

Incostituzionalità dell'art. 656, c. 5 c.p.p. e ricadute in materia cautelare: liberi (quasi) tutti dopo la sentenza n. 41/2018 della Corte Costituzionale?

di *Matteo Cherubini e Andrea Mingione*

Sommario. **1.** La sentenza n. 41/2018 Corte Cost.: breve cronistoria di una pronuncia “annunciata”. - **2.** Le ricadute in materia cautelare della sentenza n. 41/2018 Corte Cost. - **3.** L'articolo 275, comma 2-bis c.p.p. alla luce della sentenza della consulta: quali conseguenze sul piano pratico?

1. La sentenza n. 41/2018 Corte Cost.: breve cronistoria di una pronuncia “annunciata”

Con la sentenza n. 41 del 6 febbraio 2018 (motivazioni depositate il 2 marzo 2018) la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5 c.p.p. “*nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni*”.

Sin dall'introduzione dell'affidamento in prova c.d. allargato¹, la giurisprudenza si era interrogata sulla soluzione da adottare di fronte alla – per usare le parole della Consulta – “*cesura*” di quel “*tendenziale parallelismo*” sussistente tra il limite alla sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656, comma 5 c.p.p., da un lato, ed il limite di pena per accedere alla misura alternativa di gran lunga più adottata nella prassi giudiziaria e forense, e cioè l'affidamento in prova al servizio sociale di cui all'art. 47 L. 354/1975.

È noto il contrasto giurisprudenziale sorto, sul punto, in seno alla prima sezione della Corte di Cassazione: da una parte, il relatore Mancuso, che con le due sentenze nn. 37848 e 51864 del 2016 ha statuito che la questione andasse risolta in via interpretativa ed in modo tale da salvaguardare il sopra citato parallelismo.

Si è sostenuto, infatti, che il limite di pena per l'emanazione dell'ordine di carcerazione sospeso fosse di quattro anni già prima della sentenza in commento, “*pur in mancanza del dato formale di una sua esplicita modifica*”, in virtù di

¹ Introduzione avvenuta con l'aggiunta del comma 3-bis dell'art. 47 L. 1975 n. 354, disposta dall'art. 3, comma 1, lett. c) del D.L. 23 dicembre 2013 n. 146, convertito, con modificazioni, nella L. 21 febbraio 2014, n. 10.

un'interpretazione “*sistematico-evolutiva*” tale per cui – appunto – il limite di pena per l’emanazione dell’ordine di esecuzione sospeso fosse da ancorarsi al limite per la richiesta dell’affidamento in prova c.d. allargato, di cui all’art. 47 comma 3-bis². Dall’altro lato, il relatore Aprile³ il quale, in aperto ed esplicito dissenso con l’orientamento espresso precedentemente dal relatore Mancuso, e senza richiedere l’intervento delle Sezioni Unite, ha invece sostenuto che un’interpretazione quale quella sopra rammostrata, oltre a “*snaturare la funzione del giudice, da organo di applicazione a quello di formazione della legge*”, e ad attribuire al Pubblico Ministero “*un potere (...) del tutto estraneo al suo ruolo istituzionale*”⁴, sarebbe “*logicamente inconciliabile*” con la delega attribuita al Governo dal Parlamento con la L. 2017 n. 103 in materia di ordinamento penitenziario.

L’argomentazione sul punto era chiarissima: se il legislatore ha ritenuto di delegare il Governo al fine di modificare il limite di pena per l’emissione della sospensione dell’ordine di esecuzione, portandolo da 3 a 4 anni ... deve concludersi che, ad oggi, il limite non può che essere proprio di 3 anni.

Proprio su questo punto è interessante notare una diversità di approccio tra la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale, investita della questione sotto il profilo della violazione degli artt. 3 e 24 Cost.

Anche il giudice delle leggi, infatti, ha rilevato la sussistenza della delega al Governo⁵. Tuttavia, invece di adottare l’impostazione del legislatore quale argomento a sostegno – o meno – della tenuta costituzionale dell’istituto, si è limitata ad osservare che, dato l’immobilismo fino a quel momento tenuto dal legislatore sul punto, “*oggetto dell’odierno scrutinio di legittimità costituzionale è l’attuale incongruità del disegno legislativo. Bisogna perciò accertarsi se essa possa trovare una non irragionevole giustificazione per allontanarsi, in questo peculiare caso, dal parallelismo di cui si è detto*”.

