

Libertà personale

L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere

Erica Farinelli

Le decisioni

Misure cautelari personali - Criteri di scelta - Presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere - Ambito di operatività (C.p.p., artt. 275, co. 3, 299, co. 2).

La presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere posta dall'art. 275, co. 3, c.p.p. è operante non solo nell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva, ma, qualora permangano le esigenze cautelari, anche per tutte le successive vicende di libertà, ed, in particolare, nel caso di richiesta di sostituzione della misura.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 10 settembre 2012 (ud. 19 luglio 2012), (Ord.), - LUPO, *Presidente* - ROMIS, *Relatore* - FEDELI, *P.M.* (diff.).- Lipari, ricorrente.

Misure cautelari personali - Criteri di scelta - Presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere - Reati aggravati ex art. 7 d.l. n. 152 del 1991 - Questione di legittimità costituzionale - Non manifesta infondatezza (Cost., artt. 3, 13, co. 1, 27 co. 2; L. n. 87 del 1953, art. 23; C.p.p., art. 275, co. 3; D.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., in l. 23 aprile 2009, n. 38, art. 2; d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modif., in l. 12 luglio 1991, n. 203, art. 7).

È non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3°, c.p.p., nella parte in cui - nel prevedere la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per i delitti commessi al fine di agevolare le associazioni di tipo mafioso - non fa salva 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. In particolare, si profila come ingiustificata la parificazione dei procedimenti relativi ai delitti aggravati ex art. 7 d.l. n. 152 del 1991 a quelli concernenti i delitti di mafia.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 10 settembre 2012 (ud. 19 luglio 2012), (Ord.), n. 34474 - LUPO, *Presidente* - ROMIS, *Relatore* - FEDELI, *P.M.* (diff.).- Ucciero, ricorrente.

Le motivazioni delle decisioni annotate possono essere consultate liberamente sul sito web archiviopenale.it.

Il commento

1. Chiamate a stabilire «se la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere ex art. 275, co. 3, c.p.p. operi solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva o riguardi anche le vicende successive che attengono alla permanenza delle esigenze cautelari», con la pronuncia in commento, le Sezioni Unite, nell'avallare la soluzione più estesa, tornano a pronunciarsi su uno degli argomenti più discussi degli ultimi anni¹.

Particolarmente tortuoso l'*iter* della vicenda giudiziale che ha condotto all'intervento della Suprema Corte nella sua più ampia composizione. Questi i punti essenziali. Avverso l'ordinanza con la quale il G.i.p. aveva sostituito la misura degli arresti domiciliari in luogo di quella carceraria inizialmente disposta nei confronti del ricorrente - condannato in esito a giudizio abbreviato per il reato di favoreggiamento personale aggravato dalla circostanza di cui all'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 - il p.m. interponeva appello ai sensi dell'art. 310 c.p.p. In accoglimento dell'impugnazione proposta, il Tribunale adito, rilevando come anche per i reati aggravati secondo la previsione citata dovesse ritenersi operante la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere sancita dall'art. 275, co. 3, c.p.p., concludeva nel senso che detta misura non potesse essere sostituita, in corso di esecuzione, con altra meno afflittiva. Contro tale provvedimento, l'imputato proponeva ricorso per cassazione, con il quale, dedotta violazione di legge e difetto di motivazione, evidenziava come la stessa sentenza di condanna, esclusi significativi contatti dello stesso con la consorteria mafiosa, avesse derubricato l'originaria imputazione di partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso, con la conseguenza che doveva ritenersi del tutto irragionevole l'operatività della predetta presunzione di adeguatezza. Con motivi nuovi successivamente depositati, richiamato il contrasto giurisprudenziale esistente in materia, il ricorrente rimarcava il carattere eccezionale della disposizione di cui art. 275, co. 3, c.p.p. - a suo dire - non interpretabile estensivamente ed in via analogica per regolare ipotesi diverse da quella della primigenia applicazione della misura, quali le vicende successive del regime cautelare, sollecitando l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite.

¹ Per un quadro di sintesi, da ultimo, BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 224.

Dopo ripetute ordinanze di rimessione², a seguito della definitiva assegnazione del ricorso alle Sezioni unite³, con ulteriori note, il difensore del ricorrente, oltre a ribadire la richiesta principale di accoglimento del ricorso, chiedeva, in subordine, che fosse sollevata questione di legittimità costituzionale degli artt. 275, co. 3, e 299, co. 2, c.p.p., nella parte in cui è prevista l'obbligatorietà della custodia in carcere per ogni delitto aggravato dal citato art. 7 d.l. n. 152 del 1991, nonché nella parte in cui non prevede che l'obbligatorietà della stessa operi soltanto in occasione dell'adozione del provvedimento genetico, e non quando siano invece successivamente acquisiti elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Con ampia motivazione, la Cassazione a Sezioni Unite estende, dapprima, l'operatività della presunzione di adeguatezza posta dall'art. 275, co. 3, c.p.p. anche alla successive vicende *de libertate*, per poi rimettere al vaglio della Corte costituzionale l'ennesima questione di legittimità costituzionalità dell'art. 275, co. 3, secondo periodo, c.p.p., sollevata in relazione agli artt. 3, 13, co. 1, e 27, co. 2, Cost., questa volta nella parte in cui - nel prevedere che quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti aggravati

² Alla prima ordinanza (Cass., Sez. II, 14 febbraio 2012, Lipari, in www.archiviopenale.it), con la quale la Sezione assegnataria, condividendo le valutazioni espresse dal ricorrente circa l'esistenza di un contrasto interpretativo, aveva deciso di rimettere il ricorso alle Sezioni Unite, non ritenendo risolutiva la recente presa di posizione da parte delle Sezioni Unite, nella quale pure si era affermato che «il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza, [si attegga al] parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso» (Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, Khalil, in *Mass. Uff.*, 24932), seguiva, infatti, un primo decreto, con il quale il Primo Presidente disponeva la restituzione del procedimento alla Seconda Sezione per una nuova valutazione circa la sussistenza ed attualità del denunciato contrasto, alla luce del principio di diritto affermato da altra recente pronuncia delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, Ambrogio, in *Mass. Uff.*, 250195, nella quale, *sub* par. 7, si era incidentalmente affermato che «anche nel momento della sostituzione della misura cautelare giocano le presunzioni alle quali si è già fatto cenno nel considerare il momento genetico della misura cautelare: una diversa soluzione, evidentemente, renderebbe del tutto irrazionale il sistema»; su tale pronuncia, v., *infra*, la nota n. 35).

