

**AUTORE: Paolo Zicchittu**  
**Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi Milano-Bicocca**

## **LA CONFORMITÀ A COSTITUZIONE DELLA CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE TRA CORTE, LEGISLATORE E GIUDICI COMUNI**

*(nota a Corte costituzionale sentenza 331/2011)*

### **1. Il sistema di custodia cautelare come crocevia delle relazioni tra Corte, giudici e legislatore**

Il recente novero di decisioni adottate dal giudice delle leggi in materia di carcerazione preventiva, e più in generale di applicazione costituzionalmente orientata delle misure cautelari, rappresenta il consolidamento di un indirizzo giurisprudenziale, utile sia per una riflessione critica circa i rapporti tra Corte e magistratura ordinaria, sia per una valutazione dei legami intercorrenti tra giudice costituzionale e Parlamento.

In relazione a quest'ultimo aspetto, infatti, tale giurisprudenza definisce con sufficiente precisione i caratteri del principio di ragionevolezza limitatamente alla determinazione e alla commisurazione della custodia cautelare in carcere, in questo senso orientando l'esercizio della discrezionalità legislativa nella definizione dei singoli obiettivi di politica criminale. Sul versante delle relazioni tra Corte costituzionale e giudici comuni, invece, le sentenze in questione assegnano al giudice rimettente poteri interpretativi particolarmente estesi, soprattutto per quanto concerne l'applicazione delle singole misure cautelari, sul presupposto di una maggiore idoneità dell'organo giudicante a fornire una risposta più efficace alle esigenze del caso concreto, con riferimento alla tutela dei diritti individuali garantiti dal legislatore.

La decisione in commento costituisce dunque un altro tassello nell'articolata ridefinizione del sistema di custodia cautelare originariamente previsto dal legislatore, nel tentativo di ricondurre entro una prospettiva pienamente costituzionale le misure restrittive della libertà personale applicabili *ante iudicium*. Nel caso di specie, infatti, mediante un'ulteriore pronuncia manipolativa, la Corte trasforma ancora una volta in una presunzione semplice il meccanismo assoluto di adeguatezza della sola custodia in carcere a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto nei confronti di soggetti accusati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Il comma 4-bis dall'art. 12 d. lgs. 286/1998 viene così dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non fa salva l'ipotesi in cui siano acquisiti ad opera del giudice elementi specifici che, in relazione al caso concreto, possano garantire un adeguato soddisfacimento delle necessità cautelari anche tramite misure alternative alla detenzione, con tutta una serie di interessanti implicazioni sull'attività dei giudici comuni e dello stesso legislatore, anche alla luce delle più recenti applicazioni dei principi fissati dal giudice costituzionale.

### **2. I precedenti giurisprudenziali**

La sentenza 331/2011 della Corte costituzionale <sup>1</sup> rappresenta l'acme di un processo evolutivo, sviluppatosi a partire dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, per contrasto con gli articoli 3, 13, primo comma e 27, secondo

<sup>1</sup> Corte costituzionale sentenza 16 dicembre 2011, n. 331, pubblicata in G.U. 21 dicembre 2011, n. 296.

comma, della Costituzione, sancita con la sentenza 265/2010<sup>2</sup>, e in questo senso fornisce lo spunto per riflettere sistematicamente sul complessivo itinerario giurisprudenziale in materia di custodia cautelare in carcere.

Tale previsione normativa, così come modificata dall'art. 2 del decreto legge 11/2009<sup>3</sup>, stabiliva che, a fronte di gravi indizi di colpevolezza in ordine a taluni delitti di matrice sessuale, il giudice dovesse obbligatoriamente applicare la custodia in carcere, fatta salva ovviamente l'acquisizione dei presupposti fattuali dai quali risultasse l'insussistenza delle paventate esigenze cautelari. Detta disposizione quindi non consentiva in alcun modo al giudice di applicare concretamente, nei confronti di un soggetto raggiunto da gravi indizi di colpevolezza legati alla commissione di un reato a sfondo sessuale, misure alternative – diverse e meno afflittive – rispetto alla custodia cautelare in carcere<sup>4</sup>. In quella prima decisione, mediante una classica pronuncia di tipo additivo, il giudice costituzionale aveva opportunamente manipolato la disposizione legislativa, attribuendo al giudice comune, che si trovasse a procedere per i delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale<sup>5</sup>, la facoltà di acquisire elementi ulteriori dai quali potesse risultare il soddisfacimento delle esigenze cautelari anche attraverso misure diverse dalla carcerazione preventiva, avendo riguardo soprattutto alle peculiarità del caso concreto<sup>6</sup>. La Corte costituzionale rileva, infatti, che per quanto odiosi e riprovevoli, i crimini di carattere sessuale possano configurarsi anche come reati meramente individuali, tali da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura possibile<sup>possibile</sup>, contrariamente invece a quanto previsto per le ipotesi di associazione a delinquere di stampo mafioso, che, in origine avevano costituito il paradigma entro cui ricondurre l'applicabilità di simili automatismi cautelari<sup>7</sup>. Peraltro, sempre secondo il giudice delle leggi,

<sup>2</sup> Corte costituzionale sentenza 21 luglio 2010, n. 265, pubblicata in G.U. 28 luglio 2010, n. 174.

<sup>3</sup> Decreto-legge 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 dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, pubblicata in G.U. 24 aprile 2009, n. 95.

<sup>4</sup> Questo il testo integrale dell'art. 2 (*Modifiche al codice di procedura penale*) del decreto-legge 11/2009: "Al codice di procedura penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 275, comma 3, secondo periodo, le parole: all'articolo 416-bis del codice penale o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo sono sostituite dalle seguenti: all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, e 600-quinquies del codice penale; a-bis) all'articolo 275, comma 3, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano anche in ordine ai delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate. b) all'articolo 380, comma 2, dopo la lettera d) è inserita la seguente: d-bis) delitto di violenza sessuale previsto dall'articolo 609-bis, escluso il caso previsto dal terzo comma, e delitto di violenza sessuale di gruppo previsto dall'articolo 609-octies del codice penale".

<sup>5</sup> Nell'ordine si tratta dei reati di induzione o sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale e atti sessuali con un minorenne. Tutti delitti particolarmente odiosi, il cui improvviso incremento aveva indotto il legislatore a dettare la disciplina emergenziale in questione.

<sup>6</sup> Questo il dispositivo della sentenza n. 265/2010: "... la Corte costituzionale riuniti i giudizi, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto-legge 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 di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater 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 ...".

