichiarando progressivamente l'illegittimità costituzionale della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere in relazione a tutte le fattispecie comprese nel perimetro dell'art. 275 comma 3 c.p.p.²² ad eccezione dei delitti di associazione di stampo mafioso e di quelli di cui agli artt. 270 e 270 bis c.p.

Sul piano del ragionamento giuridico, la Corte, ribadendo un principio già formulato in altro ambito²³, ha affermato che le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, e 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. Nei casi in esame, a determinare il *vulnus* al principio di eguaglianza – e conseguentemente alle ragioni di tutela del diritto alla libertà personale e della presunzione di innocenza –, era il carattere assoluto della presunzione di adeguatezza, che implicava una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minimo sacrificio necessario” della libertà personale dell'interessato²⁴.

Nonostante questa premessa, la Corte ha lasciato, però, vivere, per le medesime fattispecie, la presunzione relativa di adeguatezza della custodia in carcere superabile solo dall'acquisizione di elementi idonei a dimostrare la capacità di misure diverse da quella inframuraria di soddisfare le esigenze cautelari del caso di specie. Le reali ragioni di questa scelta sono poco condivisibili²⁵ nella

²¹ Corte cost. ordinanza n. 450 del 1995

²² Sul punto cfr. ADORNO, *La parabola della custodia cautelare 'obbligatoria per legge'*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, a cura di Daffino, Roma, 2016, 9 ss.; DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 172 ss.; MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, cit., 466; VALENTINI, *Il "doppio binario cautelare": la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall'art. 275 comma 3 c.p.p.*, cit., 1669 e ss.

²³ Corte cost., n. 139 del 2010

²⁴ Molte sono le decisioni che sono intervenute sul tema: n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011; n. 331 del 2011; n. 110 del 2012; n. 57 del 2013; n. 213 del 2013; n. 232 del 2013; n. 48 del 2015.

²⁵ Il ragionamento seguito dalla Corte è il seguente: “*Al fine di attingere, quanto meno ad un livello minimo e tenuto conto dei limiti delle questioni devolute allo scrutinio di questa Corte, la compatibilità*

misura in cui non liberano definitivamente la giurisdizione da condizionamenti comunque di matrice emergenziale.

La sopravvivenza costituzionale della presunzione assoluta è stata, invece, motivata, per il reato di associazione mafiosa, con un argomento di carattere sociologico. Si è, nella sostanza, ritenuto che “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” per cui solo la custodia in carcere è in grado di “troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità”. Questa connotazione, senza alcun dubbio effettiva in una certa percentuale di casi, non può, però, valere in assoluto dal momento che la varietà di fattispecie concrete restituisce una realtà frastagliata e non omogenea. Basta, d'altronde, pensare che lo stesso art. 275 comma 3 c.p.p. riconosce la possibilità astratta di incrociare situazioni concrete nelle quali sono acquisiti elementi dai quali emerge l'insussistenza delle esigenze cautelari. E se è possibile che le esigenze manchino può anche verificarsi il caso che esse siano di spessore minimo. Trattare queste situazioni alla stregua di quelle di maggiore gravità sembra incoerente rispetto all'impostazione della stessa Consulta.

costituzionale della norma censurata non è peraltro necessario rimuovere integralmente la presunzione di cui discute.

Ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la presunzione stessa è per certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minore sacrificio necessario”, anche quando sussistano - come nei casi oggetto dei procedimenti a quibus, secondo quanto riferiscono i giudici rimettenti - specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere.

La previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza di quest'ultima - atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da taluni aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi probatori di segno contrario - non eccede, per contro, i limiti di compatibilità con i parametri evocati, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo, in rapporto alle caratteristiche dei reati in questione, della ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso (per una conclusione analoga, con riguardo alla fattispecie da essa esaminata, sentenza n. 139 del 2010). In tale modo, si evita comunque l'irrazionale equiparazione dei procedimenti relativi a tali reati a quelli concernenti la criminalità di tipo mafioso e si lascia spazio alla differenziazione delle varie fattispecie concrete riconducibili ai paradigmi punitivi astratti.