³ Con una seconda ordinanza di rimessione (Cass., Sez. II, 18 aprile 2012, Lipari, in www.archiviopenale.it con nota di SANTORIELLO, *sub Osservatorio della Corte di cassazione*), la Seconda Sezione decideva di investire nuovamente del ricorso le Sezioni Unite, ritenendo non giustificata, «secondo il criterio della ragionevolezza», «la parificazione dei due momenti [ossia del momento applicativo della misura e di quello successivo della sostituzione della stessa] al fine dell'operatività della presunzione legale», né, a tal fine, ragionevole «la parificazione di due condotte diverse», considerato che al ricorrente «è contestata non l'appartenenza al sodalizio di stampo mafioso, bensì un'ipotesi di favoreggiamento aggravato ai sensi dell'art. 7 della legge n. 203 del 1991». A commento di tale ordinanza, cfr. la nota di ALBERICO, *L'ambito di operatività della presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, ex art. 275, co. 3, c.p.p., al vaglio delle Sezioni Unite*, in www.penalecontemporaneo.it.

dall'uso del metodo mafioso o dalla finalità di agevolazione di un'associazione mafiosa ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, 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.

2. Com'è noto, smentendo la scelta compiuta dal legislatore del nuovo codice di rito che aveva rigorosamente configurato la custodia cautelare come *extrema ratio* cui ricorrere «soltanto quando ogni altra misura [fosse risultata] inadeguata»⁴, a neanche due anni dall'entrata in vigore dello stesso, con due interventi normativi d'urgenza emanati in rapida successione⁵, si codifica, per

⁴ Così come recitava l'art. 275, co. 3, c.p.p. nella sua versione originaria, in perfetta attuazione della direttiva n. 59 contenuta nell'art. 2 della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, nella quale si esplicitava 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». Al proposito, la stessa *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, 72, sottolineava come «dal combinato disposto degli artt. 272, 274, 275 [c.p.p.] emerge[ss]e palesemente l'esclusione di ogni ipotesi, anche attenuata, di obbligatorietà della custodia cautelare, o - per restare ad una terminologia tradizionale - della cattura». A commento della primigenia formulazione normativa della disposizione *de qua*, v. i contributi di AMATO, Sub art. 275 c.p.p., in *Commentario del nuovo codice di procedura penale* diretto da Amodio, Dominioni, III, Milano, 1990, 40-43, nonché CHIAVARIO, Sub art. 275 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale* coordinato da Chiavario, III, Torino, 1990, 67-68.

⁵ Si tratta del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152 convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, recante «*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon funzionamento dell'attività amministrativa*», il cui art. 5, co. 1, introducendo un secondo periodo nell'art. 275, co. 3, c.p.p., aveva previsto che, in presenza di gravi indizi di colpevolezza, per un gran numero di delitti specificamente elencati (da quelli di cui agli artt. 285, 286, 416 *bis* e 422 c.p. a quelli, consumati o tentati, di cui agli artt. 575, 628, co. 3, 629, co. 2, e 630 c.p., a quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività, a quelli commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, a quelli concernenti l'illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo fino a quelli di cui agli artt. 73, limitatamente alle ipotesi aggravate di cui all'art. 80, co. 2, e 74 del d.P.R. n. 309 del 1990 in materia di disciplina delle sostanze stupefacenti e psicotrope), dovesse essere applicata la custodia cautelare in carcere, «salvo che [fossero] acquisiti elementi dai quali [fosse risultata] l'insussistenza delle [esigenze cautelari] o che le stesse [potessero] essere soddisfatte con altre misure».

Successivamente, con l'art. 1, co. 1, del decreto legge 9 settembre 1991, n. 292, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 1991, n. 356, recante «*Disposizioni in materia di custodia cautelare, di avocazione dei procedimenti penali per reati di criminalità organizzata e di trasferimenti di ufficio di magistrati per la copertura di uffici giudiziari non richiesti*», soppresso nel periodo aggiunto solo qualche mese prima l'inciso finale «o che le stesse possono essere soddisfatte con altre misure», la custodia cautelare in carcere diviene l'unica misura cautelare adottabile nei procedimenti riguardanti i delitti già

una serie di reati predeterminati *ex lege* e considerati espressivi di una particolare pericolosità sociale⁶, una duplice presunzione, relativa, quanto alla sussistenza dei *pericula libertatis*, «che il giudice deve considerare sussistenti, quante volte non consti la prova della loro mancanza», assoluta, quanto alla scelta dell'unica misura da applicare, quella custodiale, «ove la [prima] presunzione non risulti vinta [...], con conseguente esclusione di ogni soluzione “intermedia” tra questa e lo stato di piena libertà dell'imputato»⁷.

indicati dal d.l. n. 152 del 1991, considerato che «l'unica possibilità di prova contraria lasciata all'indagato si riduceva alla dimostrazione dell'insussistenza di esigenze cautelari, e non anche della idoneità di misure di entità inferiore» (in questi termini, ANDREAZZA, *L'ennesima modifica dell'art. 275, co. 3, c.p.p. tra precari equilibri costituzionali e applicazioni alle misure in atto*, in *Cass. Pen.*, 2010, 3343). Per un commento delle riforme del 1991, DI CHIARA, *Il carcere come extrema ratio: emergenze normative, emergenze giurisprudenziali e recenti polemiche*, in *Foro It.*, 1992, II, 1; MANZIONE, *Una normativa «d'emergenza» per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (d.l. n. 152/91 e l.203/91): uno sguardo d'insieme*, in *Leg. Pen.*, 1992, 849; PATANÈ, *Le misure cautelari personali dopo i d. l. n. 152 e n. 292 del 1991*, in *Giust. Pen.*, 1993, III, 3; SCHELLINO, Sub art. 275 c.p.p., in *Commento al codice di procedura penale* coordinato da Chiavario, I Agg., Torino, 1993, 117 ss.

⁶ V., al proposito, il preambolo del d.l. n. 152 del 1991, nel quale si allude espressamente alla «straordinaria necessità ed urgenza [di] far fronte a gravissimi fenomeni di criminalità organizzata e [di] assicurare la difesa della legalità».

⁷ In questi termini, Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. Cost.*, 2010, 3169. Sulla duplice presunzione, *iuris tantum* e *iuris et de iure*, così configurata, per tutti, BASSI, *I presupposti delle misure*, in *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa* a cura di Amodio, Milano, 1996, 21-22.

Per rilievi critici in ordine alla «prova negativa, suscettibile di tradursi, nei fatti, in una sorta di *probatio diabolica*» richiesta all'imputato per superare la presunzione relativa di cui sopra, cfr. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2ª ed., Torino, 2009, 144. L'automatismo nella scelta della misura carceraria così reintrodotta - fermamente escluso dalla stessa *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., 73 («Anche per i reati più gravi valgono dunque le regole generali, per cui [...] resta pur sempre affidato alla discrezionalità del giudice [...] il decidere se adottare o non adottare la misura massima tra quelle previste», con correlativa «esclusione dell'«obbligatorietà della cattura», nella tradizionale forma del congegno basato sull'automatismo di conseguenze tra la rilevazione di una situazione indiziante e l'adozione del provvedimento limitativo di libertà personale») - ha indotto taluni a sottolineare l'avvenuta reintroduzione della «quasi obbligatorietà» della custodia carceraria, nuova riedizione dell'abrogato mandato di cattura obbligatorio (art. 253 c.p.p. 1930), fondata su una presunzione di pericolosità del soggetto accusato di fatti di reato particolarmente gravi. In tal senso, *ex multis*, FASSONE, *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Quest. Giust.*, 1991, 120, nota n. 9.