La motivazione della Corte Costituzionale tiene dunque in altissima considerazione proprio il collegamento tra le due norme oggetto di trattazione - l’art. 656, comma 5 c.p.p., da un lato, e l’art. 47 L. 1975 n. 354 dall’altro - esplicitando in più passaggi come la prima rivesta carattere “*ancillare*” rispetto alla seconda, e che proprio il mancato adeguamento del termine di pena idoneo ad imporre l’emanazione della sospensione dell’ordine di carcerazione, lungi dall’essere una scelta del legislatore,

² In questo senso, Cass. Sez. I, 4 marzo 2016, n. 37848 e Cass., Sez. I, 31 maggio 2016, n. 51864, entrambe aventi come Relatore il dott. Mancuso.

³ Cfr. Cass., Sez. I, 21 settembre 2017 n. 46562, Relatore Aprile.

⁴ Ad avviso della Suprema Corte, infatti, l’interpretazione proposta dalle sentenze n. 37848/16 e 51864/16 provocherebbe un’inammissibile forzatura, determinata dallo spostamento dal Tribunale di Sorveglianza al Pubblico Ministero del compito di valutare il comportamento tenuto dal condannato nell’anno precedente alla presentazione dell’istanza di affidamento in prova c.d. allargato.

⁵ Delega, si noti, non ancora esercitata nel momento in cui si è pronunciata la consulta, ma ad oggi in fase di promulgazione a seguito della recentissima approvazione dello schema di decreto legislativo da parte del Consiglio dei Ministri.

come sostenuto con argomenti – a parere di chi scrive – tutt’altro che disprezzabili da parte dell’Avvocatura Generale dello Stato, abbia “*derogato al principio del parallelismo senza adeguata ragione giustificatrice*”, con ciò ledendo l’art. 3 della Costituzione.

La conclusione della Consulta è certamente apprezzabile per coerenza motivazionale e per una innegabile dose di coraggio: ha infatti modificato una norma chiave del nostro sistema processual-penalistico e lo ha fatto in senso sicuramente più favorevole per i condannati. Il tutto nei giorni in cui il Governo ha rinviato l’attuazione della delega conferitagli con la c.d. Legge Orlando, decidendo di non decidere a pochi giorni dalle elezioni politiche del 4 marzo, probabilmente per evitare ricadute negative in termini elettorali, alla luce di una misura che l’opinione pubblica – certamente giustizialista, se considerata nel suo complesso – non avrebbe condiviso.

Ad onor del vero, addirittura la Corte Costituzionale pare aver esercitato, nella sostanza, una delega che il Governo, più che rinviarne l’attuazione, ha chiaramente deciso di non esercitare, per lo meno prima dell’appuntamento elettorale. Non si comprende, altrimenti, il motivo per il quale, proprio nel febbraio 2018, siano stati emanati tre decreti attuativi aventi ad oggetto diversi aspetti dell’ordinamento penitenziario⁶, e non invece quello relativo alla modifica del limite di cui all’art. 656, comma 5 c.p.p., dove peraltro il margine di discrezionalità del Governo, rispetto alla delega conferitagli dal Parlamento, è – per usare un eufemismo – contenuta.

Ma, d’altronde, non c’è da stupirsi eccessivamente: non si tratta né del primo, né dell’ultimo caso in cui la giurisprudenza di merito fa ricorso allo strumento dell’incidente di costituzionalità al fine di sopperire non solo agli errori del legislatore – si pensi alla sentenza n. 35/2017 che ha dichiarato l’incostituzionalità della legge elettorale c.d. “Italicum” – bensì anche a vere e proprie inerzie dello stesso. Esempio eclatante è quello relativo al c.d. caso Cappato, che ha indotto la Corte d’Assise di Milano a sollevare questione di legittimità costituzionale relativa all’istigazione o aiuto al suicidio, di cui all’art. 580 c.p.⁷.

2. Le ricadute in materia cautelare della sentenza n. 41/2018 Corte Cost.

L’affermata declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 656 c.p.p. induce ad una riflessione in merito alle concrete ripercussioni che, inevitabilmente, potrebbero

⁶ Si tratta dei decreti aventi ad oggetto l’esecuzione della pena dei condannati minorenni, la riforma delle condizioni di vita detentiva e del lavoro penitenziario e le nuove modalità di giustizia riparativa e mediazione tra il reo e la vittima.

⁷ Cfr. <http://www.giurisprudenzapenale.com/processi/processo-nei-confronti-di-marco-cappato-suicidio-assistito-di-dj-fabo/>, dove sono rinvenibili tutti gli atti processuali relativi a quella vicenda, compresa l’ordinanza di rimessione, a firma del Presidente della Prima Sezione della Corte d’Assise di Milano, dott. Mannucci Pacini.

riverberarsi in una materia intimamente connessa con gli esiti esecutivi della pena, ossia quella cautelare.