I reati in questione restano assoggettati ad un regime cautelare speciale, tuttavia attenuato dalla natura relativa - e quindi superabile - della presunzione di adeguatezza della custodia carceraria e, perciò, non incompatibile con il quadro costituzionale di riferimento” (Corte cost. sentenza n. 265 del 2010).

La Corte costituzionale, per avallare l'impostazione rigida, ha sottolineato come anche la Corte di Strasburgo, pronunciandosi su un ricorso volto a denunciare l'irragionevole durata della custodia cautelare in carcere applicata in un'ipotesi di associazione di stampo mafioso, non aveva mancato di rilevare come una presunzione quale quella prevista dall'art. 275 comma 3, c.p.p., potesse, in effetti, "impedire al giudice di adattare la misura cautelare alle esigenze del caso concreto" e, dunque, "apparire eccessivamente rigida", ma si giustificava alla luce "della natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso", e segnatamente in considerazione del fatto che la carcerazione provvisoria delle persone accusate del delitto in questione "tende a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti"²⁶.

In eguale direzione, la Corte costituzionale si è mossa per il delitto di associazione terroristica ed eversiva²⁷.

Sembra prevalere una connotazione sociologico/emergenziale che guarda al fenomeno criminale e alla sua gravità a discapito di una maggiore coerenza giuridica volta a dare prevalenza alla dimensione della più ampia tutela dei diritti e delle libertà che milita a favore dell'aumento degli spazi di discrezionalità giurisdizionale, con prevalente attenzione al singolo imputato e al singolo fatto illecito.

Le indubbie ragioni poste a fondamento della custodia in carcere per alcuni casi di associazione mafiosa o terroristica non riescono a giustificare l'asprezza della presunzione assoluta ex art. 275 comma 3 c.p.p. e la sottrazione al giudice della valutazione, caso per caso, sull'effettiva gravità delle condotte e sulla necessità (reale e non presunta) di spezzare il collegamento con il territorio. Nel contenitore dell'art. 416-*bis* c.p. rientrano, infatti, variegati ipotesi concrete, non sempre e non tutte caratterizzate da un livello di pericolosità massima per la quale è opportuna la coercizione inframuraria. Soprattutto dopo l'avvio della misura, nel suo concreto divenire, magari dopo un tempo significativo, l'esigenza di differenziare le situazioni diventa impellente. Diversamente, la "necessaria ingiustizia" si trasforma in una mera ed evidente ingiustizia, in rotta di collisione con la presunzione di innocenza.

²⁶ Corte EDU, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia.

²⁷ Corte cost., n. 191 del 2020.

L'espropriazione della giurisdizione ad opera di una presunzione *contra reum* può generare, e qualche volta genera, detenzioni ingiustificate ove le esigenze cautelari finiscono per essere eccessivamente amplificate. La mancanza di una solida giustificazione giuridica e la prevalente *ratio* sociologico/descrittiva del fenomeno mafioso, virtualmente corretta ma sicuramente incapace di denotare in modo specifico i vari tipi "cautelari" riscontrabili in concreto, indica il limite intrinseco della scelta legislativa.

Bisogna ulteriormente ribadire che la gravità di un determinato reato o a maggior ragione di un determinato fenomeno criminale, quale quello mafioso, se impone la previsione di una pena ad essa commisurata, non può giustificare apprezzamenti cautelari difformi da quelli previsti in via generale per fattispecie anche di uguale o maggiore gravità.

5. *Le strettoie del giudice del dibattimento.* Il giudice del dibattimento, nell'ambito della valutazione cautelare relativa ad un'ipotesi di associazione di stampo mafioso *ex art. 416-bis c.p.p.*, è incuneato in un vicolo stretto, spesso senza uscita.

Si trova di frequente di fronte a custodie cautelari che durano da molto tempo, spesso da un tempo oggettivamente irragionevole se parametrato ai principi di eccezionalità, provvisorietà e proporzionalità, la cui legittimazione riposa solo sul criterio stabilito dai termini interfascici di durata della custodia cautelare (che dovrebbe, invero, rappresentare il muro invalicabile della custodia).