<sup>7</sup> Cfr. C. cost. sent. 265/2010, punto 10 del considerato in diritto. Entro questi limiti, peraltro, la disciplina richiamata aveva già superato il vaglio tanto della Corte costituzionale, quanto della Corte europea dei diritti dell'uomo. Entrambi i giudici avevano, infatti, valorizzato a vario titolo la specificità dei delitti di stampo mafioso, la cui connotazione strutturale astratta come reati associativi entro un contesto di criminalità organizzata o, in alternativa come reati a questa collegati valeva a rendere ragionevole la presunzione di adeguatezza della sola custodia carceraria, trattandosi della misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato e associazione. A questo proposito si vedano l'ordinanza della Corte costituzionale 18-24 ottobre 1995, n. 450 e la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 6 novembre 2003 (caso Pantano contro Italia). A giudizio della Corte costituzionale infatti la scelta del legislatore di individuare in modo particolare il "punto di equilibrio tra le diverse esigenze della minore restrizione possibile della libertà personale e della effettiva garanzia degli interessi di rilievo costituzionale" trova spunto nella particolare natura dei reati associativi di stampo mafioso, in relazione ai quali la peculiare connotazione organizzativa della

l'eliminazione o la riduzione dell'allarme sociale cagionato dai reati sessuali e dalla loro diffusione, non può costituire né una delle finalità ontologiche della custodia preventiva, né una delle sue funzioni precipue. Entro questa linea interpretativa, il giudice costituzionale afferma, dunque, l'assoluta inidoneità di un generalizzato clima di pericolosità sociale a giustificare l'adozione di misure cautelari capaci di incidere sulla libertà personale dell'accusato, prima ancora che sia stato correttamente espletato il definitivo accertamento della responsabilità penale <sup>8</sup>.

L'operazione di complessiva riscrittura dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, prosegue coerentemente con la sentenza 164/2011 <sup>9</sup>, la quale estende l'addizione inizialmente operata dalla Corte per alcuni delitti a sfondo sessuale anche alle ipotesi di omicidio volontario <sup>10</sup>, assumendo anche in questo caso come *tertium comparationis* la disciplina dettata per i delitti di stampo mafioso di cui all'art. 5, comma 1, l. 332/1995 <sup>11</sup>. A giudizio della Corte, la struttura criminologica dell'omicidio presenta caratteristiche tali per cui, nonostante l'indiscutibile gravità del fatto, la presunzione assoluta di cui si discute non può considerarsi rispondente a un dato esperienziale generalizzato, ricollegabile alla natura della figura criminosa. In questa ipotesi non si è, cioè, al cospetto di un reato che presupponga necessariamente un vincolo permanente di appartenenza a un sodalizio criminoso, con quelle accentuate caratteristiche di pericolosità che soltanto la misura cautelare più severa sarebbe in grado di interrompere. Al contrario, il delitto in questione ben potrebbe presentarsi anche come fatto meramente individuale, capace spesso di rinvenire la propria matrice genetica in pulsioni occasionali e momentanee <sup>12</sup>. Conseguentemente, in un numero tutt'altro che marginale di casi, le esigenze precauzionali prospettate dal legislatore potrebbero comunque trovare idonea soddisfazione attraverso misure cautelari diverse dalla custodia carceraria, che valgano ugualmente a neutralizzare il fattore scatenante o a impedire la riproposizione, separando l'imputato dal particolare contesto che ha dato adito all'evento delittuoso <sup>13</sup>.

In termini del tutto analoghi, la Corte si esprime con riferimento al reato di associazione finalizzata al narcotraffico <sup>14</sup>, con la sentenza n. 231 del 2011 <sup>15</sup>. Tuttavia, a differenza delle precedenti ipotesi sottoposte

---

struttura in cui essi si inseriscono esprimerebbe, a livello generalizzato, un elevato coefficiente di pericolosità per il tessuto sociale. Per un commento alla citata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, invece, si veda su tutti, in dottrina, il contributo offerto da G. MANTOVANI, *Dalla Corte europea una legittimazione alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *La legislazione penale*, 2004, p. 513 ss.

<sup>8</sup> In questo senso cfr. C. cost. sent. 265/2010, punto 12 del considerato in diritto. In dottrina, peraltro, l'esclusione di automatismi valutativi cautelari, in favore di una discrezionalità del giudice, era già stata individuata come caratteristica fondante dell'intero sistema cautelare previsto dal codice di procedura penale del 1988. In proposito, si veda soprattutto V. GREVI, *Le garanzie di libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in *Giustizia penale*, 1988, p. 487 ss.

<sup>9</sup> Corte costituzionale sentenza 19 aprile 2011, n. 164, pubblicata in G.U. 18 maggio 2011, n. 114.

<sup>10</sup> Si tratta del delitto disciplinato dall'art. 575 del codice penale in base al quale: "*Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*".

<sup>11</sup> Più specificamente l'art. 5, comma 1, della legge 8 agosto 1995, n. 332, recante modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa, dispone che: "*... Il comma 3 dell'articolo 275 del codice di procedura penale è sostituito dal seguente: La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 416-bis del codice penale o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari ...*".

<sup>12</sup> Stando alla ricostruzione operata dal Tribunale di Lecce, nella propria ordinanza di rimessione in punto di rilevanza, simili evenienze ricorrerebbero puntualmente nella vicenda sulla quale era chiamato a pronunciarsi il giudice *a quo*, per cui il fatto delittuoso oggetto di contestazione si sarebbe connotato come "*... un episodio di carattere meramente reattivo a fronte di una lunga storia di violenze e abusi subiti dall'imputata nell'ambito di una relazione affettiva ormai in dissoluzione ...*".

<sup>13</sup> Si veda in proposito C. cost. sent. n. 164/2011, punto 6 del considerato in diritto. In dottrina per un ulteriore commento alla giurisprudenza in esame si confronti in particolare G. LEO, *Sulle presunzioni di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere*, in *Diritto penale e processo*, 2011, p. 957 ss.

<sup>14</sup> Delitto di cui all'art. 74 del Decreto del Presidente della Repubblica 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*), pubblicato in G.U. 31 ottobre 1990, n. 255, ai sensi del quale: "*Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall'articolo 73, chi promuove, costituisce, dirige, organizza o finanzia l'associazione è punito per ciò solo con la reclusione non*

al vaglio di legittimità del giudice costituzionale, si tratta qui di valutare la conformità a Costituzione di una presunzione *iuris et de iure* prevista per un reato, che con i delitti di stampo mafioso condivide, almeno apparentemente, l'elemento associativo, che fino ad ora ha rappresentato il discrimine lungo cui il giudice delle leggi ha sempre differenziato le diverse fattispecie. Anche in questo caso, pur nella particolare gravità che il fatto assume nella considerazione legislativa, la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere non può considerarsi rispondente a un dato universalizzabile, ricollegato alle connotazioni criminologiche del reato. Sebbene l'associazione finalizzata al narcotraffico non sia suscettibile di presentarsi come fatto meramente individuale ed episodico, trattandosi al contrario di un delitto che presuppone uno stabile vincolo di appartenenza del soggetto a un sodalizio criminoso volto al compimento di una pluralità non predeterminata di atti, questa sola caratteristica non è sufficiente a costituire un'adeguata base logico-giuridica della presunzione di cui si discute. La Corte evidenzia, cioè, come il mero vincolo associativo a scopi criminosi non valga, in quanto tale, a fornire un adeguato fondamento razionale alla presunzione<sup>16</sup>. In quest'ambito, come si vedrà meglio nel prosieguo, occorre infatti valutare esclusivamente le particolari caratteristiche che detto legame, assume, di volta in volta, nei singoli casi regolati dal legislatore<sup>17</sup>.

