

CUSTODIA CAUTELARE E LEGGE 16 APRILE 2015,

N. 47 ⁽¹⁾

Guido Todaro

PREMESSA

Buongiorno a tutti. Grazie. Mi unisco al volo ai ringraziamenti. Ringrazio – ovviamente ed in particolare – il Collega Andrea Annibalini, a cui oramai mi lega una lunga amicizia. Lo ringrazio perché crede in quello che fa, ha creduto tantissimo in questo Convegno e crede nei problemi che questo Convegno intende affrontare.

Ringrazio il Presidente, Prof. Giulio Illuminati. Anzi, non lo ringrazio, poiché il debito di riconoscenza che ho nei suoi riguardi è insuscettibile di ringraziamento.

Vado subito al mio tema.

Farò una citazione meno dotta di quelle del Presidente Albiani.

“Rimini Rimini... tre anni dopo” – in linea di continuità con il Convegno sul medesimo tema che si svolse in questa

splendida città nel 2014² – evoca immediatamente le commedie all’italiana degli anni ’80 e ’90, sennonché, quelle commedie, di pura evasione, avevano, per dir così, un’accezione prettamente positiva: ci si ritrovava sulle spiagge, si rinnovavano amicizie e amori, e via discorrendo.

Questo Convegno – “Rimini Rimini... tre anni dopo” – ha sì un’accezione positiva perché mi consente di ritornare in questa sede con vecchi amici e di scoprirne di nuovi – ad esempio, la Dott.ssa Casadei, che mi ha magistralmente preceduto – ma, d’altra parte, ha anche un’accezione negativa perché, senza voler essere polemici, si deve purtroppo constatare che, nonostante siano passati tre anni, il problema del sovraffollamento carcerario, anzi, il problema dell’abuso della custodia cautelare in carcere in

¹ Relazione tenuta dall’Avv. Guido Todaro al Convegno “Custodia cautelare e sovraffollamento carcerario. Rimini Rimini...tre anni dopo” tenutosi a Rimini il 12 maggio 2017.

² G. ILLUMINATI - G. TODARO (a cura di), *Custodia cautelare e sovraffollamento carcerario (Atti del Convegno, Rimini, 15 marzo 2014)*, Studi Urbinati, 2014, fasc. 1.

rapporto al sovraffollamento carcerario, è tutt'altro che risolto: e le statistiche illustrate dai Relatori che mi hanno preceduto lo hanno certificato. Anzi, dopo un piccolo *trend*, un piccolo miglioramento, che si è registrato immediatamente a ridosso della nota sentenza della Corte Europea dell'8 gennaio 2013, Torreggiani contro Italia³, e forse un ulteriore lievissimo miglioramento a ridosso della l. 16 aprile 2015, n. 47, la percentuale della popolazione carceraria in regime di custodia cautelare sta nuovamente aumentando. E, d'altra parte, la soluzione non può essere – come già diceva il Prof. Illuminati – quella di costruire carceri più grandi. Perché, costruendo carceri più grandi, si risolverebbe, forse, il problema del sovraffollamento carcerario – e forse si risolverebbe anche l'industria del mattone e quindi le imprese edili sarebbero contente – ma certamente non si risolverebbe, torno a ripetere, il problema del sovraffollamento carcerario indotto da

³ C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, che, come noto, ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani, stigmatizzando il «carattere strutturale e sistemico» della situazione che affligge i nostri istituti penitenziari. Sulla decisione, cfr., tra gli altri, G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 147 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 948 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it.

un abuso della custodia cautelare in carcere⁴ che – è sotto gli occhi di tutti – viene sempre più vissuta come una sorta di anticipazione della pena, in aperta violazione della presunzione di non colpevolezza.

MOTIVAZIONE DELL'ORDINANZA CAUTELARE E POTERI DEL TRIBUNALE DEL RIESAME ALLA LUCE DELLA L. N. 47 DEL 2015.

E vengo all'oggetto specifico della mia Relazione, rassicurando il Prof. Illuminati, perché l'involontario errore nello scavalcarmi, cedendo prima la parola ad altra Relatrice, tale non è stato perché mi consente, viste le tempistiche, di rinviare, in parte, *per relationem*, all'intervento della Dott.ssa Casadei, che si è occupata, in concreto, del rapporto tra la richiesta cautelare del pubblico ministero e la decisione del giudice.

Io affronterò il medesimo tema, da diverso angolo prospettico, sotto il profilo, per dir così, teorico: al riguardo, ringrazio la Dott.ssa Casadei, perché ha già fatto una rassegna ragionata delle decisioni della Corte di Cassazione che sono nate sulla l. n. 47 del 2015 e, in particolare, sugli art. 8 commi 1 e 2 e art. 11 comma 3 della novella, che hanno modificato,

⁴ Problema del sovraffollamento carcerario quale assioma indiscusso: in argomento, tra gli altri, cfr. S. BUZZELLI, *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, in www.penalecontemporaneo.it; G. ILLUMINATI, *Carcere e custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2370 ss.; L. MARAFIOTI, *Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it; E. VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 287 ss.

rispettivamente, l'art. 292 comma 2 lettere c) e c-bis) e l'art. 309 comma 9 c.p.p. inserendo, da un lato, l'obbligo di «autonoma valutazione» delle esigenze cautelari, degli indizi e dei motivi per i quali non sono stati ritenuti rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della custodia cautelare in carcere, dell'inadeguatezza di altre misure, e, dall'altro, uno specifico potere di annullamento in capo al tribunale del riesame ove la motivazione manchi o non contenga l'autonoma valutazione, a norma dell'art. 292 c.p.p., delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa.

