

## Giurisprudenza sotto obiettivo

---

### Misure cautelari

#### La decisione

**Misure cautelari personali – Criteri di scelta – Presunzione di adeguatezza della custodia in carcere – Omicidio volontario – Esclusione** (c.p.p. art. 275, co. 3; c.p. artt. 575, 577, co. 2).

*In caso di omicidio volontario la questione relativa alla sottoposizione dell'indagato a misura coercitiva non può prescindere dalla ricorrenza di una delle specifiche esigenze cautelari consacrate nell'art. 274 del codice di rito, la cui sussistenza nonché l'individuazione della misura da applicare per la relativa salvaguardia sono rimesse alla valutazione del giudice.*

TRIBUNALE DI CATANZARO, SEZIONE SECONDA PENALE, (ord.) 22 giugno 2014 (c.c. 5 giugno 2014) – VALEA, *Presidente* – *P.M. (diff.)* in proc. Marrazzo.

#### Il commento

#### **La trasformazione della presunzione di adeguatezza in tema di custodia cautelare per omicidio volontario**

##### 1. Premessa

L'ordinanza del Tribunale di Catanzaro si inserisce nel solco tracciato dalla Corte costituzionale in tema di criteri di scelta delle misure coercitive, che ha eliminato la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di omicidio volontario.

Nell'ambito di un procedimento penale per omicidio, il Pubblico Ministero aveva presentato appello nei confronti del provvedimento del Gip di rigetto della richiesta di applicazione della detenzione in carcere nei confronti dell'indagata, sostenendo l'erroneità della decisione in relazione alla ritenuta insussistenza delle esigenze cautelari.

Il Tribunale, nel rigettare il gravame del pubblico ministero, ha sottolineato come la valutazione del giudice in relazione alla sussistenza delle esigenze cautelari e alla individuazione della misura da applicare abbia trovato nuova linfa e più esteso ambito di cognizione a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 164 del 2011<sup>1</sup> che ha dichiarato costituzionalmente illegitti-

---

<sup>1</sup> Corte cost., n. 164 del 2011. Si veda BALDUCCI, *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la Consulta elimina l'obbligatorietà*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1215; MARANDOLA, *Omicidio volontario e inadeguatezza della (obbligata) custodia in carcere*, in *Studium Iuris*, 2012, 286; ID., *Verso un nuovo statuto cautelare europeo*, in *Giur. cost.*, 2011, 2163; RAFARACI, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, *ibidem*, 2011, 3722.

mo l'art. 275, co. 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., come modificato dall'art. 2, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modif., in 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. 575 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.

La Corte costituzionale in tale decisione ha, infatti, sottolineato che «né il primario rilievo dell'interesse protetto dalla fattispecie incriminatrice, né esigenze di contenimento di eventuali situazioni di allarme sociale» possono giustificare una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di cui all'art. 575 c.p.

Il Tribunale, dunque, sulla base del principio (rafforzato dal giudice costituzionale) di discrezionalità, sia pure vincolata, del giudice in merito all'applicabilità e all'adeguatezza delle misure cautelari, non ha riscontrato nel caso concreto la sussistenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.

## 2. La progressiva erosione legislativa del principio di adeguatezza

Nel provvedimento in commento il Tribunale di Catanzaro ha ricordato il superamento, ad opera della Corte costituzionale, della presunzione assoluta di adeguatezza della misura carceraria per determinati reati, tra cui quello di omicidio volontario, contenuta nella formulazione dell'art. 275 c.p.p. risultante a seguito di interventi legislativi originariamente tesi a fronteggiare il fenomeno mafioso, ma che, successivamente, sono stati legati alle emergenze del momento, a scapito della *ratio* sottesa alla riforma.

Vale la pena soffermarsi brevemente sui principi stabiliti dall'art. 275 c.p.p. e sulle modifiche subite dalla norma per cogliere il valore dei successivi interventi della Corte costituzionale, tesi a ricondurre il sistema nell'alveo dei valori fondanti il nostro ordinamento.

