

## Libertà personale

### Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio

Nadia E. La Rocca

#### La decisione

**Misure cautelari personali - Criteri di scelta - Presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere - Reati aggravati ex art. 7, d.l. n. 152 del 1991 - Illegittimità costituzionale (Cost., artt. 3, 13, co. 1, 27, co. 2; C.p.p., art. 275, co. 3; D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., in l. 23 aprile 2009, n. 38; d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modif., in l. 12 luglio 1991, n. 203, art. 7).**

*È costituzionalmente illegittimo l'art. 275, co. 3, secondo periodo, c.p.p., come modificato dall'art. 2, co. 1, del 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 legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo del codice penale, 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. Nell'apprezzamento di queste ultime risultanze, il giudice dovrà valutare gli elementi specifici del caso concreto, tra i quali l'appartenenza dell'agente ad associazioni di tipo mafioso ovvero la sua estraneità ad esse.*

CORTE COSTITUZIONALE, 25 marzo 2013, n. 57, GALLO, *Presidente* - LATTANZI, *Relatore*.

Il testo della decisione in commento è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*.

#### Il commento

**1.** Con la sentenza n. 57 del 2013 la Consulta ha confermato la linea esegetica intrapresa a partire dalla sentenza n. 265 del 2010, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, c.p.p. [anche] nella parte in cui impone[va] l'applicazione della sola misura custodiale in carcere in pre-

senza di gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p., o al fine di agevolare l'attività delle associazioni contemplate dallo stesso articolo del codice penale<sup>1</sup>.

La questione di legittimità della disposizione *de qua* ha avuto ad oggetto, ancora una volta, la violazione degli artt. 3, 13, co. 1, e 27, co. 2, Cost. Nelle ordinanze di rimessione<sup>2</sup> era stata posta in evidenza una illegittima limitazione, da parte del Legislatore, della discrezionalità del giudice nell'esercizio del suo potere di adeguare la misura al caso concreto. Secondo i giudici rimettenti l'art. 275, co. 3, c.p.p., era idoneo ad "appiattare" - in modo irragionevole - situazioni oggettivamente e soggettivamente diverse con una uguale risposta cautelare, in modo tale da rendere inoperanti i criteri di proporzionalità e di adeguatezza, in aperto contrasto con quanto imposto dagli artt. 3, 13, co. 1, e 27, co. 2, Cost.

Il percorso argomentativo elaborato nelle ordinanze di rimessione ha avuto un inevitabile punto di forza nelle indicazioni offerte dal Giudice delle leggi nelle pregresse declaratorie parziali di illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, c.p.p.<sup>3</sup>, che hanno imposto, nel rispetto dell'art. 13 Cost., di circoscrivere allo strettamente necessario le misure limitative della libertà personale, attribuendo alla custodia in carcere il connotato di estremo rimedio in quanto, in conformità ai contenuti del co. 2 dell'art. 27 Cost., in mancanza di una effettiva e concreta esigenza cautelare, rappresenterebbe un'indebita anticipazione della pena prima del definitivo accertamento giudiziale della responsabilità penale.

Ma non solo. Nella specie, soprattutto con la decisione di rimessione delle Sezioni unite della Suprema Corte, è stata predisposta una linea esegetica che, rispetto al passato, ha avuto il pregio di stabilire una necessaria linea di demarcazione tra fenomeno criminoso mafioso e fattispecie criminose "comuni" aggravate ex art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152. Queste ultime, come rileva-

---

<sup>1</sup> E, pertanto, dei delitti contestati con l'aggravante prevista dall'art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203.

<sup>2</sup> La medesima questione di illegittimità costituzionale è stata sollevata sia dal Tribunale del riesame di Lecce, con due ordinanze depositate, rispettivamente, il 16 maggio 2012 (r.o. n. 131 del 2012) e il 7 giugno 2012 (r.o. n. 175 del 2012), sia dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (n. 269 del 10 settembre 2012).