Ma io mi chiedo, e vi chiedo, e ce lo chiedevamo anche prima con il Prof. Illuminati e l'amica Elena Valentini: ma c'era bisogno che il legislatore esplicitasse che il gip deve fare il gip? Che il gip è il garante delle libertà fondamentali? Occorreva dire che l'ordinanza del giudice deve essere autonoma? Deve contenere un'autonoma valutazione rispetto alle richieste del pubblico ministero?

Non è forse singolare che il legislatore debba rimarcare, a distanza di anni, quello che è – o meglio, dovrebbe essere – l'architrave del nostro processo penale cautelare, che si regge su una netta ripartizione dei ruoli tra pubblico ministero, quale organo richiedente, e giudice, quale organo delle garanzie, che deve autonomamente valutare e decidere?

Forse sì. Forse, purtroppo, è necessario che, a distanza di anni, un legislatore ce lo ricordi. E mi riaggancio, per poi entrare nel merito del mio intervento, ad un problema, che, in realtà, già si registrava qualche anno fa, ma, forse,

negli ultimi due o tre anni, si è ulteriormente accentuato e di cui pure si è già in parte trattato nelle Relazioni che mi hanno preceduto: il problema dei processi mediatici. Ne voglio parlare in questa sede per due ordini di ragioni. Anzitutto, perché ha riguardato un gip del Tribunale di Rimini e perché due argomenti utilizzati in una trasmissione televisiva, che ora citerò, mi consentono di istituire un forte collegamento e un ponte ideale tra le due tematiche oggetto della mia analisi. Il gip è il Dott. Vinicio Cantarini che ringrazio, ancorché non lo conosca personalmente, perché ha bene applicato il codice, diversamente da quanto qualcuno ha sostenuto: mi riferisco al “Maurizio Costanzo Show”. Il Dott. Cantarini ha applicato correttamente un principio iscritto nel cuore dell'art. 275 c.p.p., che forse non tutti conoscono, e ovviamente non mi riferisco all'uditorio qualificato oggi presente: il principio secondo il quale la custodia cautelare in carcere, in quanto *extrema ratio*, può e deve essere applicata solo quando ogni altra misura cautelare risulti inadeguata.

Allora, nella puntata del “Maurizio Costanzo Show” andata in onda poco dopo Pasqua, giovedì 20 aprile, a proposito del caso di Gessica Notaro, sfregiata con l'acido il 10 gennaio 2017, si sono dette due cose che assecondano istanze securitarie ed emergenziali, ma che stravolgono completamente le regole della nostra procedura penale.

Anzitutto, si è detto che il giudice avrebbe dovuto fare pedissequamente quello che era stato richiesto dal pubblico ministero. Viene dunque in rilievo il tema dell'autonoma

valutazione, nella prassi radicalmente distorto, capovolto: è il gip che dovrebbe adeguarsi, acriticamente, alla richiesta del pubblico ministero: “ma perché il gip non ha applicato la custodia cautelare come aveva richiesto il pubblico ministero?”, si è domandato, con forte biasimo nei confronti del giudicante, il noto presentatore televisivo.

Secondo tema: a prescindere dalla richiesta dell'attore istituzionale, “ma perché il giudice non ha applicato il carcere?” Bisogna sempre dare il carcere...”, la chiusa della trasmissione.

Da un lato, dunque, il profilo dell'autonoma valutazione, che vive nella prassi un effetto distorsivo dirompente; dall'altro lato, l'idea del carcere come *extrema ratio*, anch'essa completamente obliterata, sconosciuta, negletta.

Dell'autonoma valutazione – e qui entro nel vivo del mio intervento sotto il profilo tecnico-giuridico – è stato già detto tanto dalla Dott.ssa Casadei. Tra le modifiche cardine della riforma di cui alla l. n. 47 del 2015⁵, la nuova

⁵ Un'anima ontologicamente garantista connatura la riforma in commento, che segna una chiara inversione di rotta rispetto alle logiche securitarie ed emergenziali che hanno animato le continue modifiche che negli ultimi anni si sono abbattute sulla materia *de libertate*. Sul punto, per tutti, G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1131 ss. Quanto agli ascendenti della novella, centrale risalto riveste ovviamente C. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, cit., e l'ineludibile necessità di porre rimedio al sovraffollamento carcerario. Più in generale, si coglie al fondo una rinnovata attenzione per una cultura delle garanzie che permea – pur tra oscillazioni, gibbosità e stratificazioni – la nuova legge: in proposito, per un completo affresco, cfr.

E. VALENTINI, *Le premesse e i lavori preparatori*, in *La riforma delle misure cautelari*, a cura di L. GIULIANI, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3 ss. In materia, senza pretesa di completezza, oltre agli Autori appena citati, cfr. P. BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 3 giugno 2015; M. CAIANIELLO, *La valutazione autonoma del giudice nell'ordinanza cautelare dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1678 ss.; E. CAMPOLI, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci critici*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2015, n. 4, p. 305 e ss.; D. CHINNICI, *I nuovi parametri in tema di motivazione del provvedimento di restrizione cautelare della libertà personale e dell'ordinanza del tribunale de libertate*, in *Le misure cautelari personali nella strategia del “minimo sacrificio necessario” (legge 16 aprile 2015, n. 47)*, a cura di D. CHINNICI, Roma, 2015, p. 71 e ss.; R. DEL COCO, *La motivazione del provvedimento applicativo*, in *Il rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, a cura di T. BENE, Torino, 2015, p. 57 e ss.; G. FIDELBO - V. PAZIENZA, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, Corte di cassazione, Ufficio del Massimario, Rel. n. III/03/2015, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 7 maggio 2015; E.N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali*, in *www.archiviopenale.it.*; P. MAGGIO, *I controlli*, in *Il rinnovamento delle misure cautelari*, cit., p. 83 e ss.; E. MARZADURI, *Commento all'art. 11 della legge n. 47/2015. Verso una maggiore tutela dell'imputato nel procedimento di riesame: luci ed ombre della nuova disciplina*, in *www.lalegislazionepenale.eu.*, 1° dicembre 2015; A. NAPPI, *Commento all'art. 8 della legge n. 47/2015. Tra retorica ed effetti collaterali*, in *www.lalegislazionepenale.eu.*, 1° dicembre 2015; G. SPANGHER, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 6 luglio 2015; ID., *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 529 ss. Sia consentito altresì un rinvio a G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del tribunale del riesame: un primo vaglio della suprema Corte*, in *ilPenalista.it.*, *Giurisprudenza commentata del 16 novembre 2015*, p.1 ss.; ID., *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del tribunale del riesame alla luce della l. n. 47 del 2015: un primo*