Com'è noto, l'art. 275 c.p.p. individua nella proporzionalità e nell'adeguatezza<sup>2</sup> i criteri che il giudice deve seguire nel momento in cui deve scegliere le

---

<sup>2</sup> Entrambi i principi, impongono una valutazione della misura da applicare, considerando l'intensità delle esigenze cautelari (valutazione di adeguatezza) e la gravità del reato e della pena inflitta o da infliggere (valutazione di proporzionalità). Come efficacemente evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, l'adeguatezza e la proporzionalità non sono parametri autodefiniti ed indipendenti. Entrambi i criteri, infatti, influiscono le scelte del giudice circa l'*an* ed il *quomodo* della misura cautelare e, quindi, sulla esistenza e sulla qualità delle specifiche esigenze che possono ravvisarsi tanto all'esordio che nel divenire della vicenda cautelare (Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, Khalil, in *Mass. Uff.*, n. 249324). Adeguatezza e proporzionalità devono sussistere nella fase genetica di scelta della misura cautelare e armonizzarsi con il principio di *extrema ratio* (e del correlato principio di gradualità) che caratterizza la custodia in

cautele personali da applicare.

Il principio di proporzionalità è sancito nel secondo co. dell'art. 275 c.p.p. e stabilisce la necessità che la misura cautelare sia individuata in rapporto all'entità del fatto ed alla sanzione che sia stata ovvero possa essere irrogata<sup>3</sup>.

Il principio di adeguatezza è enunciato nel primo co. dello stesso art. per fornire un'indicazione generale al giudice nella scelta tra le varie misure, tipizzate in una gamma di incidenza crescente sulla libertà personale. La norma non contiene alcun riferimento alla gravità del reato, ma solo alla natura e al grado delle esigenze cautelari. Lo stesso principio viene specificato e ripreso nel co. 3 dell'art. 275 c.p.p., per precisare che la custodia in carcere è residuale rispetto alle altre misure e, poiché rappresenta il maggior sacrificio per l'indagato, deve essere disposta solo quando ogni altra cautela non risulti sufficiente. La norma, come si vede, guida la discrezionalità del giudice, imponendogli di motivare in ordine all'inadeguatezza delle altre misure<sup>4</sup>. Una simile previsione risponde alla logica del minor sacrificio a fronte della pari idoneità ad assolvere alle esigenze cautelari da parte delle singole misure<sup>5</sup>. In ogni caso, cioè, deve essere scelta la cautela che comporta il minor sacrificio necessario per la libertà personale del singolo nell'ottica del carcere come *extrema ratio*<sup>6</sup>.

Il fulcro del meccanismo di applicazione delle misure cautelari risiede, infatti, nel delicato equilibrio tra la discrezionalità dell'organo giudicante e la necessi-

---

carcere come misura residuale rispetto al "catalogo" generale. Questo principio è stato affermato in termini netti anche dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, in riferimento alla previsione dell'art. 5, § 3, Convenzione, la carcerazione preventiva deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti.

<sup>3</sup> Il principio di proporzionalità «tra i criteri di scelta delle misure, ha permesso di dare indubbia rilevanza alle circostanze del caso concreto: l'entità del fatto e della sanzione irrogabile consentono infatti di valorizzare anche un grado tenue di intensità del *periculum libertatis* al fine di applicare misure solitamente giustificate soltanto dai livelli massimi di rischio per le esigenze indicate nell'art. 274 c.p.p.». In questi termini BALDUCCI, *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la Consulta elimina l'obbligatorietà*, cit., 1215. Si veda, inoltre, MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 73.

<sup>4</sup> L'obbligo è previsto a pena di nullità dall'art. 292, co. 2, lett. c)-bis, c.p.p. Sul punto v. MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, cit., 73. Nel sistema processuale penale con la previsione del principio di adeguatezza è stata data attuazione alla direttiva n. 59 della legge delega, in forza della quale vige il «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>5</sup> Nel disporre le misure, il giudice deve tener conto «della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, con l'ovvia conseguenza che dovrà venire scelta la misura meno gravosa per l'imputato tra quelle di per sé idonee a fronteggiare le suddette esigenze». Così, GREVI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, 298; ID., *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2003, 373.