Sul piano motivazionale, il meccanismo presuntivo in questione «si traduceva in una esenzione, per il giudice, dall'obbligo di dare conto delle esigenze cautelari, incombindogli solo l'obbligo di dare atto dell'inesistenza di elementi idonei *ictu oculi* a vincere la presunzione di legge, mentre l'obbligo di motivazione diventava più oneroso nell'ipotesi in cui l'indagato o la sua difesa avessero 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 poteva essere operata» (così ANDREAZZA, *L'ennesima modifica dell'art. 275, co. 3, c.p.p.*, cit., 3343; nel senso che sul giudice incombe «un vero e proprio onere di motivazione negativa, circa la (non) sussistenza in concreto di esigenze cautelari, tutte le volte in cui ritenga di non dover disporre quest'ultima misura», GREVI, *Misure cautelari* (Aggiorna-

Nell'intento garantistico proprio della riforma del 1995⁸, il novero dei reati attinti dal duplice meccanismo presuntivo sopra descritto viene circoscritto ai delitti di mafia e a quelli commessi con metodo e finalità mafiose⁹. Superato indenne il vaglio di legittimità costituzionale¹⁰ e finanche quello della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹ in ragione delle peculiarità strutturali di tali fattispecie delittuose (contraddistinte da «un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice»¹²), l'assetto cautelare così delineatosi si consolida fino al «salto di qualità» a ritroso¹³ compiuto nel 2009¹⁴.

mento curato da Ceresa, Gastaldo), in *Compendio di procedura penale* a cura di Conso, Grevi e Bargis, 6^a ed., Padova, 2012, 407). A tali conclusioni erano già pervenute le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Cass. Pen.*, 1995, 842). Sul tema, v. ROMBI, Sub art. 275 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato* a cura di Giarda e Spangher, 4^a ed., Milano, 2010, 2921-2922 anche per ulteriori richiami giurisprudenziali.

⁸ Sottolinea le finalità garantistiche sottese alla 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*», tra gli altri, MOSCARINI, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 228.

⁹ Per un primo commento delle modifiche apportate dall'art. 5 della legge n. 332 del 1995, GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, 1996, 9-10; ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, *ibidem*, 92 ss.; MARZADURI, Sub art. 275 c.p.p., in *Commento al codice di procedura penale*, cit., III Agg., Torino, 1998, 165; RIVIEZZO, *Commento all'art. 5 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995, 62-63.

¹⁰ Corte cost. (ord.), 24 ottobre 1995, n. 450, in *Giur. Cost.*, 1995, 3540, con nota critica di NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275, co. 3, c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 1996, 2837. Nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3, 13 co. 1, e 27, co. 2, Cost. nella parte in cui precludeva l'applicazione di misure cautelari diverse dalla custodia cautelare in carcere per gli indiziati per delitti aggravati dalla finalità di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416 bis c.p., la Consulta convalidava «la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso [...], atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato».

¹¹ Corte Edu, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, a margine della quale MANTOVANI, *Dalla Corte europea una "legittimazione" alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Leg. Pen.*, 2004, 513.

¹² Così Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit., nel riassumere i caratteri tipici dei delitti di criminalità organizzata di matrice mafiosa.

¹³ Per tale espressione, cfr. Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit.

¹⁴ Sulla portata della riforma del 2009, cfr. fra tanti ANDREAZZA, *L'ennesima modifica dell'art. 275, co. 3, c.p.p.*, cit., 3342; BRICCHETTI, PISTORELLI, *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere*, in *Guida al Dir.*, 2009, n. 10, 45; DI DEDDA, *La novella in tema di contrasto alla violenza sessuale e atti persecutori: primi rilievi processuali*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2009, 425; EPIDENDIO, *Presunzioni e misure cautelari personali*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, 405; GARGANI, *Premessa sub Commento al D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38 -*

Animato dalla necessità di «introdurre misure [atte ad] assicurare una maggiore tutela della sicurezza della collettività, a fronte dell'allarmante crescita degli episodi collegati alla violenza sessuale»¹⁵, il legislatore amplia nuovamente il catalogo delle ipotesi legittimanti l'applicazione della più grave tra le cautele processuali¹⁶, ma la Corte costituzionale con una serie di decisioni - puntualmente richiamate anche nella pronuncia annotata - ha progressivamente eroso l'ambito di obbligatorietà della custodia carceraria, dichiarando incostitu-

Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori, in *Leg. Pen.*, 2009, 415; MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 947; MARZADURI, *Il ricorso alla decretazione d'urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*, in *Guida al Dir.*, 2009, n. 10, 39; MOSCARINI, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, cit., 227; RESTA, *Il decreto-legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale*, in *Giur. Merito*, 2009, 891; RUGGERI, *Commento all'art. 2 D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif.*, in *l. 23.4.2009 n. 38*, cit., 429 ss.; SCAGLIONE, *I "pacchetti" sicurezza del 2009: profili processuali. Prospettive de iure condendo*, in *Cass. Pen.*, 2010, 447; ZACCHE', *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2009, 283.

¹⁵ Così, nelle premesse, il decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, analogamente al preambolo che accompagnava il d.l. n. 152 del 1991 (sul quale v., *supra*, la nota n. 6).

¹⁶ Con l'art. 2, co. 1, lett. a) del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38 recante «*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*», la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere sancita dall'art. 275, co. 3, c.p.p. è estesa ai delitti previsti dall'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., nonché ai delitti di cui agli artt. 575, 600 *bis*, co. 1, 600 *ter*, escluso il quarto comma, e 600-*quinquies* c.p.; è aggiunto, inoltre, un ulteriore periodo secondo il quale «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». Successivamente, nello stesso anno, si è registrato un ulteriore ampliamento delle ipotesi di custodia cautelare obbligatoria: per quanto di interesse, dapprima, con l'art. 1, co. 26, lett. f) della legge 15 luglio 2009, n. 94, recante «*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*», è stato introdotto nel corpo dell'art. 12 del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, cioè a dire del «*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*», il comma 4 *bis*, con il quale, ricalcando lo schema dell'art. 275, co. 3, c.p.p., si è espressamente previsto che «quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3» del medesimo, disciplinante i delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, «è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari» (al proposito, v., *ex multis*, PISTORELLI, *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica"*, cit., 261); poi, con l'inclusione ad opera dell'art. 15, co. 4, l. 23 luglio 2009, n. 99 (recante «*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*»), nel novero dei reati indicati nell'art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p. della fattispecie dell'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i delitti di cui agli artt. 473 e 474 c.p. (su tale novità normativa, per tutti, MADEO, *Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 10). In senso fortemente critico nei confronti dell'abusato ricorso ai cd. «pacchetti o decreti sicurezza», «paradossalmente diventati un appuntamento annuale, come la legge finanziaria o la legge comunitaria», v., per tutti, NAPPI, *Il regime delle misure cautelari personali a vent'anni dal codice di procedura penale*, in *Cass. Pen.*, 2009, 4100.

zionale la presunzione assoluta¹⁷ di adeguatezza della stessa in riferimento a molte delle numerose ipotesi reintrodotte nel 2009.

