

Il “doppio binario cautelare”: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall’art. 275 comma 3 C.C.P.

Pre-trial detention and twin-track strategy: the troubled regulation of the automatisms established by art. 275 para 3 C.C.P.

Elena Valentini¹

Alma Mater Studiorum Università degli studi di Bologna, Italia

elena.valentini4@unibo.it

 <https://orcid.org/0000-0002-9629-3025>

ABSTRACT: Il contributo è dedicato all’analisi del cosiddetto “doppio binario cautelare”, e dunque della disciplina speciale, racchiusa nel secondo e terzo periodo dell’art. 275 comma 3 c.p.p. (oltre che nell’art. 12 comma 4-bis d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286), che prevede alcune deviazioni dalla regolamentazione generale concernente le condizioni applicative e i criteri di scelta delle misure cautelari personali. Il saggio esordisce descrivendo la normativa prevista per i reati comuni, per poi concentrarsi sul regime derogatorio previsto per particolari categorie di delitti. A tale ultimo proposito, dopo aver descritto la travagliata evoluzione che ha contrassegnato la disciplina speciale dal 1991 ad oggi, l’A. si sofferma sulle criticità che tuttora connotano questo dispositivo di particolare rigore, nelle sue diverse declinazioni, anche alla luce della posizione espressa al riguardo dalla Corte costituzionale.

PAROLE CHIAVE: Misure cautelari personali; Custodia cautelare in carcere; Strategia del doppio binario; Criminalità organizzata; Terrorismo; Delitti che destano particolare allarme sociale; Presunzioni di pericolosità.

ABSTRACT: *By analyzing the twin-track strategy applied to precautionary measures, the paper focusses on the precept enclosed in the second part of the Art. 275, para 3, Code of Italian Criminal Procedure (as well as in Art. 12, para 4-bis, d.*

¹ Professore associato di Procedura penale nell’Università degli Studi di Bologna.

lgs. 25 July 1998, n. 286) which establishes some exceptions to the general rules concerning the application of pre-trial detention. The essay begins by describing the rules applying where common crimes are under investigation and then addresses the requirements established for certain serious crimes. In particular, after a detailed account of the legislative evolution (from 1991 to date) of the provision in issue, the paper dwells on its unresolved critical aspects, also taking into account the Italian Constitutional Court's stance on the matter.

KEYWORDS: *Precautionary measures; Pre-trial detention; Twin-track strategy; Organized crime; Terrorism; Crimes arising special social alarm; Presumptions of dangerousness.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina comune. – 3. Il “doppio binario cautelare” e la sua storia travagliata: gli anni '90. – 4. La “tela di Penelope”: il Pacchetto sicurezza del 2009 e la risposta della Corte costituzionale. – 5. La riforma del 2015. – 6. Uno sguardo complessivo all'assetto oggi in vigore.

1. PREMessa.

La disciplina del “doppio binario cautelare” identifica un oggetto di osservazione formidabile, poiché, se analizzata in chiave diacronica, consente di cogliere in modo esemplare il pendolarismo che ha segnato un settore normativo – quello concernente l'incidente *de libertate* – ripetutamente deformato dalla volontà di assecondare istanze contrapposte, securitarie e garantistiche a seconda del momento.

Prima di concentrarvisi, sembra opportuno partire da una premessa (senz'altro superflua per il giurista italiano ma forse utile a chi si trovi per la prima volta dinanzi a questo specifico sistema nazionale), dando velocemente conto delle condizioni generali prescritte dalla legge per poter attivare la tutela cautelare personale.

Il regime scolpito dall'art. 275 comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p. (nonché dall'art. 12 comma 4-bis d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286) – sul quale concentreremo le nostre riflessioni – stabilisce infatti alcune vistose deroghe alle regole comuni ove si proceda per determinati delitti; descrivere

queste ultime consentirà quindi di inquadrare meglio il livello di “scarto” tra la disciplina speciale e quella valevole per la generalità dei procedimenti.

2. LA DISCIPLINA COMUNE.

Le condizioni ordinarie per poter disporre le misure cautelari personali sono governate da un rigido principio di tassatività, diretta conseguenza della riserva di legge prescritta dal secondo comma dell’art. 13 Cost. per le limitazioni della libertà personale.

Stando alle regole generali, oltre al ricorrere di precisi requisiti di gravità del delitto per il quale si procede (requisiti che sono stati a più riprese resi più rigorosi con specifico riferimento alla custodia cautelare in carcere, oggi applicabile solo là dove si proceda per un delitto punito con la pena non inferiore nel massimo a cinque anni²), il codice (all’art. 273 c.p.p.) richiede la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza. Diretta espressione del principio di proporzionalità, tale nozione limita il possibile ricorso alle misure cautelari personali (tutte: e dunque non solo quelle coercitive, ma anche quelle interdittive³) ai casi in cui risulti altamente probabile la colpevolezza dell’imputato.

Nel passaggio dal codice previgente a quello attuale, il legislatore è significativamente intervenuto sulla definizione normativa del cosiddetto *fumus commissi delicti*: se prima del 1988 per disporre le misure cautelari personali erano necessari *sufficienti* indizi di colpevolezza, tali indizi devono oggi essere *gravi*. Non è superfluo segnalare quanto possa essere delicata e “precaria” questa valutazione, per sua natura allo stato degli atti: infatti, non soltanto le misure cautelari trovano in genere applicazione nella

² La relativa condizione di applicabilità è prevista dall’art. 280 c.p.p., il cui secondo comma è stato dapprima introdotto con la legge 8 agosto 1995, n. 332 (prevedendo che la custodia cautelare in carcere può essere disposta unicamente per delitti per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni), per poi essere successivamente modificato con d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. con mod. dalla l. 9 agosto 2013, n. 94 (che ha innalzato tale limite a cinque anni, consentendo però l’applicazione della custodia in carcere per il delitto di finanziamento illecito dei partiti, punito con una pena meno severa).

³ Della distinzione si darà conto più avanti, nel testo.

fase delle indagini preliminari, quando il pubblico ministero non ha ancora formulato l'accusa, e dunque sulla base di un'attività investigativa magari ancora *in fieri* (e non necessariamente spendibile anche nel giudizio); in tal senso vengono infatti in gioco anche i connotati del procedimento applicativo delle misure cautelari, che vede un dialogo a due tra pubblico ministero e giudice, senza l'intervento della difesa, che potrà far sentire la propria voce – eventualmente smentendo la ricostruzione dell'accusa – solo dopo l'esecuzione dell'ordinanza applicativa della misura restrittiva (e non prima, così da non frustrarne l'effetto sorpresa).

