

Verso l'eclissi della cattura obbligatoria

Eleonora Fonseca

La decisione

Misure cautelari - Scelta della misura - Custodia cautelare in carcere - Presunzione assoluta di adeguatezza - Associazione a delinquere - Illegittimità costituzionale (Cost., artt. 3, 13, co. 1, 27, co. 2; C.p.p., 275, co. 3; C.p., art. 416).

Deve dichiararsi incostituzionale l'art. 275, co. 3, secondo periodo, c.p.p. come modificato dall'art. 2 d.-l. 23 febbraio 2009 n. 11, conv. con modificaz. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, 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, sent. n. 110 del 3 maggio 2012, (ud. 18 aprile 2012) QUARANTA, *Presidente* - LATTANZI, *Relatore*.

Il commento

1. La presunzione assoluta di adeguatezza operante nell'applicazione della custodia cautelare in carcere per alcuni delitti così come disposto dall'art. 275, co. 3, c.p.p. non è più da considerare come un territorio *sacro* e *proibito*, soprattutto perché ci si trova all'indomani della pronuncia delle Sezioni Unite che nel risolvere la questione di diritto riguardante la presunzione assoluta ex art. 275, co. 3, c.p.p. ha sollevato questione di costituzionalità del citato articolo in relazione all'art. 7 d.-l. 13 maggio 1991, n. 152 (conv. con modificazioni nella l. 12 luglio 1991, n. 203), in riferimento agli artt. 3, 13, co. 1, 27, co. 2, Cost.

La sentenza in commento trae origine dall'ordinanza di rimessione alla Consulta dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Ancona. Con la decisione del 22 agosto 2011 il giudice rimettente dubitava della conformità agli artt. 3, 13, co. 1, 27, co. 2, Cost. dell'art. 275, co. 3, c.p.p. come modificato dall'art. 2, co. 1, d.-l. 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in

materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui imponeva l'applicazione o non consentiva la sostituzione della misura cautelare della custodia in carcere con altra differente misura meno afflittiva per il delitto di cui all'art. 416 c.p. realizzato allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p.

Il Giudice rimettente era stato investito della richiesta del p.m. di sostituzione della misura degli arresti domiciliari, precedentemente disposta, con quella della misura cautelare in carcere.

L'applicazione della misura meno afflittiva per alcuni indagati era avvenuta perché, nella valutazione concreta, l'associazione a delinquere - finalizzata alla contraffazione di prodotti protetti da un noto marchio registrato - era composta da indagati che ricoprivano ruoli marginali perché operavano sotto le direttive dei sodali con funzioni di vertice ed i macchinari utilizzati per la contraffazione erano messi a disposizione dal *nucleo forte* dell'associazione.

In altri termini: gli indagati ricollocabili semplicemente nella *manovalanza* dell'associazione soggiacevano automaticamente alla stessa misura cautelare dei massimi esponenti. È stata contestata l'irragionevolezza della norma che detta l'obbligo di applicazione della misura cautelare più grave anche nei confronti di chi è sospettato per limitati profili di responsabilità penale della fattispecie delittuosa commessa.

Il p.m. insisteva per l'applicazione della misura più grave in quanto unica applicabile: il tenore dell'art. 275, co. 3, c.p.p. non permetteva altra scelta stante la riconducibilità della fattispecie in esame all'art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p. come modificato dall'art. 15, co. 4, l. 23 luglio 2009, n. 99 ⁽¹⁾. Inoltre, non vi erano possibili alternative nemmeno in via d'interpretazione analogica a seguito delle precedenti declaratorie di illegittimità costituzionale inerenti la medesima disciplina codicistica perché i delitti richiamati dalla normativa attuale hanno natura eterogenea. Da qui, il giudice rimettente, ritenendo "non superabile" il tenore della normativa applicabile e rilevando l'irragionevolezza della disposizione del codice di rito rispetto ai principi costituzionali, non ha potuto far altro che rinviare alla Corte costituzionale la decisione per la risoluzione del caso concreto, sospendendo così il giudizio.