Teorizzato compiutamente il principio del «minore sacrificio necessario» della libertà personale quale criterio-guida per il giudice nella scelta della «misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelari nel caso concreto, in modo da ridurre al minimo indispensabile la lesività determinata dalla coercizione endoprocedimentale»¹⁸ e preso atto che «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*»¹⁹, fin dalla fondamentale sentenza n. 265 del 2010²⁰, la Corte non può esimersi dal rilevare l'irragionevolezza della presun-

¹⁷ La Corte costituzionale non ha ritenuto, infatti, «necessario rimuovere integralmente la presunzione di cui [si] discute», osservando che «ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la [...] stessa è per certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del «minore sacrificio necessario», anche quando sussistano [...] specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere», mentre, viceversa, «la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza di quest'ultima - atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da taluni aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi probatori di segno contrario - non eccede [...] i limiti di compatibilità con i parametri evocati, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo, in rapporto alle caratteristiche dei reati in questione, della ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso» (così, per tutte, Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit.).

¹⁸ Così Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit. Al principio in questione la Corte costituzionale si era, per la verità, già riferita in altre occasioni, senza, tuttavia, esplicitarlo come è avvenuto nella decisione del 2010 (Corte cost., 18 luglio 1998, n. 292, in *Cass. Pen.*, 1999, 30 e Corte cost., 22 luglio 2005, n. 299, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 547).

¹⁹ In questi termini, ancora, Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit., sulla scorta di un principio ripetutamente affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr., da ultimo, Corte cost., 16 aprile 2010, n. 139, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 673 anche per ulteriori richiami).

²⁰ Con la più volte richiamata Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit. è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, secondo e terzo periodo c.p.p., come modificato nel 2009, per violazione degli artt. 3 e 13, co. 1, e 27, co. 2, Cost., «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 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». Tra i numerosi commenti alla sentenza del 2010 si segnalano i contributi di DI CHIARA, *Custodia in carcere e presunzioni assolute di adeguatezza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 1150; LORUSSO, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*, in *Guida al Dir.*, 2010, n. 35, 60; 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; TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 949.

zione assoluta in questione, potendosi formulare agevolmente «ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della [medesima]». Ed invero, la deroga al regime cautelare ordinario, già ritenuta ammissibile per i delitti di mafia e a questi assimilati sia dalla Corte Costituzionale sia dalla Corte Europea²¹, non pare altrettanto giustificabile in relazione a fattispecie delittuose di matrice prettamente individuale, quali quelle dei reati a sfondo sessuale²² e di omicidio volontario²³, laddove «i fatti concreti [...] non solo presentano disvalori nettamente differenziabili, ma anche e soprattutto possono proporre esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con diverse misure»²⁴.

Con argomentazioni del tutto simili a quelle sviluppate nella “decisione-madre”, le successive declaratorie di incostituzionalità travolgono anche talune delle fattispecie delittuose alle quali il regime cautelare speciale era stato esteso tramite il richiamo mediato operato dall’art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p.: si trat-

²¹ Come si è già detto, *supra*, nelle note n. 10 e 11.

²² Tenuto conto che «per quanto odiosi e riprovevoli, i fatti che integrano i delitti in questione ben possono essere e in effetti spesso sono meramente individuali, e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura»: così Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit.

²³ La Corte costituzionale dichiara, in un secondo momento, l’incostituzionalità della medesima norma nella parte in cui non consente di apprezzare, nei procedimenti per il delitto di omicidio volontario ex art. 575 c.p., l’esistenza di elementi specifici dai quali in concreto risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con misure meno gravose della custodia in carcere. Anche in tal caso, deve escludersi di essere «al cospetto di un reato che implichi o presupponga necessariamente un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità», trattandosi, piuttosto, di «un fatto meramente individuale, che trova la sua matrice in pulsioni occasionali o passionali», con la conseguenza che «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 diverse da quella carceraria, che valgano a neutralizzare il “fattore scatenante” o ad impedirne la riproposizione» (Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164, in *Giur. Cost.*, 2011, 2149, a margine della quale MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, *ivi*, 2163; nonché con commenti di ANDÒ, *Tutto o niente. Presunzioni di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere in presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine a determinati delitti: la Corte costituzionale e la differente dimensione cautelare tra i delitti di mafia e l’omicidio volontario*, in *Giust. Pen.*, 2011, 214; BALDUCCI, *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la Consulta elimina l’obbligatorietà*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, 1215; DI CHIARA, *Custodia in carcere, delitto di omicidio e incostituzionalità delle presunzioni assolute di adeguatezza*, *ibidem*, 673; LORUSSO, *Altre le norme a rischio di prossima bocciatura irrispettose del «minor sacrificio necessario»*, in *Guida Dir.*, 2011, n. 22, 75; MARANDOLA, *Omicidio volontario e inadeguatezza della (obbligata) custodia in carcere*, in *Studium Iuris*, 2012, 286; RAFARACI, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, in *Giur. Cost.*, 2011, 3722).

²⁴ Questi i termini essenziali sui quali si articola il ragionamento della Corte costituzionale nella pronuncia del 2010 e poi costantemente richiamati anche nelle successive declaratorie di incostituzionalità che hanno interessato la novellata formulazione dell’art. 275, co. 3, c.p.p.

ta dell'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti *ex art.* 74 d.P.R. n. 309 del 1990²⁵ e di quella diretta a commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.²⁶, oltre che dei reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina previsti dall'art. 12, commi 3 e 4 *bis*, del D.Lgs. n. 286 del 1998²⁷.

Pur rilevando come in relazione a tali fattispecie criminose sia presupposto «uno stabile vincolo di appartenenza del soggetto a un sodalizio criminoso, volto al compimento di una pluralità non predeterminata di delitti», la Consulta, esclude che «questa sola caratteristica [sia di per sè] sufficiente a costituire un'adeguata base logico-giuridica della presunzione di cui si discute», osservando come tali «form[e] special[i] del delitto di associazione per delinquere» siano qualificate unicamente dalla natura dei reati-fine, di volta in volta previsti, «non postula[ndo] necessariamente la creazione di una struttura complessa e gerarchicamente ordinata, essendo viceversa sufficiente una qualunque organizzazione, anche rudimentale, di attività personali e di mezzi e-

²⁵ Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Giur. Cost.*, 2011, 2950, a commento della quale, cfr. i contributi di DI CHIARA, *Custodia in carcere, criteri di scelta delle misure e rigidi automatismi: ancora una declaratoria di incostituzionalità*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, 937; LORUSSO, *Il variegato panorama del vincolo associativo impedisce di formulare una regola di esperienza*, in *Guida Dir.*, 2011, n. 33-34, 60; MARZADURI, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Leg. Pen.*, 2011, 697; SCOMPARIN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, in *Giur. Cost.*, 2011, 3730; TABASCO, *Illegittima l'obbligatorietà della custodia carceraria anche per il traffico illecito di sostanze stupefacenti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 167.