Il punto di incrocio tra cautela ed esecuzione della pena, tende ad individuarsi nel fondamentale rapporto tra le limitazioni della libertà personali derivanti dall'applicazione di una misura cautelare, e quelle che - invece - derivano dall'esecuzione della pena all'esito della condanna definitiva: il tema è certamente delicato - trovandosi al centro tra esigenze di funzionalità del processo, tutele sociali e libertà personali - da maneggiare, pertanto, con estrema cautela⁸.

E' evidente che la scelta di orientare il sistema punitivo verso la progressiva rinuncia a sanzioni detentive, sempre più sacrificate - nell'ambito della fase esecutiva della pena - in favore di misure alternative alla detenzione, ed il conseguente abbandono della costruzione carcere-centrica del sistema penale, finisca per stravolgere, di riflesso, anche l'ambito delle cautele processuali.

Il punto di partenza per un'adeguata riflessione sul tema sembra individuarsi nel principio di proporzionalità, che governa la materia cautelare e legittima la legalità della restrizione in pendenza di un procedimento ancora non definito: *“ogni misura”* - sancisce l'art. 275 c.p.p. - *“deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata”*.

Non a caso è stato autorevolmente evidenziato in dottrina⁹, come l'ideale collegamento tra il piano cautelare e quello dell'esecuzione della pena traduca e renda effettivo proprio il principio di proporzionalità.

Non vi è dubbio quindi, che la *“coercizione cautelare debba allinearsi alle scelte di adeguamento del sistema a standard di tutela della libertà e dei diritti individuali maggiormente conformi ai principi costituzionale ed a quelli consacrati nelle Carte (e dalle Corti) internazionali. Se così non fosse, si produrrebbe ben più di uno scompenso del sistema, aumentando il rischio che sulla fase cautelare vengano caricati i peggiori istinti ordinamentali, rendendo le misure cautelari detentive un luogo, se non proprio franco, quanto meno aperto ad accogliere istanze punitive non ricevibili dal sistema di esecuzione penale”*¹⁰.

Proprio l'esigenza di coordinare la fase cautelare con quella esecutiva, ha determinato il legislatore ad intervenire, in punto di criteri di scelta delle misure coercitive, introducendo preclusioni alla carcerazione preventiva laddove possa presumersi che la pena finale verrà espiata fuori dal sistema carcerario.

È in quest'ottica che vanno letti sia il divieto di applicazione della custodia in carcere e degli arresti domiciliari nel caso in cui il giudice ritenga concedibile la sospensione condizionale della pena, introdotto nel 1995, sia la preclusione della sola misura intra-muraria nel caso il giudice ritenga che, all'esito del giudizio, la pena finale non possa superare i tre anni di reclusione, limitazione stabilita più recentemente

⁸ L'espressione è di FIORE, *“Maneggiare con cautela”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

⁹ In questi termini, CERESA GASTALDO, *“Tempi duri per i legislatori liberali”*, in *Dir. Pen. Cont.*, p.2

¹⁰ Così FIORE, *supra nota n.8*, p. 8.

mediante la Legge 117/2014, che ha convertito con modifiche non trascurabili il D.L. 92/2014, incidendo non poco sulla struttura dell'art. 275, comma 2-bis c.p.p.

È proprio quest'ultimo l'articolo che sembra maggiormente risentire della pronuncia della consulta in commento.

Come detto, il legislatore, con il decreto legge 92/2014, è intervenuto a ridurre gli spazi di discrezionalità giudiziale in sede di valutazione cautelare, modificando l'art. 275, comma 2-bis c.p.p. ed impedendo l'applicazione della custodia cautelare in carcere se il giudice "*ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni*".

Le vivaci e numerose obiezioni mosse dalla dottrina, concentrate sul difetto di coordinamento con altre norme cautelari e sull'inidoneità della nuova disposizione a fronteggiare i *pericula libertatis*¹¹, hanno sì determinato il legislatore nel ritoccare incisivamente la norma in sede di conversione del decreto - risolvendo alcune evidenti contraddizioni (si pensi all'ipotesi di violazione degli arresti domiciliari), e inserendo un elenco tassativo di reati nei confronti dei quali non possa applicarsi il citato meccanismo preclusivo - pur non comportandone l'auspicata rimozione.

Fin dall'alba della sua introduzione, effettivamente, il decreto legge 92/2014 ha suscitato un'intensa discussione tra i commentatori, divisi tra chi accoglieva con forte criticità - per le ragioni sopra individuate - il nuovo limite imposto alla custodia cautelare e chi, al contrario, ne elogiava la portata di concreto garantismo¹².