In motivazione, la Corte costituzionale ha ricordato che la norma censurata possa qualificarsi come "*il frutto della stratificazione di una serie di interventi legislativi*" con quello, più recente, del 2009 interventi che hanno trasformato

¹ Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia.

la custodia cautelare in carcere da *extrema ratio* a regola per alcune ipotesi di reato ⁽²⁾. E così, ciò che emerge dalla sentenza costituzionale è che il Legislatore abbia l'impegno ad articolare il sistema cautelare secondo il modello della *pluralità aggravata* cioè predisponendo diverse misure alternative in modo che la libertà personale venga limitata in modo idoneo e che la valutazione delle esigenze cautelari per la fattispecie concreta si effettui sempre, senza eccezioni.

2. La disciplina delle misure cautelari deve essere ispirata al criterio del «minore sacrificio necessario» ed il sistema, così delineato, permette al giudice di scegliere la misura afflittiva più idonea. Si è detto però, che sono intervenute deroghe legislative che *vistosamente* (così si esprime la Consulta) rendono al sistema una doppia anima. Le eccezioni, infatti, stabiliscono che per i soggetti raggiunti da gravi indizi di colpevolezza per alcuni reati operi una duplice presunzione: la presunzione relativa e quella assoluta.

La presunzione relativa opera in punto di sussistenza delle esigenze cautelari mentre, la presunzione assoluta riguarda l'individuazione della misura da applicare. Vi sono due momenti: nel primo sussiste la discrezionalità del giudice di decidere sull'esigenza o meno di applicare la misura cautelare ma, nel momento in cui la si ravvisi, il Legislatore obbliga il giudice ad applicare soltanto la misura della custodia cautelare in carcere. Le decisioni che si fondino su questo meccanismo non possono che considerarsi irragionevoli: vero è che l'imposizione del Legislatore è giustificata da delitti di particolare gravità ed è per questo che decide anteriormente come limitare la libertà dei presunti colpevoli ma, rimane comunque non ragionevole pretendere l'applicazione della custodia cautelare in carcere anche se questa non è necessaria per la fattispecie concreta. Non è ragionevole l'operatività della presunzione assoluta che vada così a derogare il normale atteggiarsi del sistema articolato sulla limitazione della libertà solo se giustificata da effettivi accertamenti probatori e applicata considerando il minor sacrificio sofferto.

Se numerosi sono stati gli interventi legislativi, altrettanto numerose sono state le declaratorie d'incostituzionalità ⁽³⁾. La Corte costituzionale sta correttamente impedendo l'operatività della presunzione assoluta, derivante da un intervento normativo connotato più da una forte carica di emotività politica - la

² PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Digesto pen.*, IX, Torino, 1995, 680.

³ Corte cost., sent. n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011; n. 331 del 2011; cfr. PETRINI, *Osservazioni a prima lettura, sub Osservatorio sulla Corte Costituzionale*, in www.archivio.penale.it,

repressione estrema per i delitti che innescano allarme ed insicurezze nella collettività - che da una logica processuale razionale e costituzionalmente adeguata ai canoni del giusto processo ⁽⁴⁾. La disciplina eccezionale soffre della manifesta irragionevolezza dello speciale regime cautelare stabilito per determinati delitti. La produzione normativa del Legislatore ha violato i principi della libertà personale - art. 13, co. 1, Cost. - e la presunzione di non colpevolezza - art. 27, co. 2, Cost. ⁽⁵⁾. La libertà personale può essere compressa solo nella misura in cui soddisfi le esigenze cautelari del caso concreto e quindi tale sofferenza non può essere commisurata direttamente dal Legislatore preventivamente ed in via generale ed astratta, tanto meno poi se tale generalizzazione venga ricondotta alla misura afflittiva della specie più grave.

