

## Osservatorio sulla Corte costituzionale

---

### Misure cautelari-Criteri di scelta

#### La decisione

**Misure cautelari - Criteri di scelta delle misure - Concorrente esterno in associazione mafiosa - Obbligatorietà della custodia cautelare in carcere - Illegittimità costituzionale - Sussistenza** (Cost., artt. 3, 13, 27; C.p., art. 416-bis; C.p.p., art. 275, co. 3).

*Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, secondo periodo, c.p.p., nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-bis c.p., è applicata custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, rispetto al concorrente esterno nel suddetto delitto, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.*

CORTE COSTITUZIONALE, n. 48 del 2015 - CRISCUOLO, Presidente - FRIGO, Redattore.

#### Osservazioni a prima lettura

1. Si reputa necessario ripercorrere, a mò di premessa, l'itinerario tracciato dalla giurisprudenza costituzionale chiamata a scrutinare la legittimità della normativa d'emergenza introdotta nel 2009.

Spinto dalla necessità di dare risposta in tempi rapidi alla crescente domanda di sicurezza, indotta da una «allarmante crescita degli episodi collegati alla violenza sessuale» (per usare le parole della relazione al decreto legge), e animato dall'intento di reprimere con maggior forza i reati commessi dagli immigrati clandestini, il legislatore, prima con il D.l. 23 febbraio 2009, n. 11, poi con la l. 15 luglio 2009, n. 94, era decisamente intervenuto sulla regola relativa alla presunzione legale di adeguatezza della misura cautelare inframuraria, estendendone l'applicazione a una nutrita serie di figure delittuose.

In realtà, l'ampliamento dei casi di custodia «obbligatoria» ha riguardato non soltanto i reati di aggressione sessuale - su cui si era maggiormente concentrata l'attenzione preoccupata dei cittadini e l'enfasi non disinteressata dei media - ma anche molte altre fattispecie incriminatrici, individuate senza alcuna logica razionale, estremamente diverse l'una dall'altra, e, pertanto, difficilmente riconducibili a uno schema unitario e omnicomprensivo, se non ipotizzando che la selezione dei delitti così operata fosse giustificata in parte dalla ritenuta pericolosità dei soggetti agenti, in parte dalla peculiare attitudine di tali delitti a ingenerare nella collettività un diffuso sentimento di allarme e di insicurezza.

za.

L'analisi di queste novelle ha subito posto in luce da un lato, la tendenza alla delimitazione della discrezionalità giudiziale, dall'altro il potenziamento degli strumenti cautelari in funzione del rafforzamento della percezione sociale della sicurezza.

I due aspetti, strettamente collegati, rispecchiavano l'esigenza di colmare il grave deficit di effettività della pena e di tempestività dell'accertamento processuale che sconta il nostro sistema, con la conseguente necessità di anticipare alla fase cautelare la ricerca di mezzi idonei a trasmettere alla collettività il senso di una reazione immediata quanto efficiente alla commissione dei delitti che determinano particolare preoccupazione e suscitano le più accese istanze di difesa sociale.

In questo modo, gli obiettivi di rassicurazione e di stabilizzazione risultavano perseguiti mediante modelli procedurali speciali, articolati secondo meccanismi rapidi e presuntivi, tendenti a ridurre la discrezionalità dell'organo decidente, e talora configgenti con i valori del giusto processo.

È stato puntualmente rilevato che, così facendo, le misure cautelari diventavano assegnatarie di quella funzione generalpreventiva che ormai da tempo la condanna irrogata all'esito del giudizio non è più capace di assicurare: la custodia cautelare, intesa come pena anticipata e sommaria, si propone come strumento immediato di appagamento dell'opinione pubblica, ben al di là della presunzione costituzionale di non colpevolezza.

In altre parole, la produzione legislativa dell'emergenza, pur di dimostrare che lo Stato, con il suo apparato repressivo, è in grado di punire rapidamente e con sanzioni di rilevante gravità il singolo che si è contrapposto alla generalità dei consociati, ha finito per porre come scopo principale del processo penale non più solo la giustizia, bensì la esemplarità della risposta statale di fronte al compimento di azioni criminose particolarmente allarmanti.