<sup>6</sup> Secondo CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 479, il carcere deve costituire «l'espediente estremo» e non può consistere in una privazione della libertà eccessiva, qualora misure meno gravose assicurino parimenti la *ratio* cautelare.

tà di preservare i principi costituzionali di inviolabilità della libertà personale ex art. 13 Cost., da un lato, per il quale è prevista una deroga nei commi 2 e 5, con la detenzione *ante iudicium* ed i conseguenti corollari di tipicità<sup>7</sup>, riserva di legge e di giurisdizione e, dall'altro, di presunzione di non colpevolezza, sancito dall'art. 27, co. 2, Cost., che rappresenta una barriera rispetto ad ogni assimilazione della coercizione cautelare alla pena.

L'originaria formulazione dell'art. 275 c.p.p., che affidava al giudice la scelta della misura da applicare, ancorando la sua discrezionalità ai principi di proporzionalità e adeguatezza<sup>8</sup>, a seguito di numerosi interventi legislativi ha subito molteplici modifiche.

Anzitutto, il d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (convertito nella l. 12 luglio 1991, n. 203), ha inserito nel terzo co. dell'art. 275 c.p.p. l'elenco di una serie di reati per i quali, in presenza di gravi indizi di colpevolezza, la custodia cautelare in carcere deve essere sempre applicata, salva l'acquisizione di elementi dai quali risulti che non sussistano esigenze cautelari ovvero che le medesime possano essere soddisfatte con altre misure. L'art. 1, d.l. 9 settembre 1991, n. 292 (convertito in l. 8 novembre 1991, n. 356) ha eliminato tale ultimo inciso, limitando alla gravità degli indizi l'accertamento per l'applicazione della custodia in carcere in ordine ad uno dei delitti ivi elencati, con inversione dell'onere probatorio in relazione alle esigenze cautelari<sup>9</sup>.

Quattro anni più tardi, con la l. 8 agosto 1995, n. 332 il legislatore è intervenuto sul medesimo terzo co. a più riprese, riducendo l'elenco dei reati per i quali si esclude la possibilità di applicare una misura diversa dalla custodia carceraria, circoscrivendo la presunzione di adeguatezza ai delitti di cui all'art. 416-

<sup>7</sup> Si tratta del principio di tassatività delle misure limitative della libertà previsto dall'art. 272 c.p.p. e di salvaguardia dei diritti della persona *in vinculis* (art. 277 c.p.p.). Cfr. GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. it.*, 2013, 3.

<sup>8</sup> Entrambi i principi, impongono una valutazione della misura da applicare, considerando l'intensità delle esigenze cautelari (valutazione di adeguatezza) e la gravità del reato e della pena inflitta o da infliggere (valutazione di proporzionalità). Come efficacemente evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, l'adeguatezza e la proporzionalità non sono parametri autodefiniti ed indipendenti. Entrambi i criteri, infatti, influiscono le scelte del giudice circa l'*an* ed il *quomodo* della misura cautelare e, quindi, sulla esistenza e sulla qualità delle specifiche esigenze che possono ravvisarsi tanto all'esordio che nel divenire della vicenda cautelare (Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, Khalil, in *Mass. Uff.*, n. 249324). Adeguatezza e proporzionalità devono sussistere nella fase genetica di scelta della misura cautelare e armonizzarsi con il principio di *extrema ratio* (e del correlato principio di gradualità) che caratterizza la custodia in carcere come misura residuale rispetto al "catalogo" generale. Questo principio è stato affermato in termini netti anche dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, in riferimento alla previsione dell'art. 5, par. 3, della Convenzione, la carcerazione preventiva deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti.

<sup>9</sup> In proposito si veda LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, II, Torino, 1995, 225, secondo cui si tratta «di una vera e propria *probatio diabolica* in ordine all'insussistenza delle esigenze cautelari, che sostanzialmente ripristina la custodia cautelare obbligatoria».

*bis* c.p. e a quelli commessi «avvalendosi delle condizioni previste» dalla medesima disposizione ovvero «al fine di agevolare» l'attività dell'associazione mafiosa<sup>10</sup>. L'orientamento era quello di intensificare nuovamente la discrezionalità del giudice, facendo scemare l'automatismo derivante dal meccanismo presuntivo<sup>11</sup>. Nel 2009<sup>12</sup>, con l'art. 2, del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11<sup>13</sup> (conver-

<sup>10</sup> Con i medesimi interventi legislativi veniva modificato anche il quarto comma dell'articolo in esame. Comma modificato ulteriormente con l'art. 1, l. 12 luglio 1999, n. 231, che ha introdotto, altresì, all'interno dell'art. 275 quattro nuovi co. (disciplinando le ipotesi di custodia cautelare nei confronti delle persone affette da Aids o da altre malattie particolarmente gravi).