disciplina, enucleata negli artt. 292 e 309 c.p.p., nel richiedere espressamente una valutazione autonoma al giudice che decide, muove, come sappiamo, dall'intento programmatico di proscrivere la pratica del "copia e incolla": l'intento dichiarato era cioè quello di eliminare le decisioni cautelari meramente riproduttive, senza alcun vaglio critico, della domanda cautelare avanzata dall'organo requirente.

Sul testo di legge, a livello teorico, sono fiorite diverse esegesi: almeno tre, per essere precisi.

Un'interpretazione secondo la quale la modifica nulla aggiunge a livello precettivo, poiché era chiaro, era scontato, che il giudice deve autonomamente valutare – senza condizionamenti di sorta, senza alcuna adesione acritica alle richieste del pubblico ministero – indizi, esigenze cautelari, elementi forniti dalla difesa. Si è pertanto affermato che la normativa introdotta con la l. n. 47 del 2015, nella parte in cui modifica le disposizioni in tema di motivazione delle ordinanze cautelari di cui agli artt. 292 e 309 c.p.p., non ha carattere innovativo ma adeguerebbe la formulazione delle norme alla preesistente giurisprudenza di legittimità che ha già ritenuto necessario, secondo un indirizzo maggioritario, che la ordinanza di custodia abbia comunque un chiaro contenuto indicativo della concreta valutazione della vicenda da parte del giudicante. La nullità di cui all'art. 292 c.p.p., quindi, si verifica nel caso di

ordinanza priva di motivazione o con motivazione meramente apparente e non indicativa di uno specifico apprezzamento del materiale indiziario, concetti, questi ultimi, già esplicitati dalla Cassazione. In sostanza, la riforma si limiterebbe a positivizzare il già «consolidato orientamento giurisprudenziale sulla necessità che il giudice dia conto di aver autonomamente valutato i contenuti che ha riproposto nel suo provvedimento», conferendo allo stesso «opportuna stabilità» e prevenendo quei «possibili annacquamenti del principio di cui, è inutile negarlo, in passato anche la Suprema Corte si è resa talvolta "complice"»⁶. Al riguardo, può aggiungersi che, foss'anche questo il senso della novella, difficilmente la stessa potrebbe dirsi superflua: non solo e non tanto perché una norma di garanzia a rigore non è mai ridondante – certi concetti è meglio metterli per iscritto per evitare che evaporino nella prassi – quanto perché per nulla minoritario era l'indirizzo opposto a quello trasfuso nella modifica, che tendeva a legittimare ogni sorta di arbitrio giurisprudenziale. Senza dimenticare l'afflato garantistico più ampio che nella legge in disamina si respira; afflato garantistico

⁶ Così R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma del quadro indiziario da parte del giudice*, in *Guida dir.*, 2015, n. 20, p. 48 s. Nello stesso senso, cfr. P. BORRELLI, *Una prima lettura*, cit., p. 26; L. GIORDANO, *Sull'annullamento dell'ordinanza cautelare priva dell'autonoma valutazione degli indizi e delle esigenze di cautela*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 luglio 2015, p. 8 e s.; G. SPANGHER, *Brevi riflessioni*, cit., p. 4; ID., *Un restyling*, cit., p. 529.

vaglio della Suprema Corte, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, f. 5, p. 502 ss.

faticosamente recuperato dopo una lunga stagione emergenziale⁷. Ma a ben vedere, è proprio l'affermazione circa l'assenza di contenuto innovativo che non convince appieno. Anzi, la conclusione fatta propria dall'indirizzo considerato contiene in sé i germi della sua negazione: nella misura in cui si sostiene che la riforma non rappresenti una novità poiché si limiterebbe a recepire taluno degli indirizzi formati nella prassi, pare incorrere in un equivoco di ordine logico. Il fatto stesso che la novella renda cogente uno degli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza, è di per sé una novità; novità niente affatto trascurabile, tenuto conto della centralità della materia che si agita sullo sfondo, vale a dire la libertà personale. In parole povere: se prima si davano diverse interpretazioni e ora la nuova legge ne impone una, rendendo impraticabile l'altra, si è al cospetto, né più né meno, di una innovazione.

In ogni caso, non sono mancate esegesi diverse, tra le quali ne va segnalata una bellissima, ma forse utopistica, scorgendosi nella novella potenzialità inusitate, capaci di «mutare il quadro prescrittivo assai più incisivamente di quanto possa apparire a prima vista, e di quanto, con ogni probabilità, era nelle stesse intenzioni dei riformatori»⁸: secondo tale interpretazione, nell'alludere alla declaratoria di nullità ove difetti un'autonoma valutazione a mente dell'art. 292 c.p.p., *a fortiori* l'ordinanza andrebbe annullata ove non

contenga alcuna valutazione dei parametri e degli elementi indicati nell'art. 292 c.p.p., integralmente richiamato, pertanto, nella previsione sanzionatoria⁹. E ciò, pur paventandosi il rischio che l'eventuale «svolta garantista» – a volerne ammetterne l'esistenza – potrebbe comunque essere «vanificata nella prassi»¹⁰.