²⁶ Nel richiamarsi alle considerazioni già espresse nella precedente sentenza n. 231 del 2011, la Corte ha, ancora una volta, evidenziato come «il paradigma legale della figura criminosa in esame [sia] del tutto svincolato da quelle connotazioni normative (la forza intimidatrice del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva) proprie dell'associazione di tipo mafioso e in grado di fornire, con riguardo ad essa, una congrua “base statistica” alla presunzione in esame» (Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 671, con nota di DI CHIARA, *Custodia in carcere e rigidi automatismi: prosegue la sequenza delle declaratorie di incostituzionalità*).

²⁷ Ripetendo le argomentazioni già sviluppate nelle precedenti pronunce, il giudice delle leggi rileva come «dal paradigma legale tipico [del delitto in discorso] esula [...] il necessario collegamento dell'agente con una struttura associativa permanente», tanto che «il reato può bene costituire frutto di iniziativa meramente individuale» e «d'altra parte, quando pure risulti ascrivibile a una pluralità di persone, il fatto può comunque mantenere un carattere puramente episodico od occasionale e basarsi su una organizzazione rudimentale di mezzi»: anche in questo caso «l'eterogeneità delle fattispecie concrete riferibili al paradigma punitivo astratto non consente, [pertanto], di enucleare una regola generale, ricollegabile ragionevolmente a tutte le “connotazioni criminologiche” del fenomeno, secondo la quale la custodia cautelare in carcere sarebbe l'unico strumento idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari» (Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 331, in *Giur. Cost.*, 2011, 4554, con nota di SCOMPARIN, *Anche per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere si trasforma da assoluta in relativa*, *ivi*, 4565). A proposito dell'estensione anche a tale fattispecie delittuosa del regime previsto dal novellato art. 275, co. 3, c.p.p., v., *supra*, la nota n. 16.

conomici, benché semplici ed elementari, per il perseguimento del fine comune», né «[...] radicamenti sul territorio, [...] particolari collegamenti personali e soprattutto [...] qualsivoglia specifica connotazione del vincolo associativo», prestandosi «a qualificare penalmente fatti e situazioni in concreto i più diversi ed eterogenei»²⁸.

«Non è dunque possibile» - ad avviso della Corte costituzionale - «enucleare una regola di esperienza, ricollegabile ragionevolmente a tutte le “connotazioni criminologiche” del fenomeno, secondo la quale la custodia carceraria sarebbe l’unico strumento idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari», ma «in un significativo numero di casi, al contrario, queste ultime potrebbero trovare risposta in misure diverse e meno afflittive, che valgano comunque ad assicurare [...] la separazione dell’indiziato dal contesto delinquenziale e ad impedire la reiterazione del reato»²⁹.

Minimo comune denominatore dei numerosi interventi del giudice delle leggi è costituito dalla specifica attenzione riservata alle peculiarità delle singole norme di volta in volta censurate per le quali si è rivelata - per le ragioni anzi dette - «costituzionalmente indifendibile»³⁰ la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia inframuraria a fronteggiare le esigenze cautelari presupposte, in difetto di quelle connotazioni normative - forza intimidatrice del vincolo associativo e condizione di assoggettamento ed omertà da essa derivanti - proprie del sodalizio di tipo mafioso.

Attraverso i suddetti «intervent[i] manipolator[i] util[i] ... ad eliminare solo il carattere assoluto della presunzione irragionevole»³¹, la Consulta ha, pertanto, finito col trasformare il sistema, ex art. 275, co. 3, c.p.p., a duplice presunzione - assoluta e relativa - in sistema «a doppia presunzione relativa»³².

Né è parso, d’altronde, possibile - proprio in ragione «della specificità e della eterogeneità delle singole fattispecie cui si riferisce l’art. 275, co. 3, c.p.p.»³³ - estendere le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale che hanno inve-

²⁸ Per simili rilievi, Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, cit.

²⁹ A tale conclusione giunge Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, cit.; in termini sostanzialmente conformi, anche le successive Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 331, cit. e Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, cit.

³⁰ Per tale efficace espressione, PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 141.

³¹ Così, in modo incisivo, LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza* - Testo aggiornato della Relazione illustrata al Convegno sul tema «Pericolosità e giustizia penale», tenutosi ad Udine il 25 e 26 marzo 2011, 11, in www.penalecontemporaneo.it.

³² Per tale rilievo, MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, cit., 2168.

³³ Così come correttamente ritenuto dal Giudice rimettente la questione di costituzionalità che ha condotto alla sentenza della Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, cit.

stato tale disposizione alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate mediante la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata senza un apposito incidente di costituzionalità, giacché «la lettera della norma [...], il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme [...], non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre»³⁴.

3. Tanto premesso in ordine all'esatta individuazione dei limiti d'operatività del meccanismo presuntivo posto dall'art. 275, co. 3, c.p.p. ad opera della giurisprudenza costituzionale, rimanevano ancora da definire taluni aspetti relativi all'applicabilità temporale del medesimo.

Sotto il profilo dell'operatività intertemporale della previsione in esame, si è recentemente affermato il principio secondo cui «in assenza di una disposizione transitoria, la misura cautelare in corso di esecuzione disposta prima della novella codicistica che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia in carcere non può subire modifiche solo per effetto della nuova, più sfavorevole normativa»³⁵.

³⁴ In questi termini, in occasione dell'ultima declaratoria di incostituzionalità, Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, cit. Sul punto, cfr. GREVI, *Misure cautelari*, cit., 406, nota 1. Per una esemplificazione pratica di tale «disapplicazione adeguatrice» dell'art. 275, co. 3, c.p.p., censurata dalla Corte costituzionale con la sentenza sopra citata, cfr. Cass., Sez. III, 20 gennaio 2012, Lisi ed altro, in *Mass. Uff.*, 251793, nella quale la Suprema Corte è giunta ad affermare che «l'unica interpretazione compatibile con i principi fissati dalla sentenza n. 265 del 2010 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 [di violenza sessuale di gruppo] previsto all'art. 609 *octies* c.p.». Per un commento nei confronti di una simile «applicazione analogica della precedente declaratoria di illegittimità [costituzionale]» in essa sancita, GIULIANI, *Violenza sessuale di gruppo e discrezionalità del giudice de libertate: dalla Corte di Cassazione una quinta declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare*, in *Cass. Pen.*, 2012, 929; nonché INGENTO, *Presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere: obbligatorio l'incidente di costituzionalità*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 989-991.

³⁵ Questo il principio di diritto recentemente fissato dalle Sezioni Unite, chiamate a precisare la portata intertemporale della misura cautelare in corso di esecuzione, applicata prima della novella codicistica del 2009 che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza esclusiva della custodia carceraria: Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, Ambrogio, cit., commentata da MONTAGNA A., *Misure in corso e nuova disciplina*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, 1200; MANTOVANI G., *Misure cautelari personali in corso e sopraggiunta presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere*, in *Giur. It.*, 2012, 1146.