### **3. La presunzione assoluta di idoneità della custodia cautelare in carcere in rapporto al reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina**

Su questa stessa falsariga si situa proprio la decisione in commento, la quale trae origine da un'ordinanza di rimessione sollevata dalla Corte di Cassazione in relazione all'art. 12, comma 4-bis, del decreto legislativo 286/1998<sup>18</sup>, aggiunto dall'art. 1, comma 26, lettera f), legge 94/2009<sup>19</sup>, per contrasto con gli articoli 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, della Costituzione. In particolare, il giudice rimettente ritiene estensibili anche ai procedimenti relativi ai reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina le ragioni che avevano indotto la Corte a dichiarare costituzionalmente illegittima l'analoga presunzione prevista dall'art. 275, comma 3, del codice di procedura penale. Nella ricostruzione fornita dalla Cassazione, infatti, il reato in

---

*inferiore a venti anni. Chi partecipa all'associazione è punito con la reclusione non inferiore a dieci anni. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più o se tra i partecipanti vi sono persone dedite all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope. Se l'associazione è armata la pena, nei casi indicati dai commi 1 e 3, non può essere inferiore a ventiquattro anni di reclusione e, nel caso previsto dal comma 2, a dodici anni di reclusione. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito. La pena è aumentata se ricorre la circostanza di cui alla lettera e) del comma 1 dell'articolo 80. Se l'associazione è costituita per commettere i fatti descritti dal comma 5 dell'articolo 73, si applicano il primo e il secondo comma dell'articolo 416 del codice penale. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si sia efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti. Quando in leggi e decreti è richiamato il reato previsto dall'articolo 75 della legge 22 dicembre 1975, n. 685, abrogato dall'articolo 38, comma 1, della legge 26 giugno 1990, n. 162, il richiamo si intende riferito al presente articolo".*

<sup>15</sup> Corte costituzionale sentenza 22 luglio 2011, n. 231, pubblicata in G.U. 27 luglio 2011, n. 173.

<sup>16</sup> Il richiamo giurisprudenziale si rivolge ancora alle sentenze n. 164 del 2011 e n. 265 del 2010.

<sup>17</sup> Più nel dettaglio, il reato in questione potrebbe manifestarsi sia sottoforma di un sodalizio transnazionale, forte di una articolata organizzazione, di ingenti risorse finanziarie e rigidamente strutturato, sia come piccolo gruppo, talora persino ristretto a un ambito familiare – come nel caso oggetto del giudizio *a quo* – operante in un'area limitata e con mezzi di gran lunga più semplici e modesti. Al riguardo, per un riferimento alla giurisprudenza di legittimità, si veda anche G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sul regime intertemporale della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare: un revirement giurisprudenziale*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2011.

<sup>18</sup> Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), pubblicato in G.U. 18 agosto 1998, n. 191. Più specificamente, la disposizione di cui all'art. 12, comma 4-bis, stabilisce che "... Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari ...".

<sup>19</sup> Legge 15 luglio 2009, n. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*), pubblicata in G.U. 25 luglio 2009, n. 128. Per una ricostruzione dei principali istituti e delle problematiche sottese alla nuova disciplina si veda P. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo pacchetto sicurezza. Commento organico alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica)*, Napoli, 2009 e A. RESTA, *Il decreto legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale*, in *Guida al diritto*, 2009, p.891 ss.

questione potrebbe realizzarsi anche mediante condotte profondamente diversificate, indipendenti da una struttura criminale organizzata, tali da presupporre esigenze cautelari affrontabili in concreto tramite misure diverse dalla custodia carceraria. In maniera del tutto analoga a quanto rilevato limitatamente all'art. 275 c.p.p., infatti, anche la norma censurata assoggetterebbe i reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina a un peculiare regime cautelare, fondato da una parte su una presunzione relativa quanto all'*an* della misura e dall'altra su una presunzione di carattere assoluto, quanto al *quomodo* dello strumento prescelto per soddisfare le necessità individuate dal legislatore, reputando quale unica misura idonea a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto la sola carcerazione preventiva.

Anche in questo caso, le argomentazioni addotte dalla Corte costituzionale si sviluppano essenzialmente su due versanti intimamente connessi. Da una parte, infatti, esse mirano a scrutinare la ragionevolezza della disciplina censurata, ricostruendo attentamente la *ratio* della novella legislativa in relazione all'originaria normativa in tema di presunzioni assolute dettata per i soli delitti di stampo mafioso<sup>20</sup>; dall'altra, le deduzioni svolte dal giudice costituzionale poggiano tutte su una coerente applicazione del principio del minor sacrificio necessario, in quanto fondamentale criterio finalizzato a orientare l'attività del legislatore per quel che concerne la definizione e l'applicazione delle singole misure cautelari<sup>21</sup>.

Nella prospettiva della Corte, la stessa formulazione adottata dal legislatore per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina – qualificato come reato a consumazione anticipata, capace di perfezionarsi con il solo compimento di atti diretti a procurare l'ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato – conferisce alla fattispecie un'ampia latitudine applicativa, abbracciando qualunque apporto causalmente orientato anche al solo fine di agevolare l'esito dell'operazione. Pertanto, dal paradigma legale tipico esula, in ogni caso, il necessario collegamento dell'agente con una struttura associativa permanente, dal momento che il crimine in questione ben potrebbe costituire anche il frutto di iniziative meramente individuali<sup>22</sup>. D'altra parte, anche quando risulti ascrivibile a una pluralità di soggetti, il fatto potrebbe comunque mantenere un carattere meramente episodico, potendosi pure basare su un'organizzazione rudimentale di mezzi<sup>23</sup>. Oltretutto, neppure la natura associativa del reato basterebbe, di per sé stessa, a legittimare la sussistenza di una presunzione assoluta, laddove quest'ultima non fosse accompagnata da una particolare qualità del vincolo associativo<sup>24</sup>. Per la Corte, dunque, l'eterogeneità delle fattispecie concrete riferibili al modello punitivo astratto non consente di enucleare una regola generale, ricollegabile ragionevolmente a tutte le connotazioni fenomeniche del reato, da cui possa univocamente dedursi l'adequatezza della sola custodia in carcere a fronteggiare tutte le possibili esigenze cautelari.

A corroborare l'orientamento della Corte concorre altresì la considerazione secondo cui la legittimazione costituzionale di una simile presunzione non potrebbe rinvenirsi neppure nella gravità astratta del reato, né tantomeno nell'esigenza di eliminare la situazione di allarme sociale correlata all'incremento del fenomeno criminoso. Tra le finalità della custodia cautelare non può dunque mai rientrare la riduzione della pericolosità sociale causata dal reato. Un simile obiettivo costituisce infatti una delle funzioni istituzionali esclusive della pena, dacché presuppone la fondata certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> C. cost. sent. 331/2011, punto 3.2 del considerato in diritto. A questo proposito, per un'approfondita ricognizione della caratteristiche strutturali del reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, si rinvia alla consolidata giurisprudenza del giudice di legittimità. In particolare si legga quanto rilevato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 25 settembre 2008-13 gennaio 2009, n. 1149. Per un commento alla prassi giurisprudenziale in questione si veda V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010, p. 401 ss.

<sup>21</sup> C. cost. sent. 331/2011, punto 3.3 del considerato in diritto.

<sup>22</sup> C. cost. sent. 331/2011, punto 4 del considerato in diritto.

<sup>23</sup> Stando a quanto riferisce il giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione, il fatto per cui si procede presenterebbe proprio i caratteri di un evento occasionale realizzato con modalità assai elementari.