Di tutte le molteplici interpretazioni, nella pratica giudiziaria sta purtroppo prendendo corpo quella che fa vivere i maggiori timori prospettati da una parte della dottrina, il maggior pessimismo, configurandosi, per quel che qui importa, una vera e propria distopia: la lucida lettura del Prof. Massimo Ceresa-Gastaldo che rifletteva sui possibili rischi di un singolare effetto antifrastico della novella del 2015. In proposito, prima il Dott. Albani ha parlato di eterogenesi dei fini, sia pur con riguardo ad altra questione. Ecco, purtroppo, nella prassi – ora mi riaggancerò alla relazione della Dott.ssa Casadei – stiamo forse vivendo questa singolare eterogenesi dei fini a proposito del tema dell'autonoma valutazione. Nello specifico – ecco la terza esegesi dottrinale – si bollava la riforma come «la conseguenza di una intenzionale virata illiberale» o, perlomeno, «l'infelice esito di un malaccorto tentativo di intervenire sulla disciplina dei controlli *de libertate* con opposte intenzioni»: in ogni caso, un «assai netto deterioramento della funzione di

⁷ *Supra*, nota 4.

⁸ Così F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in *La riforma delle misure cautelari*, cit., p. 203 ss.

⁹ F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza*, cit., p. 203 ss. Cfr., pure, E. MARZADURI, *Commento all'art. 11*, cit., p. 12 s.

¹⁰ F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza*, cit., p. 203 ss.

controllo critico del riesame»¹¹. E ciò poiché, facendo ricorso alla stringente tipizzazione dei casi di annullamento, ne risulterebbe per converso confermato il potere di “supplenza” del giudizio di secondo grado cautelare in tutti i casi di motivazione lacunosa diversi dalla sua totale assenza ovvero dalla mancanza di autonoma ponderazione. Un paradossale «effetto antifrastico», quello di «enfattizza[re] il potere di annullamento per vizio della motivazione, per mirare in realtà al risultato opposto, ossia quello di ridurre pressoché a zero [...] l’ambito di intervento della decisione rescindente», circoscritto, con il ricorso «alla tecnica dell’elencazione disgiuntiva tassativa», alle disfunzioni più eclatanti¹², così cementandosi il potere integrativo riconosciuto al tribunale della libertà, già peraltro acquisizione pacifica, mai disconosciuta, che profonda le sue radici in un incontrastato orientamento giurisprudenziale, secondo cui la decisione del primo giudice e quella emessa in sede di riesame si salderebbero tra loro dando luogo ad una fattispecie complessa e unitaria, a formazione progressiva, secondo la definizione delle Sezioni Unite, per cui “in tema di motivazione dei provvedimenti sulla libertà personale,

¹¹ Così M. CERESA-GASTALDO, *Una singolare antifrasi: i “nuovi” poteri rescindenti del tribunale della libertà*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 maggio 2015, p. 1, da cui sono tratte anche le due citazioni immediatamente precedenti nel testo. Nello stesso senso, M. MALERBA, *Il “nuovo” potere di annullamento del tribunale del riesame alla luce della l. 16 aprile 2015, n. 47: un’occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4234 ss.

¹² M. CERESA-GASTALDO, *Una singolare antifrasi*, cit., p. 2.

l’ordinanza applicativa della misura e quella che decide sulla richiesta di riesame sono tra loro strettamente collegate e complementari, sicché la motivazione del tribunale del riesame integra e completa l’eventuale carenza di motivazione del provvedimento del primo giudice”¹³.

Insomma, il Prof. Ceresa-Gastaldo evidenziava come la tipizzazione tassativa dei casi nei quali il difetto di motivazione dell’ordinanza genetica può portare all’annullamento da parte del tribunale della libertà, avrebbe consentito, avrebbe dato la stura, avrebbe accentuato il rischio di una implementazione dei poteri di sanatoria del tribunale della libertà stesso. Viene in rilievo, come già detto, il teorema della motivazione integratrice, la decisione delle Sezioni Unite Moni del 1996 secondo la quale il tribunale del riesame, giudice di seconde cure cautelare, può e deve completare, sanare, integrare, eventuali difetti motivazionali della prima ordinanza, e pertanto deve – seppure non siano scritti nell’ordinanza genetica i motivi per cui Tizio deve stare in carcere – esplicitarli, salvando, di regola, il provvedimento custodiale: a voler essere ironici, ma di una ironia amara, io sono il difensore di Tizio, faccio il riesame e un tribunale del riesame che mi conferma la misura, perpetuando la custodia cautelare in carcere, rendendola immune da vizi in Cassazione, lo trovo...

Orbene, come chiaramente diceva la Dott.ssa Casadei nella sua rassegna esaustiva e ragionata delle decisioni

¹³ Così Cass., sez. un., 17 aprile 1996, Moni, n. 7, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3275 ss.

della Corte di Cassazione che si stanno interrogando e stanno affrontando il tema dell'autonoma valutazione, ci si sta preoccupando di precisare come la motivazione, non solo *per relationem*¹⁴, ma addirittura quella copia-incolla sia possibile: paradossalmente, a fronte di una riforma – qual è quella rappresentata dalla l. n. 47 del 2015 – che nasce per bandire definitivamente le motivazioni copia-incolla, vale a dire le decisioni di un giudice che aderisce acriticamente alle istanze del pubblico ministero, la Suprema Corte, sollecitata sul punto, si sta affrettando a precisare che, in realtà, non tutte le motivazioni di tal guisa possano dirsi, per ciò solo, irragionevoli. Il giudice di legittimità si sta dunque impegnando a definire dei principi tali da consentire di salvare le motivazioni copia-incolla. Per carità, non si può pretendere, come diceva il Prof. Giulio Illuminati nella sua Introduzione, la parafrasi come alle scuole elementari o alle medie, però, a livello di cultura, a livello di ideologia, è quantomeno singolare che una riforma in materia di misure cautelari personali di matrice certamente garantista, sia, nelle pronunce di legittimità, affrontata dal particolare angolo prospettico di giustificare e consentire, a determinate condizioni, le motivazioni copia-incolla. Anche a

