

Le censure della Cassazione alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere.

E. Nadia La Rocca

La decisione

Misure cautelari personali- Applicabilità- Custodia cautelare in carcere- Adeguatezza e proporzionalità- Presunzione di adeguatezza per fatti di mafia- Esclusione (C.p.p. artt. 274, 275).

Pur nella gravità che assumono i delitti richiamati dal terzo co. dell'art. 275 c.p.p., la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia carceraria, non risultando assistita da adeguato fondamento razionale, deve considerarsi alla stregua di presunzione relativa, dovendo il giudice verificare, sempre ed in ogni caso, che non siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure, tenendo conto del decorso temporale che può, utilmente, essere apprezzato quando, trattandosi di associazione criminale, questa si sia sciolta da tempo

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE VI, 11 novembre 2011 (c.c. 13 ottobre 2011), n. 41351/11) - DE ROBERTO *Presidente* - CALVANESE *Relatore* - D'ANGELO *P.M.* (diff.)- Pagliaminuta, ricorrente.

Il commento

1. I tentativi di imprimere una più forte caratura tecnico-giuridica ai concetti di adeguatezza e proporzionalità delle misure cautelari personali, specificati in più interventi dalla Corte costituzionale, hanno trovato nella decisione che si annota, il loro portato operativo.

In breve. La Corte di Cassazione ha annullato con rinvio l'ordinanza del Tribunale del riesame di Catanzaro che aveva ritenuto legittima l'applicazione della custodia cautelare in carcere nei confronti di soggetto imputato per il delitto associativo previsto dall'art. 74 D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 (*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*).

Nelle loro determinazioni decisorie, sia il giudice della cautela che il Tribunale del controllo cautelare, avevano ritenuto che non vi fossero ragioni, pur in presenza dell'eccessivo decorso del tempo dalla cessazione dell'attività della consorceria criminale della quale l'imputato ricorrente era ritenuto partecipe, per ritenere superata la presunzione cautelare di cui all'art. 275, 3° co., c.p.p., dovendo pertanto trovare applicazione la presunzione assoluta ivi prevista

quanto all'adeguatezza della misura di massimo rigore. Ed a tanto la Suprema Corte ha tentato di rimediare, con naturalezza meritevole di sottolineatura, imponendo al giudice del rinvio di non trascurare, tenendoli nella debita e necessaria considerazione, i principi impartiti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 231 del 2011, alla luce dei quali [ri]valutare l'intero quadro cautelare e, in particolare, l'incidenza dell'elemento del decorso del tempo, che può essere utilmente apprezzato ai fini del superamento della presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari, quando la stessa associazione criminale si sia sciolta da tempo. Il ché merita sicuramente condivisione.

2. Come spesso è accaduto in passato, a fronte del concatenarsi di eventi delittuosi di grave impatto sulla collettività, grazie anche alle spinte mediatiche miranti ad ossessionare l'opinione pubblica, il Legislatore, avvalendosi della decretazione d'urgenza, ha recentemente introdotto meccanismi di automatica applicazione della più aspra delle cautele personali: la custodia in carcere. Ciò è avvenuto con la modifica dell'art. 275, 3° co., c.p.p.¹, in base al quale *«quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater, nonché in ordine ai delitti di cui agli artt. 575, 600 bis, co. 1, 600 ter, escluso il co. 4, e 600-quinquies c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano anche in ordine ai delitti previsti dagli artt. 609 bis, 609 quater e 609 octies c.p., salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate»*.

Si è verificato, allora, un potenziamento della disciplina speciale per le fattispecie di reato di maggior allarme sociale, così realizzato, seppur inserito in un contesto politico-sociale di "emergenza", con la riproposizione di quelle

¹ 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 con modificazioni 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.

“controriforme normative”², foriere dell’instaurazione di un regime di quasi obbligatorietà della custodia cautelare in carcere, censurate dalla dottrina³ in quanto introduttive, in forma surrettizia, di deprecabili forme di “cattura obbligatoria”, elusive delle scelte operate con il nuovo codice di rito, che aveva voluto abbandonare simili soluzioni- confliggenti con il contenuto dell’art. 27, 2° co., Cost. - privilegiando, anche per reati gravissimi, il ricorso alla discrezionalità del giudice.

Il vero problema è, allora, - come spesso accade a fronte di interventi emergenziali - valutare se la reazione impulsiva della collettività a fronte di fenomeni che creano obiettivo disagio, sia autentica espressione di istanze profonde della coscienza sociale, o non sia piuttosto emozione collettivamente vissuta, che necessita di essere razionalizzata prima che su di essa si fondino interventi normativi dalla portata dirompente e destinati ad avere una durata precaria. Seppure, infatti, “l’emozione collettiva”⁴ è fatto di grande rilievo che crea obblighi di studio e riflessione in capo agli organi deputati alla produzione legislativa, è indubbio che sulle ondate emotive del momento non possano fondarsi modifiche strutturali del sistema, non abbastanza meditate e le cui conseguenze, ad un primo momento, spesso sfuggono.