<sup>3</sup> Interventute con le sentenze n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011; n. 331 del 2011; n. 110 del 2012 della Corte costituzionale.

to dalla Suprema Corte, «avendo, o potendo avere, una struttura individualistica, potrebbero non postulare necessariamente esigenze cautelari affrontabili in via esclusiva con la custodia in carcere. La circostanza aggravante in esame può accompagnare, invero, la commissione di qualsiasi fattispecie delittuosa; di talché, ove vi si volesse ricomprendere anche i reati così aggravati nella locuzione delitti di mafia, cui si fa ripetutamente richiamo nelle decisioni della Corte costituzionale, si finirebbe con l'assimilare, sotto il profilo del disvalore sociale e giuridico, manifestazioni del tutto differenti, sia con riferimento alla loro portata criminale, sia con riferimento alla pericolosità dell'agente: la presunzione di adeguatezza della misura della custodia in carcere per delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416 bis c.p., comporterebbe, infatti, una parificazione tra chi a dette associazioni abbia aderito e chi, invece, senza appartenere ad esse, abbia inteso agevolare le attività delle associazioni stesse. Parificazione che sembrerebbe ingiustificata (...) laddove la presunzione in argomento è stata ritenuta ragionevole e giustificata solo in presenza di un legame associativo, peraltro connotato da specifiche caratteristiche (...) che non sembrano riscontrabili in una condotta delittuosa pur aggravata ai sensi dell'art. 7 del D.L. n. 152 del 1991»<sup>4</sup>.

Sulla scorta di tali indicazioni, la Corte costituzionale ha ritenuto di ridurre ancora la lista delle imputazioni per le quali rimane operativo il severo regime di obbligatorietà della custodia in carcere, a meno che non siano stati acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari, quale che ne sia la natura od il grado, ritenendo di estendere le considerazioni relative al già individuato contrasto della disposizione impugnata con gli artt. 3, 13, co. 1, e 27, co. 2, Cost., anche ai delitti commessi avvalendosi del cosiddetto "metodo mafioso" o al fine di agevolare le attività delle associazioni previste dall'art. 416-bis c.p.

Il Giudice delle leggi, oltre a mettere in luce le ricadute dei meccanismi presuntivi sul criterio di proporzionalità, per il quale «ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata» (art. 275, co. 2, c.p.p.), ha evidenziato, anche avvalendosi delle censure sollevate dalle difese, che «l'ampio numero dei reati-base suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione del regime cautelare speciale segnala la possibile diversità del "significato" di ciascuno di essi sul piano dei pericula libertatis, il che offre un'ulteriore conferma dell'insussistenza di una

<sup>4</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 19 luglio 2012, Lipari, in *Arch. pen.*, 2013, 303, con nota di FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*.

*congrua “base statistica” a sostegno della presunzione censurata: la posizione dell’autore dei delitti commessi avvalendosi del cosiddetto “metodo mafioso” o al fine di agevolare le attività delle associazioni di tipo mafioso, delle quali egli non faccia parte, si rivela, infatti, non equiparabile a quella dell’associato o del concorrente nella fattispecie associativa, per la quale la presunzione delineata dall’art. 275, co. 3, c.p.p. risponde a dati di esperienza generalizzati».*

Attingendo ai contenuti delle precedenti declaratorie di incostituzionalità del più volte evocato art. 275 c.p.p., la Consulta ha riscontrato, anche grazie agli orientamenti della Corte nomofilattica, che la possibile estraneità dell’autore dei delitti aggravati dalla “mafiosità” a un’associazione di tipo mafioso fa escludere che si sia sempre in presenza di «*un reato che implichi o presupponga necessariamente un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità – per radicamento nel territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice –, vincolo che solo la misura più severa risulterebbe, nella generalità dei casi, in grado di interrompere*»<sup>5</sup>. Essendo, invero, la congrua “base statistica” della presunzione in questione collegata all’«*appartenenza ad associazioni di tipo mafioso*»<sup>6</sup>, una fattispecie che, anche se collocata in un contesto mafioso, non presupponga siffatta “appartenenza”, non assicura alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere un fondamento giustificativo conforme a Costituzione. Alla luce di questi rilievi, è stata riscontrata, ancora una volta, la triplice violazione della “Legge fondamentale” ad opera del co. 3 dell’art. 275 c.p.p., e cioè: dell’art. 3 Cost., «*per l’ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti considerati a quelli concernenti i delitti di mafia, nonché per l’irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai relativi paradigmi punitivi*»; dell’art. 13, co. 1, Cost., «*quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale*»; dell’art. 27, co. 2, Cost., «*in quanto*» la presunzione assoluta finiva con l’attribuire «*alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena*».

## **2. Il contesto normativo di riferimento**

La decisione in esame non può che essere condivisa. In un’ottica di ridimensionamento e di riordino del sistema delle cautele, la Consulta ha colto ancora una volta l’occasione per chiarire i limiti entro i quali la presunzione asso-

<sup>5</sup> V., in modo particolare, Corte cost., n. 164 del 2011.