In questo segmento procedurale, il giudice difficilmente affronta il tema della gravità indiziaria, spesso rilevante in chiave di effettività delle esigenze (pur potendolo in astratto fare, visto che è giudice della cautela nell'ambito dell'unicità della fase), perché lo esporrebbe alla anticipazione del giudizio di merito, nonostante non sia infrequente il caso in cui l'incedere dell'istruttoria dibattimentale restituisce almeno un ridimensionamento dell'ipotesi di accusa, suggerendo, in astratto, un diverso trattamento cautelare.

Da altro lato, è, invece, (co)stretto dalla presunzione cautelare assoluta che non consente la gradazione della risposta cautelare nonostante, a distanza di tempo, lo spessore cautelare può risultare decisamente attenuato ma non del tutto scomparso. In questi casi, l'unica via di fuga sarebbe mentire a se stesso e dichiarare cessate le esigenze cautelari laddove, invece, si sono soltanto ri-

dimensionate. E più il tempo passa più la soluzione del dilemma (giuridico ma anche etico) interroga la coscienza del giudice.

Sottrarre alla discrezionalità della giurisdizione la possibilità adeguare la misura al caso concreto ha il sapore di una forzatura illogica e incoerente con i principi fondamentali, ma anche con il buon senso.

Una soluzione potrebbe essere quella di distinguere tra il momento genetico dell'applicazione della misura e quello successivo dinamico, limitando la presunzione assoluta solo al primo. L'interpretazione sembra, però, collidere con la lettera dell'art. 275 comma 3 c.p.p. ove non c'è spazio per l'ipotizzata differenziazione, ma appare del tutto coerente con la cornice costituzionale prima sintetizzata.

In questa prospettiva, sarebbe utile un intervento normativo per elaborare un sistema capace di accogliere il suggerimento e distinguere tra momento applicativo e momento successivo. Potrebbe, cioè, risultare interessante interpolare l'art. 275 comma 3 c.p.p. aggiungendo che, nel prosieguo della vicenda cautelare, la misura inframuraria di massimo rigore può essere sostituita se sono intervenuti elementi idonei a dimostrare la effettiva possibilità di tutelare le esigenze residue con misure meno afflittive.

Allo stato della legislazione, però, il giudice può solo considerare la cessazione delle condizioni cautelari inizialmente poste a fondamento dell'applicazione della misura di massimo rigore.

Qualche osservazione conclusiva vorrei farla sulla difficoltà di apprezzamento della cessazione (o riduzione) delle esigenze cautelari nel corso del giudizio e soprattutto sull'apprezzamento del "decorso del tempo", spesso unico dato oggettivo, sottovalutato da una giurisprudenza che fatico a comprendere, ancorato alla logica perversa del giudicato cautelare, ossimoro creato dalla giurisprudenza per opporsi al dovere della continua rivedibilità della decisione restrittiva.

Di recente, la giurisprudenza sta cercando di rivalutare il c.d. tempo silente che separa il momento della commissione del fatto da quello dell'applicazione della misura, restituendo un senso obiettivo alla modifica normativa introdotta dalla riforma del 2015²⁸. L'interpretazione dominante è, invece, ancora sorda, insensibile al decorso del tempo durante l'esecuzione

²⁸ Cfr., ad esempio, tra le altre, Cass. I, 19 luglio 2019 n. 42714.

della misura: viene ritenuto un fatto neutro, incapace di assumere significato in chiave di verifica della permanenza delle esigenze cautelari²⁹.

Se il tempo della libertà è, però, un tempo silente ma dal significato oggettivamente inequivoco, quello della custodia è, invece, un tempo eloquente, che parla e deve essere ascoltato.

L'argomento spesso utilizzato per contrastare possibili aperture ad un diverso approccio al tema del decorso del tempo è ripiegato sulla mancanza di valore effettivo e concreto del tempo trascorso obbligatoriamente in uno stato di coercizione, in mancanza di dati ulteriori capaci di offrire indicazioni concrete e utili ad apprezzare il ridimensionamento del quadro cautelare.