Sebbene impropriamente definita dalla relazione ministeriale come custodia cautelare obbligatoria, alla misura stabilita nelle ipotesi previste dal nuovo co. 3 dell'art. 275 c.p.p. e dal nuovo co. 4-bis dell'art. 12, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, si applica in realtà lo stesso meccanismo già contemplato nella versione precedente della prima disposizione.

Il pacchetto sicurezza si è infatti limitato a infoltire il novero dei delitti per i quali, sussistendo gravi indizi di colpevolezza, la ricorrenza delle esigenze cautelari e la corrispettiva adeguatezza della sola custodia in carcere formano oggetto di una valutazione che viene distolta dal libero apprezzamento giudiziale, per essere invece predeterminata *ex lege*, così configurandosi come presunzione *iuris tantum*, superabile esclusivamente con la prova, il cui onere incombe sull'indagato, della effettiva insussistenza dei *pericula libertatis* indi-

cati dal medesimo art. 275 c.p.p.

Tuttavia, il *lapsus* legislativo è suscettibile di spiegazione ove si consideri che, specie per la particolare gravosità di tale onere, nella prassi si sono diffusi automatismi applicativi ben riconducibili allo schema della custodia cautelare obbligatoria e al giudizio provvisorio di colpevolezza.

In definitiva, il duplice congegno presuntivo - di natura relativa, quanto alla pericolosità, e di natura assoluta, quanto alla adeguatezza della sola misura inframuraria - operante, fino al 2009, nei soli casi di imputazioni di associazione criminosa di stampo mafioso e di condotte a tale delitto collegate, è divenuto applicabile anche in ordine: ai reati di cui all'art. 51, co. 3-*bis* c.p.p., fra i quali, nello specifico, la riduzione in schiavitù, la tratta di persone, il sequestro di persona a scopo di estorsione, la associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti; ai reati di cui all'art. 51, co. 3-*quater* c.p.p. in materia di terrorismo; ai reati di cui agli artt. 575, 600-*bis*, co. 1, 600-*ter* (escluso il co. 4), 600-*quinquies*, 609-*bis*, *quater* e *octies* c.p. (salvo che ricorrano circostanze attenuanti).

Gli studiosi più avvertiti non impiegarono molto tempo a rilevare che, tale vigorosa espansione delle tipologie delittuose assoggettate alla rigida logica presuntiva dettata dal rinnovato art. 275, co. 3, c.p.p., avrebbe non soltanto suscitato molteplici questioni ermeneutiche, ma anche evidenziato delicati profili di legittimità costituzionale, segnando una preoccupante inversione di marcia nella materia della tutela dei diritti inviolabili della persona, soprattutto alla luce dei più recenti approdi sia della Consulta, sia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

**2.** Il filo rosso che tiene unita la serie delle declaratorie di incostituzionalità avviata con la sentenza n. 265 del 2010 con riguardo a taluni delitti a sfondo sessuale (e proseguita con identiche pronunce in ordine, fra l'altro, alle fattispecie di omicidio volontario, di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti e di delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare le attività previste dall'art. 416-*bis* c.p.) è la valutazione di irragionevolezza dello speciale regime cautelare stabilito, con riguardo ad alcune ipotesi delittuose, dalla normativa emergenziale del 2009.

Ha statuito la Consulta che, alla luce dei principi costituzionali di riferimento - segnatamente, la inviolabilità della libertà personale (art. 13, co. 1, Cost.) e la presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2, Cost.) - la disciplina delle misure cautelari deve essere ispirata al criterio del minore sacrificio necessario, per cui la compressione della libertà personale va contenuta entro i limiti indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto.

In effetti, il sistema del codice è strutturato secondo il modello della pluralità

graduata, contemplando una serie di misure alternative di gravità crescente, contraddistinte da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale.