<sup>6</sup> Così aveva stabilito Corte cost., n. 265 del 2010.

luta di adeguatezza della custodia in carcere può apparire ragionevole<sup>7</sup>, ponendo dei punti fermi sulla reale funzione assegnata alla misura coercitiva che, per essere compatibile con la presunzione d'innocenza, non può mai assurgere ad espiazione anticipata di una pena non ancora irrogata.

In prospettiva generale la sistematica delle cautele è stata improntata, con l'entrata in vigore del codice dell'88, al «*divieto di disporre la custodia in carcere se con l'applicazione di altre misure di coercizione personale possono essere adeguatamente soddisfatte le esigenze cautelari*»<sup>8</sup>.

A fronte del concatenarsi di eventi delittuosi di grave impatto sulla collettività il Legislatore, derogando alla regola appena richiamata, e avvalendosi della decretazione d'urgenza, ha poi introdotto meccanismi di automatica applicazione della più aspra delle cautele personali alla presenza di esigenze cautelari e gravi indizi di colpevolezza in ordine a determinate tipologie di reati ritenute di particolare gravità. Il catalogo di fattispecie criminose, ab origine sorto per fronteggiare fenomeni di matrice mafiosa, ha subito, nel tempo, una notevole espansione<sup>9</sup> in virtù di interventi normativi – alquanto disomogenei e discutibili – legati alla necessità di placare emozioni collettive enfatizzate dai mass media e, tuttavia, non abbastanza razionalizzati nell'intento di offrire risposte formali, apparenti e di notevole impatto sociale<sup>10</sup>.

Si è verificato, allora, un potenziamento della disciplina speciale per le fattispecie di reato di maggior allarme sociale, inserito in un contesto politico-

---

<sup>7</sup> In relazione all'ammissibilità della presunzione in relazione a tali reati si era già espressa sia la Corte costituzionale, sia la Corte europea dei diritti dell'uomo. Entrambe le Corti avevano fatto leva sulla specificità dei predetti delitti, la cui connotazione strutturale astratta (come reati associativi e, dunque, permanenti entro un contesto di criminalità organizzata, o come reati a tale contesto comunque collegati) valeva a rendere verosimile il protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione (in tal senso, con varie argomentazioni, Corte cost., ord. n. 450 del 1995; Id., ord. n. 130 del 2003; Id., n. 40 del 2002; Corte eur. dir. uomo, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia

<sup>8</sup> V., testualmente, la Direttiva n. 59 della Legge-Delega 16 febbraio 1987, n. 81, sul nuovo codice di procedura penale.

<sup>9</sup> La modifica del co. 3 dell'art. 275 c.p.p. è avvenuta, in un primo momento, con riferimento ai delitti di criminalità organizzata e con le modalità tipiche del reato di cui all'art. 416 *bis* c.p., ad opera dell'art. 5 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 ("Provvedimenti urgenti per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza del buon andamento dell'attività amministrativa") convertito nella l. 8 agosto 1995 n. 223, e -più di recente- ad opera dell'art. 2 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, nella l. 23 aprile 2009, n. 38.

<sup>10</sup> Sul punto v., di recente, GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. it.*, IV, 2013, 3. Per osservazioni analoghe cfr. anche DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, *Le misure cautelari*, a cura di Scalfati, Torino, II, 2008, p. 78.

sociale di “emergenza”, con la riproposizione di quelle “controriforme normative”<sup>11</sup>, foriere dell’instaurazione di un regime di quasi obbligatorietà della custodia cautelare in carcere, censurate dalla dottrina<sup>12</sup> in quanto introduttive, in via surrettizia, di deprecabili forme di “cattura obbligatoria”, elusive delle scelte operate dal Legislatore del 1988, che aveva voluto abbandonare simili soluzioni- confliggenti con il contenuto dell’art. 27, co. 2, Cost. - privilegiando, anche per reati gravissimi, il ricorso alla discrezionalità del giudice.

