

INTRODUZIONE ⁽¹⁾

Giulio Illuminati

Poche parole di introduzione per non togliere spazio ai relatori, ma non posso esimermi dal dire la mia sullo stato dell'arte "tre anni dopo".

La notizia secondo me più rilevante, passata quasi sotto silenzio - tanto che ho fatto fatica a trovarla sebbene con internet oramai si trovi tutto, e alla fine sono riuscito a rintracciare soltanto un lancio d'agenzia - è che nel marzo 2016 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha deciso di dichiarare chiuso il fascicolo che aveva aperto nei confronti dell'Italia.

Tutti ricorderanno che nel 2013 la celebre sentenza Torreggiani aveva condannato l'Italia per una violazione della Convenzione europea anche piuttosto seria dal punto di vista dell'immagine internazionale: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti di cui all'art. 3, a causa

appunto del sovraffollamento carcerario che, riservando al detenuto uno spazio vitale inferiore ai tre metri quadrati, non richiedeva ulteriori elementi dimostrativi.

E' il caso di ripetere, anche in questa sede, che in realtà non era quella la prima volta in cui l'Italia veniva condannata per le stesse ragioni: c'erano state altre sentenze precedenti della Corte europea che pure avevano toccato questo punto, senza peraltro scuotere più di tanto l'indifferenza di Governo e Parlamento. La sentenza Torreggiani però si caratterizzava perché aveva riscontrato quella che nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea viene definita violazione strutturale, cioè una violazione della Convenzione che non dipende dal comportamento delle autorità nazionali in un singolo caso, ma discende proprio dal sistema e quindi non è riparabile, ma è destinata a ripetersi fin quando non vengano adottati provvedimenti di carattere generale per risolvere il

¹ Relazione tenuta dal Prof. Avv. Giulio Illuminati al Convegno "Custodia cautelare e sovraffollamento carcerario. Rimini Rimini...tre anni dopo" tenutosi a Rimini il 12 maggio 2017.

problema. In pratica la Corte aveva dato un ultimatum all'Italia, assegnandole un anno di tempo per rimediare alla situazione: per questo la sentenza ha fatto scalpore ed ha avuto anche grande risonanza mediatica, nonché un notevole impatto a livello politico.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa - che ha il compito di sorvegliare l'esecuzione delle sentenze della Corte - già nel giugno 2014 aveva tuttavia espresso un giudizio positivo e approvato le misure che in Italia si stavano prendendo per diminuire il sovraffollamento, riconoscendo l'impegno del Governo che aveva stilato un piano d'azione destinato, appunto, a migliorare la situazione delle carceri con varie misure, fra cui l'istituzione del garante dei detenuti a livello centrale e i vari provvedimenti svuota carceri. Ma le conclusioni del Comitato dei Ministri erano soltanto provvisorie, perché la questione non era ancora chiusa, ma si sarebbe dovuta riesaminare l'anno successivo alla luce dei risultati ottenuti.

Nel 2015, come sappiamo, è entrata in vigore la legge sulla custodia cautelare, e possiamo finalmente dire che l'anno scorso è stata dichiarata ufficialmente chiusa la procedura contro l'Italia aperta dalla sentenza Torreggiani. La cosa singolare, però - ce ne rendiamo tutti conto, ma è il caso di sottolinearlo - è che i provvedimenti che più hanno prodotto il cosiddetto effetto svuota carceri, non sono stati quelli adottati nel 2015, ma quelli del 2013 e del 2014. Il primo provvedimento, quello che forse ha avuto l'impatto più significativo, è stato quello del 2013, riguardante l'aumento dei limiti di pena

ai sensi dell'art. 280 c.p.p. per l'applicazione della custodia cautelare in carcere; analogamente, la legge del 2014 che aveva legato l'applicabilità della custodia cautelare in carcere alle norme sull'esecuzione della sentenza: norma, per la verità, molto criticata, ma che ha avuto un effetto sostanziale.

Dunque, nella valutazione conclusiva contenuta nel rapporto della commissione del Comitato dei Ministri incaricata di esaminare i progressi dell'Italia, si era potuto segnalare che tra il 2013 e il 2014 in Italia, pur persistendo problemi di sovraffollamento - pare che questi siano non risolvibili in maniera radicale, almeno allo stato - la popolazione carceraria aveva avuto nel giro di due anni un calo record del 17,8%, che era la più alta percentuale rispetto a tutti gli altri Paesi monitorati, gli altri 47 Paesi del Consiglio d'Europa.