Correlativamente, al fine di consentire la selezione del trattamento cautelare più individualizzante possibile – in quanto effettivamente omogeneo alle esigenze ravvisabili nelle singole fattispecie – è dettato il principio di adeguatezza, in forza del quale il giudice deve scegliere la misura meno gravosa, fra quelle astrattamente idonee a garantire quelle esigenze, ed applicare la misura massima, ossia la custodia in carcere, esclusivamente quando ogni altra si dimostri inadeguata.

Divergeva da questo essenziale quadro di riferimento la peculiare disposizione dell'art. 275, co. 3, c.p.p., come modificata nel 2009, la quale ha privato il giudice di ogni potere di scelta, obbligandolo a disporre necessariamente la misura più rigorosa qualora sia raggiunta la soglia della gravità indiziaria in relazione a specifiche ipotesi delittuose.

Questa novella ha di fatto significato la codificazione di una valutazione legale di idoneità della sola custodia inframuraria a soddisfare le connesse esigenze cautelari – a loro volta, oggetto di presunzione *iuris tantum*.

La Corte costituzionale, al contrario, ha stabilito che le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, ove risultino arbitrarie e irrazionali, ossia se non rispondano a dati di esperienza generalizzati.

In particolare, la irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa.

Così, con riguardo alle ipotesi di reato oggetto delle emesse pronunce di incostituzionalità, la Corte ha rilevato non ricorrere la *ratio* giustificativa del regime derogatorio ritenuta, al contrario, in passato<sup>1</sup>, in relazione ai delitti di mafia.

In effetti, l'utilizzo di meccanismi presuntivi tende di per sé a generare gravi tensioni proprio nella prospettiva del principio di uguaglianza.

La loro funzione tipica è proprio quella di alterare l'ordinario percorso cognitivo del giudice, determinando peraltro vistose interferenze in punto di ripartizione dell'onere probatorio.

La loro validità dipende dall'ampiezza della fattispecie cui ineriscono: quanto è minore la varietà delle ipotesi riconducibili alla previsione normativa, tanto maggiore sarà la congruenza fra *ratio* della disposizione e disciplina del caso concreto.

Si è ritenuta dunque irragionevole, non la opzione del legislatore di assegnare

---

<sup>1</sup> Corte cost., (ord.) n. 450 del 1995.

rilievo, a fini di semplificazione del processo di accertamento, al valore sintomatico di determinate condotte criminose, bensì la pretesa di conferire, in assenza di idonee leggi di copertura, carattere assoluto alla presunzione, ossia di eliminare ogni sensibilità del congegno rispetto a casi concreti nei quali, sulla base di specifici elementi, sia possibile reputare invece l'adeguatezza di misure cautelari meno invasive di quella inframuraria.

Quindi, tutte le sentenze della Consulta hanno trasformato le presunzioni legislative da assolute in relative, muovendo dalla critica dell'incauto salto di qualità a ritroso operato con il pacchetto sicurezza del 2009, che ha allargato la disposizione censurata a una serie di categorie delittuose fra loro (e nel loro stesso ambito) assolutamente eterogenee quanto a oggettività giuridica, struttura, modalità della condotta e trattamento sanzionatorio.

3. Valorizzando tale ordine di considerazioni, e sulla scia della prima pronuncia in materia, i Giudici della Consulta hanno dichiarato la illegittimità parziale della disposizione dell'art. 275, co. 3, c.p.p. con riguardo al reato di omicidio volontario<sup>2</sup>.

Il profilo di incostituzionalità è stato ravvisato in rapporto alla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere riferita a tale delitto, e dunque nella omessa previsione delle ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con misure differenti.

La norma in questione lede il principio del minore sacrificio necessario della libertà personale dell'indagato o dell'imputato in sede di applicazione delle misure cautelari, violando sia l'art. 3 Cost. per la ingiustificata parificazione dei procedimenti per omicidio volontario a quelli concernenti i delitti di mafia; sia l'art. 13, co. 1, Cost., in quanto referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; sia l'art. 27, co. 2, Cost., poiché attribuisce alla coercizione processuale i tratti funzionali tipici della pena.