La novella legislativa era stata ispirata, sottolinea la relazione illustrativa alla legge di conversione¹³, dalla duplice finalità di porre rimedio alle problematiche di sovraffollamento carcerario, ripetutamente stigmatizzate dalla Corte Edu¹⁴, e di raggiungere un necessario allineamento della norma con l'ordine di esecuzione delle pene.

La dimensione cautelare e quella punitiva, indipendenti ma reciprocamente connesse, trovavano pertanto - fino alla recente pronuncia della Corte Costituzionale - il proprio delicato punto di equilibrio nella limitazione della carcerazione preventiva nei confronti di quei soggetti che il giudice, sulla base di una valutazione prognostica di cui si dirà oltre, potesse presumere non facessero ingresso nel circuito carcerario anche allorquando fossero giudicati definitivamente colpevoli.

Il nuovo articolo 275, comma 2-bis c.p.p. nello stabilire il limite di tre anni di reclusione, infatti, rimanda proprio al termine stabilito dall'art. 656 comma 5 c.p.p. per la sospensione degli ordini di esecuzione.

¹¹ Cfr. VIGANÒ, "*Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*", in *Dir. Pen. Cont.*

¹² Cfr. CERESA GASTALDO, *nota supra* n.9.

¹³ Cfr. Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del d.l. n. 92/2014, punto 8.

¹⁴ Oltre alla celebre sentenza Torreggiani, si vedano le sentenza Sulejmanovic (Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia) e la sentenza Cara-Damiani (Corte EDU, 7 febbraio 2012, Cara-Damiani c. Italia).

Tale fondamentale collegamento, seppur non esplicito a causa della classica oscura tecnica di formulazione legislativa¹⁵, è tuttavia confermato sia dal preambolo del decreto legge 92/2014, in cui si dà atto di ritenere “*la straordinaria necessità e urgenza di modificare il comma 2 bis dell’articolo 275 del codice di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell’articolo 656, in materia di sospensione dell’esecuzione della pena detentiva*”, sia dal fatto che, salvo rare eccezioni¹⁶, per i reati per cui non sarà possibile sospendere l’ordine di esecuzione – quali i reati ex art. 4-bis Ord. Pen. – non sarà neppure possibile applicare il meccanismo preclusivo di cui all’art. 275, comma 2-bis c.p.p.

Con il sostanziale allineamento dell’articolo 275, comma 2-bis c.p.p. alle ipotesi di sospensione dell’ordine di esecuzione della pena, si è tradotto normativamente, pertanto, quell’imprescindibile parallelismo tra il piano cautelare e quello dell’esecuzione della pena che governa l’intero sistema processual-penalistico.

Ricostruito il collegamento normativo tra l’art. 656, commi 5 e 9 e l’articolo 275, comma 2-bis del codice di rito, non può sfuggire che l’incostituzionalità del primo, stabilita dalla sentenza n. 41/2018 Corte Cost., si ripercuota con forza nell’ambito di applicazione del secondo, proiettando quest’ultimo – al di fuori di una auspicabile ma difficile interpretazione costituzionalmente orientata – nel limbo dell’incostituzionalità.

Se è vero, infatti, che la Consulta ha in più occasioni ribadito come non si possa giungere ad una declaratoria di incostituzionalità di una norma, laddove una sua interpretazione – anche estensiva, analogica, sistematica, o comunque lontana dal mero tenore letterale – ne salvaguardi la compatibilità con la Carta fondamentale, non può non rilevarsi come, in attesa di un pronto intervento del legislatore nell’adeguare l’art. 275 comma 2-bis c.p.p. alla giurisprudenza costituzionale, solo un’interpretazione evolutiva della norma¹⁷ potrà legittimare l’estensione della preclusione carceraria anche alle ipotesi di prognosi di pena compresi tra i tre ed i quattro anni di reclusione.

¹⁵ Si sarebbe potuta ottenere maggiore chiarezza mediante una modifica dell’art. 275, comma 2-bis c.p.p. nei seguenti termini: “*non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all’esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire rientri nei limiti di cui all’art. 656 c. 5, salve le ipotesi di cui all’art. 656 c.9*”.