A fronte di un simile quadro normativo, il ruolo della Corte costituzionale è stato determinante «*nell’erodere una presunzione che, partendo dal dato della pericolosità degli imputati, quale elemento per reprimere l’adozione di misure cautelari meno gravose del carcere, in coincidenza con stagioni animate da una forte repressività*»<sup>13</sup>, ha snaturato il principio del minore sacrificio della libertà personale con l’imposizione della misura più gravosa - di regola prevista solo di fronte all’impossibilità di arginare le esigenze cautelari con misure più tenui - allargandone lo spettro ad ipotesi delittuose mancanti di quei caratteri che, alle origini dell’attuale codice di rito, avevano animato il conio dell’eccezione. E la decisione in esame costituisce l’ultima tappa di un percorso che, ad un certo momento, si è reso necessario per depurare il sistema delle cautele personali da tutto ciò che tradiva la *ratio* ispiratrice non solo delle regole ma, soprattutto, delle deroghe alla discrezionalità del giudice nella scelta della misura più adeguata al caso concreto.

---

<sup>11</sup> Il riferimento è alle modifiche apportate all’art. 275, co. 3, c.p.p. dal d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. con modif., nella l. 12 luglio 1991 n. 203 che imponeva la custodia in carcere per numerose fattispecie non omogenee fra di loro, quali, la devastazione, il saccheggio, la strage, la guerra civile, l’omicidio, la rapina aggravata, l’estorsione aggravata, il sequestro di persona, l’associazione mafiosa (con l’intera gamma dei reati che vi sono intesi o defluiscono), la disciplina degli stupefacenti (artt. 73, 74 e 80, co. 2, d.D.P. 9 ottobre 1990, n. 309), la fabbricazione e il commercio delle armi, e che, in un primo momento, “timidamente” manteneva ancora ferma la valutazione del giudice circa la possibilità di soddisfare le esigenze cautelari con altre misure. Il d. l. 9 settembre 1991, n. 292, conv. nella l. 8 novembre 1991, n. 356, eliminava, poi, “con maggiore incisività”, tale potere.

<sup>12</sup> Cfr., sull’argomento, DALIA, *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Atti del Convegno in memoria di Galati A. (Caserta, 12-14 ottobre 2001), Milano, 2003, 107; ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di Grevi, Milano 1996, 92; MARZADURI, *Commento all’art. 5 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in *Leg. pen.*, 1995, 621. V. di recente MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 964; SCAGLIONE, *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 575.

<sup>13</sup> In tal senso, condivisibilmente, GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare*, cit., 3.

### 3. Il fondamento della “relativizzazione” della presunzione.

A tale ultimo proposito, invero, non può farsi a meno di ricordare che il presupposto che aveva guidato il Legislatore nell'introduzione del regime - eccezionale - di adeguatezza della sola custodia in carcere era costituito dalla forza intimidatrice caratterizzante il vincolo tipico delle associazioni di stampo mafioso e dalle condizioni di assoggettamento ed omertà che ne sono conseguenza, trattandosi un fenomeno sociologico ed empirico caratterizzato da una solida e permanente adesione dei sodali inseriti in un'organizzazione gerarchica, rafforzata da una serie di collegamenti e dal radicamento territoriale che consente la diffusione ed espansione del programma e dei risultati illeciti. La presa di coscienza del fenomeno mafioso così delineato, ha reso possibile una sorta di “compromesso” codificato<sup>14</sup> che ha avuto ad oggetto il sacrificio di valori costituzionali a fronte di una speciale pericolosità che, sul piano cautelare imponeva e può tutt'oggi imporre, senza alternative, la custodia in carcere in presenza di esigenze cautelari.

Per converso, in tutti gli altri casi, la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere è stata destinata a soccombere ove sottoposta ad un giudizio di ragionevolezza ed in mancanza delle connotazioni normative tipiche del fenomeno “mafioso”, ritenuto il solo idoneo a fornire una congrua base statistica alla presunzione stessa.

Come ha sostenuto il Giudice delle leggi<sup>15</sup>, la presunzione è accettabile qualora sia espressione di “massime di esperienza generali”. Viceversa, la presunzione viola il principio di eguaglianza quando è “irrazionale”, e cioè se ed in quanto sia agevole smentirla formulando ipotesi di “accadimenti reali contrari alla presunzione”<sup>16</sup>. Ed in tale prospettiva i profili che contraddistinguono il delitto di associazione di tipo mafioso hanno avuto rilevanza non solo come motivi del riconoscimento della ragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza del carcere cautelare per tale specifica imputazione, bensì, più in generale, anche come paradigma che si impone laddove si voglia invocare a

---

<sup>14</sup> In via di eccezione, a causa della recrudescenza della criminalità organizzata, fin dal 1991 è stata introdotta una presunzione relativa di esistenza delle esigenze cautelari ed una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per i delitti di associazione mafiosa.

<sup>15</sup> In modo particolare nella sentenza n. 265 del 2010.