E il Comitato dei Ministri, nelle sue conclusioni del marzo 2016, ricorda che c'è ancora strada da fare, ma ha espresso la fiducia nel fatto che le autorità italiane "continueranno gli sforzi per assicurare condizioni di detenzione in conformità con quanto stabilito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal Comitato per la prevenzione della tortura". In qualche misura, quindi, siamo ancora per così dire sotto osservazione, perché sospetti di violazione di questa normativa.

Bisogna però aggiungere che nel 2015 la Corte europea, in un caso analogo che fortunatamente in quell'occasione non riguardava noi - Vargas contro Ungheria, sentenza 10 marzo 2015 - ha indicato all'Ungheria, anch'essa condannata per sovraffollamento,

proprio il piano d'azione italiano del 2013 come modello da seguire.

Dunque la riforma del 2015 è entrata in vigore in una situazione in cui il problema più drammatico era già stato almeno in parte superato. Una riforma, secondo me, che non ha avuto impatto significativo sul tema di cui ci occupiamo oggi. Ha tuttavia avuto – a mio modo di vedere – un importante significato politico e, anche, sotto certi aspetti, un significato culturale, anche se è stata accolta da reazioni contrastanti.

La mia opinione è che, tutto sommato, la riforma possa essere considerata un segnale tendenzialmente importante circa la funzione della custodia cautelare e i principi fondanti la disciplina della libertà personale dell'imputato nel corso del processo. Molti l'hanno criticata perché troppo debole, alcuni, addirittura, hanno detto che era meglio non scrivere niente: per esempio a proposito dell'art. 309 sui poteri del tribunale del riesame, la cui modifica potrebbe risultare controproducente. Altri l'hanno criticata perché eccessivamente liberale e con troppi vincoli per l'autorità giudiziaria, come il divieto di reiterare la misura cautelare che ha perso efficacia.

Tuttavia, alla fine, quello che possiamo constatare è che in realtà dal 2015 al 2017 c'è stato un aumento del numero dei detenuti, sia in totale che in proporzione alla disponibilità dei posti, nonostante sulla carta sia aumentato – come è stato già detto – il numero dei posti regolamentari. Come sappiamo, i posti regolamentari sono quelli calcolati sulla base di uno spazio minimo di nove metri quadrati per

singolo detenuto, più cinque per ciascun detenuto in più, che sarebbe l'equivalente dell'abitabilità richiesta per le abitazioni civili. Non so se questo risultato sia effettivamente raggiungibile, ma in ogni caso la capienza regolamentare, risulta largamente superata. Io ho dati non di aprile, ma di marzo 2017 (le nostre fonti a quanto pare divergono, ma non sembra cambiare molto): il sovraffollamento è calcolato intorno al 10%. E' vero che nel 2013 avevamo un sovraffollamento del 28%, però nel 2015 era sceso al 6%.

Ora, anche se questi numeri andrebbero analizzati con più cura, quello che possiamo constatare – e mi dispiace, in questo, non poter condividere l'auspicio dell'avvocato Annibalini – è chiaramente una tendenza al progressivo aumento della popolazione carceraria: sia in numeri assoluti, sia in proporzione al numero dei posti regolamentari; ma soprattutto, ed è questo ciò a cui dovremmo prestare maggiore attenzione, con riferimento alla percentuale di detenuti in attesa di giudizio rispetto al totale.

In effetti, nelle tabelle ministeriali, i detenuti sono differenziati nelle categorie "in attesa di primo giudizio", "appellanti", "ricorrenti", "misti" (che sarebbero quelli che hanno varie pendenze, di cui non si può dare una definizione precisa): però, pur limitandoci ai detenuti in attesa di primo giudizio, il dato – come è stato detto poco fa – è ancora abbastanza preoccupante, perché questi rappresentano pur sempre oltre il 17% della popolazione carceraria.