Da questa impostazione si possono ricavare due significati opposti: da un lato, che il tempo non incide sulle esigenze cautelari; da altro lato, che mancano elementi idonei a decifrare l'eventuale incidenza.

Il primo approccio è, a mio giudizio, poco condivisibile per la semplice ragione che finisce per negare ciò che in natura si verifica. Il passare del tempo, nel suo lento ma inesorabile scorrere e con la capacità di collocare nella giusta dimensione tutte le vicende, rappresenta la misura del mondo, del suo essere e del suo divenire³⁰. Con il trascorrere del tempo l'uomo invecchia, matura, migliora o peggiora ma certamente cambia. Pensare che questo orologio non incida sullo spessore delle esigenze cautelari equivale a negare la realtà.

Il secondo ha, invece, una maggiore plausibilità laddove richiede un criterio di valutazione concreto e riconoscibile attraverso il quale apprezzare le mutazioni determinate dal trascorrere del tempo della custodia, il tempo che ho qualificato come "eloquente".

Il tema può essere affrontato, però, solo mutando radicalmente rotta e assumendo come orizzonte la prospettiva della continua rivedibilità della misura coercitiva. Bisogna invertire i termini dell'approccio, richiedendo al giudice una continua verifica positiva della effettiva permanenza delle esigenze cautelari. Se l'ottica rimane, invece, quella di attendere la comparsa magica di un elemento nuovo, ulteriore rispetto al mero decorso del tempo,

²⁹ Cfr. sul punto Cass., Sez. V, 14 giugno 2018, Rv., n. 45843; Cass., Sez. IV, 21 marzo 2018, *ivi*, n. 24734; Cass., Sez. IV, 13 febbraio 2018, *ivi*, n. 12274; Cass., Sez. III, 6 dicembre 2012, *ivi*, n. 1482; Cass., Sez. IV, 2 luglio 2007, *ivi*, n. 37849

³⁰ DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in *questa Rivista*, 2020.

l'interpretazione continuerà ad incamminarsi sull'ardua strada della ricerca di una prova impossibile, diabolica. Insomma, l'evento è possibile ma indimostrabile. Coltivare, nella procedura penale, questa prospettiva equivale a negare la stessa ragion d'essere dell'accertamento³¹.

Nell'ottica della continua rivedibilità, invece, assume un ruolo centrale il dovere del giudice di verificare in concreto l'esistenza di segnali, tracce del permanere (o del cessare) dei presupposti posti a fondamento dell'adozione della misura. E se non sono rinvenibili elementi attuali e concreti capaci di giustificare la prosecuzione della restrizione, la misura deve essere revocata. Bisogna imparare a leggere anche i segnali neutralizzanti, capaci di veicolare un messaggio utile alla valutazione del giudice. Tra questi vanno annoverati, ad esempio, il comportamento processuale, il rispetto delle regole, la partecipazione alla vita inframuraria, la possibilità di aderire ad un programma di giustizia riparativa (ecc.), spesso unici dati concreti sui quali misurare la permanente pericolosità del soggetto (utilizzati, peraltro, a piene mani nel procedimento di sorveglianza). Insomma, la logica proposta della rivedibilità dopo un periodo di tempo significativo si muove nel senso di richiedere periodicamente la conferma della restrizione mediante la verifica attuale dei connotati capaci di confermarla, piuttosto che pretendere di trovare un dato nuovo e diverso dal mero decorso del tempo per neutralizzare la valutazione genetica. In tal modo, muta la prospettiva e si recide il legame con gli automatismi del giudicato cautelare.

In conclusione, pur rendendomi perfettamente conto della complessità del problema e della necessità di un approfondimento affidato al dialogo fecondo tra magistratura, avvocatura e accademia, ritengo pressante l'esigenza, in attesa di un intervento legislativo, di trovare soluzioni interpretative per tentare di ridimensionare la presunzione assoluta ex art. 275 comma 3 c.p.p. restituendo alla giurisdizione ciò che alla stessa è stato nel tempo sottratto.

³¹ Non ha, cioè, senso prevedere l'accertamento di ciò che è impossibile accertare