¹⁶ Si tratta delle ipotesi di maltrattamenti in famiglia e di c.d. *stalking*, per le quali il legislatore ha ritenuto non potersi applicare la preclusione della custodia cautelare in carcere di cui all’art. 275, comma 2-bis c.p.p., nonostante l’art. 656 c.9 vieti la sospensione dell’ordine di esecuzione, per i reati in questione, solamente nelle ipotesi aggravate, previste e punte dagli artt. 572, comma 2 e 612-bis, comma 3 c.p. Per l’effetto, con riguardo alle ipotesi di *stalking* e maltrattamenti non aggravati, potrà applicarsi la custodia cautelare in carcere nonostante il giudice della cautela ritenga che, all’esito del giudizio, l’ordine di esecuzione della pena finale possa essere sospeso ai sensi dell’art. 656 c.p.p.

¹⁷ Già utilizzata, peraltro, dalla Corte di Cassazione nel sostenere che la sospensione dell’ordine di esecuzione fosse da ritenersi obbligatorio per condanne fino a 4 anni di reclusione anche prima dell’intervento della Corte Costituzionale. Cfr., sul punto, le già citate Cass., Sezione I, nn. 37848 e 51864 del 2016, Rel. Mancuso.

Un'interpretazione di questo tipo, peraltro, presterà il fianco alle medesime critiche di eccessiva libertà dell'interprete rispetto al dato testuale della norma, già avanzate in seno alla prima sezione della Corte di Cassazione nella sentenza n. 21 settembre 2017 n. 46562: critiche che, seppur pregevolmente argomentate, non appaiono del tutto convincenti poichè finiscono, in nome della distinzione dei poteri tra legislatore ed interprete, con il tradire l'*intentio legis* focalizzata su di un – se non assoluto, quantomeno tendenziale – triplice parallelismo tra accesso alle misure alternative alla detenzione, sospensione dell'ordine di esecuzione e divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere.

L'unica alternativa all'interpretazione evolutiva, e perciò costituzionalmente orientata, in conclusione, non potrà che essere l'incostituzionalità dell'art. 275, comma 2-bis c.p.p. nella parte in cui prevede che il limite di pena detentiva entro il quale non è possibile applicare la custodia cautelare in carcere sia di tre anni di reclusione, anziché di quattro anni.

Se infatti non si può prescindere da una lettura unitaria e congiunta delle previsioni di cui agli artt. 656, comma 5 c.p.p. e 275, comma 2-bis c.p.p.¹⁸, deve rilevarsi come l'intervento della Corte Costituzionale abbia, da un lato, ripristinato il parallelismo tra limite di accesso alle misure alternative e sospensione dell'ordine di esecuzione, mentre dall'altro, creato un nuovo disallineamento, contrario alla volontà del legislatore, tra sospensione dell'ordine di esecuzione (passato da tre a quattro anni di reclusione) e tendenziale divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere (il cui limite prognostico è rimasto ancorato, nella lettera della legge, a 3 anni di reclusione).

Appare ineludibile, pertanto, porsi il medesimo quesito già affrontato dalla consulta nella pronuncia in parola, e cioè se sia possibile per il legislatore – ed in caso affermativo, a quali condizioni – discostarsi dall'allineamento tra i due limiti.

Così, la Corte Costituzionale: *“Il tendenziale collegamento della sospensione dell'ordine di esecuzione con i casi di accesso alle misure alternative costituisce un punto di equilibrio ottimale, ma appartiene pur sempre alla discrezionalità legislativa selezionare ipotesi di cesura, quando ragioni ostantive appaiano prevalenti. (...)”*

Resta nondimeno possibile che peculiari situazioni suggeriscano al legislatore di imporre un periodo di carcerazione in attesa che l'organo competente decida sull'istanza di affidamento in prova. (...) è quanto (oltre che per la gravità dei reati) accade per i delitti elencati dall'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975, che l'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen. esclude dal beneficio della sospensione dell'ordine di esecuzione.

L'esito dello scrutinio di legittimità costituzionale su queste e altre ipotesi analoghe dipende perciò dall'adeguatezza degli indicatori che nella visione del legislatore

¹⁸ In questi termini, *ex multis*, Cass. II, 12 dicembre 2014, n. 12139 e, nella parte motiva, Cass. II, 14 gennaio 2015 n. 4418.

dovrebbero opporsi all'esigenza della coerenza sistematica, fino a poter prevalere su di essa. (...) Sotto questo aspetto non può non osservarsi che nel caso di specie la rottura del parallelismo, imputabile al mancato adeguamento della disposizione censurata, appare di particolare gravità. (...)

Tale è appunto la situazione normativa che si è realizzata a causa del mancato adeguamento dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen. Omettendo di intervenire sulla normativa ancillare, il legislatore smentisce sé stesso, insinuando nell'ordinamento una incongruità sistematica. (...) Si è infatti derogato al principio del parallelismo senza adeguata ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato”.