E allora dobbiamo domandarci come mai questa riforma del 2015 abbia

avuto un impatto così modesto, anzi c'è stato un aumento dei detenuti in custodia cautelare. C'è da tener conto anche di un'altra circostanza, che spesso viene sottovalutata ma che gli esperti della materia conoscono sicuramente, e cioè che molta parte dello sfollamento delle carceri era dovuto non tanto alle norme specifiche sulla custodia cautelare, quanto alla sentenza della Corte costituzionale sugli stupefacenti, che ha portato a liberare per questo tipo di reati una quantità di detenuti in attesa di giudizio, di cui è stato necessario rivalutare la posizione.

Ma una volta superato il picco al ribasso prima menzionato, proprio a partire dal 2015 i numeri hanno cominciato a risalire: e questo, come ho detto, è preoccupante.

Allora non è più soltanto un semplice problema di sovraffollamento, al quale in fin dei conti si potrebbe rispondere costruendo più carceri. Evidentemente il vero problema non è quello. È chiaro, se si costruiscono più carceri la condizione dei detenuti potrebbe migliorare: però, a mio modo di vedere, più carceri si costruiscono e più ci sarà la tendenza a riempirle. In ogni caso non sembra questo il momento politico, diciamo il momento più opportuno di fronte all'opinione pubblica, per investire nel miglioramento delle condizioni dei detenuti, come tutti ben sappiamo.

Purtroppo, da operatori del diritto ci troviamo di fronte ad un fenomeno culturale non insolito ma certo inquietante, perché c'è una fortissima pressione mediatica di tipo securitario per cui, secondo un frequente luogo comune spacciato per buonsenso,

bisogna aumentare la repressione penale, bisogna evitare di lasciare in libertà gli imputati, soprattutto per certi reati che magari non sono i più gravi ma hanno un forte impatto sul pubblico. E conseguentemente la funzione della custodia cautelare in carcere viene percepita quale immediata - e giusta - applicazione della pena.

Questa pressione incide sicuramente sul legislatore (il legislatore, in fin dei conti, non è una figura astratta e sovrumana, ma è rappresentato dai politici che devono rispondere all'elettorato), e non si può nascondere che influenza più o meno direttamente anche l'atteggiamento culturale dei magistrati. In altre parole, i magistrati devono dimostrare una notevole forza morale e una buona dose di resistenza psicologica per sottrarsi ai condizionamenti mediatici, dato che la pressione è sempre in senso securitario. Basta aprire il giornale, e vedere cosa accade quando per caso una persona, che è stata rimessa in libertà - legittimamente rimessa in libertà, perché ne esistevano i presupposti - commette un reato che ha una qualche risonanza: certo, ovviamente si tratta di delitti anche gravi, preoccupanti, spesso odiosi, ma la responsabilità viene attribuita al magistrato che ha messo in libertà l'imputato, che non andava liberato, dal momento che successivamente ha commesso un reato. Inutile dire che, secondo questa logica, per essere sicuri che nessuno commetta reati bisognerebbe tenere in carcere tutti gli imputati, per non dire tutti i cittadini.

Evidentemente questa richiesta di sicurezza, per lo più indotta, viene

cavalcata da quelli che con un termine un po' logoro ma efficace vengono definiti imprenditori della paura. Anche se i dati statistici ci dicono che i delitti, in particolare i delitti più gravi, sono in netta e progressiva diminuzione in Italia. Del resto gli imprenditori della paura, per usare sempre questo termine, non hanno nessun interesse a proporre soluzioni concrete perché non gli interessa che il problema si risolva, dato che su di esso basano la propria popolarità.

La percezione diffusa che ne deriva è che siamo tutti in pericolo, perché c'è necessità di difendersi da una delinquenza sempre più pericolosa e aggressiva. Ed è interessante notare come questo sia un tema storicamente sempre ricorrente. Già al tempo dei lavori preparatori del codice Zanardelli del 1889 si lamentava un "aumento della criminalità veramente allarmante" e si reclamavano misure repressive eccezionali. Socialmente e culturalmente questo appare come un fenomeno ineliminabile.

Ma è qui che dovrebbero entrare in gioco le *élites* politiche e intellettuali che, forse, hanno perso un po' il contatto con l'opinione pubblica. Dovrebbero in particolare impegnarsi di più a farsi ascoltare i giuristi, per recuperare l'etica dei valori, che è un percorso lungo e impopolare. Recuperare il significato dei diritti fondamentali, che sono troppo spesso considerati astratte affermazioni principio, lontanissime dalla realtà.