Con tale recente intervento, la Suprema Corte a Sezioni Unite sconfessa, pertanto, l'orientamento affermato nella giurisprudenza di legittimità a partire dal risalente intervento del 1991, nel quale le stesse Sezioni Unite statuirono il principio secondo cui la più severa disciplina intervenuta in ordine alla selezione della misura cautelare appropriata dovesse applicarsi anche per le misure custodiali disposte in base alla normativa precedentemente vigente che fossero ancora pendenti, per le quali cioè non fossero ancora scaduti i termini di fase o quelli massimi. Rilevato che «il sopravvenuto divieto degli arresti do-

Viceversa - come rilevato dalle stesse Sezioni Unite nell'ordinanza che qui si annota - la questione concernente l'applicabilità della presunzione sancita dall'art. 275, co. 3, c.p.p. anche nelle fasi successive rispetto al momento applicativo genetico della misura non è stata allora «tematicamente affrontata», ma trattata soltanto incidentalmente³⁶: di qui la perdurante necessità di risolvere il dissidio interpretativo profilatosi al riguardo in seno alla giurisprudenza di legittimità.

Questi i termini del contrasto. Alla tesi minoritaria secondo cui la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere sarebbe applicabile soltanto in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura, «ma non anche ... [nelle] vicende successive [concernenti la] permanenza o meno delle esigenze cautelari», sul rilievo che, in tali casi, «occorre pur sempre verificare la concretezza e l'attualità della pericolosità sociale dell'indagato, di guisa che - ove la stessa risulti affievolita - è ben possibile applicare una misura meno gravosa»³⁷, si è contrapposto l'indirizzo maggioritario, secondo il quale, invece, la presunzione in parola «comporta l'impossibilità di sostituzione con misura meno afflittiva»³⁸.

miciliari e la sua applicazione alle situazioni cautelari pendenti, in forza dell'art. 11 preleggi, comporta[va] di per sé l'obbligo di revocare una misura divenuta illegittima», le stesse individuarono «lo strumento procedimentale per adempiere a tale obbligo» nell'istituto della revoca ex art. 299, co. 1, c.p.p., ritenendo «la modifica legislativa di tali condizioni costitui[ss]e [...] un "fatto sopravvenuto" [tale da] legittima[re] la revoca; mentre l'applicazione della misura più grave seguita di conseguenza» (Cass., Sez. Un., 27 marzo 1992, Di Marco, in *Mass. Uff.*, 190246, a margine della quale, cfr. PERONI, *Nuovi criteri di scelta delle misure cautelari nell'art. 275, co. 3, c.p.p. e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 1492, nonché RAFARACI, *Jus superveniens e libertà personale (note in tema di applicazione immediata ai procedimenti in corso dell'art. 1 d.l. 9 settembre 1991, n. 292)*, in *Cass. Pen.*, 1993, 271 e VESSICHELLI, *Sulla applicabilità dell'art. 275, co. 3 c.p.p. nuovo testo ai soggetti posti agli arresti domiciliari*, *ivi*, 1992, 2055).

³⁶ Per l'affermazione contenuta in Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, Ambrogio, cit., v. la nota n. 2.

³⁷ Sostenuta, recentemente, da Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2010, D'Angelo, in *Mass. Uff.*, n. 249188, a commento della quale, in senso critico, PITTIRUTI, *Adeguatezza "presunta" della custodia in carcere: illusioni garantistiche della giurisprudenza*, in *Giur. It.*, 2012, 174 e da Cass., Sez. VI, 9 aprile 2010, Gargiulo, in *Mass. Uff.*, n. 247595.

³⁸ Cfr. Cass., Sez. V, 22 giugno 2011, Ciminello, in *Mass. Uff.*, 251201; Id., Sez. II, 16 febbraio 2011, Armens, *ivi*, n. 249686, con nota di LEO, *Sulle presunzioni di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, 956; Id., Sez. VI, 9 luglio 2010, Galdi, in *Mass. Uff.*, n. 247596, con nota di LEO, *Applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere e successiva sua sostituzione con misure alternative*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 1301; Id., Sez. V, 8 giugno 2010, Femia, in *Mass. Uff.*, n. 248034; Id., Sez. V, 18 maggio 2010, De Simone, *ivi*, n. 248410; Id., Sez. VI, 26 gennaio 2005, Miceli Corchettino, *ivi*, n. 230938; Id., Sez. V, 7 maggio 2004, Santaniello, *ivi*, n. 229877; Id., Sez. III, 3 agosto 1999, Valenza, *ivi*, n. 216566; Id., Sez. V, 12 maggio 1993, Giugliano, *ivi*, n. 195408; Id., Sez. I, 4 marzo 1993, Granato, *ivi*, n. 193997; Id., Sez. I, 7 luglio 1992, Bigoni, *ivi*, n. 191558.

Nel valorizzare l'argomento letterale ricavabile dall'art. 299, co. 2, c.p.p., ai sensi del quale - com'è noto - «quando le esigenze cautelari risult[il]no attenuate ovvero la misura applicata non appa[ia] più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata» si consente la sostituzione della misura «con un'altra meno grave» o l'applicazione della stessa «con modalità meno gravose», ma con l'espressa eccezione proprio delle ipotesi contemplate dall'art. 275, co. 3, c.p.p.³⁹, si reputava, pertanto, del tutto irrilevante un eventuale affievolimento delle esigenze cautelari, ritenendosi, di contro, che soltanto il totale venir meno delle stesse avrebbe potuto comportare la revoca della misura inizialmente disposta⁴⁰.

Consolidata anche da una declaratoria di manifesta infondatezza di una prospettata questione di costituzionalità dell'art. 299, co. 2, c.p.p.⁴¹, l'operatività «nel lungo periodo»⁴² della stessa, per lo più condivisa in dottrina⁴³, è stata, ora, espressamente affermata nella pronuncia che qui si annota.

Nel confermare l'opzione interpretativa prevalente nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, la Suprema Corte, nella sua massima composizione, stabilisce che «la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere ex art. 275, co. 3, c.p.p. opera non solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva ma anche nelle vicende successive che at-

³⁹ In forza dell'inciso iniziale «salvo quanto previsto dall'art. 275, co. 3, [c.p.p.]», aggiunto dall'art. 1, co. 2, d.l. 9 settembre 1991, n. 292, convertito, con modificazioni, nella legge 8 novembre 1991, n. 356, recante «*Disposizioni in materia di custodia cautelare, di avocazione dei procedimenti penali per reati di criminalità organizzata e dei trasferimenti d'ufficio dei magistrati per la copertura di uffici giudiziari non richiesti*». Per un primo commento dei rapporti tra il novellato art. 299 c.p.p. e l'art. 275, co. 3, c.p.p., MANZIONE, *Sub art. 299 c.p.p.*, in *Commento al codice di procedura penale*, I Agg., cit., 197-199.

⁴⁰ In questi termini, cfr., tra le tante, Cass., Sez. V, 22 giugno 2011, Ciminello, cit.