<sup>24</sup> C. cost. sent. 331/2011, punto 4 del considerato in diritto. Allo stesso modo si veda anche C. cost. sent. 231/2011, punto 4.1 del considerato in diritto.

<sup>25</sup> Così C. cost. sent. 331/2011, punto 4 del considerato in diritto, cui si associano i richiami ai più volte citati precedenti giurisprudenziali. In particolare al punto 4.3 del considerato in diritto della sent. 231/2011, al punto 5.2 del considerato in diritto della sent. 164/2011, e infine al punto 5 del considerato in diritto della sent. 265/2010. Per un commento più generale si legga E.



Anche qui, dunque, l'aspetto della previsione legislativa capace di vulnerare i valori costituzionali non consiste tanto nella presunzione in sé considerata, quanto piuttosto nel suo carattere assoluto, il quale implica un'indiscriminata negazione del principio del minore sacrificio necessario. Di contro, una presunzione di adeguatezza della custodia carceraria espressa in termini soltanto relativi, atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio, a sua volta suggerita dagli aspetti ricorrenti del reato, non eccederebbe i limiti di compatibilità con la Costituzione<sup>26</sup>. Ergo, il rimedio escogitato dalla Corte si concreta, ancora una volta, nella conversione della presunzione assoluta in una presunzione soltanto relativa, mutuando di fatto il dispositivo contenuto nelle precedenti pronunce di incostituzionalità.

#### **4. Le indicazioni al legislatore: ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza delle misure cautelari personali**

In tale prospettiva, il primo profilo di interesse relativo all'indirizzo giurisprudenziale in esame concerne senza dubbio le indicazioni impartite al legislatore in ordine alla complessiva strutturazione del sistema cautelare, con riferimento ai meccanismi di carcerazione preventiva. Innanzitutto, affinché le restrizioni alla libertà personale dell'indagato derivanti dall'applicazione di una qualsiasi misura cautelare a carattere detentivo risultino compatibili con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., la Corte impone al potere legislativo l'onere di differenziare nettamente le connotazioni proprie della relativa disciplina dalle caratteristiche strutturali tipiche della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità<sup>27</sup>. Il principio costituzionale di non colpevolezza rappresenta, cioè, uno sbarramento insuperabile a ogni possibile ipotesi di assimilazione tra coercizione cautelare e coercizione a titolo definitivo, malgrado la pluralità di elementi che accomunano le due fattispecie dal punto di vista del contenuto afflittivo della sanzione. Da una simile distinzione concettuale discende, da una parte, la necessità che l'applicazione delle misure cautelari non trovi in alcun caso la propria esclusiva legittimazione giuridica in un giudizio anticipato di colpevolezza, dall'altra, che il rimedio assunto in sede cautelare si discosti, direttamente o indirettamente, dalle finalità proprie della sanzione penale<sup>28</sup>. Nella tipizzazione discrezionale della casistica connessa alle modalità di privazione della libertà personale, il legislatore ordinario è quindi tenuto a individuare all'interno del processo esigenze diverse da quelle anticipatorie della pena che possano astrattamente giustificare l'applicazione della misura cautelare<sup>29</sup>.

Parallelamente, non può escludersi che il legislatore possa rendersi interprete anche di un possibile acutizzarsi del sentimento di riprovazione sociale nei confronti di determinate forme di criminalità, avvertite dalla generalità dei consociati come particolarmente esecrabili. Tuttavia, al fine di conseguire simili obiettivi, questi dovrà servirsi unicamente di pene adeguate, da infliggere all'esito di un regolare processo a carico di chi sia stato riconosciuto responsabile di quei reati, e non già dall'indebita anticipazione della condanna prima ancora che sia maturato un definitivo giudizio di colpevolezza<sup>30</sup>. Per contro, proprio questa

---

MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *La legislazione penale*, 2010, p. 499 ss.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> C. cost. sent. 331/2011, punto 4 del considerato in diritto. Per uno sviluppo delle notazioni ivi contenute si consulti altresì E. MARZADURI, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *La legislazione penale*, 2011, 701 ss.

<sup>28</sup> C. cost. sent. 331/2011, punto 4 del considerato in diritto. Analogamente, per una ricostruzione dei compiti del legislatore, si veda anche Corte costituzionale sentenza 23 aprile 1970, n. 64, pubblicata in G.U. 6 maggio 1970, n. 113, punto 3 del considerato in diritto. Sui fini della misura cautelare e sui possibili rimedi a un impiego distorto della stessa si confronti G. AMATO, *Commento all'art. 299 c.p.p.*, in E. AMODIO – O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario al nuovo codice di procedura penale, parte II*, Milano, 1990, p. 158 ss.

<sup>29</sup> Per ulteriori precisazioni sul punto in tema di finalità della pena si legga altresì Corte costituzionale sentenza 17 gennaio 1980, n. 1, pubblicata in G.U. 30 gennaio 1980, n. 29, punto 4 del considerato in diritto.

<sup>30</sup> Per tutti si veda C. cost. sent. 265/2010, punto 12 del considerato in diritto. Tra i numerosi commenti sul punto si segnala A. D'URBANO, *Il volto costituzionale del sistema penale si impone anche ai pacchetti sicurezza (nota a Corte costituzionale sentenza n. 265/2010 sulla carcerazione preventiva obbligatoria nei reati di violenza sessuale)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2010.

sembrerebbe essere stata la finalità perseguita dal legislatore ordinario con l'estensione del meccanismo cautelare speciale che ha condotto all'attribuzione di un carattere marcatamente emergenziale alla repressione dei reati più disparati <sup>31</sup>. All'epoca dell'entrata in vigore delle disposizioni censurate, infatti, in un clima di generalizzato allarme sociale, la politica criminale dell'Esecutivo, avallata anche dal Parlamento in sede di conversione dei relativi decreti-legge, si era prevalentemente orientata verso un utilizzo distorto dello strumento cautelare, perseguendo finalità general-preventive, indirizzando in questo senso lo statuto custodiale verso finalità meta-cautelari, che nel disegno costituzionale dovrebbero invece essere riservate esclusivamente alla sanzione penale.

Inoltre, l'esercizio di tale facoltà in capo agli organi rappresentativi dovrà obbligatoriamente esercitarsi nel rispetto del principio del minor sacrificio necessario. Il legislatore dovrà cioè contenere l'eventuale compressione della libertà personale dell'indagato entro i limiti minimi indispensabili per soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto. Sul versante qualitativo delle misure, infatti, un simile obbligo comporta che il ricorso alle forme di restrizione più intense – e particolarmente a quella massima della custodia carceraria – debba ritenersi consentito solo quando le esigenze processuali o extraprocessuali, cui il trattamento cautelare è servente, non possano essere adeguatamente soddisfatte tramite misure di minore incisività <sup>32</sup>. Il criterio del minor sacrificio necessario, dunque, impegna il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo un modello ispirato a una pluralità graduata delle sanzioni, predisponendo una gamma alternativa di misure, connotata da differenti stadi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra, a prefigurare meccanismi individualizzati di selezione del trattamento cautelare, parametrati sulle esigenze dei singoli casi concreti.