Sul piano funzionale, si può ricorrere alle misure cautelari personali per finalità ben precise, la cui descrizione normativa, assente nel testo costituzionale, si ritrova però nell'art. 274 c.p.p.: una disposizione più volte rimaneggiata dal legislatore onde scongiurare l'eccessivo ricorso alle misure coercitive (su tutte la custodia in carcere) riscontrabile nella prassi.

La prima esigenza cautelare viene ravvisata nel rischio di inquinamento probatorio, riconducibile alla sussistenza di «specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova» (lettera *a* dell'art. 274 c.p.p.). Tra tutti i *pericula libertatis*, questo è senz'altro il più ortodosso se confrontato con i principi costituzionali (in particolare con la presunzione di non colpevolezza), essendo posto a tutela della funzione cognitiva del processo.

La seconda esigenza cautelare è data dal pericolo di fuga, che si realizza «quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste il concreto ed attuale pericolo che egli si dia alla fuga». Lo scopo della previsione di cui alla lettera *b*) dell'art. 274 c.p.p. è chiaramente quello di impedire che la persona sottoposta al procedimento possa sottrarsi all'esecuzione di un'eventuale condanna; in questo caso si intende dunque salvaguardare non più la funzione cognitiva del processo ma la – non meno essenziale – funzione della pena che debba eventualmente scaturirne⁴.

⁴ Questo *periculum libertatis* può essere legittimamente posto a fondamento di una misura cautelare unicamente ove «il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore ai due anni di reclusione». In questo caso l'ordinamento non si riferisce ad una pena in astratto (ossia alla pena edittale in sé considerata), ma impone al giudice cautelare una prognosi sulla pena che possa essere determinata in concreto. Da ciò deriva che, se da un lato

La terza esigenza cautelare (cui la legge-delega si riferisce parlando di «esigenze di tutela della collettività») viene invece ricondotta al «concreto e attuale pericolo» che l'imputato possa commettere gravi delitti, tra i quali si colloca anche il rischio di commissione di reati della stessa specie rispetto a quello per il quale si procede⁵.

Tra le esigenze cautelari, quella appena menzionata è senz'altro la più ardua da conciliare con la presunzione d'innocenza; a differenza delle altre due, essa non ha uno scopo rivolto al processo, ma risponde piuttosto a una delle funzioni tipiche della pena: pur non potendo perseguire compiti di prevenzione generale, la sua finalità è infatti dichiaratamente specialpreventiva⁶.

l'astratta (elevata) gravità della pena prevista dal reato non può fondare una diagnosi di pericolo di fuga, dall'altro la concreta (modesta) gravità della pena che potrebbe essere inflitta fonda *ex lege* una diagnosi di assenza del pericolo di fuga.

⁵ Si tratta del pericolo – che deve essere ricavato da «specifiche modalità e circostanze del fatto e [dal]la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato», a sua volta «desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali» – che questi «commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede». In quest'ultimo caso però, la specifica misura della custodia cautelare può essere disposta soltanto quando il pericolo si riferisca alla commissione di «delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni», e la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando il pericolo si riferisca alla commissione di «delitti puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni» (prima del d.l. n. 78 del 2013 si faceva riferimento ai 4 anni), «nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n.195, e successive modificazioni» (clausola introdotta dalla legge 16 aprile 2015, n. 47). La stessa legge ha inoltre aggiunto in chiusura dell'art. 274 comma 1 lett. c) il seguente periodo: «le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo del reato per il quale si procede».

⁶ Di certo si tratta di una proiezione funzionale sulla quale continuano a gravare fortissimi dubbi di compatibilità con l'art. 27 comma 2 Cost., tanto più al cospetto di una giurisprudenza costituzionale che, pur giudicando ammissibili, in linea di principio, le sole finalità di cautela «strettamente inerenti al processo», in quanto «l'applicazione delle misure cautelari non può [...] corrispondere direttamente o indirettamente a finalità proprie della sanzione penale» (così Corte cost. n. 265 del 2010, sulla quale si tornerà nel testo, al par. 4), finisce poi per assimilare le esigenze inerenti al processo a quelle «che comunque abbiano fondamento nei fatti per cui è processo» (Corte

Quelli appena descritti – e non altri – sono gli unici *pericula libertatis* idonei a sorreggere, anche isolatamente, l'applicazione di una misura cautelare personale nel sistema processuale penale italiano; se questo è vero, è altrettanto vero, però, che nella prassi continua a registrarsi un diffuso impiego delle cautele per finalità diverse da quelle indicate dal legislatore: naturalmente, non nel senso che i giudici ammettono esplicitamente di applicare la misura per queste diverse finalità, ma nel senso che le esigenze cautelari positivamente previste dalla legge vengono in concreto ritenute sussistenti anche quando non lo sono. Queste, in particolare, le distorsioni funzionali più comuni, che persistono nonostante più volte siano state denunciate dalla dottrina: la tendenza ad impiegare le misure restrittive della libertà personale *ad eruendam veritatem*, che ha addirittura indotto il legislatore a reagire introducendo la specificazione (pleonastica) secondo cui «le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti⁷»; l'altrettanto surrettizia assegnazione alla custodia cautelare di funzioni che dovrebbero essere proprie della pena: tanto che non solo la custodia cautelare *anticipa*, ma, in molti casi (quando le pene irrogate con la condanna sono non troppo elevate) addirittura *sostituisce* la pena⁸;

cost. n. 1 del 1980), o per affermare in maniera apodittica che la detenzione preventiva non ha alcuna funzione anticipatrice della pena, in tal modo utilizzando come argomento quello che dovrebbe essere dimostrato.

⁷ La modifica all'art. 274 lett. a) c.p.p., superflua ma comunque pericolosa sul piano sistematico (perché potenzialmente foriera di un'interpretazione *a contrario* riguardo ai sintomi da cui desumere gli altri rischi cautelari, così come autorevolmente paventato da GREVI, Vittorio. Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo. In ID. (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*. Milano: Giuffrè 1996, p. 7 s.), è stata una chiara reazione al massiccio ricorso alla custodia cautelare in carcere nell'ambito dell'ampia vicenda Tangentopoli (il nesso è segnalato, fra gli altri, da AMODIO, Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima. In AA. VV. *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano: Giuffrè, 2014, p. 12).