<sup>11</sup> Cfr. BALDUCCI, *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la Consulta elimina l'obbligatorietà*, cit., 2011, 1217, che osserva «Quanto alla presunzione rispetto ai delitti di criminalità organizzata, questa è apparsa senz'altro giustificata dalla specificità dei suddetti delitti», ricordando come, sul punto, si siano «pronunciate le stesse Sezioni unite della Corte di cassazione, ribadendo che "in presenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati indicati nell'art. 275, co. 3, c.p.p., deve essere senz'altro applicata la misura della custodia cautelare in carcere, senza necessità di accertare le esigenze cautelari che sono previste nella legge. Ne consegue che al giudice di merito incombe solo l'obbligo di dare atto della inesistenza di elementi idonei a vincere tale presunzione, mentre l'obbligo di motivazione diventa più oneroso nell'ipotesi in cui l'indagato o la sua difesa abbiano evidenziato elementi idonei a dimostrare l'insussistenza di esigenze cautelari, dovendosi allora addurre o, quanto meno, dedurre gli elementi di fatto sui quali la prognosi positiva può essere fatta"» (Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Mass. Uff.*, n. 199387).

<sup>12</sup> Prima di tale novella, il d.l. 24 novembre 2000, n. 341 (convertito nella l. 19 gennaio 2001, n. 4) ha introdotto ulteriori rilevanti modifiche al sistema della libertà personale - nell'ottica di realizzare «una sostanziale differenza circa l'efficacia delle misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, in quanto facilmente aggirabili dall'imputato» (v. SANTORIELLO, *Commento alla l. 24.11.2000, n. 341 (Efficienza della giustizia)*, in *C.p.p. ipertestuale A. Gaito*, app., Torino, 2001, 3361) - inserendo il co. 1-bis nell'art. 275 c.p.p. che imponeva al giudice, nel disporre una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere, di tener conto «dell'efficacia, in relazione alla natura ed al grado delle esigenze cautelari da soddisfare in concreto, delle possibilità di controllo delle prescrizioni imposte all'imputato». Al riguardo, è stato rilevato come tale intervento normativo rappresentasse una mera specificazione del principio di adeguatezza delle misure cautelari (cfr. AMATO, *Prove generali per il braccialetto elettronico*, in *Guida al dir.*, 2000, 45, 78; v. anche la Relazione al d.l. 24 novembre 2000, n. 341 nonché CARCANO, MANZIONE, *Custodia cautelare e braccialetto elettronico*, Milano, 2001, 47; CESARIS, *Dal panopticon alla sorveglianza elettronica*, in *Il decreto «antiscarcerazioni*, a cura di Bargis, Torino, 2001, 49). In tale ottica, la novità normativa è stata addirittura reputata superflua e volta a rivelare «la diffidenza del legislatore verso le misure cautelari diverse dalla custodia in carcere» (v. RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza*, Milano, 2001, 115). Si è giunti persino ad osservare che, se prima della riforma del 2000 la prescrizione legislativa era quella di ricorrere alla custodia in carcere come *extrema ratio*, successivamente, «la prospettiva pare assolutamente inversa»: la sfiducia del legislatore nelle altre misure cautelari fa sì che il giudice venga spinto, ferma l'idoneità della custodia in carcere, a verificare in via secondaria se le misure diverse lo possano essere altrettanto (SANTORIELLO, cit., 3361; sull'argomento cfr., altresì ALONZI, *L'adozione di misure cautelari all'esito di un provvedimento di condanna: una discutibile novella*, in *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini "c.d. pacchetto sicurezza"*, coordinato da Spangher, Milano, 2001, 238). L'art. 14, l. 26 marzo 2001, n. 128 (c.d. pacchetto sicurezza), ha infine riscritto completamente l'art. 275, co. 1-bis, c.p.p., introducendo la rilevanza della sentenza di condanna, ai fini del giudizio di idoneità. Con la medesima riforma del 2001 è stato modificato anche l'art. 275, co. 2, c.p.p., prevedendosi che nella valutazione della proporzionalità della misura si debba tener conto anche della sanzione che sarà presumibilmente inflitta ovvero di quella che sia stata già irrogata, ed è stato introdotto un ulteriore co. 2-ter che disciplina l'applicazione delle misure cautelari in caso di condanna all'esito del giudizio d'appello per uno dei

tito in l. 23 aprile 2009, n. 38), il regime della custodia in carcere per mera gravità del reato è stato un'altra volta ampliato con l'introduzione anche dell'omicidio volontario e di alcuni delitti in materia di violenza sessuale.