Logica conseguenza di un regime improntato ai parametri costituzionali sopra menzionati è quella di non postulare, almeno in linea di principio, automatismi o presunzioni di carattere assoluto. Questo tipo di meccanismi, derogatori rispetto alla generale disciplina del codice di procedura penale, potranno, infatti, giustificarsi soltanto sulla base di dati di esperienza generalizzati, sussumibili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza e l'arbitrarietà delle presunzioni assolute in tema di carcerazione preventiva si coglieranno tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a fondamento della stessa presunzione <sup>33</sup>. In altre parole, l'indispensabile graduazione delle esigenze cautelari operata dal legislatore dovrà ispirarsi a regole di esperienza sufficientemente condivise, enucleabili dalla generalità dei casi concreti, che in ipotesi del tutto eccezionali potrebbero anche giustificare una deroga alla disciplina ordinaria.

In questa prospettiva, si inseriscono le diverse valutazioni operate dal giudice costituzionale relativamente alla natura del vincolo associativo, quale elemento capace di differenziare le singole ipotesi delittuose con riferimento alle ragioni ispiratrici della disciplina cautelare. Di qui l'esigenza, anche per il Parlamento, di individuare la struttura tipica della fattispecie e le sue connotazioni criminologiche, allo scopo di ricollegare al reato un regime cautelare in piena sintonia con i parametri costituzionali. La natura del vincolo costituisce quindi il criterio di riferimento per il legislatore mediante il quale distinguere i singoli reati, dettandone di conseguenza l'opportuna disciplina normativa. Risulta così logicamente preclusa la possibilità di estendere eventuali presunzioni assolute in materia cautelare a fattispecie penali eterogenee, variamente strutturate e

<sup>31</sup> Al riguardo, si confronti soprattutto il dibattito parlamentare sviluppatosi in sede di conversione del decreto-legge 11/2009. Nel corso della discussione in aula si appalesa infatti chiaramente la volontà politica di collocare la norma oggetto di scrutinio nel corpo delle disposizioni volte a un generale inasprimento del regime cautelare, repressivo e penitenziario dei delitti in questione, in risposta a un generalizzato sentimento di riprovazione sociale nei confronti di simili comportamenti criminali. Tuttavia, come ricorda F. CORDERO, *Commento all'art. 275 c.p.p.*, in F. CORDERO (a cura di) *Codice di procedura penale*, Torino, 1992, p. 324 ss. ancor prima degli interventi di carattere eccezionale, recentemente operati dal legislatore attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza, il codice di rito penale aveva già subito consistenti alterazioni nell'assetto del sistema cautelare, tramite interpolazioni non sempre coerenti.

<sup>32</sup> C. cost. sent. 331/2011, punto 3.2 del considerato in diritto. A conclusioni non dissimili la Corte costituzionale era già pervenuta con la sentenza 22 luglio 2005, n. 299, pubblicata in G.U. 27 luglio 2005, n. 173.

<sup>33</sup> C. cost. sent. 331/2011, punto 3.3 del considerato in diritto. Sulla stessa falsariga si confronti anche *ex plurimis* Corte costituzionale sentenza 16 aprile 2010, n. 139, pubblicata in G.U. 21 aprile 2010, n. 92.

con trattamenti sanzionatori anche notevolmente diversificati, posti a tutela di differenti beni giuridici<sup>34</sup>. Allo stesso modo non vale a fornire una giustificazione ragionevole alla soluzione normativa discrezionalmente adottata dal Parlamento neppure la gravità astratta del reato, considerata sia in relazione alla misura della pena, sia in rapporto al rango e alla specie dell'interesse tutelato, dal momento che, per quanto odiosi e riprovevoli, i fatti che integrano i diversi delitti possono presentare connotazioni tali da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura possibile<sup>35</sup>.

## **5. Il rafforzamento dei poteri del giudice comune nel circuito costituzionale per il controllo delle misure cautelari**

L'ulteriore aspetto di interesse speculativo emergente dal gruppo di pronunce in esame riguarda il ruolo attribuito al giudice comune nell'applicazione delle singole misure cautelari. Si può, infatti, fondatamente sostenere che, in fase di concreta attuazione, le diverse prescrizioni rivolte al legislatore in materia cautelare producano, seppure indirettamente, conseguenze notevolissime anche sull'attività dei magistrati ordinari.

A questo proposito, la Corte costituzionale sembra teorizzare una sorta di cedevolezza della presunzione assoluta stabilita dal legislatore di fronte alle peculiarità costitutive del fatto per cui si procede, le quali, evidentemente, potranno essere apprezzate in maniera appropriata soltanto dal giudice, non solo in relazione ai presupposti applicativi della misura, ma anche e soprattutto con riferimento alle circostanze che siano in grado di giustificare la sussistenza di eventuali automatismi cautelari. Emerge, quindi, la necessità indefettibile di assegnare all'organo giudicante, anche di fronte alla perentorietà delle prescrizioni normative, una sostanziale libertà interpretativa, non solo a tutela della ragionevolezza intrinseca della disciplina, ma anche e soprattutto a salvaguardia della libertà personale dell'accusato, funzionale a una piena attuazione del principio di non colpevolezza ex art. 27 Cost.<sup>36</sup>.

Nell'ambito della propria attività ermeneutica, deve infatti essere pienamente consentito al giudice di poter determinare, entro il catalogo delle misure astrattamente tipizzate dal legislatore, quella più confacente alle esigenze cautelari del caso concreto, ispirandosi costantemente al principio di adeguatezza e tenendo conto soprattutto della specifica idoneità di ciascuna misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare<sup>37</sup>. Proprio nel criterio di adeguatezza, correlato alla gamma graduata delle misure, trova espressione anche per il giudice il principio del minore sacrificio necessario, in base al quale, entro il ventaglio delle alternative prefigurate dal legislatore, questi dovrà selezionare la misura meno afflittiva tra tutte quelle ipoteticamente idonee a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto<sup>38</sup>. A questa stregua, la custodia in carcere, in quanto espediente decisamente più gravoso in rapporto a tutte le altre misure cautelari personali, qualificabile come *extrema ratio* dell'intero sistema, implica necessariamente un giudizio di adeguatezza anche da parte del giudice circa le peculiarità della fattispecie sottoposta alla propria cognizione, anche tramite l'esposizione nella motivazione dell'atto delle concrete e specifiche ragioni per cui

<sup>34</sup> In questo specifico senso si consulti C. cost. sent. 331/2011, punto 4 del considerato in diritto.

<sup>35</sup> Per tutti si vedano le notazioni espresse in C. cost. sent. 164/2011, punto 5.2 del considerato in diritto, con nota di L. SCOMPARN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2011.

<sup>36</sup> In materia di poteri esecutivi riconosciuti in capo al giudice in sede di applicazione delle singole misure cautelari, con riferimento specifico alla valutazione dei diversi presupposti si confronti C. CARINI, *Il procedimento applicativo*, in C. SANTORELLO – G. SPANGHER (a cura di), *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, p. 69 ss.

<sup>37</sup> A questo precetto fa riscontro uno specifico obbligo di motivazione sul punto, sancito a pena di nullità dall'art. 292, comma 2, lettera c, del codice di procedura penale, ai sensi del quale: "... L'ordinanza che dispone la misura cautelare contiene, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio [...] l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato ...". In questa prospettiva, con precipuo riguardo ai limiti endogeni dell'attività del giudice nell'applicazione delle misure cautelari si veda anche M. VESSICHELLI, *Sull'applicabilità dell'art. 275, comma 3, c.p.p. nuovo testo ai soggetti posti agli arresti domiciliari*, in Cassazione penale, 1992, p. 2059 ss.