⁸ V. in tal senso, fra gli altri, ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 1138, 2015, e AMODIO, Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima. In AA. VV. *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano: Giuffrè, 2014, p. 13 ss.

infine, lo scopo di sedare l'allarme sociale (con una deformazione che ha spesso influenzato innanzitutto il legislatore, in particolare – ma non solo – proprio inducendolo ad estendere l'ambito operativo di quel “doppio binario cautelare” cui dedicheremo le prossime pagine).

Ciò precisato – e dunque al netto delle puntualizzazioni appena svolte –, stando al nudo dato positivo possiamo comunque concludere che, per poter attivare un qualsiasi presidio cautelare (dal più al meno severo), è necessaria la coesistenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine a un delitto che soddisfi determinate soglie di gravità (variabili in funzione della misura in concreto disposta) e di una o più fra le esigenze cautelari tipizzate dall'art. 274 c.p.p.

A seguire, la decisione cautelare si articola su un ulteriore passaggio logico-giuridico, solo apparentemente meno delicato: quello concernente la scelta della misura da applicare.

Tale scelta è gravida di conseguenze concrete, così come si può cogliere osservando l'ampio ventaglio di possibilità offerte al giudice (che, dopo la legge 16 aprile 2015, n. 47, può anche decidere di cumulare tra loro le prescrizioni caratteristiche di diverse misure). Il codice appronta infatti una serie variegata di presidi, taluni coercitivi, cioè restrittivi della libertà personale⁹,

Proprio per scongiurare questa eventualità, il decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92 (conv. con modificazioni con legge 11 agosto 2014, n. 117), ha inserito nel comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. il divieto (peraltro oggetto delle copiose deroghe ivi specificate) di applicare «la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni». Si tratta di una disposizione oltremodo problematica, che meriterebbe di essere esaminata nel dettaglio; in via di estrema sintesi, la si può inquadrare come un divieto che, ispirandosi al principio di proporzionalità, intende evitare che l'imputato debba patire a titolo cautelare una cattività carceraria che probabilmente non sarà chiamato a scontare a titolo di pena.

⁹ Oltre alle misure legislativamente definite custodiali (la custodia cautelare in carcere, la custodia cautelare in luogo di cura, la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri, gli arresti domiciliari, applicabili anche con monitoraggio elettronico, disciplinate rispettivamente dagli artt. 285, 285-bis, 286 e 284), tra le misure coercitive si collocano il divieto di espatrio, il divieto e l'obbligo di dimora, il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, l'allontanamento dalla casa familiare, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, descritte rispettivamente dagli artt. 281, 283, 282-ter, 282-bis, 282, c.p.p.

e altri interdittivi¹⁰, che a differenza dei primi non incidono sulla libertà fisica di movimento, quanto piuttosto sulla sfera giuridica dell'interessato, limitando temporaneamente l'esercizio di determinate potestà, facoltà, diritti¹¹.

Per orientare il giudice, il legislatore ha stabilito alcuni criteri, che, dapprima declinati in termini molto generali, nel corso degli anni si sono arricchiti di una serie cospicua di specificazioni e deroghe (alcune tra le quali investono proprio la disciplina del "doppio binario cautelare").

Tali parametri trovano tuttora la loro descrizione nel corpo dell'art. 275 c.p.p.; limitandosi qui a un resoconto didascalico e parziale, i criteri in questione sono quelli di proporzionalità e adeguatezza.

Stando al primo – espresso nella sua formulazione generale dal secondo comma dell'art. 275 c.p.p. – il giudice dovrà tener conto della congruità della misura da applicare rispetto alla gravità del caso concreto; ciò evidentemente sulla scorta di un provvisorio giudizio sull'entità del fatto per il quale si procede¹².

¹⁰ Si tratta della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, del divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione e del divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali (artt. 288, 289, 289-bis, 290 c.p.p.).

¹¹ Ciò in ossequio a quanto previsto dal legislatore delegante, che alla direttiva n. 59 della "legge delega" (16 febbraio 1987, n. 81) ha prescritto la previsione di misure diverse di coercizione personale.

L'originario catalogo, già molto più corposo rispetto a quanto previsto in precedenza, è stato arricchito dall'innesto di nuove misure nel sistema: l'allontanamento dalla casa familiare e il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa (disciplinate rispettivamente dagli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., inseriti il primo dall'art. dall'art. 1, comma 2, della legge 4 aprile 2001, n. 154 e il secondo dall'art. 9, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11), nonché, con riferimento alle cautele interdittive, il divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione (v. art. 289-bis c.p.p., inserito dall'art. 1, comma 4, lettera c della legge 9 gennaio 2019 n. 3).

¹² La disposizione è significativa perché identifica l'unica esplicitazione legislativa di un concetto, quello di proporzionalità, che in realtà permea tutto il codice di procedura penale, e precipuamente la disciplina delle misure cautelari, operando anche sul terreno della decisione di applicare o meno una misura cautelare e non solo su quello della scelta della misura (cioè sul terreno dell'*an*, del se applicare una misura cautelare, e non solo su quello del *quomodo*, del come e in che misura limitare la libertà dell'individuo).

In forza del principio di adeguatezza, il giudice è invece tenuto a optare per la misura meno gravosa tra quelle astrattamente idonee a soddisfare le esigenze cautelari. Ciò significa, dunque, che la misura “adeguata” non coincide con quella che garantisce nella maniera più efficace il soddisfacimento delle esigenze cautelari, quanto piuttosto con la misura in grado di fronteggiarle al minor prezzo in termini di limitazione della libertà personale.

Una specificazione del principio di adeguatezza è stabilita dal comma 3 prima parte c.p.p. (norma già dettata dal legislatore del 1988, e ritoccata nel 2015), secondo cui «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate»¹³.