Anzitutto non può estendersi al delitto in esame la *ratio* giustificativa della deroga alla disciplina ordinaria invece prevista per i fatti di mafia, relativamente ai quali un'esigenza cautelare fronteggiabile unicamente con la custodia in carcere discende, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, dalla stessa struttura della fattispecie e dalle sue tipiche connotazioni criminologiche.

Al contrario, in un numero tutt'altro che marginale di casi di omicidio volontario, le necessità di cautela - pur non potendo essere completamente escluse

---

<sup>2</sup> Corte cost., n. 164 del 2011.

- potrebbero trovare adeguata risposta anche in misure diverse da quella estrema carceraria, in quanto valgono a neutralizzare il fattore criminogeno scatenante o ad impedirne la riproposizione.

Inoltre, la ragionevolezza della soluzione normativa scrutinata non può essere rinvenuta neppure nella gravità astratta del reato, come desumibile dal rango elevato del bene giuridico protetto o dalla misura della pena per esso prevista: si tratta infatti di criteri assolutamente rilevanti in sede di giudizio di colpevolezza, ma di per sé inadeguati a fungere da elementi preclusivi ai fini del controllo della sussistenza delle esigenze cautelari e del loro grado, che condiziona la individuazione delle misure più atte a soddisfarle.

Da ciò deriva la necessità, atteso che occorre ricondurre il sistema a sintonia con i valori costituzionali, non già di rimuovere integralmente la presunzione in questione, ma solo il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del minore sacrificio necessario.

4. Identica censura di incostituzionalità, e facendo impiego delle medesime argomentazioni, è stata deliberata dalla Consulta con riguardo all'art. 275, co. 3, c.p.p., in riferimento ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare le attività delle associazioni regolate dallo stesso articolo<sup>3</sup>.

Si è ribadito che la disciplina delle misure cautelari, in ossequio ai principi costituzionali di riferimento, deve necessariamente ispirarsi al valore del minore sacrificio necessario, occorrendo che la compressione della libertà personale sia contenuta entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze di cautela del caso concreto, secondo il modello di pluralità graduata delineato da misure alternative connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà medesima.

Consegue da ciò che le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza se sono arbitrarie o irrazionali, ossia se non corrispondono a dati di esperienza generalizzati, come riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*.

La mera evocazione di una associazione criminale al fine di accrescere la portata intimidatoria della condotta certamente si riflette sulla gravità del fatto e integra la fattispecie circostanziale di cui all'art. 7, l. 12 luglio 1991, n. 203, ma non può essere equiparata, in materia *de libertate*, alla commissione di un reato che implichi necessariamente un vincolo di appartenenza permanente ad una organizzazione mafiosa.

D'altronde la normativa in esame ricollega il regime cautelare speciale non già

---

<sup>3</sup> Corte cost., n. 57 del 2013.

a singole fattispecie incriminatrici, ma a circostanze aggravanti riferibili ai più vari reati, e correlativamente alle più diverse situazioni oggettive e soggettive, di tal che l'ampio numero di ipotesi delittuose suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione di detto regime offre una ulteriore conferma della insussistenza di una congrua base statistica cui ancorare la censurata presunzione assoluta.

5. Sul distinto piano della giurisprudenza di legittimità si è rivelato assai rilevante, nell'ultimo quinquennio, il contrasto formatosi sulla questione se la «applicazione obbligatoria della custodia in carcere» attenga unicamente alla fase genetica della scelta della misura, cosicché sarebbe possibile, in corso di esecuzione della stessa, qualora risultino adeguate limitazioni meno gravi della disposta custodia in muratura, che l'indagato o l'imputato venga sottoposto agli arresti domiciliari o addirittura a misura non detentiva.

Si è trattato, con tutta evidenza, del tentativo di recuperare almeno in parte quella flessibilità nella selezione del trattamento cautelare che, come già visto, costituiva il criterio ispiratore del codice, e che resta tendenzialmente imposta dalla medesima Carta costituzionale – come del resto attestato dal filone di giurisprudenza della Consulta in precedenza analizzato.