Applicando questi principi al caso in esame, del tutto connesso con quello oggetto della pronuncia della consulta, deve rilevarsi come, ad avviso del giudice delle leggi, sia effettivamente nella facoltà del legislatore prevedere limiti differenziati di accesso al carcere tra la fase cautelare e quella esecutiva.

Tale facoltà, tuttavia, non può che essere strettamente vincolata, poiché il c.d. parallelismo, definito quale “*punto di equilibrio ottimale*” e connotato di particolare “*coerenza sistematica*”, è ritenuto superabile dal legislatore, senza incorrere in una violazione dell'art. 3 Cost., solo ed esclusivamente in presenza di adeguate “*situazioni particolari*”, quali, ad esempio quelle di delitti connotati da particolare gravità¹⁹.

Se così è, e così è, non potrà reggere ad un vaglio di costituzionalità l'attuale automatico trattamento differenziato, da un lato, tra presunti colpevoli di reati che, secondo un giudizio prognostico del giudice cautelare, subiranno una condanna che si colloca tra i due ed i tre anni di reclusione e, dall'altro lato, presunti colpevoli a cui sarà presumibilmente inflitta una condanna che andrà tra i tre ed i quattro anni di reclusione.

Per entrambi, infatti, e salvo le ipotesi tassativamente previste, l'attuale sistema garantisce l'emissione di un ordine di esecuzione sospeso ed il diritto di accesso a una misura alternativa alla detenzione.

Nondimeno la preclusione carceraria di cui all'art. 275, comma 2-bis c.p.p. opera unicamente in favore dei soggetti rispetto ai quali si prevede l'applicazione di una pena finale inferiore a tre anni di reclusione.

¹⁹ Si noti come la Consulta, in questo passaggio argomentativo, sgombri il campo da possibili questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto il trattamento differenziato dei reati ex art. 4-bis Ord. Pen., ovvero di quelli tassativamente indicati negli artt. 656, comma 9 c.p.p.: in queste fattispecie risulta del tutto coerente prevedere dei trattamenti differenziati rispetto al parallelismo tra accesso alle misure alternative e sospensione dell'ordine di esecuzione. Situazioni diverse, sembra dire la Corte, impongono trattamenti diversi.

Il tutto, con evidente ed irragionevole discriminazione, nei confronti di coloro i quali subirebbero la misura intra-muraria pur vedendosi poi sospeso l'ordine di carcerazione.

L'incongruità di un tale sistema finisce in questo modo per tradire le volontà del legislatore stesso le quali, è bene ricordarlo, erano quello di creare un effetto "svuota-carceri", finalizzato al miglioramento delle condizioni di vita dei detenuti, sulla spinta delle reprimende provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale, nonché quello di spostare, apprezzabilmente, l'equilibrio del sistema punitivo verso un incremento della funzione rieducativa della pena e di reinserimento sociale, evitando il trauma dell'esperienza carceraria per i colpevoli di tutta una serie di reati, ritenuti dal legislatore – a torto o a ragione – di minore gravità.

3. L'articolo 275, comma 2-bis c.p.p. alla luce della sentenza della consulta: quali conseguenze sul piano pratico?

Lo spostamento da tre a quattro anni di reclusione del limite indicato nell'art. 275, comma 2-bis c.p.p. sembra comportare considerevoli ricadute nell'ambito del procedimento applicativo delle misure cautelari custodiali.

La prima conseguenza è di natura puramente matematica e determina un automatico meccanismo di preclusione carceraria, sottratto alla discrezionalità del giudice della cautela.

Dovranno, infatti, d'ora in avanti escludersi dal novero dei reati per i quali è applicabile la misura della custodia cautelare in carcere, tutti quei reati puniti nel massimo fino a sei anni di reclusione²⁰, qualora non sia stata avanzata la contestazione di una (qualsiasi) circostanza aggravante ovvero il reato non sia contestato unitamente ad altri reati che prevedono una pena detentiva²¹, allorquando l'imputato abbia la disponibilità di un domicilio e chieda di essere giudicato nelle forme al rito abbreviato non condizionato.

L'incidenza della riduzione di pena per il rito ai fini del giudizio prognostico, infatti, sembra ormai accettata anche dalla giurisprudenza di legittimità la quale ha recentemente statuito il principio per cui *"non si può tenere conto della eventuale applicazione delle diminuenti previsti per riti speciali per i quali l'imputato ha*

²⁰ Ad eccezione, naturalmente, delle già citate tassative ipotesi di reato stabilite dalla norma per le quali il meccanismo preclusivo di cui all'art. 275, comma 2-bis c.p.p. non potrà applicarsi.