Quanto alla disciplina dinamica, ci troviamo di fronte a una fattispecie necessariamente complessa, che vede nel pubblico ministero l'unico soggetto legittimato a sollecitare l'esercizio del potere cautelare e che al contempo assegna il monopolio del relativo esercizio al solo giudice (a norma dell'art. 279 c.p.p., il giudice procedente, o, prima dell'esercizio dell'azione penale, il giudice per le indagini preliminari). Le scansioni del procedimento applicativo sono anch'esse molto rilevanti per inquadrare la disciplina del “doppio binario cautelare”, poiché ci consegnano una fase – quella di prima applicazione della misura – che non riconosce alcun diritto di intervento della difesa atto a contrastare la richiesta del pubblico ministero; come già segnalato più sopra per non frustrare le esigenze cautelari, tale intervento viene infatti rimandato a un momento successivo all'esecuzione della misura disposta¹⁴.

¹³ La modifica introdotta con la legge 47 del 2015 riguarda proprio il riconoscimento della possibilità di cumulare tra loro misure diverse (possibilità in precedenza negata dalla giurisprudenza: v. Cass. pen., Sez. un., 30 maggio 2006, *La Stella*, in *C.E.D. Cass.*, n. 234138).

¹⁴ Tale intervento vede, come tappe salienti, l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia (che, disciplinato dall'art. 294 c.p.p., implica il necessario incontro tra il giudice per le indagini preliminari che abbia disposto la misura e la persona che ne è attinta, assistita dal proprio difensore), e la possibilità, concessa all'imputato, di sollecitare il controllo sull'ordinanza cautelare attraverso il sistema di impugnazioni descritto dagli artt. 309-311 c.p.p. In generale, per comprendere in che modo si estrinseca il diritto di difesa in seno all'incidente cautelare, si consiglia la lettura dell'ampio lavoro di GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova: Cedam, 2012.

Anche a causa dell'assenza di contraddittorio anticipato, l'ordinanza impositiva della misura cautelare personale si caratterizza per un apparato motivazionale particolarmente ricco, specie a seguito delle numerose interpolazioni operate dal legislatore (in particolare nel 1995 e nel 2015); interpolazioni indotte, oltre che dalla volontà di scongiurare un ricorso eccessivo alle misure coercitive, anche da quella di sopperire al silenzio "necessitato" della difesa, priva di voce nella fase precedente all'esecuzione della misura.

3. IL "DOPPIO BINARIO CAUTELARE" E LA SUA STORIA TRAVAGLIATA: GLI ANNI '90.

Tratteggiata a grandi linee la disciplina comune, valevole per la generalità dei procedimenti, ci si può ora concentrare sull'oggetto specifico di questo scritto: e dunque sulle deviazioni da tale paradigma previste per determinati delitti, che, ritenuti sintomatici di un particolare livello di pericolosità, hanno indotto il legislatore a imporre un regime differenziato e improntato a un'applicazione pressoché automatica delle misure cautelari personali, e segnatamente della custodia in carcere.

Come anticipato in premessa, la parabola evolutiva che ha contraddistinto questo particolare istituto rispecchia in modo antologico la tensione tra valori contrapposti, e come tale merita di essere riepilogata nelle sue singole tappe.

Inizialmente, il codice del 1988 non contempla alcuna deroga ispirata alla logica del doppio binario: il giudice decide dunque senza subire vincoli, verificando la sussistenza delle condizioni applicative delle misure cautelari personali e seguendo i principi di proporzionalità e adeguatezza così come formulati in termini generali dal tenore originario dell'art. 275 c.p.p.¹⁵.

Il ripudio della cosiddetta cattura obbligatoria – espressamente menzionato nella direttiva n. 59 della legge delega (e anticipato dalla legge

¹⁵ A tutte le fattispecie criminose si applicavano dunque le medesime regole, «senza alcun automatismo di sorta» (GREVI, Vittorio. Introduzione. in AA.VV. *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di GREVI, Vittorio. Padova: Cedam, 1989, p. 5).

5 agosto 1988, n. 330¹⁶) – costituisce del resto uno dei più significativi elementi di rottura rispetto al sistema previgente, viceversa caratterizzato dalla presenza di una disciplina improntata all'applicazione automatica della carcerazione in presenza di indizi di colpevolezza (in allora definiti «sufficienti») rispetto a delitti di particolare gravità¹⁷.

Tuttavia, quella scelta originaria – ispirata a una fiducia massima nella discrezionalità valutativa del giudice, e così coraggiosamente innovativa rispetto al passato – sarebbe stata sconfessata nel volgere di poco. Già sul finire del 1990, infatti, con un nugolo di decreti-legge (reiterati ma non convertiti), il Governo decide di reintrodurre il “doppio binario cautelare”, immettendo nel sistema un regime fondato su due presunzioni combinate tra loro¹⁸. All’inizio si tratta di una doppia presunzione semplice,

¹⁶ Tale novella anticipa alcune delle principali novità che avrebbero poi caratterizzato la disciplina delle misure cautelari personali come approntata dal codice del 1988, tra le quali, appunto, l'abolizione della cattura obbligatoria (su cui v. nello specifico AMATO, Giuseppe. *sub art. 13 l. n. 330/1988. Legislazione penale*, Torino, p. 538 ss., 1988).

¹⁷ L'istituto era menzionato anche nella Carta fondamentale, in particolare nella versione originaria dell'art. 68 Cost., il cui secondo comma consentiva l'arresto di un membro del Parlamento senza l'autorizzazione della Camera di appartenenza solo se il parlamentare era «colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura». Esattamente come nella vigenza del codice del 1988, anche prima il meccanismo della cattura obbligatoria (e del corrispondente divieto di concedere la libertà provvisoria) ha vissuto stagioni alterne, così dimostrando la delicatezza e la centralità di un istituto da sempre controverso. Per approfondire le vicende che lo hanno interessato (su cui si tornerà *infra*, in particolare alla nota 63) v. fra gli altri ILLUMINATI, Giulio. *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*. In CONSO, Giovanni (a cura di). *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli: E.S.I., 1996, p. 390 ss., LATTANZI, Giorgio. *I meccanismi presuntivi nelle misure cautelari. Cassazione penale*, Milano, p. 1838, 2018, e MANTOVANI, Giulia. *Dalla Corte europea una “legittimazione” alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia. Legislazione penale*, Torino, p. 518 ss., 2004.