L'assunto favorevole alla ammissibilità di misure alternative durante il procedimento cautelare si era già manifestato prima della riforma del 2009, ed è stato ripreso anche a seguito della stessa.

Così, si è affermato<sup>4</sup>, che la obbligatorietà della custodia in carcere, prevista dall'art. 275, co. 3, c.p.p., concerne esclusivamente il momento genetico di adozione della misura coercitiva, ma non opera nelle successive vicende della revoca o della sostituzione della stessa, in ordine alle quali occorre sempre verificare la concreta permanenza della pericolosità sociale e così delle originarie esigenze cautelari, e, qualora essa risulti attenuata, la legittima possibilità di applicare una misura meno afflittiva.

È apparso, peraltro, di gran lunga prevalente l'opposto e più rigoroso orientamento, secondo il quale l'unico trattamento cautelare adottabile per i soggetti indagati o imputati dei delitti interessati dalla presunzione esclusiva consiste nella custodia in carcere, sia nella fase di avvio, sia in tutto il periodo nel quale comunque permangono esigenze cautelari.

Questa opinione era consolidata già prima delle varie riforme che hanno riguardato l'art. 275 c.p.p., ed è stata con vigore ribadita e rilanciata in chiave reattiva: «la presunzione legale di inadeguatezza di ogni altra misura cautelare

---

<sup>4</sup> Cass., Sez. VI, 9 aprile 2010, Gargiulo, in *Mass. Uff.*, n. 247595; Id., Sez. VI, 20 ottobre 2010, D'Angelo, *ivi*, n. 249188; Id., Sez. II, 14 dicembre 2011, Carvelli, inedita.

diversa dalla custodia in carcere, in riferimento ai reati indicati da tale disposizione, opera anche nel corso di esecuzione della misura, impedendone la sostituzione con misure meno gravose»<sup>5</sup>.

La stessa sentenza ha pure osservato che il contrario orientamento era minoritario, sicché non appariva necessario rimettere la questione alle Sezioni unite. Esse sono invece intervenute su vicenda pure attinente al trattamento cautelare in fase di esecuzione<sup>6</sup>.

La questione ad essa sottoposta verteva sul principio di proporzionalità, di cui all'art. 275, co. 2, c.p.p., e ne doveva vagliare la attitudine a imporre la revoca della misura custodiale in atto, a prescindere dalla permanenza di esigenze cautelari, ove la durata della custodia già sofferta avesse raggiunto il limite di due terzi della pena inflitta con la sentenza di condanna.

Sul punto, era dato rinvenire due opposti indirizzi.

Il primo, senz'altro maggioritario, affermava che i provvedimenti modificativi delle restrizioni in precedenza imposte non potessero mai fondarsi unicamente sulla base della proporzione fra il presofferto cautelare e l'entità della pena già irrogata: il decorso di un rilevante lasso di tempo non può certamente essere trascurato nella ponderazione complessiva della vicenda cautelare, ma non può aprioristicamente assorbire ogni altra valutazione su circostanze eventualmente attestanti la persistenza del *periculum libertatis*.

La seconda interpretazione, al contrario, reputava non irragionevole il ricorso a criteri ispirati al canone di proporzionalità, che ben può rilevare in maniera autonoma e prioritaria rispetto agli altri parametri, in modo da conferire rilievo esclusivo alla entità del presofferto, allorché questo abbia superato determinate percentuali del trattamento sanzionatorio stabilito con la condanna (ad es., i due terzi del medesimo).

La risposta delle Sezioni unite al quesito è stata negativa: deve ritenersi illegittima la revoca della custodia cautelare, motivata esclusivamente in riferimento alla sopravvenuta carenza di proporzionalità della misura, in ragione della corrispondenza della durata della stessa a una percentuale, rigidamente predeterminata ricorrendo a un criterio aritmetico, della pena irroganda o irrogata nel giudizio di merito e prescindendo da ogni valutazione della persistenza e della consistenza delle esigenze cautelari che ne avevano originariamente giustificato l'applicazione.