Non aiutano le modalità attuali della comunicazione, e le tifoserie che si scatenano sui *social networks*, dove chiunque è pronto a dispensare giudizi, a prescindere dalla competenza. Come

diceva Umberto Eco, internet ha dato voce a legioni di imbecilli, la cui opinione sarebbe rimasta confinata in un bar, dove sarebbero stati messi immediatamente a tacere: oggi invece la loro opinione vale quanto quella di un premio Nobel. E si deve purtroppo constatare, anche tra i giovani, una scarsa sensibilità per i diritti e le garanzie individuali, quando si tratta di processo penale. Lo vedo con i miei studenti, che spesso arrivano a stupirsi del fatto che, per esempio, l'imputato non ha l'obbligo di rispondere e di dire la verità, senza comprendere l'importanza fondamentale del diritto al silenzio.

In questo modo si finisce col perdere di vista anche la cultura della giurisdizione come metodo dell'argomentazione razionale, come metodo dialettico in base al quale bisogna sentire le ragioni dell'una e dell'altra parte. La cultura del sospetto invece porta oggi a considerare inetto, se non addirittura colluso, il giudice che assolve l'imputato: nonostante il pubblico ministero, si osserva, abbia chiesto la condanna, come se il solo depositario della verità fosse l'organo dell'accusa.

Piaccia o non piaccia, abbiamo ancora nella nostra Costituzione una presunzione di non colpevolezza, senza parlare delle fonti internazionali. E allora ritorna l'eterno problema: la custodia cautelare in carcere non dovrebbe mai trasformarsi in anticipazione della pena, ma limitarsi a tutelare le esigenze, appunto, cautelari inerenti al processo.

Si deve ammettere, tuttavia, che questo problema non è peculiarmente italiano, ma si presenta più o meno in tutti i

Paesi. In una indagine dell'Unione europea di alcuni anni fa era detto espressamente: nonostante in tutti gli Stati membri formalmente la custodia cautelare in carcere sia considerata come misura cautelare non punitiva, c'è ovunque una diffusa percezione della stessa come anticipazione della pena.

In Italia, tuttavia, non possiamo nasconderci che esiste un grosso problema di efficienza della giustizia. Se la giustizia non funziona o funziona male, i processi durano troppo e la sanzione penale perde efficacia. Questo è un elemento fondamentale, perché quando la sanzione definitiva risulta inefficace è chiaro che le tensioni si scaricano sulla custodia cautelare. Il nesso fra l'eccessiva durata del processo e la degenerazione delle misure cautelari appare evidente, perché là dove i processi sono rapidi il tema è meno centrale e drammatico.

Ben vengano allora le riforme strutturali, come quelle che sono state prima menzionate. Magari qualche purista del diritto avrà da ridire, ma è necessario sgombrare i tavoli dai processi inutili, che comportano uno spreco di tempo, mezzi e risorse economiche. Quindi, ben venga la normativa sulla sospensione del processo per irreperibilità, sulla messa alla prova, sulla irrilevanza del fatto: un po' di sano pragmatismo può tornare utile.

Ma, limitando il discorso ai problemi delle misure cautelari in sé, mi pare che si debba soprattutto insistere sul tema delle misure alternative alla detenzione. La custodia cautelare in carcere dev'essere – com'è scritto nel codice – *l'extrema ratio*, proprio perché non andrebbe mai intesa come strumento

punitivo. Sono cose che si ripetono almeno dagli anni settanta, da quando la storica sentenza della Corte costituzionale n. 64 del 1970 aveva affermato che la custodia in carcere in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena, ma debba essere applicata solo in vista di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo.

Ancora di recente l'Unione europea ha insistito sull'opportunità di utilizzare misure alternative, come ad esempio la cauzione, come i mezzi di sorveglianza elettronica, e di prevedere limiti all'impiego della custodia in carcere.