Si è trattato di un intervento che ha suscitato numerose critiche, poiché le modifiche introdotte costituiscono il frutto di una legislazione c.d. dell'emergenza; la risposta, cioè, alla necessità di fronteggiare in tempi rapidi situazioni di allarme sociale legate ad uno specifico momento, con poca attenzione ai principi e al rispetto di una *ratio* comune anche alle precedenti novelle<sup>14</sup>.

In effetti, l'adeguatezza della sola custodia in carcere, salvo prova di insussistenza delle esigenze cautelari, per ipotesi delittuose nelle quali non si riscontrano i caratteri che avevano in origine giustificato la deroga al principio generale, presta il fianco a serie perplessità che sono state a più riprese analizzate dal giudice delle leggi, riconducendo gradualmente ad equilibrio il sistema.

### 3. Gli interventi della Corte costituzionale

La funzione svolta dalla Consulta è stata quella di riscrivere, in parte, la norma, superando i profili di illegittimità costituzionale che la ponevano in contrasto con gli artt. 3, 13 e 27, co. 2 della Carta costituzionale.

---

delitti previsti dall'art. 380, co. 1, c.p.p., «commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole».

<sup>13</sup> Il 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), conv., con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009, n. 38 ha modificato nuovamente il comma 3 dell'art. 275 c.p.p. introducendo la presunzione di adeguatezza della custodia carceraria per le ipotesi previste dall'art. 51, co. 3-*bis* e co. 3-*quater*, e dagli artt. 575, 600-*bis*, co. 1, 600-*ter*, escluso il co. 4, e 600-*quinqüies*, c.p.

<sup>14</sup> Per un commento all'art. 2, d.l. n. 11 del 2009 si veda MOSCARINI, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 227. Sul tema v. BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, *ivi*, 2012, 224 e ss.; FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in *Le misure cautelari personali*, a cura di Spangher, Santoriello, Torino, 2009, 73 secondo cui: «In un susseguirsi di modifiche (a volte dettate dall'emergenza, altre volte da esigenze riparatorie delle situazioni di squilibrio create), l'art. 275 nel testo vigente è costellato di presunzioni di adeguatezza, di deroghe a questa e di regole in deroga alle deroghe, che dei criteri generali originariamente segnati si rischia di dover dire più in termini di indicazione tendenziale piuttosto che di effettività». Cfr., inoltre, GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia e nuovi equilibri*, in *Giur. it.*, 2013, 3, il quale, rispetto ai reati contemplati nel co. 3 dell'art. 275 c.p.p. afferma che «il catalogo, originariamente sorto per fronteggiare determinate forme di criminalità tendenzialmente caratterizzate dalla matrice mafiosa o comunque connotate da una forte caratura criminale del presunto autore, si è via via espanso in considerazione di provvedimenti legislativi – alquanto disomogenei e discutibili in relazione al tipo di intervento – legati vieppiù alla necessità di placare pulsioni della collettività, spesso conseguenza dell'enfaticizzazione mediatica, e talvolta costituenti veri e propri slogan politici, che hanno segnato inesorabilmente la limitazione massima della libertà personale, senza possibilità alcuna di considerare misure che garantirebbero ugualmente di assolvere all'esigenza cautelare individuata nell'ipotesi concreta».