Il giudice chiamato a valutare le singole fattispecie concrete deve poter decidere secondo il principio di adeguatezza, in forza del quale il giudice deve scegliere la misura meno gravosa fra quelle astrattamente idonee a garantire le esigenze cautelari e rinviare l'applicazione della misura carceraria esclusivamente se le altre risultano inadeguate. Invece, il Legislatore ha *vincolato* la discrezionalità giudiziaria modificando l'art. 275, co. 3, c.p.p. nel senso di far venire meno ogni potere di scelta del giudice ed obbligandolo a disporre la misura cautelare più grave indipendentemente da qualunque tipo di valutazione sulla gravità indiziaria del singolo indagato.

3. Nel delitto di associazione a delinquere (non del tipo mafioso) finalizzato alla commissione dei reati *ex artt.* 473 e 474 c.p.p. non sussiste la *forza intimidatrice* del vincolo associativo e la *condizione di assoggettamento e di omertà* tipiche delle organizzazioni criminali con matrice territoriale ed è per questo che la Corte costituzionale ha statuito che per questa fattispecie criminosa la misura cautelare in carcere si applica soltanto se dal caso concreto

⁴ La presunzione di inadeguatezza di misure diverse dalla custodia in carcere: “non potrebbe ritenersi legittimata dall’esigenza di contrastare situazioni di allarme sociale, legate all’asserita crescita numerica di taluni delitti: l’eliminazione o la riduzione dell’allarme sociale causato dal reato del quale l’imputato è accusato non può essere, infatti, annoverata tra le finalità della custodia cautelare, costituendo una funzione istituzionale della pena, che presuppone la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l’allarme” (N. LA ROCCA, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Torino, 2012, 132).

⁵ In sostanza, il punto di partenza, obbligato e di fondo, nella risoluzione del problema, va colto nel dettato dell’art. 27, co. 2, Cost. che: “nello stabilire la c.d. presunzione di non colpevolezza dell’imputato, si pone a supernorma, cogente per il legislatore ed illuminante per l’operatore giuridico, dovendo la legge ordinaria essere interpretata alla luce della norma costituzionale e non già questa essere distorta nell’errato ossequio di una legislazione che non sia stata - come è accaduto - tempestivamente adeguata ai principi fondamentali dell’ordinamento” ; cos’, in termini sempre attuali, GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive d’indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, III, 518.

non emergano elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure meno afflittive.

In definitiva, questo sistema derogatorio è da ritenersi incostituzionale se non in relazione ai delitti di mafia ⁽⁶⁾.

Attualmente, si attende di avvistare all'orizzonte la declaratoria d'incostituzionalità della presunzione assoluta anche per i delitti aggravati dall'art. 7 legge n. 203 del 1991 e quindi che la Corte costituzionale riconosca la sostanziale differenza fra coloro che sono associati alla compagine mafiosa e chi pur non facendone parte sconta però la stessa sorte cautelare. In un primo momento è stata la Seconda Sezione penale della Corte di cassazione a rimettere la questione dinanzi le Sezioni Unite con ordinanza così motivata: *“quando a essere contestata non è l'appartenenza al sodalizio mafioso bensì un'ipotesi un delitto aggravato ai sensi dell'art. 7 l. n. 203 del 1991 è contestata, quindi, una condotta accessoria, ben diversa dalla specifica condotta di partecipazione. Anche sotto tale profilo, la parificazione di due condotte diverse al fine della operatività della presunzione legale non appare giustificata secondo il criterio della ragionevolezza e del generale principio di uguaglianza”* ⁽⁷⁾. E successivamente, le Sezioni Unite hanno accolto l'istanza difensiva volta ad ottenere la trattazione della questione dinanzi la Corte costituzionale. Non resta che attendere e sperare in un'altra pronuncia ragionevole della Consulta.

⁶ Cfr. Corte cost., ord. n. 450 del 1995; in pari sensi Corte EDU, sent. 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, che ha ritenuto la misura carceraria adeguata al reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. perché necessaria a *“tagliare i legami esistenti tra le persone interessate ed il loro ambito criminale di origine”*; sul punto G. MANTOVANI, *Dalla Corte europea una legittimazione alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *L.P.*, 2004, 513.

⁷ “Cass., Sez. II, 18 aprile 2012, Lipari, in *www.archivio.penale.it*, con osservazioni di SANTORIELLO.