La Corte ha ampiamente richiamato la sentenza costituzionale n. 265 del 2010 nella parte in cui ha puntualizzato che il sistema delle cautele, in quanto ispirato ai principi del minor sacrificio, della pluralità graduata, della adegua-

---

<sup>5</sup> Cass., Sez. II, 16 febbraio 2011, Armens, in *Mass. Uff.*, n. 249686.

<sup>6</sup> Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, P.M. in proc. Khalil, in *Mass. Uff.*, n. 24932.

tezza e della proporzionalità, non può tollerare al suo interno fattori che ne compromettano la flessibilità attraverso automatismi o presunzioni.

Esso esige infatti che le condizioni e i presupposti per la applicazione di una misura restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei predetti principi, così da realizzare una piena individualizzazione della coercizione cautelare.

Ne discende, secondo le Sezioni unite, che tali postulati della flessibilità e della individualizzazione non possono che assumere connotazioni bidirezionali, nel senso di precludere qualsiasi automatismo sia in chiave repressiva, sia sul versante per così dire liberatorio.

Tuttavia, il piano di lettura forse più interessante della decisione era offerto dalla parte finale della sentenza, a soluzione della questione già ampiamente spiegata.

Ha affermato la Corte di cassazione che adeguatezza e proporzionalità devono operare come criteri di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, sia al momento della adozione del provvedimento coercitivo, sia durante tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità della misura scelta a garantire le esigenze che realmente permangano o residuino, secondo la regola della minor compressione possibile della libertà personale.

Di conseguenza, l'approssimarsi di un certo limite temporale di durata della restrizione rispetto a quello della pena già inflitta, se non può implicare la automatica perenzione della misura stessa, è peraltro elemento da apprezzare con ogni cautela, proprio sul versante della quantità e qualità delle esigenze cautelari ancora esistenti nel caso di specie, e sulla correlativa adeguatezza della misura in corso di esecuzione.

Ancora le Sezioni unite ribadivano che la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere è operativa sia nella fase genetica che in quella esecutiva della misura coercitiva<sup>7</sup>.

La stessa pronuncia, peraltro, si incaricava di sollevare la questione di costituzionalità dell'art. 275, co. 3, c.p.p., che sarebbe stata poi decisa dalla Consulta con la richiamata sentenza n. 57 del 2013.

6. Secondo l'orientamento di legittimità che si è decisamente consolidato a partire da tale ultima pronuncia, la presunzione di adeguatezza della misura inframuraria può essere superata quando, in relazione al caso concreto, siano acquisiti elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono

---

<sup>7</sup> Cass., Sez. un., (ord.) 19 luglio 2012, Lipari, in *Mass. Uff.*, n. 253186.

essere soddisfatte con altre misure<sup>8</sup>, ovvero qualora il giudice individui analiticamente elementi di positiva e concreta attenuazione del valore sintomatico del fatto<sup>9</sup>.

Allo stesso filone interpretativo appartengono diverse, significative pronunce della Cassazione del 2014.

Così è stata rimarcata la rilevanza, in sede di giudizio cautelare, della risalenza del fatto nel tempo e della necessità della sussistenza di indici attuali e concreti su cui fondare la valutazione di (permanente) pericolosità del soggetto<sup>10</sup>.

Va poi segnalata la sentenza che ha posto in luce il rilievo assorbente della permanente attualità del giudizio di pericolosità nella scelta delle misure che comportino il sacrificio della libertà personale, da condursi secondo i parametri dell'oggettivo rischio di reiterazione del reato e non, semplicemente, avendo riguardo alla negativa personalità del prevenuto<sup>11</sup>.

Ancora, è estremamente significativa la pronuncia che ha valorizzato, nella valutazione di persistente sussistenza delle esigenze cautelari e nella correlativa individuazione della misura in concreto più idonea a soddisfarle, il criterio del tempo trascorso dalla commissione del reato fino al momento della emissione della ordinanza restrittiva<sup>12</sup>.