Anzitutto con sentenza n. 265 del 2010<sup>15</sup> la Corte ha censurato l'inserimento, compiuto dal c.d. "pacchetto sicurezza" del 2009, dei delitti di induzione o sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*bis*, co. 1, c.p.), di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p., ad eccezione dei casi di minore gravità di cui al co. 3) e di atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater* c.p., salvo i casi di minore gravità di cui al co. 4)<sup>16</sup> che, ai fini della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere erano stati parificati ai delitti di mafia. La *ratio* che ha giustificato un simile innesto non può essere equiparata, secondo la Corte, a quella relativa ai delitti di mafia, per i quali «dalla struttura della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, un'esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere». I delitti a sfondo sessuale indicati nell'art. 275, co. 3, c.p.p. invece, «presentano disvalori nettamente differenziabili» per cui le esigenze cautelari possano «essere soddisfatte con diverse misure». Seppur «odiosi e riprovevoli, i fatti integranti i delitti in questione spesso sono meramente individuali e tali da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura». La Corte, pertanto, ha ritenuto «costituzionalmente illegittimo l'art. 275, co. 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., come modificato dall'art. 2, d.l. n. 11 del 2009 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, co. 1, 609-*bis* e 609-*quater* c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa

<sup>15</sup> Corte cost., n. 265 del 2010. Si veda LORUSSO, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia cautelare*, in *Guida al dir.*, 2010, 35, 51 ss.; TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 953; DI CHIARA, *Custodia in carcere e presunzioni assolute di adeguatezza*, *ibidem*, 1150; MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *Leg. pen.*, 2010, 499.

<sup>16</sup> Le ordinanze di remissione avevano riguardo solo a tali fattispecie tra i delitti di violenza sessuale inseriti nell'art. 275, co. 3, c.p.p. e, pertanto, l'intervento della Corte costituzionale non si è esteso ai delitti di cui agli artt. 600-*ter* e 600-*quinqies* c.p. che restano assoggettati alla medesima disciplina di custodia cautelare dei delitti di mafia in senso stretto. Rispetto all'art. 609-*octies* c.p. la Corte è stata investita più di recente della questione e con sentenza n. 232 del 2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del co. 3, terzo periodo, «nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'articolo 609-*octies* 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». Si tratta di un intervento completamente in linea con il precedente del 2010 e che, dunque, lascia permanere solo formalmente la presunzione assoluta per i delitti a sfondo sessuale che non sono ancora stati sottoposti al vaglio della Consulta.

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». Secondo la Consulta, infatti, «la norma 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 l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti i delitti di mafia nonché per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai rispettivi paradigmi punitivi; sia l'art. 13, co. 1, Cost. quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; sia l'art. 27, co. 2, Cost. in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena».

La disciplina cautelare per tali delitti, pertanto, è pur sempre quella di presunzione di adeguatezza della custodia in carcere, ma viene aperta la strada alla possibilità di fornire prova di sufficienza di misure meno gravose.

Sulla scia di tale decisione con sentenza n. 164 del 2011<sup>17</sup> la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della presunzione assoluta di adeguatezza della detenzione cautelare in carcere per il delitto di omicidio volontario.

La pronuncia della Corte è giustamente richiamata nel caso di specie dal Tribunale di Catanzaro, che ne evidenzia il punto nevralgico del ragionamento: «anche nel caso dell'omicidio, la presunzione assoluta di cui si discute non può considerarsi, in effetti, rispondente a un dato di esperienza generalizzato, ricollegabile alla “struttura stessa” e alle “connotazioni criminologiche” della figura criminosa. Non si è, difatti, al cospetto 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. Al contrario, l'omicidio ben può essere, e sovente è, un fatto meramente individuale, che trova la sua matrice in pulsioni occasionali o passionali. I fattori emotivi che si collocano alla radice dell'episodio criminoso possono risultare, in effetti, correlati a speciali contingenze – come, ad esempio, per i fatti commessi in risposta a specifici comportamenti *lato sensu* provocatori della vittima – ovvero a tensioni maturate, in tempi più o meno lunghi, nell'ambito di particolari contesti, da quello familiare a quello dei rapporti socio-economici», di talché «(...) in un numero tutt'altro che marginale di casi, le esigenze cautelari – pur non potendo essere completamente escluse – sarebbero suscettibili di trovare idonea risposta anche in misure di-

---

<sup>17</sup> Corte cost., n. 164 del 2011, cit.



verse da quella carceraria, che valgono a neutralizzare il “fattore scatenante” o ad impedirne la riproposizione: e, così, anzitutto, quanto ai fatti legati a particolari contesti, tramite misure che valgano comunque ad operare una forzosa separazione da questi dell’imputato o dell’indagato».