<sup>38</sup> C. cost. sent. 164/2011, punto 6 del considerato in diritto.



le esigenze cautelari non possono essere soddisfatte attraverso altre misure. Le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale dovranno quindi essere apprezzate e motivate dal giudice sulla base della situazione pratica, nell'assoluto rispetto dei principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena individualizzazione della coercizione cautelare<sup>39</sup>.

Evidentemente, però, la fissazione di presunzioni di carattere assoluto da parte del legislatore depotenzia anche l'obbligo di motivazione dei provvedimenti applicativi della custodia cautelare in carcere previsto in capo al giudice, con conseguente sacrificio per le ragioni dell'accusato<sup>40</sup>. Proprio per queste ragioni, nell'ipotesi in cui l'individuazione della misura da applicare sia stata effettuata dal Parlamento in termini generali, con conseguente riduzione del potere di accertamento del giudice, l'opzione legislativa dovrà essere formulata nel rispetto del principio di ragionevolezza, effettuando un corretto bilanciamento tra i diversi valori costituzionali coinvolti<sup>41</sup>. Ecco perché la Corte costituzionale opera un consistente rafforzamento dei poteri interpretativi del giudice, attribuendo nuovamente a quest'ultimo la facoltà di individuare, in ultima istanza, il fattore scatenante del reato, impedendone la reiterazione, soprattutto qualora si proceda in relazione a fatti legati a particolari circostanze ambientali. In tutte queste eventualità viene riconosciuta al giudice la possibilità di parametrare opportunamente la misura cautelare al fine di operare una forzosa separazione dell'imputato o dell'indagato da quei contesti, valutando, se del caso, anche la carenza di un'adeguata base statistica della presunzione assoluta definita dal legislatore<sup>42</sup>.

Il punto focale dell'intero ragionamento della Corte consiste dunque nella necessità di assegnare al giudice un imprescindibile potere di scelta discrezionale in relazione alle peculiarità del caso concreto circa la selezione dello strumento cautelare più adeguato, svincolando in questo modo l'organo giudicante dal disporre la misura maggiormente rigorosa senza alcuna possibile alternativa allorché la gravità indiziaria attenga a determinate fattispecie di reato<sup>43</sup>. Proprio questo tipo di intima relazione con la concretezza della fattispecie, oltre che con le peculiarità della situazioni personali e fattuali che hanno occasionato il reato, giustifica l'estensione della potestà decisoria del giudice, cui fa da contraltare la conversione della presunzione assoluta formulata in origine dal legislatore in una presunzione soltanto relativa. In ragione del proprio privilegiato rapporto con il caso di specie, il giudice ordinario si rivela l'organo più adatto a tutelare il valore primario della libertà personale. La puntuale salvaguardia dei diritti fondamentali dell'accusato

<sup>39</sup> Sulle singole operazioni interpretative richieste al giudice comune con riguardo soprattutto al carattere e alla portata delle misure coercitive personali con particolare riferimento alla carcerazione preventiva si veda F. CERQUA, *La tipologia delle misure cautelari personali*, in C. SANTORELLO – G. SPANGHER (a cura di), *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, p. 142 ss. Per un richiamo nell'ambito della giurisprudenza costituzionale si veda C. cost. sent. 265/2010, punto 6 del considerato in diritto.

<sup>40</sup> A tal proposito, secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, in presenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati assistiti dalla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare, il giudice assolve al proprio obbligo dando semplicemente atto dell'inesistenza di elementi idonei a vincere la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari, senza dovere specificamente motivare sul punto. Nel solo caso in cui l'indagato o la sua difesa abbiano allegato elementi di segno contrario, il giudice sarà invece tenuto a giustificare la ritenuta inidoneità di tali deduzioni a superare la presunzione in parola. In ogni caso, in accordo con la giurisprudenza della Corte di Cassazione, non sarà necessario provvedere a quanto ordinariamente richiesto dalla seconda parte delle lettere c) e c-bis) dell'art. 292, comma 2, del codice di procedura penale, rimanendo irrilevante, a fronte dell'apprezzamento legale, l'eventuale convinzione del giudice che le esigenze cautelari possano essere concretamente soddisfatte tramite una misura cautelare meno incisiva di quella massima.

<sup>41</sup> Sulla base di tale modello, se da un lato la verifica della sussistenza delle esigenze cautelari non può prescindere da un accertamento in concreto, allo stesso modo, esso non comporta indefettibilmente l'affidamento al giudice di un analogo potere di apprezzamento. In senso conforme, sul punto, si vedano le ordinanze della Corte costituzionale n. 40 del 2002 e n. 130 del 2003. Nella specie, deponeva nel senso della ragionevolezza della soluzione adottata la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, tenuto conto soprattutto del coefficiente di pericolosità legato alle condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connesso.

<sup>42</sup> In dottrina, anche ai fini di una più approfondita casistica applicativa, si confronti A. ALBIANI – S. MARINELLI, *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale: casi, questioni, orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2007, p. 122 ss.

<sup>43</sup> Cfr. più in generale E. APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale: articoli 272-325 del codice di procedura penale*, Milano 2003, p. 35 ss. Quanto al complesso giurisprudenziale in esame si veda nell'ordine C. cost. sent. 265/2010, punti 7 e 9 del considerato in diritto, C. cost. sent. 231/2011, punti 3.3 e 5 del considerato in diritto e C. cost. sent. 331/2011, punto 5 del considerato in diritto.

costituisce cioè il quadro costituzionale di riferimento, più volte richiamato dalla Corte, entro cui ridefinire le prerogative del giudice e del legislatore. In altri termini, le nuove possibilità ermeneutiche assegnate ai giudici si spiegano, anche e soprattutto, in un'ottica di migliore garanzia per la libertà personale dell'indagato e di maggior rispetto del principio di non colpevolezza, cui si rivela funzionale la stessa riserva di giurisdizione prevista dall'art. 13 Cost.<sup>44</sup>.

In questa specifica prospettiva, la Corte costituzionale istituisce una sorta di circuito virtuoso nei rapporti tra sé e i giudici comuni, finalizzato al sindacato di legittimità delle scelte discrezionali del legislatore in tema di misure cautelari. Entro questo schema, il giudice, con riguardo tipicamente alla particolarità della fattispecie concreta sottoposta alla propria cognizione, tutte le volte in cui si trovi ad attuare un qualsiasi automatismo legislativo concernente l'applicazione della custodia cautelare in carcere, potrà adire la Corte costituzionale, fornendo tutti gli elementi di fatto necessari affinché la soluzione normativa scrutinata possa considerarsi ragionevole. Dal canto suo, la Corte – anche in ragione delle circostanze concrete fornite dal giudice – sarà in grado di valutare la razionalità dell'opzione legislativa, arricchendo così la propria considerazione in tema di struttura e connotazioni criminologiche del reato, sulla base di quelle generalizzate regole di esperienza che soltanto l'applicazione giurisprudenziale è in grado di fornire. A questo punto, nell'ipotesi in cui la presunzione assoluta sviluppata dal legislatore appaia manifestamente irragionevole, perché suscettibile di risolversi in un'indiscriminata e totale negazione del principio del minore sacrificio necessario, il giudice delle leggi trasformerà detto meccanismo in una presunzione relativa, assegnando nuovamente al giudice i necessari poteri nell'applicazione delle misure cautelari con la possibilità di superare detta presunzione tramite elementi di segno contrario.