Nel corpo della motivazione sono stati richiamati i conformi precedenti stabiliti dalle Sezioni unite<sup>13</sup> e dalla sesta Sezione<sup>14</sup>, in virtù dei quali lo specifico riferimento fatto dall'art. 292, co. 2, lett. c), c.p.p. alla considerazione del "tempo trascorso dalla commissione del reato" implica che la pregnanza del pericolo di recidiva si attualizza in proporzione diretta con il *tempus commissi delicti*, in quanto alla maggior distanza temporale dei fatti corrisponde, di regola, un proporzionale affievolimento delle esigenze di cautela.

Tale indirizzo è stato ripreso e ribadito dalla Sezione Feriale 2014 della Suprema Corte<sup>15</sup>, la quale ha nuovamente statuito la necessità di uno specifico esame della concreta situazione del ricorrente, al fine di correttamente accertare la attualità o meno delle esigenze cautelari.

---

<sup>8</sup> Cass., Sez. I, 9 gennaio 2013, Scarfò, in *Mass. Uff.*, n. 256388, su ipotesi di art. 74, d.P.R. n. 309 del 1990, e Id., Sez. I, 27 giugno 2013, De Carlo, *ivi*, n. 256634, su ipotesi di delitto aggravato dall'art. 7., l. n. 203 del 1991.

<sup>9</sup> Cass., Sez. II, 12 aprile 2013, Brancato, in *Mass. Uff.*, n. 256558, su ipotesi di reato "di contesto mafioso".

<sup>10</sup> In questo senso, Cass., Sez. VI, 15 maggio 2014, Greco, n. 25273, inedita.

<sup>11</sup> Cass., Sez. I, 21 febbraio 2014, Cinardo, n. 19967, inedita.

<sup>12</sup> Cass., Sez. III, 11 marzo 2014, S.G., inedita.

<sup>13</sup> Cass., Sez. un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in *Mass. Uff.*, n. 244377.

<sup>14</sup> Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2013, P.M. in proc. Strassil e altro, in *Mass. Uff.*, n. 255725.

<sup>15</sup> Cass., Sez. fer., 29 luglio 2014, Ventrici, n. 35269, inedita.

7. Conclusivamente sul punto, appare evidente che il raccordo che necessariamente deve intercorrere fra la misura restrittiva e la funzione cautelare che le è propria comporta che la compressione della libertà personale debba avvenire secondo un paradigma di rigorosa gradualità, così da riservare alla più intensa limitazione della medesima il carattere residuale di *extrema ratio*.

D'altronde, i canoni della adeguatezza e della proporzionalità concorrono a perimetrare in concreto il giudizio di selezione della misura più specificamente idonea a garantire le esigenze cautelari ravvisabili nel singolo caso, assicurando la necessaria flessibilità e individualizzazione della coercizione cautelare, al di fuori di meccanici automatismi o di rigide (e talora infondate) presunzioni.

Essi, naturalmente, in quanto regole per la commisurazione della "ragionevolezza" della limitazione della libertà personale, valgono sia nel momento genetico di applicazione della restrizione, sia nel corso della esecuzione della stessa, onde sia preservata in qualunque fase la inderogabile necessità che ogni misura, per non diventare una indebita anticipazione di pena, soddisfi funzionalmente una delle esigenze tassativamente previste dall'art. 274 c.p.p.

Ne consegue che non si può predeterminare in astratto, e una volta per tutte, la misura più idonea a soddisfare esigenze cautelari tanto variegata e mutevoli, tali da imporre piuttosto il rispetto di quei meccanismi individualizzanti di selezione del trattamento cautelare che il principio del minore sacrificio necessario implica, in ossequio alla necessità di contenere la compressione della libertà personale, prima della condanna definitiva, entro i limiti essenziali a fronteggiare le istanze del singolo caso.

8. Il Gip del Tribunale di Lecce aveva dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, secondo periodo, c.p.p., nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non ricorrono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano stati acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le predette esigenze possano essere soddisfatte con altre misure, e ciò «in particolar modo in relazione alla figura del concorso esterno in associazione di tipo mafioso».