Per quanto riguarda la cauzione, in particolare, ho sempre pensato che non avesse molto senso la sua completa abolizione, con il nuovo codice di procedura penale. Nel codice abrogato era uno strumento per garantire l'osservanza degli obblighi connessi alla concessione di quella che allora era definita libertà provvisoria, ma fu eliminata perché considerata discriminatoria. Scelta prevalentemente ideologica, dato che comunque la cauzione poteva rappresentare un'alternativa in più, e la sua entità si sarebbe potuta commisurare alle capacità economiche dell'imputato: in Francia, ad esempio, per i non abbienti è rapportata al reddito minimo annuo garantito. Poi, è chiaro, ci sarebbe da costruire la struttura dell'istituto, perché prima di tutto bisogna stabilire a cosa serve la cauzione, se ad evitare che l'imputato si sottragga alla pena, ovvero ad assicurare la corretta esecuzione delle misure cautelari non coercitive. Nei Paesi di *common law* ha la funzione di garantire che l'imputato si presenti al processo, ma ciò non

sarebbe coerente col nostro sistema, che non prevede la partecipazione necessaria dell'imputato.

L'Europa ci consiglia anche la sorveglianza elettronica, che altrove funziona bene, ma da noi si è scontrata con difficoltà pratiche molto banali – se ne occuperà Elena Valentini – dato che attualmente non è disponibile un numero sufficiente di braccialetti elettronici, ciò che ha creato il problema delle famose liste d'attesa. E la cosa più singolare è che la gestione di queste liste d'attesa non è neanche sottoposta al controllo del magistrato o rimessa alla polizia giudiziaria, ma dipende dal fornitore privato che attesta la disponibilità dello strumento.

Le misure alternative richiedono anche uno sforzo di fantasia, per assicurare la necessaria flessibilità, e la capacità di confrontarsi con problemi inediti. Solo per fare un esempio, in tema di arresti domiciliari – misura oggi usata più largamente che in passato, in virtù dei nuovi limiti alla custodia in carcere – si è posto il problema del divieto di comunicare in relazione all'uso di internet: è compatibile con il divieto l'accesso a *facebook* e magari l'apposizione di un “*like*”? Occorre perciò aggiornarsi in continuazione, naturalmente.

Concentrare di più l'attenzione sulle misure alternative serve a smettere di pensare al carcere come risposta principale alle esigenze cautelari. Sono convinto che, nel fondo dell'animo, un po' tutti pensiamo alla custodia cautelare in carcere come ad un'anticipazione della pena. Prendiamo l'omicidio stradale, introdotto per dare soddisfazione all'opinione pubblica. Si metta subito in carcere l'imputato, poi

si vedrà. Si tratta, senza dubbio, di reati molto gravi, soprattutto quando vengono commessi in stato di alterazione psicofisica: tuttavia non è quella la soluzione conforme ai principi.

I mutamenti culturali sono i più difficili perché richiedono una elaborazione razionale complessa, che superi le reazioni dettate dall'istinto. E a questo scopo è necessario che si riapra quel circuito di cui ho già detto fra le *élites* e la popolazione, che quanto più si sente esclusa tanto più reagisce in maniera inconsulta, perché non è stata adeguatamente coinvolta nella condivisione dei principi fondamentali. E' dunque anche un problema di comunicazione, perché la comunicazione è una parte essenziale della politica penale, sebbene questo tema rimanga sempre un po' ai margini. Chi stabilisce cosa deve essere comunicato? Quali verità devono essere comunicate? In che termini?

Chiudo con una citazione tratta dalla sentenza delle Sezioni unite proprio sul braccialetto elettronico. È una sentenza molto criticata, anche se secondo me in questo caso la Corte ha fatto quello che doveva, ma su ciò non mi soffermo. Voglio invece sottolineare la parte in cui si afferma espressamente che nell'applicare la custodia cautelare in carcere il giudice deve sempre motivare sulla inidoneità della misura degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico.

Io sapevo che il principio di adeguatezza esiste dal 1989. Io sapevo che nel codice, all'art. 275 comma 3, è scritto testualmente che la custodia cautelare in carcere va applicata soltanto quando ogni altra misura

risulti inadeguata; e che a norma dell'art. 292 comma 1 lett. *c-bis* la motivazione dell'ordinanza che applica la custodia in carcere deve esporre le ragioni per cui le esigenze cautelari non possono essere soddisfatte con altre misure. Eppure nel 2016 le Sezioni unite della Corte di cassazione sono ancora costrette a ripetere che l'inidoneità degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico deve essere motivata.

Allora su questo piano di strada ce n'è ancora molta da fare...