<sup>16</sup> In proposito è stato osservato che, come per la scienza, così per le massime di esperienza deve essere possibile accertare se la regola possa essere smentita nel caso concreto. Qualunque sia l'ambito applicativo nel quale è calata, la massima di esperienza deve resistere ai tentativi di falsificazione. In tal senso v. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 949.

buon titolo tale regime processuale<sup>17</sup>.

Alla luce di tanto, è stato consequenziale rintracciare l'irragionevolezza di una equiparazione, quanto a regime cautelare, dei procedimenti per i delitti differenti da quelli tipicamente "mafiosi", proprio per l'impossibilità di considerare in via unitaria le varie fattispecie concrete comuni che, nella loro fenomenologia, oltre a presentare disvalori differenziabili, spesso sono «*meramente individuali e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo con la massima misura*». Né la ragionevolezza poteva essere recuperata sulla scorta della «*gravità astratta del reato, desunta dalla misura della pena o dall'elevato rango dell'interesse protetto*», trattandosi di parametri «*inidonei, di per sé, a fungere da elementi preclusivi ai fini della verifica della sussistenza di esigenze cautelari e del loro grado*». Così pure, infine, nessuna legittimazione pareva desumibile dall'esigenza di eliminare o ridurre l'allarme sociale causato dal reato, che si delinea come «*una funzione istituzionale della pena, perché presuppone la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme*»<sup>18</sup>.

A tali conclusioni non è stato sottratto lo sfavorevole automatismo legittimato dall'art. 275, co. 3, c.p.p. in riferimento a delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p. o per agevolare le associazioni di stampo mafioso (o aggravati dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991), nonostante l'apparente parificabilità di situazioni obiettivamente diverse. Ed è, con molta probabilità, quest'ultimo l'aspetto che mostra l'alto significato della decisione in commento.

E si spiega.

Nonostante il richiamo formale ai connotati propri e tipici delle fattispecie sintomatiche della ragionevolezza della presunzione di adeguatezza della custodia carceraria- ovvero il richiamo agli aspetti "allarmanti" codificati nell'art. 416-*bis* c.p. - con la sentenza in esame la Consulta ha superato<sup>19</sup> le solo arte-

<sup>17</sup> V., per tale osservazione, MARZADURI, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Leg. pen.*, 2011, 3.

<sup>18</sup> Tali moniti sono rintracciabili nelle motivazioni delle sentenze di Corte cost., n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011.

<sup>19</sup> Con la sentenza n. 450 del 1995 la Corte costituzionale aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, c.p.p. sottolineando, tra l'altro, che «*la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso*» - delimitazione mantenuta dalla legge 8 agosto 1995, n. 332 (Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa) - «*rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connatu-*

fatte similitudini che la molteplicità dei delitti commessi per agevolare consorterie criminose, o aggravati dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, possano presentare con la fattispecie prevista e punita dall'art. 416-*bis* c.p. e che, in virtù di una norma "di organizzazione" degli uffici di Procura, quale l'art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p. richiamato dal co. 3 dell'art. 275 c.p.p., hanno fino ad oggi giustificato l'impossibilità di fronteggiare le esigenze cautelari con misure diverse da quella detentiva in carcere. Tale presa di posizione, oltre a ricondurre a sistema il principio della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere a soddisfare le esigenze cautelari, rappresenta un'evoluzione garantista verso un recupero di quel necessario equilibrio tutelato dai principi di proporzionalità ed adeguatezza delle misure.

Non può sfuggire, invero, che l'agire al fine di agevolare le attività di un'associazione mafiosa possa costituire comportamento grave e indice di pericolosità, ma tale peculiare finalità rappresenta soltanto un elemento accidentale del reato, inidoneo a connotare, in astratto, qualsiasi condotta in termini tali da far ritenere che la pericolosità dell'agente possa essere fronteggiata solo con la più grave misura coercitiva. Invero, ed è questa la presa di coscienza più apprezzabile, *«l'ampio numero dei reati-base suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione del regime cautelare speciale segnala la possibile diversità del "significato" di ciascuno di essi sul piano dei pericula libertatis, il che offre un'ulteriore conferma dell'insussistenza di una congrua "base statistica" a sostegno della presunzione censurata (...). Sotto questo profilo, dunque, la posizione dell'autore dei delitti commessi avvalendosi del cosiddetto "metodo mafioso" o al fine di agevolare le attività delle associazioni di tipo mafioso, delle quali egli non faccia parte, si rivela non equiparabile a quella dell'associato o del concorrente nella fattispecie associativa, per la quale la presunzione delineata dall'art. 275, co. 3, c.p.p. risponde, come si è detto, a dati di esperienza generalizzati»<sup>20</sup>.*