²¹ Qualora il reato fosse aggravato da una qualsiasi circostanza aggravante, ovvero fosse contestato unitamente ad altre fattispecie con pene detentive, il meccanismo preclusivo non potrà funzionare in via automatica in ragione di un calcolo della pena finale che, nella peggiore delle ipotesi, tenuto conto del riconoscimento della circostanza aggravante ovvero dell'aumento di pena per l'ulteriore reato, anche con la riduzione di un terzo per il rito potrà (in astratto) essere superiore a quattro anni di reclusione, nel caso in cui la pena base si dovesse attestare nel massimo edittale senza il riconoscimento di circostanze attenuanti.

*preannunciato di optare, in assenza di elementi concreti (quali, ad esempio, la presenza di una istanza già formalizzata di giudizio abbreviato non condizionato) che consentono di ritenere concretamente prevedibile l'accesso a tali forme alternative di definizione del procedimento*²².

Nelle ipotesi sopra trattate, dunque, anche la peggiore tra le previsioni di condanna - ossia il riconoscimento di una pena che si attesti nel massimo edittale, sei anni di reclusione - in ragione della obbligatoria (e non più soggetta a condizioni) riduzione di pena per il rito abbreviato, non potrà che determinare una pena finale non superiore a quattro anni di reclusione.

Si noti che il meccanismo di automatica preclusione carceraria riguarderà reati di medio - alta pericolosità sociale, rispetto ai quali, alle condizioni sopra citate, sarà per l'effetto precluso al giudice l'applicazione della misura della custodia in carcere, e ciò indipendentemente dalla gravità, in concreto, del fatto addebitato all'imputato. Si pensi al caso di un soggetto incensurato trovato in possesso di un quantitativo di marijuana, seppur ingente, non rientrante nell'ipotesi di cui all'art. 80, comma 2 D.P.R. 309/1990: colto in flagranza di reato e giudicato con rito direttissimo, eviterà la misura cautelare più afflittiva se, in possesso di regolare domicilio, in sede di convalida di arresto chiederà di essere giudicato con rito abbreviato.

Mutatis mutandis la preclusione automatica limiterà la discrezionalità del giudice della cautela anche nei confronti di reati di indubbia gravità o allarme sociale, quali, a titolo meramente esemplificativo, l'instestazione fittizia di beni di cui all'art. 12-*quinquies* L. 356/92, la corruzione c.d. propria ex art. 318 c.p., la turbativa d'asta di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p., la falsa testimonianza, il vilipendio di cadavere, l'associazione per delinquere - con riferimento ai soli partecipi -, alcuni reati ambientali di recente introduzione nel codice penale, quali l'inquinamento ambientale di cui all'art. 452-bis c.p. ed il traffico ed abbandono di materiale di alta radioattività ex art. 452-sexies c.p., l'omicidio colposo "semplice", le lesioni c.d. stradali gravi, e, per concludere, il furto aggravato ex art. 625 c.p., la truffa aggravata ai sensi del comma 2 dell'art. 640 c.p., la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche - con riferimento a condotte precedenti all'ottobre 2017 - e la frode informatica aggravata ex art. 640-ter, comma 3 c.p., tutti delitti puniti²³ con pena massima che oscilla tra i cinque ed i sei anni di reclusione.

Se da un lato l'innalzamento del limite per la preclusione carceraria a 4 anni di reclusione comporta un vero e proprio divieto di applicazione della misura intramuraria per alcune fattispecie di reato, dall'altro sembra attribuire - per le fattispecie di reato astrattamente escluse dal meccanismo preclusivo automatico ma, con ogni probabilità, rientranti in concreto nel "nuovo" limite di pena finale individuato

²² Cfr. Cass. sez. III, 13.5.2015 n. 36918 che pare aver superato il più restrittivo e non condivisibile principio espresso precedentemente da Cass, sez. IV 24.5.2007 n. 42682.

²³ Sempre che, come già rilevato, non siano contestati altri reati ovvero altre circostanze aggravanti.

dall'art. 275 comma 2-bis c.p.p. – ancor più rilevanza al giudizio di prognosi della pena finale richiesto al giudice della cautela.

E' ben nota, agli addetti ai lavori, l'estrema difficoltà sottesa al giudizio prognostico, sia a causa della totale disorganicità e molteplicità dei criteri che presiedono alla commisurazione della pena, sia in ragione del fatto che il compito predittivo è, il più delle volte, affidato al giudice in una fase processuale in cui la piattaforma conoscitiva di cui dispone risulta provvisoria ed incompleta, con il rischio di rendere la valutazione cautelare, di per sé già discrezionale, assolutamente aleatoria.