⁴¹ Censurato nella parte in cui, per i delitti indicati dall'art. 275, co. 3, c.p.p., preclude la sostituzione della custodia carceraria con altra meno grave, quando le esigenze cautelari fossero risultate attenuate; al riguardo, la Cassazione ha precisato che «le previsioni di cui agli art. 275, co. 3 e 299, co. 2, c.p.p., secondo le quali per i reati aggravati dalla finalità di agevolazione di associazioni di tipo mafioso la sola misura cautelare applicabile è la custodia in carcere, non costituiscono né irragionevole esercizio della discrezionalità del legislatore, né violazione del principio di uguaglianza, in considerazione dell'elevato e specifico coefficiente di pericolosità per la convivenza e la sicurezza collettiva inerente a tali reati» (così Cass., Sez. VI, 26 gennaio 2005, Marino, in *Mass. Uff.*, n. 231451).

⁴² Per tale efficace espressione, MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, cit., 2165.

⁴³ A sostegno della soluzione enunciata dalle Sezioni Unite, già GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale* a cura di Conso, Grevi, 4^a ed., Padova, 2008, 400 e 435, nonché MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità*, cit., 507-508; ID., *Ancora ristretto*, cit., 703; SERVI, *Revoca, modifica ed estinzione*, in *Trattato di procedura penale*, II (Prove e misure cautelari), t. II (Le misure cautelari a cura di Scalfati), diretto da Spangher, Torino, 2008, 207. In senso critico, invece, MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, cit., 2170.

tengono alla permanenza delle esigenze cautelari»⁴⁴.

Con una motivazione particolarmente dettagliata, le Sezioni Unite si soffermano sulle molteplici «ragioni di ordine letterale, sistematico e logico», idonee a sorreggere un simile approdo interpretativo.

Quanto alle prime, la Corte, rilevata la «sufficiente chiarezza» della formulazione codicistica delle disposizioni interessate (gli artt. 275, co. 3, e 299, co. 2, c.p.p.), non può che ribadire come «l'interprete [debba necessariamente] attenersi a tale dato, il cui significato va ricostruito senza sovrapposizione di opzioni per le valutazioni politico-criminali discendenti dalla stessa lettera normativa», così che «deve ritenersi, quale logica conseguenza, che detta presunzione debba operare non solo nel momento genetico della misura, ma per tutte le vicende successive, in presenza di esigenze cautelari»⁴⁵.

Da un punto vista logico - argomenta il Collegio con lampante evidenza - «non risponderebbe [del resto] a criteri di logica - avuto riguardo alla *ratio* della disposizione quale individuata già sulla scorta del dato letterale - imporre, per delitti ritenuti dal legislatore di particolare gravità, l'adozione della custodia cautelare in carcere se poi fosse possibile sostituirla con misura meno afflittiva»⁴⁶.

Maggiormente articolato si presenta, invece, il ragionamento dei giudici di legittimità sotto il profilo sistematico: anzitutto, la diversa forma verbale usata nel primo e nel secondo periodo dell'art. 275, co. 3, c.p.p. «non sembra [...] senza significato, posto che il termine "disposta" - presente nel primo - «consente di individuare [...] proprio il momento genetico, a differenza della parola "applicata" - ricorrente, invece, nel secondo periodo e nell'art. 299 c.p.p., dedicato alla revoca e alla sostituzione delle misure; d'altro canto, vi è nell'*incipit* del secondo comma dell'art. 299 c.p.p. il richiamo espresso alla presunzione di adeguatezza di cui all'art. 275, co. 3, c.p.p., quale eccezione alla possibilità di sostituzione della misura in corso nel caso di attenuazione delle esigenze cautelari ovvero quando la misura applicata non appaia più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata.

«Avuto riguardo alla collocazione dell'eccezione ed alla formulazione della

⁴⁴ Questo il principio di diritto ricavabile dalla pronuncia in esame.

⁴⁵ Al riguardo, nella presente pronuncia si legge anche che, «in stretta aderenza alla *ratio* normativa, chiaramente ravvisabile [...] nella necessità di ricercare un giusto contemperamento delle opposte esigenze del diritto alla libertà dell'indagato (o imputato) e della tutela della collettività», «l'interpretazione della disposizione non può che essere quella più rigorosa consentita dall'enunciato letterale».

⁴⁶ Per tale osservazione, cfr. anche Cass., Sez. II, 16 febbraio 2011, Armens, cit.

norma» - ad avviso delle Sezioni Unite - non può, dunque, nutrirsi seriamente alcun dubbio sull'intento perseguito dal legislatore di rendere operativa la presunzione di adeguatezza della misura della custodia in carcere, prevista dall'art. 275, co. 3, c.p.p. per i reati ivi elencati, «per l'intera durata della vicenda cautelare e non per il solo momento iniziale in cui detta misura viene disposta»⁴⁷.

Se, dunque, il meccanismo delineato dall'art. 299, co. 2, c.p.p. consente, in caso di attenuazione delle esigenze cautelari la sostituzione della misura inizialmente disposta con altra meno afflittiva o la sua applicazione con modalità meno gravose, in ossequio al principio generale secondo cui in materia di libertà personale «non vi sono [mai] statuizioni definitive»⁴⁸, con la correlativa necessità di un costante aggiornamento, da parte del giudice, della misura inflitta al mutare delle condizioni che hanno determinato la limitazione della libertà personale, è indubitabile che con l'inciso iniziale il legislatore abbia inteso suggellare un'espressa eccezione per quei reati ritenuti espressivi di particolare pericolosità sociale menzionati nell'art. 275, co. 3, c.p.p.

Coerente il ragionamento seguito dalle Sezioni Unite, senz'altro condivisibile la soluzione adottata. La presunzione assoluta di adeguatezza posta dall'art. 275, co. 3, c.p.p. deve ritenersi operante «non solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva ma, necessariamente, anche per il prosieguo della vicenda cautelare»⁴⁹, qualora permangano i gravi indizi di colpevolezza e, ancorché attenuate, le esigenze cautelari, in caso contrario, la misura dovrà essere revocata ex art. 299, co. 1, c.p.p.

4. Le Sezioni Unite sollecitano, infine, un nuovo intervento del Giudice delle leggi in materia, ritenendo rilevante⁵⁰ e non manifestamente infondata⁵¹ la que-

⁴⁷ Come si legge, ancora, nel punto 5 del «Considerato in diritto» della pronuncia in commento.

⁴⁸ Così GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 248, nel riportare il principio affermato da Cass., Sez. I, 23 febbraio 1972, Grange, in *Mass. dec. pen.*, 1972, 988. Per una approfondita disamina sull'istituto disciplinato dall'art. 299 c.p.p., v., per tutti, ROMBI, *Art. 299 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., 3205 ss., nonché SERVI, *Revoca, modifica ed estinzione*, cit., 205 ss.

⁴⁹ In questi termini, ancora, la pronuncia annotata.