I giudici della Consulta si sono rivelati assai rigorosi nella verifica dei presupposti necessari per affermare la non irragionevolezza della presunzione assoluta con riferimento ai fatti di mafia, mantenendo comunque un regime differenziato, sia pure nella forma della presunzione relativa, e non più assoluta, di adeguatezza della custodia carceraria. È stata, pertanto, indicata una "terza via" mirante all'operatività di una valutazione in concreto sulla sussistenza del *periculum libertatis*, bandendo il pericoloso automatismo ancorato al mero

---

rato».

<sup>20</sup> Così dal testo della motivazione della sentenza in esame.

titolo del reato.

Si tratta di un “passo avanti” di non poco momento.

Non è fuori luogo porre in evidenza che gli automatismi e le presunzioni, oltre a disancorare il sistema di privazione della libertà *ante* giudizio dalle condizioni imposte dalla Costituzione, limitano il diritto di difesa nella misura in cui favoriscono omissioni dell’obbligo di motivare *sulle specifiche esigenze che in concreto giustificano l’applicazione* della custodia cautelare in carcere<sup>21</sup>, rendendole non conoscibili al prevenuto e, pertanto, non sottoponibili a controllo alcuno. Chi non conosce gli elementi concreti circa la necessità della restrizione della libertà, d’altronde, non può addurre ragioni per difendersi che vadano oltre una improduttiva e generica protesta.

Sul punto merita sottolineatura una recente affermazione delle Sezioni unite che, prendendo spunto dalla linea esegetica del Giudice delle leggi, ha ribadito come «il sistema cautelare esiga che le condizioni e i presupposti per l’applicazione di una misura restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena individualizzazione della coercizione cautelare. Ed è del tutto evidente che i postulati della flessibilità e della individualizzazione che caratterizzano l’intera dinamica delle misure restrittive della libertà, non possono che assumere connotazioni “bidirezionali”, nel senso di precludere tendenzialmente qualsiasi automatismo - che inibisca la verifica del caso concreto - non soltanto in chiave, per così dire, repressiva, ma anche sul versante “liberatorio”»<sup>22</sup>.

In tale ortodossa metodologia si coglie la latitudine costituzionale della motivazione dei provvedimenti limitativi della libertà personale, imposta proprio per vincolare a formule legali il libero convincimento del giudice che deve prestarsi a rifuggire da qualsiasi elemento che introduca fattori che compromettano la flessibilità, tipica del meccanismo delle cautele, attraverso automa-

---

<sup>21</sup> In tal senso depono l’art. 292, co. 2, lett. c, c.p.p.

<sup>22</sup> Così Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, P.G. in proc. K.M., in *Dir. pen. proc.*, 2011, 677, con la quale è stato eloquentemente ribadito che «il perimetro dei valori costituzionali entro i quali può trovare soluzione il quesito sottoposto all’esame di queste Sezioni unite e che ovviamente illumina il percorso argomentativo da seguire, è stato nitidamente tracciato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, da ultimo, si è espressa in termini di univoca chiarezza, ai fini che qui interessano, nella sentenza n. 265 del 2010. Il tema dell’an e del quomodo delle misure limitative della libertà personale ruota, infatti, tutto attorno a due parametri in apparente frizione logica fra loro: da un lato, il principio di inviolabilità della libertà personale, con i relativi corollari di tipicità, riserva di legge, giurisdizionalità e limitazione temporale che ne assistono le eccezionali deroghe, sancito dall’art. 13 Cost., e, dall’altro, il principio di presunzione di non colpevolezza, previsto dall’art. 27, co. 2, della medesima Carta».

tismi inammissibili. E anche sotto quest'ultimo profilo può apprezzarsi la portata "pedagogica" della decisione costituzionale in commento.

#### **4. Nuove prospettive e "vecchie" prassi.**

Deve da ultimo evidenziarsi la portata monitoria delle affermazioni della Consulta e, di conseguenza, analizzare in che misura esse debbano incidere sulle vicende cautelari in cui la - ormai relativa - presunzione di adeguatezza aveva legittimato l'emissione di un'ordinanza applicativa della custodia in carcere.