¹⁸ La scelta viene inaugurata con il decreto-legge 13 novembre 1990, n. 324, per essere poi riproposta in due ulteriori decreti-legge, che al pari del primo non hanno visto la conversione in legge: il decreto-legge 12 gennaio 1991, n. 5 e il decreto-legge 13 marzo 1991, n. 76. A seguire, il decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, viene invece convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203, con un'opzione normativa che però, come vedremo subito nel testo, avrebbe comunque avuto vita breve.

concernente tanto la sussistenza dei *pericula libertatis* quanto l'idoneità della sola custodia cautelare in carcere ad affrontare tali *pericula*¹⁹. Tuttavia, con il decreto-legge 9 settembre 1991, n. 292, convertito con legge 8 novembre 1991, n. 356, la doppia presunzione inizialmente declinata come semplice rimane *iuris tantum* (e dunque superabile) solo in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari, trasformandosi in assoluta relativamente alla idoneità della sola custodia carceraria a contrastare i *pericula libertatis* (oggetto della prima presunzione).

Questo peculiare congegno avrebbe in seguito vissuto alterne vicende. E' però utile sin d'ora coglierne esattamente il *modus operandi*, che – sia pure con un ambito applicativo a geometria variabile – sarebbe rimasto in vigore anche negli anni successivi e che tuttora contraddistingue una delle due attuali declinazioni del “doppio binario cautelare” (quella prevista dall'art. 275 comma 3 secondo periodo c.p.p. per tre delitti associativi ritenuti sintomatici di una particolare pericolosità²⁰): se osservata da una prospettiva dinamica, che guardi ai contenuti dell'ordinanza applicativa della misura cautelare, sulla scorta della disciplina introdotta per la prima volta nel 1992 il giudice vede un sensibile alleggerimento dei propri obblighi motivazionali, che restano gravosi soltanto in ordine alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza circa la commissione di un delitto compreso nel catalogo del “doppio binario”; in mancanza di elementi in grado di smentire le esigenze cautelari (oggetto di una presunzione *iuris tantum*), l'automatismo prescritto dalla legge gli impone di disporre la custodia in carcere sulla scorta di una presunzione assoluta di adeguatezza di tale sola misura.

Stando all'impostazione adottata nel 1991-1992, l'elenco dei delitti in allora interessati dalla deroga descrive un «associazionismo criminoso ad alto tasso di violenza»²¹: sebbene il catalogo sia piuttosto

¹⁹ Questa soluzione costituisce l'antecedente da cui poi attingerà la Corte costituzionale (con le sue sentenze seriali inaugurate nel 2010) per trasformare il regime a doppia presunzione – semplice e assoluta – in un regime a doppia presunzione semplice (v. *infra*, par. 4).

²⁰ V. *infra*, par. 5.

²¹ Così CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 107.

esteso, la deroga alla disciplina generale è comunque contrassegnata da una qualche omogeneità; una omogeneità che si sarebbe viceversa totalmente smarrita nella storia successiva dell'istituto (in particolare a far data dal cosiddetto "Pacchetto sicurezza" del 2009).

In seguito sarebbe intervenuta la legge 8 agosto 1995, n. 332. Nell'ambito di un'ampia novella ispirata dall'intento di limitare il ricorso alla custodia cautelare in carcere e di irrobustire le garanzie della difesa, il legislatore decide infatti di por mano anche alla «cattura quasi obbligatoria»²². Senza mettere completamente in discussione l'automatismo consolidatosi dal 1992 (ormai dato per acquisito al sistema), in quel frangente la scelta operata è di tipo contenitivo: in particolare, il catalogo di reati cui riferire la doppia presunzione viene sensibilmente ristretto, trovando applicazione ai soli procedimenti relativi a delitti di matrice mafiosa²³.

Questo il tenore della seconda parte dell'art. 275 comma 3 c.p.p. scaturito dalla riforma del 1992: «quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, a quelli, consumati o tentati, di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice, 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, ai delitti 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 ovvero ai delitti di 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 escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110, ovvero ai delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

²² L'espressione si deve a FASSONE, Elvio, *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico. Questione giustizia*. Milano, p. 120, nota 9, 1991.

²³ In particolare, il delitto di cui all'art. art. 416-bis, i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis nonché quelli compiuti per agevolare le associazioni di cui all'art. 416-bis c.p. Sulla modifica tra gli altri si veda ILLUMINATI, Giulio, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento*

Ed è proprio dopo la riforma del 1995 che sul doppio binario cautelare *ex art. 275* comma 3 c.p.p. verrà chiamato a esprimersi, per la prima volta, il Giudice delle leggi²⁴, nell'ambito di una vicenda concernente alcuni delitti aggravati dalla finalità di agevolazione di associazioni di tipo mafioso.

Inaugurando un'impostazione poi replicata più volte, la porzione di disciplina sottoposta al vaglio della Corte è quella concernente la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere; i parametri evocati sono invece quelli racchiusi negli artt. 3, 13 comma 1 e 27 comma 2 Cost.: il primo sul presupposto della irragionevole disparità di trattamento nel preordinare una risposta cautelare omogenea rispetto a «situazioni obiettivamente e soggettivamente diverse»; gli artt. 13 comma 1 e 27 comma 2 Cost. in quanto «parametri [...] dalla cui lettura combinata emerge l'esigenza di circoscrivere allo strettamente necessario le misure limitative della libertà personale».

In risposta alle censure, la Corte confeziona un'ordinanza molto asciutta (la n. 450 del 1995), dove si può leggere, fra l'altro, questa frase: «una volta rilevato il rispetto della riserva di legge a norma dell'art. 13 della Costituzione, il residuo riferimento dell'ordinanza di rinvio alla presunzione di non colpevolezza *ex art. 27* della Costituzione si rivela manifestamente non conferente, data l'estraneità di quest'ultimo parametro all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive della libertà personale che operano sul piano cautelare, che è piano del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena»²⁵.

applicativo, in GREVI, Vittorio (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995*, n. 332, Milano: Giuffrè, 1996, p. 92 ss.

²⁴ L'atto di promovimento della questione alla Corte costituzionale (del 12 aprile 1995) aveva in realtà investito la disciplina precedente, ed era scaturito da un processo in cui il giudice *a quo* era stato chiamato a deliberare un'istanza di revoca della custodia cautelare in carcere già imposta nei confronti di persona sottoposta alle indagini per taluni delitti aggravati *ex art. 7* del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203: fattispecie, quest'ultima, rimasta tra quelle a “cattura semi-obbligatoria” anche all'indomani della l. n. 332 del 1995, così determinando la persistente rilevanza della questione sottoposta al vaglio di costituzionalità.