¹⁴ Come noto, la motivazione *per relationem* è ritenuta ammissibile dalla nostra giurisprudenza al concorrere di tre condizioni: che si faccia riferimento a un legittimo atto del procedimento con motivazione congrua rispetto al provvedimento da adottare, che l'atto di riferimento sia conosciuto o conoscibile dall'interessato e, infine, che la decisione dimostri che il giudice abbia preso cognizione delle ragioni esposte e le abbia ponderate: per tutte, Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Primavera, n. 17, in *Cass. pen.*, 2001, p. 69 ss.

voler concedere che siano corretti taluni dei principi di diritto affermati, si è al cospetto, come anticipato, di una sorta di eterogenesi dei fini, un controsenso che rischia di appannare il fine ultimo che avrebbe dovuto animare la novella in commento.

Si è così affermato, solo a titolo di esempio, che “in tema di motivazione delle ordinanze cautelari personali, la previsione di ‘autonoma valutazione’ delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza, introdotta all’art. 292, comma primo, lett. c), c.p.p. dalla l. 16 aprile 2015, n. 47, impone al giudice di esplicitare, indipendentemente dal richiamo in tutto o in parte di altri atti del procedimento, i criteri adottati a fondamento della decisione e non implica, invece, la necessità di una riscrittura ‘originale’ degli elementi o circostanze rilevanti ai fini della disposizione della misura”¹⁵.

Ed ancora, si è detto che la prescrizione della necessaria autonoma valutazione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza “è osservata anche quando il giudice ripercorra gli elementi oggettivi emersi nel corso delle indagini e segnalati dalla richiesta del pubblico ministero, potendo egli condividere integralmente le argomentazioni del pubblico ministero”¹⁶, addirittura affermandosi, in modo più o meno perentorio, che “anche alla luce della nuova succitata disciplina, sussiste il potere-dovere del tribunale del riesame di integrazione delle insufficienze motivazionali del

¹⁵ Cass., sez. VI, 16 marzo 2017, n. 13864, Marra, in *CED Cass.*, n. 269648.

¹⁶ Cass., sez. II, 29 gennaio 2016, n. 5497, Pellegrino, in *CED Cass.*, n. 266336.

provvedimento impugnato, salvo che ricorra il caso di motivazione mancante sotto il profilo grafico o inesistente per inadeguatezza argomentativa¹⁷: come può agevolmente constatarsi, la inquietante profezia del Prof. Ceresa-Gastaldo rivive in questa massima, tutt'altro che tranquillizzante.

Ma vi è di peggio: una recentissima decisione in cui si afferma che la previsione della necessaria autonoma valutazione “non opera quando la misura sia stata adottata dal tribunale in accoglimento dell'appello avverso il rigetto, da parte del gip, della richiesta avanzata dal pubblico ministero, avendo carattere eccezionale e rilevando solo rispetto al provvedimento del gip”¹⁸. Resta un mistero come possa degradarsi ad eccezione quella che, al contrario, è una regola aurea, perfino scontata: e cioè che è un giudice che deve decidere, e una decisione può dirsi tale solo se è autonoma, diversamente divenendo il mero duplicato delle valutazioni altrui. In definitiva, quella della autonoma valutazione, è la sottolineatura di un principio generale per cui l'esercizio di un potere, qual è quello cautelare, comporta il dovere di esplicitare le ragioni che giustificano l'esercizio del potere stesso. Sebbene possano apparire affermazioni scontate, non si sottolineerà mai abbastanza come l'acritico recepimento della domanda cautelare in seno all'ordinanza applicativa di una misura, senza alcuna rielaborazione autonoma da parte del giudicante, svuoti di

contenuto il principio di giurisdizionalizzazione delle restrizioni in materia di libertà personale, riducendolo a mero *flatus vocis*¹⁹. Tra i molteplici vizi dell'apparato argomentativo, l'ipotesi del copia-incolla, dunque, è tra le più odiose e insidiose: qui, formalmente, una motivazione c'è, ma nella sostanza manca, poiché l'organo giurisdizionale ha prestato fideisticamente adesione alla richiesta cautelare con evidente tensione non solo rispetto all'obbligo di motivazione costituzionalmente imposto, ma altresì rispetto a quella che si è detto essere la base del sistema *de libertate*: una alterità strutturale e assoluta tra pubblico ministero, quale organo della domanda cautelare, e giudice, quale organo della decisione cautelare²⁰.

Voglio dire ancora una cosa. Il profilo dell'autonoma valutazione, in realtà, è solo un aspetto di un problema più generale, anche questo ben colto dalla Dott.ssa Casadei: il problema cioè è la nostra figura di gip, quale disegnata dal legislatore del 1988. Come noto, il

¹⁹ In prospettiva non dissimile, E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Trento, 11-13 ottobre 2013, Milano, 2014, p. 15 s.; E. APRILE, *La motivazione delle ordinanze cautelari e l'impiego della tecnica informatica del “copia e incolla”: usi e abusi nella prassi giudiziaria*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, p. 109.

²⁰ Per la centralità del principio nell'attuale codice, tra gli altri, V. GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO, V. GREVI e M. BARGIS, Padova, 2014, p. 410; E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bologna, 2012, *passim*.

¹⁷ Cass., sez. V, 15 ottobre 2015, n. 3581, Carpentieri, in *CED Cass.*, n. 266050.