Ebbene. Posto che il *dictum* costituzionale imporrà nuove metodologie per i "futuri" provvedimenti di richiesta ed applicazione di misure cautelari fondate sulla sussistenza di un coacervo indiziario relativo ai delitti aggravati dal c.d. "metodo mafioso" o finalizzati ad agevolare associazioni dello stesso tipo, è con riferimento ai procedimenti cautelari in corso che deve valutarsi l'incidenza della declaratoria di incostituzionalità.

A situazioni diverse corrispondono diverse riflessioni. Le ripercussioni concrete mutano, invero, a seconda che penda o meno un giudizio impugnatorio avverso l'ordinanza cautelare e, in caso positivo, a seconda che lo stesso sia pendente innanzi al tribunale del riesame (*ex art. 309 c.p.p.*) o alla Corte di cassazione (*ex art. 311 c.p.p.*).

Qualora si siano esauriti i mezzi di controllo prima dell'intervento della declaratoria di incostituzionalità, ed il giudice - se le esigenze possano essere in altro modo soddisfatte - non sostituisca d'ufficio la misura coercitiva in carcere con altra meno afflittiva, il prevenuto potrà avanzare istanza di sostituzione o revoca ai sensi dell'art. 299, co. 1 e 2, c.p.p., adducendo l'illegittimità sopravvenuta dell'automatismo che aveva giustificato la coercizione. Può affermarsi, inoltre, che nel caso in cui la declaratoria di incostituzionalità della presunzione di adeguatezza assoluta *ex art. 275, co. 3, c.p.p.* sia intervenuta nelle more della celebrazione dell'udienza camerale per il riesame *ex art. 309 c.p.p.*, non sussistano ragioni per dubitare dell'incidenza immediata del nuovo regime cautelare sulle valutazioni del tribunale della libertà, potendo le stesse sostituirsi a quelle del giudice che aveva applicato la cautela prima della pubblicazione della decisione costituzionale, per adeguare la misura alle effettive e concrete esigenze cautelari.

Se, invece, il giudizio impugnatorio penda innanzi alla Suprema Corte ed abbia ad oggetto la decisione di conferma - emessa dal tribunale del riesame - dell'ordinanza applicativa della misura coercitiva, l'operatività della normati-

va più favorevole risulta fortemente condizionata dai limiti del *devolutum* che caratterizzano la cognizione nel giudizio di cassazione.

Stando ai recenti orientamenti espressi dal Giudice nomofilattico «*il sindacato di legittimità dell'ordinanza del tribunale del riesame non può avvalersi della sopravvenienza intervenuta dopo la decisione che costituisce oggetto del ricorso per cassazione*»<sup>23</sup>. Difatti, l'ambito conoscitivo del giudice del riesame, secondo quanto previsto dall'art. 309 c.p.p., è circoscritto alla valutazione delle acquisizioni coeve all'emissione dell'ordinanza coercitiva, delle sopravvenienze favorevoli all'indagato e degli ulteriori elementi “addotti dalle parti nel corso dell'udienza” (art. 309, co. 9, c.p.p.), anche se non presentati al giudice che emise la misura<sup>24</sup>. Qualora, pertanto, in sede di riesame, non sia stata sollevata o rilevata la prospettazione di illegittimità della norma, poi in effetti dichiarata incostituzionale, la Corte di cassazione investita del ricorso ex art. 311 c.p.p., può ritenere l'ordinanza impugnata in linea con le disposizioni legislative vigenti al tempo in cui la decisione venne assunta<sup>25</sup>.

V'è da chiedersi, tuttavia, quale epilogo possa avere il giudizio di cassazione nel caso in cui sia in sede di riesame che in sede di ricorso ex art. 311 avverso il provvedimento di conferma del tribunale della libertà, siano stati fatti valere, avverso l'ordinanza coercitiva, i profili di illegittimità della presunzione di adeguatezza poi dichiarata incostituzionale.

Appare chiaro che la Suprema Corte non possa non tener conto dell'intervenuta inoperatività della presunzione giustificatrice dell'ordinanza coercitiva. E la prassi è nel senso dell'adozione di una decisione di annullamento con rinvio al tribunale del riesame per la decisione di eventuale soste-

---

<sup>23</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 11 gennaio 2011, Fascella, in *Mass. Uff.*, 249927. Nella specie, il fatto sopravvenuto era consistito nella declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 275, co. 3, c.p.p., per effetto della sentenza n. 265 del 2010 della Corte costituzionale, quanto alla presunzione relativa di adeguatezza della custodia carceraria per i reati sessuali. Secondo il costante orientamento su tale aspetto, «*nel giudizio di impugnazione di una misura cautelare personale è inibito alla Corte provvedere direttamente alla valutazione, al fine di verificarne il carattere di elemento favorevole per l'indagato, di un atto sopravvenuto alla emissione del provvedimento coercitivo e non trasmesso dal pubblico ministero al tribunale del riesame, atteso che il sindacato di legittimità può essere esercitato, eventualmente, solo sulla motivazione con la quale il predetto tribunale abbia respinto analoga censura prospettata con la richiesta o nel corso dell'udienza camerale*». In tal senso Cass., Sez. II, 6 novembre 2001, Fava, in *Mass. Uff.*, 220946.