² 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.P.R. 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.

³ Cfr., sull’argomento, A. DALIA, *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, (Atti del Convegno in memoria di A. Galati, Caserta, 12-14 ottobre 2001), Milano, 2003, 107; G. 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 V. Grevi, Milano 1996, 92; E. MARZADURI, *Commento all’art. 5 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in *Legisl. pen.*, 1995, 621. V. di recente A. 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; A. SCAGLIONE, *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 575.

⁴ Cfr., per tale espressione e con riferimento all’intera riflessione, le condivisibili osservazioni, non recenti ma estremamente attuali, di G. DI CHIARA, *Libertà globale e valori della persona: linee problematiche del codice del 1988*, in *Il giusto processo*, Roma, 1991, 9-10, 101.

Ed è, poi, consequenziale domandarsi se al diritto dell'emergenza possa piegarsi la Legge suprema ed i principi fondamentali.

La risposta è negativa e lo ha rilevato la Corte costituzionale che, con più interventi, ha demolito ogni espansione ingiustificata che il Legislatore aveva inteso operare sull'applicabilità della più aspra delle cautele. L'art. 275, 3° co., secondo periodo, c.p.p., come modificato dall'art. 2, d.l. n. 11 del 2009 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 74 del D.P.R. n. 309 del 1990 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»⁵.

Attraverso tali interventi demolitori, la Corte costituzionale ha mantenuto fermi i principi che hanno da sempre ispirato la materia delle misure cautelari e che non sopportano presunzioni ancorate al solo titolo formale del reato.

Nell'occasione, la Consulta ha rilevato come i limiti di legittimità delle misure cautelari -nell'ambito della cui disciplina si colloca l'art. 275 c.p.p. - risultino espressi, a fronte del principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, 1° co., Cost.) - oltre che di riserva di legge e di giurisdizione (art. 13, 2° e 4° co., Cost.) - anche e soprattutto dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, 2° co., Cost.), a fronte della quale le restrizioni della libertà personale dell'indagato o dell'imputato nel corso del procedimento debbono assumere

⁵ Così Corte cost. n. 231 del 2011. Allo stesso modo, sempre con il medesimo intento di eliminare presunzioni incompatibili con un sistema garantista e orientato al principio di legalità, la Corte della legittimità delle leggi ha ritenuto incostituzionale la norma *de qua* nella parte in cui, nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 575 c.p. (omicidio volontario), ed 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 cui risulti che non sussistono esigenze cautelari, non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione alla fattispecie concreta, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Cfr. Corte cost. n. 164 del 2011 e Corte Cost. n. 265 del 2010.

connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità.

E ciò comporta che il Legislatore possa strutturare il sistema cautelare secondo il modello della “pluralità graduata”, predisponendo una gamma alternativa di misure, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale, e prefigurare meccanismi “individualizzanti” di selezione del trattamento cautelare, coerenti e adeguati alle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete.

Correlativamente, «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'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»⁶.

3. Gli interventi riparatori della Consulta hanno ripristinato un sistema basato sul principio di legalità ancorando la valutazione del giudice alla reale sussistenza delle esigenze cautelari in grado di giustificare una restrizione della libertà personale, con abbandono di qualsiasi implicita considerazione di adeguatezza della custodia in carcere al soddisfacimento delle stesse esigenze. E di tanto non può non tenersi conto in sede di applicazione delle cautele.

Ciò che si impone, sempre e comunque, è l'accertamento concreto dell'esistenza di situazioni dalle quali poter desumere le esigenze cautelari. 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.

⁶ Così nel testo di Corte cost. n. 265 del 2010.

A livello operativo, si presentano frequenti delibazioni generalizzate e formulate sulla scorta di inammissibili assunti per i quali, ipotizzata la commissione di una determinata condotta criminosa, si assume come consequenziale l'applicazione di misure privative della libertà personale, anche nella forma più aspra, talvolta in spregio - da un lato - ai principi di proporzionalità e adeguatezza - e dall'altro - ai canoni di valutazione sulla sussistenza delle esigenze cautelari⁷. Proprio a tale illegittima, perché aprioristica, metodologia ha cercato di rimediare la Corte Suprema con la decisione segnalata, ammonendo i giudici del merito sull'importanza della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 275, 3° co., c.p.p. e, soprattutto, sulla necessità di tenerne conto al fine di evitare automatismi che compromettano la flessibilità insita nell'incidente cautelare snaturandone la funzione.

⁷ Un simile *modus procedendi* risulta contrario alla logica che sostiene i principi enunciati nella direttiva n. 59 della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, sul nuovo codice di procedura penale, ed il recepimento, all'interno del sistema delle cautele (art. 275 c.p.p., co. 2) del duplice e concorrente canone della adeguatezza, in forza del quale il giudice deve parametrare la specifica idoneità della misura a fronteggiare le esigenze cautelari che si ravvisano nel caso concreto, secondo il paradigma di gradualità di cui si è detto, ed il 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".