La Corte conclude con l’affermazione secondo la quale «(...) né il primario rilievo dell’interesse protetto dalla fattispecie incriminatrice, né esigenze di contenimento di eventuali situazioni di allarme sociale possono per altro verso valere, di per sé, come base di legittimazione della predetta presunzione assoluta. Di qui, dunque, l’esigenza costituzionale di trasformarla in presunzione solo relativa».

Il ragionamento alla base della pronuncia è sempre il medesimo, poiché la Consulta ritiene «leso il principio del minor sacrificio necessario alla libertà personale», in relazione a fattispecie per le quali non vale la *ratio* che ha ispirato la presunzione assoluta di adeguatezza rispetto ai delitti di mafia in senso stretto, per i quali le misure meno gravose non sono di norma idonee a recidere i rapporti tra associato e organizzazione di appartenenza.

Per delitti come quello di omicidio, il regime cautelare deve rispettare i limiti espressi dai principi di inviolabilità della libertà personale (art. 13, co. 1, Cost.) e della presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2, Cost.) per cui le restrizioni alla libertà personale nel corso del procedimento non possono assurgere al rango di pena, che segue all’accertamento definitivo della responsabilità.

Nel solco dei passaggi argomentativi sviluppati con tali decisioni di parziale incostituzionalità dell’art. 275, co. 3, c.p.p., il giudice delle leggi è intervenuto con successive pronunce in ordine al delitto di cui all’art. 74, d.p.r. 9 ottobre, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza)<sup>18</sup>, al delitto di cui all’art. 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.<sup>19</sup>, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo<sup>20</sup>, al delitto di cui all’art. 630 del codice penale<sup>21</sup>, al delitto di cui all’articolo 609-*octies* c.p.<sup>22</sup>.

Il disegno seguito dalla Corte è quello di differenziare le fattispecie delittuose

<sup>18</sup> Corte cost., n. 231 del 2011. Si veda MARANDOLA, *Associazione per il narcotraffico e negazione della “ragionevolezza” della carcerazione obbligatoria tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, in *Giur. cost.*, 2011, 2950.

<sup>19</sup> Corte cost., n. 110 del 2012.

<sup>20</sup> Corte cost., n. 57 del 2013. Si veda LA ROCCA, *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio*, in *questa Rivista* online.

<sup>21</sup> Corte cost., n. 213 del 2013.

<sup>22</sup> Corte cost., n. 232 del 2013.

c.d. “di mafia” rispetto alle altre, che seppur gravi (delitti a sfondo sessuale, omicidio volontario, associazione finalizzata al narcotraffico, associazione finalizzata alla commissione dei delitti di cui agli artt. 473 e 474 c.p., sequestro di persona a scopo estorsivo), in concreto possono essere caratterizzate, sia sul piano della modalità della condotta sia su quello dell’offesa agli interessi protetti, da un disvalore fortemente differenziato, con esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con misure diverse dalla custodia carceraria. Proprio in base a simili considerazioni la Consulta ha adottato un principio di presunzione di adeguatezza c.d. relativa, individuando una “terza via”<sup>23</sup> rispetto a reati contraddistinti da connotazioni criminologiche comunque serie ma non tali da renderli equiparabili ai delitti di mafia in senso stretto.

#### 4. Osservazioni conclusive

Il percorso motivazionale della Corte costituzionale, fatto proprio dal Tribunale di Catanzaro, consente di ripristinare i principi fondamentali che devono disciplinare il sistema delle cautele personali.

Gli interventi legislativi sull’art. 275 c.p.p., infatti, hanno finito per sottrarre al giudice la scelta della misura da applicare al caso concreto in relazione a reati capaci, sì, di destare particolare allarme ma, al contempo, insuscettibili della generalizzazione posta a fondamento della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria.

L’allarme sociale, in altri termini, aveva finito per giustificare la compromissione dei poteri del giudice e del delicato bilanciamento fra questi e le tutele costituzionali, con il rischio di snaturare la funzione del sistema cautelare quale strumento finalizzato ad impedire che il tempo necessario alla conclusione del processo pregiudichi lo svolgimento dell’attività giudiziaria penale, trasformandosi in mera (e illegittima) anticipazione della pena.

DANIELA ROCCHI

---

<sup>23</sup> Cfr. RAFARACI, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, cit., 2011, 3729; GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia e nuovi equilibri*, cit., 2013, 714.