¹⁸ Cass., sez. II, 16 dicembre 2016, n. 9203, Arcomano e a., in *CED Cass.*, n. 269338.

timore²¹ di far rivivere la vecchia figura del giudice istruttore ha condotto il legislatore del 1988 a concepire il giudice per le indagini preliminari come soggetto non solo sprovvisto di poteri officiosi di acquisizione probatoria²² ma, per di più, vincolato, nei rapporti con l'organo requirente, dalle prospettazioni e allegazioni di quest'ultimo. E ciò, nonostante spettino al giudice per le indagini preliminari non solo funzioni di controllo sulla legalità del procedimento, ma anche di garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo²³.

Emblematica la caustica metafora del giudice «senza braccia» e «senza occhi»²⁴ usata proprio per significare come non solo l'organo giurisdizionale sia sprovvisto di iniziativa probatoria; di più, gli è imposto un'invalicabile limite cognitivo, unilateralmente determinato dall'attore pubblico. Il tutto, si suole dire, sulla base della necessità di salvaguardare le scelte tattiche e strategiche del pubblico ministero ed in funzione di tutela della riservatezza delle indagini; esigenze,

²¹ Un vero e proprio «odio teologico» nei confronti del giudice istruttore, secondo la calzante espressione di M. PISANI, *Odio teologico e nostalgia del giudice istruttore*, ora in ID., «Italian style»: *figure e forme del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 95 ss.

²² Sul punto, v. Corte cost., ord. 27 luglio 2001, n. 321, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2586 ss.

²³ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, III ed., Cedam, Padova, 2006; F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 1996.

²⁴ M. NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 31 s.; ID., *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989, p. 371 s.

queste ultime, che, come pure si afferma, sarebbero inevitabilmente frustrate qualora si imponesse al magistrato inquirente un obbligo di totale *discovery* delle indagini compiute.

Il quadro normativo, comunque disorganico, disegna un modello cognitivo fortemente «frammentato»²⁵, che vede il giudice per le indagini preliminari adottare le proprie decisioni sulla base dei materiali selezionati dall'accusa, «eventualmente arricchiti dall'eco di sottofondo scaturito dalle conoscenze acquisite in occasione di precedenti decisioni»²⁶.

In molti e delicati passaggi della fase d'indagine, quindi, – si consideri, ad esempio, l'autorizzazione a disporre le intercettazioni telefoniche (art. 267 comma 1 c.p.p.), l'applicazione del sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.), ovvero, per restare al nostro tema, l'applicazione di una misura cautelare personale – il vaglio del garante giurisdizionale non trova conforto nell'esame dell'intero fascicolo investigativo, sussistendo il pericolo che l'inquirente sveli al giudice solo le carte a sé favorevoli. La selezione dell'accusa si proietta dunque come un cono d'ombra limitando e circoscrivendo l'orizzonte decisionale dell'organo giurisdizionale. Soluzione, quest'ultima, non legittimata invero dall'esigenza di evitare il rischio di una inopportuna *discovery* nei confronti della difesa²⁷.

²⁵ Così G. DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 243.

²⁶ G. DI CHIARA, *Linee di sistema*, cit., p. 244.

²⁷ Posto che vengono in rilievo i rapporti tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari. È stato così efficacemente

Ne esce indubbiamente impoverita la cognizione del giudice per le indagini preliminari, che si configura all'evidenza come una sorta di

sottolineato che «si tratta, sì, di mancata “discovery”, ma nei confronti del garante giurisdizionale»: così M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 372. Potere inquietante quello del pubblico ministero, che può condizionare pesantemente, falsandola, la decisione del giudice: «la scuola d'Imerio definiva la posizione ottimale, per il giudice, qualificando quest'ultimo – con splendida espressione – come “*in medio cognoscens*”. Ma il nostro gip (...) non starà “*in medio*”. E potrà “non conoscere”. E, senza conoscere, non si potrà garantire e controllare» (così, ancora, M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 372). Opinione in parte diversa è espressa da V. GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 49, secondo il quale «per il P.M. vale, in sostanza, una regola di autoresponsabilità, che gli impone un equilibrato “dosaggio” degli elementi da offrire alla conoscenza del GIP, in funzione degli obiettivi che, di volta in volta, egli punta a conseguire, con il minimo pregiudizio possibile per lo sviluppo delle indagini (sotto il profilo della loro indispensabile segretezza). L'alternativa è semplice, ed ovviamente sconta la assenza di poteri di iniziativa d'ufficio da parte del giudice chiamato a provvedere. Da un lato, quanto più ampi saranno i materiali messi a disposizione del GIP ai fini della decisione, tanto più elevata sarà la loro incidenza sulla formazione del suo convincimento, ma anche più gravosi potranno essere, dal punto di vista del P.M., i costi che dovranno pagarsi in termini di “scopertura” di elementi altrimenti destinati a rimanere segreti fino alla chiusura delle indagini; d'altro lato, per converso, nelle ipotesi in cui il P.M., per esigenze di salvaguardia delle indagini in corso, non intenda affrontare simili costi, ed allo scopo si proponga di ridurre al minimo l'area degli elementi offerti alla valutazione del GIP (come tali, presto o tardi, conoscibili altresì dall'indiziato), egli si assoggetterà evidentemente anche al rischio di non ottenere i provvedimenti richiesti».

«giurisdizione senza cognizione»²⁸ che rischia di generare «mostri, decisioni senza verità, poteri senza responsabilità (del p.m.) e deliberazioni inconsapevoli (del gip)»²⁹.

In accordo ai postulati di terzietà e imparzialità connaturati al principio del giusto processo, il gip dovrebbe essere nel mezzo e sentire pubblico ministero e difensore. In realtà, non sente i difensori, se non successivamente all'applicazione della misura, e, di conseguenza, guarda tutto dalla prospettiva unilaterale del requirente, il che può accentuare in misura esponenziale gli errori, i rischi, anche inconsapevoli, di visioni falsate, e i pericoli di custodie cautelari in carcere applicate ingiustamente.

CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE: EXTREMA RATIO E PRESUNZIONI NEL NOVELLATO TESTO DELL'ART. 275 C.P.P. E mi avvio all'altro tema assegnatomi, quello delle presunzioni in materia cautelare, sul quale spenderò una manciata di minuti: e ne parlo in linea di continuità rispetto al mio precedente intervento di tre anni fa³⁰.

Sappiamo quale fosse l'idea originaria del nostro codice, imperniato su precise scelte ideologiche, assiologiche e culturali. Il codice del 1988, nella sua primigenia versione, ci consegna un sistema *de libertate* incentrato sul rifiuto di qualsivoglia automatismo o

²⁸ E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 483.

²⁹ Così, ancora, E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali*, cit., p. 484.

³⁰ G. TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, in G. ILLUMINATI - G. TODARO (a cura di), *Custodia cautelare e sovraffollamento carcerario*, cit., p. 31 ss.

presunzione, in accordo al principio del minor sacrificio della libertà personale implicato dal quadro costituzionale di riferimento. Proprio per questi motivi, campeggiava nel testo originario dell'art. 275 c.p.p. la regola della custodia cautelare in carcere come rimedio estremo, secondo cui tale misura può essere applicata solo quando ogni altra cautela risulti inadeguata.

È risaputo tuttavia come la purezza di tale disegno non abbia avuto vita lunga. Sull'onda dell'emergenza dei primi anni '90, legata a note vicende di criminalità organizzata, il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203 prima e il d.l. 9 settembre 1991, n. 292, convertito in l. 8 novembre 1991, n. 356 poi, ebbero a prevedere, per un vasto catalogo di reati, una disciplina affatto peculiare, costruita su una duplice presunzione. In base a tale meccanismo, ove ricorra la condizione della gravità indiziaria, il giudice dispone senz'altro l'applicazione della custodia carceraria, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Una duplice presunzione, si diceva: in particolare, una presunzione *iuris tantum* per quanto concerne le esigenze cautelari, da ritenersi sussistenti, salva la prova contraria; una presunzione *iuris et de iure*, invece, per quanto riguarda la misura da applicarsi: sempre e comunque la custodia cautelare in carcere.

L'automatismo cautelare in commento è stato mantenuto anche dalla successiva l. 8 agosto 1995, n. 332 che, percorsa da un forte afflato garantistico, ha peraltro

sostanzialmente ridotto il novero dei reati cui si correla la pressoché obbligatoria applicazione della custodia in carcere: solo i delitti di mafia *stricto sensu* intesi.

Circoscritto il congegno di cui si discute ai soli reati di criminalità organizzata, la norma, come sappiamo, ha superato indenne il successivo scrutinio di costituzionalità³¹ nonché il vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo³².

Successivamente, con un salto di qualità a ritroso rispetto alla novella del 1995, nel 2009 il legislatore, con l'art. 2 co. 1 lett. a) e *a-bis*) della l. 23 aprile 2009, n. 38, di conversione del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori, aveva stabilito che per tutti i delitti di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater*, nonché per i reati di cui agli artt. 575, 600-*bis* comma 1, 600-*ter*, escluso il comma 4 e 600-*quinques* c.p., ed ancora per i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p., salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi articoli contemplate, l'unica misura che poteva – e pertanto, ricorrendone i presupposti, doveva – essere applicata era la custodia cautelare in carcere. Analogo meccanismo presuntivo era stato altresì introdotto per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ai sensi del comma 4-*bis*

³¹ Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2835, con nota di D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*

³² C. eur. dir. uomo, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia.

dell'art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998, inserito dall'art. 1, comma 26, lett. f) della l. 15 luglio 2009, n. 94³³.

Insomma, con i Pacchetti-sicurezza citati è aumentato in modo esponenziale il catalogo dei reati comportanti la custodia cautelare in carcere quasi obbligatoria.

Fortunatamente, sappiamo come la Corte costituzionale sia intervenuta sul tema, attraverso un'opera di necessaria ortopedia normativa, che ha sconfessato, almeno in parte, le scelte del legislatore dell'emergenza. Bellissime le motivazioni della sentenza n. 265 del 2010 in materia di violenza sessuale³⁴, la prima intervenuta in argomento: la solenne affermazione della inviolabilità della libertà personale, il principio del sacrificio minimo, l'asseverazione della custodia cautelare in carcere come *extrema ratio*. Tralascio, per questioni di tempo, l'elencazione delle molte altre decisioni della Consulta intervenute sul tema³⁵.

Quel che però voglio dire è che la soluzione del giudice delle leggi è stata un po' timida, poiché non ha eliso completamente le presunzioni, trasformandole, molto più

modestamente, da assolute in relative. Soluzione – torno a ripetere – di compromesso, posto che i principi fondamentali, costituzionalmente sanciti, costituenti la chiave di volta del sistema *de libertate*, avrebbero potuto/dovuto comportare l'eliminazione radicale di qualsiasi presunzione – salvo, probabilmente, per i reati di mafia – e la riaffermazione della regola d'oro del carcere come *extrema ratio*. Una soluzione debole, si è detto, quella di mutare le presunzioni da assolute in relative: si può applicare il carcere, salvo che non si fornisca la prova che le esigenze cautelari possano essere affrontate con altre misure: una vera e propria *probatio diabolica*, peraltro, onerandosi la difesa di fornire questa sorta di prova, che però è prova negativa, donde i chiari profili di complessità.