<sup>24</sup> In tal senso Cass., Sez. I, 12 settembre 2007, Speciale e altro, in *Mass. Uff.*, 237764.

<sup>25</sup> La nuova disciplina conseguente alla declaratoria di incostituzionalità può essere fatta valere soltanto con la richiesta di revoca e modifica della misura al giudice competente, il quale dovrà esaminare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura cautelare, alla luce dell'eliminazione della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il reato per cui si procede, eliminazione conseguente alla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 275 c.p.p.

tuzione della misura carceraria con altra meno afflittiva.

A ben vedere ci si deve chiedere se non potrebbe essere più coerente con il sistema di tutela della libertà personale, e con la finalità primaria di eliminare una restrizione carceraria fondata su una disposizione codicistica divenuta illegittima, adottare una decisione di annullamento senza rinvio con la quale, ai sensi dell'art. 620, co. 1, lett. l, c.p.p., la Corte di legittimità ritenesse superfluo il rinvio, *dando* essa stessa *i provvedimenti necessari*. Tale *modus operandi* eviterebbe le inutili protrazioni della privazione della libertà alimentate dall'inoperatività, per il giudizio di rinvio, dei precisi limiti temporali previsti dall'art. 309 c.p.p. a tutela del soggetto ristretto. Invero, nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento del provvedimento del tribunale della libertà, non è applicabile la disposizione di cui al co. 10 dell'art. 309 c.p.p., secondo il quale l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde immediatamente efficacia se la decisione... non interviene entro il termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti<sup>26</sup>. Tale criticabile, ma ormai assodata, prassi alimenta le disfunzioni del giudizio di rinvio nei procedimenti *de libertate* che sviliscono, da una parte, i canoni di ragionevolezza che devono caratterizzare la durata del procedimento e, dall'altra, la portata operativa del diritto del prevenuto ad ottenere una decisione valida e, per quel che qui interessa evidenziare, basata su una normativa conforme a Costituzione.

Insomma, è chiaro che nell'apprezzare lo sforzo del Giudice delle leggi, debba anche prendersi atto della necessità di ritornare ad un regime non solo normativo, ma anche prasseologico, che prediliga la residualità della coercizione cautelare in carcere superando quelle politiche securitarie che devono rimanere estranee al processo penale, per ottenere un contemperamento equilibrato tra istanze di garanzia della persona ed effettive esigenze di caute-

---

<sup>26</sup> Così Cass., Sez. un., 17 aprile 1996, D'Avino, in *Giust. pen.*, 1997, III, 93; successivamente Cass., Sez. V, 23 novembre 1999, S.N., in *Mass. Uff.*, 215788. La riferita prassi è collocata in una visione sistematica del giudizio di riesame, i cui passaggi argomentativi sono così riassumibili: l'inutile scadenza del termine assegnato al tribunale della libertà assume la natura di condizione risolutiva del provvedimento cautelare e ne produce i conseguenti effetti; il provvedimento coercitivo e l'ordinanza di riesame sono tra loro strettamente connessi e complementari (la motivazione dell'ordinanza può essere integrata dal provvedimento del giudice del riesame), nel senso che, proposta l'istanza di riesame, l'efficacia del primo è condizionata dalla tempestiva sopravvenienza del provvedimento di "conferma". Quanto ai successivi sviluppi processuali - cioè, la pronuncia definitiva e, quindi, il complemento dell'iter - questi non assolverebbero più alle esigenze imposte in materia dalla legge, riguardando esclusivamente la fase delle impugnazioni, alla quale rimarrebbero estranei i principi relativi al diritto di *habeas corpus*. In argomento v., volendo, LA ROCCA, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Torino, 2012, p. 208; v. anche SPANGHER, "Recidiva specifica infraquinquennale": nessun termine nel giudizio di rinvio per il riesame, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 988.

la.