²⁵ Per un'argomentata critica alla pronuncia si veda NEGRI, Daniele, Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p. *Cassazione penale*, Milano, p. 2835 ss., 1996.

Al di là di questo passaggio sorprendente (e che sarà fatto oggetto di un doveroso ripensamento nelle numerose pronunce che sarebbero poi intervenute sul tema), il Giudice delle leggi “salva” la compatibilità costituzionale della disciplina osservando come il suo spazio operativo circoscritto alla criminalità organizzata di stampo mafioso renda manifesta la non irragionevolezza della scelta legislativa, «atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato». Tale concisa presa di posizione condiziona anche la successiva giurisprudenza costituzionale, che si diffonderà in maggior misura sul punto restando comunque tendenzialmente fedele alla linea²⁶; essa poggia sull’assolutizzazione di una massima di esperienza che viene spinta fino ad accettare il rischio di applicare un trattamento cautelare estremo (la detenzione in carcere) a tutti i casi in cui i *pericula libertatis* si prestano ad essere affrontati con misure meno restrittive.

Malgrado i suoi limiti, la pronuncia racchiude però anche un’importante precisazione, là dove – e a differenza da quanto già ritenuto in ordine alla “cattura obbligatoria” di cui al codice del 1930 – la Corte ha mostrato di ammettere che possa essere oggetto di una valutazione legale insuperabile unicamente l’adeguatezza del solo carcere, ma non anche la sussistenza del *periculum libertatis*²⁷.

In seguito, anche la Corte europea dei diritti dell’uomo sarebbe stata chiamata ad esprimersi sulla disciplina dell’art. 275, comma 3, seconda parte, c.p.p. (CEDU, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia): ma, in

²⁶ V. però la sentenza costituzionale n. 57 del 2013, concernente il “doppio binario cautelare” previsto per i reati aggravati dal metodo mafioso, di cui si darà brevemente conto *infra*, alla nota 41, e che ha comunque determinato un parziale *revirement* da parte della Corte.

²⁷ «[...] Giacché la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l’*an* della cautela) non può, per definizione, prescindere dall’accertamento della loro effettiva ricorrenza di volta in volta».

Molti anni prima, la sentenza costituzionale n. 64 del 1970 – chiamata ad esprimersi sul mandato di cattura obbligatorio – non aveva affatto escluso la possibilità di una presunzione legale insuperabile di sussistenza del *periculum libertatis* (anche se si deve comunque considerare che nel 1970 le esigenze cautelari non erano ancora state positivizzate mediante una definizione legislativa).

scia con quanto già ritenuto dalla Corte costituzionale, anche il Giudice di Strasburgo deciderà di salvare il doppio binario cautelare, ponendo l'accento sul suo circoscritto perimetro applicativo, che, allora riservato ai soli delitti di matrice mafiosa, giustifica la deroga alla disciplina generale sulla scorta del fatto che solo la carcerazione provvisoria «tende a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano nel frattempo commettere delitti»²⁸.

4. LA “TELA DI PENELOPE”²⁹: IL PACCHETTO SICUREZZA DEL 2009 E LA RISPOSTA DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

A quasi tre lustri dall'intervento contenitivo operato nel 1995, e in una stagione fortemente condizionata da istanze securitarie, con l'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito con legge 23 aprile 2009, n. 38), il meccanismo a duplice presunzione vede un nuovo e imponente ampliamento del proprio ambito di operatività³⁰.

²⁸ Il virgolettato è tratto dalla sintesi che Corte cost. n. 265 del 2010 (di cui parleremo nel prossimo paragrafo) svolge rispetto ai contenuti della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Così come segnalato dalla dottrina (v. tra gli altri QUATTROCOLO, Serena. *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale. Verso il crepuscolo del giudizio di proporzionalità e di adeguatezza?*. In AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*. Torino: Giappichelli, 2013, p. 220, nonché MARZADURI, Enrico. *Commento all'art. 4 l. 47/2015*. Disponibile in <www.lalegislazionepenale.eu>, 1° dicembre 2015, p. 10), però, la Corte costituzionale in genere si limita a riportare questo passaggio della pronuncia europea, sorvolando invece su quelli in cui il Giudice di Strasburgo esprime la sua diffidenza verso le presunzioni ove declinate in termini assoluti.

²⁹ L'espressione è ripresa da GIOSTRA, Glauco. *Carcere cautelare “obbligatorio”: la campana della Corte costituzionale, le “stecche” della Cassazione, la sordità del legislatore*. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 4905, 2012.

³⁰ Questo il tenore dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p. scaturito dal “Pacchetto sicurezza” del 2009: «quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui 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, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali

Sennonché, l'operazione condotta dal legislatore del 2009 è molto più maldestra di quella del 1991-1992; mossa da motivi contingenti e propagandistici, indicati nell'esigenza di contrastare l'allarme suscitato da alcuni crimini amplificati dalla stampa in un caldo clima pre-elettorale, come spesso accade essa neppure consegue a una reale necessità: la pretesa "esplosione" degli episodi di violenza sessuale rappresentata dai *mass media* in quel particolare frangente risulta infatti del tutto smentita dalle statistiche³¹.

Segnatamente, con l'intervento del 2009, il catalogo dei reati cui si riferisce la doppia presunzione (inalterata nel suo funzionamento, ma decisamente più estesa quanto a spazio operativo) diventa molto poco razionale, sia per i suoi contenuti sia per la tecnica di redazione normativa impiegata: accanto ad un'estensione "nominale", con esplicita menzione dei singoli delitti cui applicare questa particolare forma di "doppio binario" (delitti in materia sessuale, specie quando ne sia vittima un minore), il legislatore colloca un rinvio ai commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 c.p.p., concernenti le attribuzioni della procura distrettuale antimafia³².

Del resto, è questa un'abitudine antica, giustamente stigmatizzata dalla dottrina più accorta: «la creazione di binari doppi, tripli o quadrupli,

risultati che non sussistono esigenze cautelari. 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».

A tale innovazione viene affiancata anche quella *extra codicem* introdotta dall'art. 26 della (di poco successiva) legge 15 luglio 2009, n. 94, in relazione ai soggetti nei cui confronti sussistono gravi indizi di colpevolezza per aver promosso, diretto, finanziato o effettuato il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compiono altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente (art. 12 comma 4-*bis* d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

³¹ MARZADURI, Enrico. Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile. *Legislazione penale*, Torino, p. 500, nota 2, 2010.