Tale norma violerebbe infatti l'art. 3 Cost., sottoponendo al medesimo trattamento cautelare posizioni fra loro diverse, quali quelle dell'appartenente alla associazione mafiosa e del concorrente esterno nella stessa; violerebbe ancora l'art. 13, co. 1, Cost., che nella materia delle limitazioni della libertà personale stabilisce i principi di proporzionalità, di adeguatezza e del «minimo sacrificio necessario», nonché l'art. 27, co. 2, Cost., risultando (in maniera

inammissibile) assegnati alla coercizione cautelare i tratti funzionali tipici della pena.

Ha ricordato la sentenza in esame che il filone interpretativo avviato con la pronuncia n. 265 del 2010 si è sostanzialmente caratterizzato per aver posto in luce, di volta in volta, la differenza strutturale dei reati portati allo scrutinio costituzionale rispetto ai fatti di criminalità mafiosa, peculiarmente connotati da quella appartenenza dell'indiziato alla associazione reputata idonea a giustificare la presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura carceraria.

Le affermate censure di illegittimità non discendevano tanto dalla presunzione in sé, quanto dalla sua natura assoluta, che comportava una totale e indiscriminata negazione di ogni rilevanza al principio del "minimo sacrificio necessario".

All'interno di detto indirizzo la Consulta si è soffermata in special modo sulla sentenza n. 57 del 2013, con la quale aveva dichiarato la incostituzionalità della presunzione in oggetto in rapporto ai delitti di contesto mafioso, superando così, relativamente ad essi, la soluzione già adottata con l'ordinanza n. 45 del 1995.

Ha quindi ribadito, in conformità all'orientamento costante della Corte di Cassazione, che ricorre la qualità di «concorrente esterno in associazione mafiosa» in capo al soggetto che, senza essere stabilmente inserito nella organizzazione criminale, e rimanendo dunque estraneo alla *affectio societatis*, in assenza di una sua adesione permanente, fornisce un contributo causalmente efficiente - oltre che consapevole e volontario - alla conservazione o al rafforzamento del sodalizio.

Peraltro, il suo supporto può assumere forma di occasionalità, se non anche restare meramente episodico, ciò che sicuramente rende ancor più ingiustificabile la sua totale equiparazione sotto il profilo cautelare alla figura dell'associato, il cui contributo, invece, è per definizione stabile e duraturo nel tempo, con caratteristiche di spiccata pericolosità.

Ancora, e conseguenzialmente, se il soggetto che delinque con «metodo mafioso» o per agevolare l'attività di una consorteria criminale può far parte o meno della stessa (fattispecie considerata dalla sentenza n. 57 del 2013), il concorrente esterno, per sua stessa natura, rimane al di fuori del sodalizio (diversamente, si trasformerebbe proprio in un associato).

Viene quindi a mancare, anche nella presente ipotesi, quella congrua base statistica che, nel sorreggere una considerazione non sindacabile di estrema pericolosità, può legittimare la presunzione assoluta di adeguatezza della misura restrittiva più gravosa, assicurandole un fondamento giustificativo costituzionalmente valido.

9. È assai probabile che la pronuncia in commento sia l'ultima della serie inaugurata nell'ormai lontano 2010, alla luce della prossima entrata in vigore delle importanti modifiche della disciplina posta dall'art. 275 c.p.p. per effetto del d.d.l. n. 1232b<sup>16</sup>. La «carcerazione obbligatoria» come normativizzata dal «pacchetto sicurezza» del 2009 è stata ampiamente sconfessata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che con le sue pronunce manipolatorie ha trasformato il divieto assoluto di misure alternative alla custodia inframuraria in una presunzione relativa di loro inadeguatezza, tale da permetterne la applicazione nelle fattispecie in cui sia comprovata la ridotta pericolosità dell'indagato.

Dalle nuove regole si attende una razionalizzazione del complessivo sistema cautelare, volta anzitutto a evitare ingiustificati sacrifici della libertà personale.

**MARCO PETRINI**

---

<sup>16</sup> Su cui vedasi in *questa Rivista* online il commento di LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali*.