⁵⁰ Al riguardo, la Corte osserva come, nel caso di specie, «l'appello del p.m. avverso l'ordinanza con la quale era stata concessa al [ricorrente] la detenzione domiciliare, è stato accolto dal Tribunale (con il provvedimento oggetto del presente ricorso) proprio muovendo dal presupposto che la presunzione di adeguatezza della misura della custodia in carcere per il reato di favoreggiamento personale, in quanto aggravato ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, deve ritenersi operante non esclusivamente in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva, e riguarda quindi anche le vicende successive che attengono alla permanenza o meno delle esigenze cautelari».

stione di costituzionalità - prospettata in relazione agli artt. 3, 13, co. 1 e 27, co. 2, Cost. - dell'aggravante di mafia prevista dall'art. 7 decreto legge n. 152 del 1991⁵².

Nel ripercorrere le tappe della tormentata evoluzione giurisprudenziale dell'art. 275, co. 3, c.p.p. e nel far proprie le argomentazioni del giudice delle leggi, la Corte di cassazione, nella sua più autorevole composizione, sviluppa il suo ragionamento a partire dalla considerazione che «la circostanza aggravante [in questione] può accompagnare [...] la commissione di qualsiasi fattispecie delittuosa; di talché, ove si volesse ricomprendere anche i reati così aggravati nella locuzione “delitti di mafia”, cui si fa ripetutamente richiamo nelle decisioni della Corte costituzionale, si finirebbe con l'assimilare, sotto il profilo del disvalore sociale e giuridico, manifestazioni delittuose del tutto differenti, sia con riferimento alla loro portata criminale sia con riferimento alla pericolosità dell'agente».

In altri termini - secondo la Suprema Corte - la presunzione di adeguatezza della misura della custodia in carcere per delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416 *bis* c.p., comporterebbe una ingiustificata parificazione tra chi a dette associazioni abbia aderito e chi, invece, senza appartenere ad esse, abbia solo inteso agevolarne le attività⁵³.

Ai fini della delibazione della questione di costituzionalità prospettata dalla difesa del ricorrente, non può non considerarsi, inoltre, quanto recentemente

⁵¹ Quanto al giudizio di non manifesta infondatezza, le Sezioni Unite si richiamano, per un verso, agli argomenti valorizzati dalla stessa giurisprudenza costituzionale per eliminare la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per taluni tipi di reato ed in particolare per quelli associativi (come nelle pronunce n. 231 del 2011 e n. 110 del 2012, sulle quali v., *supra*, le note n. 25 e 26), per altro verso, rilevano come «anche i delitti aggravati ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 - avendo, o potendo avere, una struttura individualistica - potrebbero, per le loro caratteristiche, non postulare necessariamente esigenze cautelari affrontabili esclusivamente con la custodia in carcere».

⁵² A proposito della quale, cfr. CORBETTA, *L'aggravante dell'“agevolazione mafiosa”*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 724, nonché DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 42 ss.

⁵³ Sulla configurabilità dell'aggravante, ex art. 7 d.l. n. 152 del 1991, le Sezioni Unite si richiamano ad un proprio precedente intervento in materia diretto a stabilire «se detta aggravante, contestata per i reati fine, sia applicabile ai partecipi di un'associazione di stampo mafioso». In quell'occasione, dopo aver precisato la duplice forma di manifestazione della stessa, l'una a carattere oggettivo, costituita dall'impiego del metodo mafioso nella commissione dei singoli delitti, l'altra di tipo soggettivo, che si sostanzia nella volontà specifica di favorire o facilitare l'attività del gruppo, le Sezioni Unite hanno escluso che potesse configurarsi un'ipotesi di concorso apparente di norme sulla base dell'indiscussa autonomia del reato associativo rispetto al reato-fine (Cass., Sez. Un., 28 marzo 2001, Cinalli, in *Cass. Pen.*, 2001, 2662, con commento di ARDITA, *Partecipazione all'associazione mafiosa e aggravante speciale dell'art. 7 d.l. 152 del 1991. Concorso di aggravanti di mafia nel delitto di estorsione. Problemi di compatibilità tecnico-giuridica e intenzione del legislatore*, *ivi*, 2669).

evidenziato dalla Corte costituzionale, la quale, nell'escludere che la collocazione di una data fattispecie criminosa nell'ambito della macrocategoria di cui all'art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p., legittimante la competenza investigativa della procura distrettuale, sia di per sé sufficiente ad «offrire legittimazione costituzionale alla norma [censurata]»⁵⁴, ha chiarito che la disciplina in essa contenuta «risponde ad una logica distinta ed eccentrica rispetto a quella sottesa all[e] disposizion[i, di volta in volta,] sottopost[e] a scrutinio», trattandosi di «norma ispirata da ragioni di opportunità organizzativa degli uffici del pubblico ministero, anche in relazione alla tipicità e alla qualità delle tecniche di indagine richieste da taluni reati, ma che non consentono inferenze in materia di esigenze cautelari, tantomeno al fine di omologare quelle relative a tutti i procedimenti per i quali quella deroga è stabilita»⁵⁵.

Secondo il ragionamento delle Sezioni Unite, l'argomento valorizzato dalla Corte costituzionale per un'altra fattispecie - come quella dell'associazione a delinquere finalizzata a commettere i delitti di cui agli artt. 473 e 474 c.p. - ricompresa nell'elencazione di cui all'art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p., sarebbe di per sé estensibile anche all'aggravante dell'agevolazione mafiosa, in quanto anch'essa inclusa nel novero dei reati menzionati dal predetto art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p.

Sennonché, al proposito, non può non rilevarsi che la questione di costituzionalità dedotta oggi all'attenzione del giudice delle leggi abbia ad oggetto la medesima norma - l'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 - che aveva originato, senza successo, l'intervento della Consulta già nel 1995⁵⁶.

Nonostante le numerose recenti declaratorie di incostituzionalità, non è difficile credere che la Corte costituzionale, avuto riguardo alle peculiari connotazioni dei delitti *lato sensu* mafiosi, abbia buon gioco a ripetere le considerazioni già espresse quasi vent'anni orsono⁵⁷.

⁵⁴ Così Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, cit.

⁵⁵ Come affermato, oltre che da Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, cit., anche in precedenza da Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, cit.

⁵⁶ La nota pronuncia del 1995 (Corte cost., ord., 24 ottobre 1995, n. 450, cit., sulla quale, v., *supra*, la nota n. 10) era scaturita dall'ordinanza di rimessione, con la quale il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze, dovendo deliberare su una richiesta di revoca della misura della custodia cautelare in carcere - in precedenza disposta nei confronti di persona sottoposta alle indagini per taluni delitti aggravati dalla finalità di agevolazione di associazioni di tipo mafioso ex art. 7 d.l. n. 152 del 1991 - aveva promosso analoga questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, c.p.p. in riferimento agli artt. 3, 13, co. 1, e 27, co. 2, Cost.

⁵⁷ Per considerazioni analoghe, già MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica*, cit., 951, nonché, in sede di commento a prima lettura della presente decisione, CESARIS, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale la presunzione di adeguatezza esclusiva della*

custodia cautelare ex art. 275, co. 3, c.p.p. (presunzione che vale sia nel momento iniziale del trattamento cautelare che durante l'intera fase applicativa), in www.penalecontemporaneo.it.