³² A tale ultimo proposito, è oltretutto evidente come il rinvio, inteso come dinamico, finisca per determinare effetti a catena: come ad esempio in conseguenza della legge 23 febbraio 2015, n. 19, il cui art. 2 ha inserito la fattispecie di scambio elettorale (art. 416-*ter* c.p.) nell'elencazione contenuta all'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.

operata mediante rimandi a liste preformate per tutt'altri scopi e trasfigurate in norme-simbolo di angosce collettive, è uno dei mali peggiori che affligge la nostra legislazione processuale»³³. E' infatti chiaro quanto sia audace la pretesa di impiegare un catalogo ideato per agevolare lo svolgimento delle indagini per fini così distanti ed eterogenei da quelli che ne hanno animato la creazione; tanto più considerando che gli scostamenti dalla disciplina generale dovrebbero essere improntati all'eccezionalità.

Le critiche all'intervento legislativo del 2009³⁴ hanno trovato un riscontro (parziale e timido) nella giurisprudenza costituzionale, che, nel periodo compreso tra il 2010 e la successiva riforma in tema (che si deve alla legge n. 47 del 2015), è intervenuta per ben nove volte sull'istituto.

La prima pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3 seconda parte c.p.p. (con specifico riferimento ai delitti di prostituzione minorile, violenza sessuale e atti sessuali con un minore) per contrasto con gli artt. 3, 13 e 27 comma 2 Cost.³⁵.

Come unanimemente riconosciuto, la ricostruzione assiologica operata dalla sentenza n. 265 del 2010 è preziosissima; ma nonostante

³³ Così CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 108.

³⁴ Tra le altre, si segnalano quelle espresse da MARZADURI, Enrico. Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. *Legislazione penale*, Torino, p. 702, 2011; GIULIANI, Livia. 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. *Cassazione penale*, Milano, p. 921 s., 2012; ZACCHÉ, Francesco, Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale, in MAZZA, Oliviero-VIGANÒ, Francesco (a cura di). *Il "pacchetto sicurezza" 2009*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 290.

³⁵ Si tratta della sentenza 7 luglio 2010, n. 265, di cui si possono leggere i commenti di: LORUSSO, Sergio. Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere. *Guida al diritto*, Milano, f. 35, p. 60, 2010; MARZADURI, Enrico. Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile. *Legislazione penale*, Torino, p. 499 ss., 2010; SPANGHER, Giorgio. La "neutralizzazione" della pericolosità sociale: prime riflessioni. *Giustizia penale*, Roma, I, p. 407, 2011; TONINI, Paolo. La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 949 ss., 2010.

l'importanza del richiamo a tutti e tre i parametri azionati dal giudice rimettente, la Corte ha tuttavia voluto interferire il meno possibile con le scelte del legislatore: lungi dal dichiarare incostituzionale l'applicazione della doppia presunzione ai procedimenti per tali delitti (con una declaratoria di illegittimità "secca"), il Giudice delle leggi si è infatti limitato a mutare da assoluta (*iuris et de iure*) a relativa (*iuris tantum*) la presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere.

In particolare, con questa prima pronuncia – fondamentale punto di partenza della successiva serie di decisioni intervenute volta a volta per smantellare l'edificio normativo edificato nel 2009 – la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 600-bis, primo comma, 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».

Come anticipato, la decisione presenta sia luci che ombre. Se è infatti vero che la sentenza – oltre ad escludere che l'automatismo possa «rinvenire la sua fonte di legittimazione nell'esigenza di contrastare situazioni causa di allarme sociale, determinate dalla asserita crescita numerica di taluni delitti»³⁶ – riconosce a chiare lettere la rilevanza della presunzione d'innocenza in materia cautelare, così superando l'opposta affermazione racchiusa nell'ordinanza n. 450 del 1995 (oltre alle ambiguità riscontrabili anche nella giurisprudenza più risalente³⁷), va però rimarcato che, come già in precedenza, non è stato invece sviluppato il confronto

³⁶ Sent. n. 265 del 2010, punto 12 del «considerato in diritto».

³⁷ Per un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale su questo tema centrale (a partire dalla sentenza n. 64 del 1970) v. ILLUMINATI, Giulio. Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari. In CONSO, Giovanni (a cura di). *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli: E.S.I., 1996, p. 392 ss. V. anche l'accurata ricostruzione svolta da MANTOVANI, Giulia. Dalla Corte europea una "legittimazione" alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia. *Legislazione penale*, Torino, p. 518 ss., 2004.

con l'art. 13, comma 2, Cost. (parametro che del resto non era stato specificamente evocato dai giudici remittenti): “assorbendo” gli obblighi motivazionali del giudice cautelare, l'automatismo nella valutazione dei presupposti e dei criteri di scelta delle misure descritto dall'art. 275 comma 3 c.p.p. implica infatti una frizione con la disciplina costituzionale dedicata alla libertà personale, che, oltre a sancire la riserva di legge, pretende anche un provvedimento *motivato* dell'autorità giudiziaria³⁸.

Inoltre, la circostanza che il *devolutum* fosse circoscritto alla sola presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere ha forse contribuito a determinare la timidezza della soluzione adottata dalla Corte, che ha sostanzialmente recuperato l'opzione normativa già sperimentata con la prima decretazione d'urgenza del 1991.

Anche se il forte nesso tra gli ultimi due passaggi logici che scandiscono la decisione cautelare – la verifica della sussistenza delle esigenze cautelari e la valutazione di adeguatezza, che investono rispettivamente l'esistenza e l'intensità del *periculum libertatis* – ben avrebbe potuto suggerire di valutare l'ortodossia costituzionale anche della presunzione relativa concernente l'*an* della cautela³⁹, ciò non è avvenuto, e il vaglio di ragionevolezza (vero fulcro della sentenza n. 265 del 2010, come pure di tutta la “gemmazione” giurisprudenziale successiva) è rimasto circoscritto al solo secondo tassello dell'automatismo, purgato esclusivamente del suo carattere assoluto; la soluzione concretamente adottata è dunque figlia del fatto che il Giudice delle leggi ha ritenuto costituzionalmente accettabile il meccanismo, meno cogente, della presunzione relativa, superabile da elementi di segno contrario. Fondamentali, a tal fine, le caratteristiche delle fattispecie incriminatrici oggetto del giudizio *a quo*, prive dei connotati propri di

³⁸ Peraltro, ove si fosse voluti approdare a una soluzione più garantistica di quella a cui è pervenuto il dispositivo della sentenza, sarebbe stato sufficiente valorizzare l'inviolabilità della libertà personale, che, consacrata nel primo comma dell'art. 13 Cost. e riconosciuta come tale nella motivazione della pronuncia, si è però persa «per strada» nell'assetto complessivo della decisione (v. MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 4 l. 47/2015. Disponibile in <www.la legislazione penale.eu>, 1° dicembre 2015, p. 10).