E il Presidente Albani certamente ricorderà che il Dott. Rocco Criscuolo, nel corso del Convegno di tre anni fa, con acume – anticipando quella che poi sarebbe stata la l. n. 47 del 2015 – aveva detto che la Corte costituzionale, con queste sentenze, bellissime nella motivazione ma limitate nel dispositivo, avrebbe finito col legittimare – una legittimazione costituzionale in senso tecnico – e indurre un legislatore pigro, qual è il nostro, a sposare, recepire, la soluzione debole fatta propria dallo stesso giudice delle leggi: così più o meno puntualmente è stato poiché con la novella dell'art. 275 comma 3 c.p.p., ad opera degli artt. 3, comma 1 e 4, commi 1 e 2, della più volte menzionata l. 16 aprile 2015, n. 47, si è perpetuata la soluzione della Consulta

³³ Al riguardo, sia consentito un rinvio, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a G. TODARO - F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 101 ss., 202 ss.

³⁴ Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 35, p. 51 ss., con nota di S. LORUSSO, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*, e in *Dir. pen. proc.*, 2010, fasc. 8, p. 949 ss., con nota di P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*.

³⁵ Sulle quali cfr., volendo, G. TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, cit., p. 44 ss.

e, anziché eliminare radicalmente le presunzioni in materia cautelare, restituendo con forza autonomia decisionale al giudice, lo si è voluto imbrigliare in questi automatismi, assoluti o relativi, che dir si voglia, che vanno da un lato a significare una sorta di sfiducia della politica nei confronti della Magistratura – perché se ci fosse fiducia nei confronti della Magistratura, si eviterebbe di imporre ai Magistrati, in determinati casi, l'adozione di un preciso modulo cautelare, piuttosto che un altro – e, d'altro canto, non hanno nessuna portata significativa sul problema del sovraffollamento carcerario visto sotto il profilo della incidenza della custodia cautelare in carcere, tant'è che i dati rassegnati in questo incontro di studi si sono rivelati impietosi: è stato già ampiamente detto, in effetti, che la l. n. 47 del 2015 ha avuto un impatto risibile sul problema dell'affollamento endemico dei nostri istituti di pena.

Certo, il messaggio politico di cui alla l. n. 47 del 2015 era bello: però, il messaggio politico deve essere anche tradotto in scelte precise e coerenti, che a loro volta devono trovare una applicazione congruente, perché, diversamente, se non si hanno ricadute di matrice sostanziale, dei proclami del legislatore ce ne facciamo poco.

CONCLUSIONI

E arrivo a concludere, citando un esempio speculare e contrario rispetto a quello del “Maurizio Costanzo Show”, con cui ho iniziato.

Noi come avvocati – io oltre che accademico – viviamo ogni giorno dei problemi opposti a quelli segnalati nella nota trasmissione televisiva,

problemi nei quali, a fronte di fatti di esiguo disvalore penale o tutto sommato non così allarmanti dal punto di vista della pericolosità sociale, non riusciamo a portar fuori i nostri assistiti dal carcere, non riusciamo a portarli in regime di arresti domiciliari. Nelle istanze sovente si scrive “concessione degli arresti domiciliari”, quasi che la regola fosse “applichiamo il carcere, le altre misure sono eccezionali”...

Ho, ad esempio, un caso in cui, a fronte di una condanna di primo grado, confermata in appello, di anni quattro di reclusione, sono passati già due anni e mezzo: il mio assistito è ancora in regime di custodia cautelare in carcere, gli altri cinque coimputati sono già tutti usciti, perché la decisione fu a suo tempo assunta dal giudice di prime cure, prima che il processo passasse in Corte d'Appello. E la Corte d'Appello, nonostante le ripetute istanze di sostituzione *ex art. 299 c.p.p.*, lo mantiene ancora in carcere sulla base di una motivazione assolutamente stereotipata e vuota, senza spiegare, in concreto, quali sarebbero le ragioni in virtù delle quali, nonostante i due anni e sei mesi di custodia cautelare carceraria, l'assistito meriterebbe ancora il trattamento più severo.

Ora, probabilmente, sono questi i veri casi di “errore giudiziario”, non quelli portati alla ribalta dal “Maurizio Costanzo Show” in modo improprio.

Purtroppo, io non ho la potenza mediatica del noto presentatore, non posso chiamare il Ministro Orlando in diretta chiedendo di intervenire, e quindi mi consumo – e so che i colleghi avvocati si consumano dentro, in relazione a casi analoghi – nel

silenzio di un'ingiustizia che viene vissuta ogni giorno, nel quotidiano.

E concludo ringraziando il Presidente Albiani, evidenziando come non siamo così dissonanti o in contrasto come vorrebbe far credere; Presidente Albiani che ha fornito le percentuali di riforma delle ordinanze cautelari da parte del tribunale della libertà su impugnazione della difesa: 30% i dati di Bologna.

Da un lato, sono lieto di questi dati, che indicano che il riesame funziona bene e in questi casi ha valorizzato il principio che vuole la custodia cautelare in carcere come *extrema ratio*; dall'altro, però, non credo ci sia molto di che rallegrarsi perché, come ammonisce sovente il Prof. Illuminati, è meglio che il riesame non riformi, perché ciò significa che sin dall'inizio le misure sono state ben applicate. Se in un 30% dei casi, un numero a mio avviso davvero elevato, si è arrivati a dover riformare, ciò dimostra che le misure cautelari custodiali e non, sono state *ab origine* male applicate. È un dato a mio avviso importante, tutt'altro che irrilevante, sintomatico di quella ingiustizia di cui parlavo. E se, a suo tempo, volevo coinvolgere la Magistratura in un ruolo di supplenza rispetto all'inerzia del legislatore³⁶, per mitigare il problema del sovraffollamento carcerario, dico ora che tre anni fa ero più ottimista. Io oggi chiedo, a distanza di tre anni, molto meno ma, forse, molto di più: che la Magistratura non faccia da supplente, non inventi, non copra buchi, ma applichi il codice, applichi l'art. 275

c.p.p.: il carcere come *extrema ratio*. È tutto quel che ora chiedo e credo sarebbe sufficiente.

Grazie.

³⁶ Cfr. G. TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, cit., p. 36.