E' evidente, sul punto, il rischio di valutazioni prognostiche del tutto "opportunistiche" da parte dell'Autorità Giudiziaria volte, in nome della (pur condivisibile) esigenza di sicurezza sociale, ovvero delle (meno condivisibili) necessità di rassicurare l'opinione pubblica attraverso un intervento tempestivo di risposta al crimine, a consentire l'applicazione della misura della custodia in carcere in casi in cui – con tutta evidenza – la pena finale comporterà un ordine di carcerazione sospeso.

Altrettanto evidenti, inoltre, paiono i rischi di una prassi giudiziaria che, proprio al fine di non precludersi la possibilità di applicare la misura carceraria in sede cautelare, allorché ne sussistano le idonee esigenze di cautela, possa orientarsi nel pericoloso innalzamento delle pene finali al fine di "*disegnare un contesto di riferimento reale idoneo a sostenere la plausibilità di previsioni di pena irrogata costantemente sopra la soglia dei (quattro, ndr) anni*"²⁴.

Il che, naturalmente, oltre a vanificarne la portata normativa, contrasterebbe anche con la *ratio* della novella legislativa del 2014 che, come detto, è stata orientata al contenimento del drammatico, e non più tollerabile, fenomeno del sovraffollamento carcerario, finendo in tal modo per aumentare significativamente il rischio di infliggere all'imputato quel "sacrificio ingiusto" che norma mirava a neutralizzare.

È in quest'ottica che il giudizio prognostico assume un ruolo di estrema centralità nell'ambito della valutazione cautelare: *a fortiori* non sarà, pertanto, più tollerabile la sempre più frequente prassi giudiziale orientata nel bypassare le valutazioni sottese al giudizio di prognosi attraverso mere formule di stile tali da rendere, del tutto vano, il compito predittivo.

Al contrario, sarà necessario un giudizio prognostico sorretto da una motivazione rafforzata rispetto a quelle oggi adottate dai giudici di merito, e che, pur nei limiti del compendio probatorio a disposizione, si erga quale baluardo per la legalità della carcerazione preventiva, neutralizzando quello che, all'effetto pratico, non sarebbe altro che una pena ingiusta: sia perché applicata anticipatamente, e senza una pronuncia di condanna, sia soprattutto perché in sede esecutiva sarebbe scontata al di fuori del circuito carcerario.

²⁴ Cfr. FIORE, *nota supra* n.8, p. 10

Sembra doveroso, da ultimo, affrontare brevemente un ulteriore aspetto riguardante il giudizio prognostico e, segnatamente, quello relativo alla necessità di effettuarlo solo nel momento applicativo della misura ovvero anche successivamente.

Perché il principio del tendenziale parallelismo tra la fase esecutiva e quella cautelare dispieghi compiutamente i propri effetti, in tal senso, sembra doveroso attribuire al giudice della cautela il potere-dovere di rivalutare il giudizio prognostico, già espresso in sede di applicazione della misura, anche nelle successive fasi processuali, soprattutto quando queste ultime saranno connotate da un compendio probatorio differente da quello oggetto del precedente scrutinio.

Non può certamente condividersi la posizione di chi, in giurisprudenza, abbia sostenuto che *“il limite di tre anni di pena detentiva (...) deve essere oggetto di valutazione prognostica solo al momento di applicazione della misura ma non anche nel corso della protrazione della stessa”*²⁵: una statuizione da cui deriverebbe l'impossibilità di tenere conto, ai fini della rivalutazione della prognosi circa la pena irroganda, non solo di sopravvenuti elementi di prova a discarico, ma anche del periodo di c.d. pre-sofferto.

La paradossale conseguenza di un simile approccio interpretativo sarebbe quella per cui un soggetto, condannato in primo grado a cinque anni di reclusione, dopo un periodo di pre-sofferto di due anni, pur avendo diritto all'emissione di un ordine di carcerazione sospeso non potrebbe vedersi sostituita la misura cautelare in corso con una meno afflittiva. Con ciò tradendo, naturalmente, il senso stesso dell'art. 275 c.p.p., espressione del principio di proporzionalità che governa la materia cautelare. In quest'ottica, e concludendo, il limite processuale al giudizio prognostico sembrerebbe necessariamente da individuarsi, quindi, nella pronuncia della sentenza di primo grado, unico approdo processuale concreto ed idoneo a vincolare il giudice in quel momento competente a giudicare nella materia cautelare.

²⁵ Cfr. Cass. Sez VI, 16 dicembre 2014 n. 1798, relatrice Petruzzellis.