#### **6. Dalla discrezionalità del legislatore alla discrezionalità del giudice. Profili problematici del nuovo indirizzo giurisprudenziale in materia cautelare**

Di fronte al nuovo assetto giurisprudenziale in tema di custodia cautelare in carcere, la principale osservazione di carattere teorico, peraltro gravida di implicazioni anche dal punto di vista sistemico, riguarda certamente i rischi connessi a un'eccessiva libertà interpretativa del giudice, nella misura in cui quest'ultimo decidesse arbitrariamente di non inserirsi in quel circuito attivato dalla Corte per il sindacato delle scelte legislative in materia di misure cautelari, optando, al contrario, per un'applicazione analogica dei principi sanciti dal giudice costituzionale. Si tratta cioè di stabilire se, in casi simili, sia corretto operare la trasformazione delle presunzioni di carattere assoluto fissate dal legislatore in presunzioni relative, con conseguente estensione dei poteri valutativi del giudice, per il tramite di una semplice operazione ermeneutica, anziché attraverso il ricorso a una nuova declaratoria di illegittimità costituzionale.

In tal senso gli attuali esiti operativi sembrerebbero far propendere per un'interpretazione costituzionalmente orientata delle previsioni legislative in materia cautelare, sulla base dei principi definiti in casi analoghi dalla giurisprudenza costituzionale, con l'automatica conversione delle indicazioni normative in presunzioni semplici senza bisogno di sollevare la relativa questione di legittimità di fronte alla Corte<sup>45</sup>. Nella più recente casistica in tema di custodia cautelare in carcere, infatti, con un'operazione alquanto discutibile, la Corte di Cassazione, valutate autonomamente le caratteristiche essenziali del reato di violenza sessuale di gruppo e reputatele non difforni rispetto a quelle che il giudice costituzionale aveva individuato nella propria pregressa giurisprudenza, ha operato essa stessa e in piena autosufficienza, l'estensione dei propri poteri interpretativi<sup>46</sup>. Oltretutto, il giudice di legittimità non si è neppure preoccupato di motivare

<sup>44</sup> Sui rapporti tra tutela della libertà personale dell'indagato e poteri discrezionali del giudice si legga anche il contributo di G. CANZIO, Sub art. 277 c.p.p. *La salvaguardia dei diritti della persona sottoposta a misure cautelari*, in G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Le misure cautelari*, Milano, 2008, p. 166 ss.

<sup>45</sup> In questo senso si confronti Corte di Cassazione, sezione III penale, sentenza 20 gennaio-1 febbraio 2012, n. 4377.

<sup>46</sup> Si tratta in particolare della previsione di cui all'art. 609-octies del codice penale ai sensi del quale: "*La violenza sessuale di gruppo consiste nella partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all'articolo 609-bis. Chiunque commette*

adeguatamente in ordine alla supposta identità di *ratio* tra le diverse fattispecie precedentemente scrutinate dalla Corte costituzionale e il reato di violenza sessuale di gruppo sottoposto alla propria cognizione, che avrebbe ipoteticamente reso applicabile i principi enucleati dal giudice costituzionale anche al caso in esame, limitandosi soltanto ad affermazioni di carattere apodittico<sup>47</sup>. Ciò nonostante, anche nell'ipotesi in cui la Corte di Cassazione si fosse opportunamente soffermata sulle ragioni che astrattamente avrebbero potuto indurre ad un'equiparazione tra le diverse fattispecie, una simile operazione ermeneutica sarebbe stata comunque preclusa per i motivi che si cercherà di analizzare nel prosieguo.

Preliminarmente, deve rilevarsi che un simile comportamento da parte del giudice di legittimità scaturisce altresì dall'impossibilità per la stessa Corte costituzionale di ricorrere all'istituto dell'illegittimità conseguenziale, previsto dal secondo comma dell'art. 27 l. 87/1953. Il discrimine tra norma eccezionale a contenuto assolutamente derogatorio e regime presuntivo di natura relativa, infatti, si fonda nella fattispecie sia sulla peculiare struttura organizzativa del reato sia sulle specifiche caratteristiche del vincolo, il che rende praticamente impossibile estendere gli effetti della decisione anche a norme non direttamente attinte dalla questione di legittimità<sup>48</sup>. Peraltro, stando a quanto tradizionalmente sostenuto dalla più accreditata teoria dell'interpretazione, di fronte a una disciplina come quella in questione, caratterizzata da una natura marcatamente eccezionale, derogatoria rispetto al principio generale di adeguatezza e stabilita in relazione a una serie non omogenea di fattispecie, l'unica esegesi possibile sarebbe quella strettamente aderente al tenore letterale della disposizione<sup>49</sup>. In questo senso verrebbero a mancare quelle virtualità interpretative che tradizionalmente costituiscono il presupposto logico-argomentativo per l'esperimento di una lettura costituzionalmente orientata della norma<sup>50</sup>. A fronte di un'unica interpretazione della disposizione in esame, ricollegabile proprio al carattere eccezionale della normativa, mancherebbe cioè la possibilità di esperire una lettura alternativa, costituzionalmente conforme, senza andare oltre il limite invalicabile costituito dalla lettera della legge. Diversamente opinando, infatti, si rischierebbe di attribuire in via definitiva al giudice comune il potere di caducare autonomamente una previsione normativa definita dal legislatore<sup>51</sup>.

---

*atti di violenza sessuale di gruppo è punito con la reclusione da sei a dodici anni. La pena è aumentata se concorre taluna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 609-ter. La pena è diminuita per il partecipante la cui opera abbia avuto minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato. La pena è altresì diminuita per chi sia stato determinato a commettere il reato quando concorrono le condizioni stabilite dai numeri 3) e 4) del primo comma e dal terzo comma dell'articolo 112 del codice penale".*

<sup>47</sup> Questo il contenuto testuale della pronuncia della Cassazione: "... se è vero che il giudice delle leggi non è stato interessato specificamente dell'esame del regime cautelare concernente l'art.609-octies c.p., ma solo di quello applicabile ai citati reati richiamati anch'essi dal terzo comma del citato art.275 c.p.p., non vi è dubbio che i principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza del 2010 appaiono potenzialmente riferibili anche alla disposizione di legge contestata agli odierai ricorrenti e che il giudice è chiamato ad affrontare il tema di quali siano le conseguenze che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale ha sul caso in esame [...] dalla lettura della citata sentenza della Corte costituzionale emerge l'esistenza di principi interpretativi direttamente applicabili all'art.275, terzo comma, c.p.p. nella parte in cui disciplina il regime cautelare applicabile a persone raggiunte da gravi indizi del reato ex art.609-octies c.p. [...] questo giudice ritiene evidente che si è in presenza di principi "in toto" applicabili anche alla ipotesi di reato ex art.609-octies c.p., reato che presenta caratteristiche essenziali non difformi da quelle che la Corte costituzionale ha individuato per i reati sessuali (art.609-bis e art.609-quater c.p.) sottoposti al suo giudizio in relazione alla disciplina ex art.275, terzo comma, c.p.p. Deve, dunque, concludersi che nel caso in esame l'unica interpretazione compatibile coi principi fissati dalla sentenza n.265 del 2010, citata, è quella che estende la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria anche agli indagati sottoposti a misura cautelare per il reato previsto all'art. 609-octies c.p.p."

<sup>48</sup> Per una più dettagliata trattazione dell'istituto dell'illegittimità derivata e delle sue implicazioni sistematiche si veda soprattutto A. MORELLI, *L'illegittimità conseguenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettiva tutela*, Rubettino, 2008.

<sup>49</sup> Così anche G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, p. 144 ss.

<sup>50</sup> A questo proposito si rinvia alle notazioni di A. PACE, *I limiti dell'interpretazione adeguatrice*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1963, p. 1070 ss. secondo cui la cd. interpretazione conforme presupporrebbe la possibilità di trarre più sensi da un unico disposto e che, nel dubbio, il giudice privilegi l'interpretazione capace di ricondurre la norma nell'alveo dei principi costituzionali.

<sup>51</sup> In questo senso si veda anche A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici comuni*, in M. D'AMICO – B. RANDAZZO, (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, p. 77 ss., da cui si può evincere che, qualora il giudice ordinario superi la linea convenzionalmente assunta come spartiacque tra funzioni costituzionali e attribuzioni diffuse, questi compirebbe un'operazione illegittima, arrogandosi nei fatti il potere di caducare una previsione normativa.

Stanti questi rilievi, dunque, la soluzione giuridicamente più compatibile sarebbe sicuramente rappresentata dalla devoluzione della specifica questione di legittimità alla Corte costituzionale, sebbene la circostanza che una simile estensione dei poteri interpretativi del giudice sia in grado di produrre effetti prevalentemente *in bonam partem* tenda certamente a mitigare i rischi dianzi riferiti. Ciò nonostante, detta considerazione, per quanto convincente, non può comunque valere a legittimare una siffatta prassi giurisprudenziale. In tutte le ipotesi precedentemente analizzate, infatti, una volta corretta adeguatamente la portata normativa della disposizione sottoposta al proprio scrutinio, la Corte invita, più o meno espressamente, i singoli giudici a presentare al proprio vaglio tutte le disposizioni analoghe a quella dichiarata incostituzionale, con l'intento di far seguire alla prima sentenza manipolativa tutta una serie di ordinanze di rimessione che da quella pronuncia traggono la propria origine, cui corrispondono altrettante sentenze additive, tese a ricondurre entro l'alveo dei principi costituzionali un determinato aspetto del sistema cautelare.

È pur vero che in altre ipotesi lo stesso giudice delle leggi si è avvalso di uno schema per così dire alternativo, destrutturando la sequenza ordinaria che prevede un rapporto costante tra giudice comune e Corte costituzionale secondo la tradizionale alternanza tra prima pronuncia manipolativa, successive ordinanze di rimessione e correlative sentenze di accoglimento. In queste eventualità, a fronte di una prima declaratoria di incostituzionalità mediante addizione, i giudici comuni, come sempre traendo spunto dalle motivazioni della sentenza, provvedono a sollevare analoghe questioni di costituzionalità al fine di ottenere equivalenti manipolazioni in quel particolare settore dell'ordinamento. Contrariamente a quanto ci si potrebbe attendere, però, la Corte, anziché procedere a tante declaratorie di illegittimità costituzionale quante sono le disposizioni denunciate che presentano il medesimo vizio, invita invece i giudici comuni a interpretare quelle stesse disposizioni alla luce del principio costituzionale enucleato dalla Corte, con i giudici che aderiscono a tale invito, procedendo soltanto a questo punto a un'interpretazione costituzionalmente conforme della norma<sup>52</sup>. In tutti questi casi, però, è pur sempre la Corte che, una volta enucleato il principio e dichiarata incostituzionale la disposizione impugnata, nel pronunciarsi su situazioni analoghe rifiuta di emanare una sentenza di accoglimento manipolativo, invitando i giudici a raggiungere il medesimo risultato attraverso una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata, fino ad allora preclusa alla giurisprudenza comune<sup>53</sup>.

In altri termini, soltanto la Corte costituzionale è in grado, in un certo senso, di autorizzare il giudice comune a divergere dallo schema tipico, caratterizzato da quella particolare sequenza di decisioni additive, di cui si è detto, interrompendo il circuito da essa stessa innescato e demandando in questo modo a un'esegesi costituzionalmente orientata lo sviluppo dei principi definiti nelle precedenti decisioni manipolative. Solo a questo punto, e non prima, i giudici potranno procedere in via autonoma senza adire la

<sup>52</sup> Per un'accurata ricostruzione della prassi giurisprudenziale, recentemente avviata dal giudice costituzionale si veda in particolare E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, p. 1860 ss. secondo cui in queste ipotesi si riscontrerebbe "l'affermazione di sequenze anomale nelle quali la Corte rifiuta di procedere con sentenze di accoglimento manipolativo-fotocopia".

<sup>53</sup> La prassi in esame può considerarsi inaugurata con la sentenza 20-26 novembre 2002, n. 477 con cui tra l'altro la Corte dà vita al cd. meccanismo della doppia pronuncia. Per effetto di quella sentenza, precisa in seguito lo stesso giudice costituzionale nel dichiarare infondate o manifestamente infondate le successive ordinanze di rimessione aventi ad oggetto analoghe questioni, "... risulta ormai presente nell'ordinamento processuale civile, fra le norme generali sulle notificazioni degli atti, il principio secondo il quale [...] il momento in cui la notifica si deve considerare perfezionata per il [notificante] deve distinguersi da quello in cui essa si perfeziona per il destinatario; conseguentemente, alla luce di tale principio, le norme in tema di notificazioni di atti processuali [...] vanno ora interpretate, senza necessità di ulteriori interventi da parte del giudice delle leggi, nel senso che la notificazione si perfeziona nei confronti del notificante al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario ...". Per un commento alla vicenda si vedano su tutti E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, p. 732 ss. e F. MODUGNO, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su "Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)"*, in F. MODUGNO (a cura di), *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Milano, 2010, p. 275 ss. Analogamente si segnalano a livello giurisprudenziale: Corte costituzionale sentenza 12 marzo 2007, n. 77, pubblicata in G.U. 14 marzo 2007, n. 61, Corte costituzionale sentenza 9 luglio 2009, n. 208, pubblicata in G.U. 15 luglio 2009, n. 162 e Corte costituzionale sentenza 28 maggio 2010, n. 189, pubblicata in G.U. 3 giugno 2010, n. 127.

Corte, sperando la propria interpretazione adeguatrice. Nel caso della violenza sessuale di gruppo, all'opposto, è proprio l'autorità giudiziaria ordinaria (la Cassazione) a discostarsi autonomamente dal circuito istituzionale definito dalla Corte, procedendo, per contro, a un'estensione interpretativa dei principi stabiliti dal giudice costituzionale nelle sue precedenti sentenze, con tutti gli esiti negativi per l'ordinamento di cui si è discusso.