³⁹ In tal senso v. già GIALUZ, Mitja. Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali. *Processo penale e giustizia*. Torino, p. 118 s., 2013.

quella descritta dall'art. 416-bis c.p., la quale (riprendendo e sviluppando più diffusamente la posizione già espressa nell'ordinanza costituzionale n. 450 del 1995) viene assunta dalla Corte quale paradigma su cui tarare il vaglio di ragionevolezza⁴⁰.

La soluzione adottata dalla sent. n. 265 del 2010 è stata poi riprodotta da altre numerose pronunce, che ne hanno replicato lo schema logico e il tipo di sindacato, esaminando le caratteristiche dei singoli delitti volta a volta sottoposti allo scrutinio della Corte secondo la logica dell'*id quod plerumque accidit*⁴¹.

⁴⁰ Vedremo poi come, con una decisione del 2019, il Giudice delle leggi estenderà la posizione già espressa rispetto all'associazione a delinquere di stampo mafioso anche a quella di cui all'art. 270-bis c.p. (v. *infra*, par. 6).

⁴¹ La Corte Costituzionale, con sentenza n. 164 del 2011, ha dichiarato «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, 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 al delitto di cui all'art. 575 del codice penale (omicidio), 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». Analoghe soluzioni sono poi state adottate: dalla sentenza costituzionale n. 231 del 2011, rispetto alla fattispecie di cui all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti); dalla sentenza n. 110 del 2012, in ordine al delitto di cui all'art. 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p. (reati in materia di marchi e brevetti); dalla sentenza n. 57 del 2013, in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo (pronuncia che ha mostrato di discostarsi dalla precedente ordinanza n. 450 del 1995, la quale aveva affermato l'ortodossia costituzionale della doppia presunzione, relativa ed assoluta, già prevista per il delitti aggravati ai sensi dell'art. 7 della legge n. 203 del 1991); dalla sentenza n. 213 del 2013, in ordine al delitto di cui all'art. 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di estorsione); dalla sentenza n. 232 del 2013, in ordine al delitto di cui all'art. 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo); dalla sentenza n. 48 del 2015, con riferimento al concorso esterno nel delitto di cui all'art. 416-bis c.p.

A queste pronunce, che hanno colpito l'art. 275 comma 3 c.p.p., va poi aggiunta la sentenza n. 331 del 2011, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4-bis, d. lgs. n. 286/1998 (aggiunto dall'art. 1 comma 26 lett. f) legge n. 94/2009), che racchiudeva un analogo

Mutatis mutandis, le successive declaratorie di illegittimità costituzionale riproducono tutto lo schema della sentenza “madre”, la n. 265 del 2010: seguendo la medesima linea, la Corte non ha quindi mai negato radicalmente la ragionevolezza della presunzione di adeguatezza della sola cattività carceraria, ma unicamente il suo carattere assoluto.

La disciplina si è ritrovata dunque, per un lungo periodo, in continuo movimento, essendo stata demolita (e non del tutto) a più riprese. Del resto, sarebbe stato arduo ipotizzare un unico intervento risolutivo, a causa della caratteristica incidentalità propria del giudizio di legittimità costituzionale, che vede il Giudice delle leggi chiamato ad esprimersi volta a volta in funzione della concreta rilevanza della questione nel giudizio *a quo* (e dunque in funzione della natura degli addebiti volta a volta costituenti l’oggetto del procedimento principale)⁴². Chiaro come un simile panorama, in costante evoluzione, abbia determinato il concreto pregiudizio per i soggetti attinti da procedimenti cautelari aventi ad oggetto addebiti non ancora interessati dalle declaratorie di illegittimità costituzionale. Ma la strada dell’esegesi costituzionalmente orientata – che pure è stata arditamente sperimentata dalla Corte di cassazione⁴³ (ancorché

automatismo a proposito di alcune figure di favoreggiamento dell’immigrazione illegale (previste dal comma 3 del medesimo articolo 12 d. lgs. n. 286/1998).

⁴² A onor del vero, l’ordinamento consente comunque alla Corte costituzionale di impiegare lo strumento della “declaratoria consequenziale”, contemplato dall’art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87 (stando al quale, oltre a dichiarare quali sono le disposizioni legislative illegittime, il Giudice delle leggi «dichiara altresì quali sono le altre disposizioni legislative la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata»). Ma nel caso specifico la Corte ha preferito non farvi ricorso (critico in proposito GIALUZ, Mitja. Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali. *Processo penale e giustizia*. Torino, p. 120 ss., 2013).

⁴³ Si allude in particolare all’estensione pretoria della soluzione creata dalla Corte costituzionale con riferimento all’ipotesi dello stupro di gruppo, operata da Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 2012, Lisi e altro, in *Cass. pen.*, con nota di GIULIANI, Livia. 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. *Cassazione penale*, Milano, p. 921 ss., 2012, e secondo cui la presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, stabilita dall’art. 275, comma terzo, c.p.p. anche per il delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.p.), doveva essere interpretata alla luce della

per ragioni tutt'altro che garantistiche⁴⁴) – non poteva comunque ritenersi praticabile: nella sua perentoria chiarezza, il testo dell'art. 275 comma 3 (seconda e terza parte) c.p.p. non lasciava infatti spazio alcuno a una simile operazione ermeneutica.

La situazione determinata dalle pronunce della Corte costituzionale ha dunque fissato l'esistenza di un regime triplice: accanto a quello, generale, in base a cui il giudice deve valutare e motivare in ordine alla sussistenza di tutti i presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari, quello, introdotto dal legislatore, a doppia presunzione, semplice (in ordine all'esistenza dei *pericula libertatis*) e assoluta (in ordine all'adeguatezza della sola custodia in carcere), e infine quello ulteriore, "creato" dal Giudice delle leggi, a doppia presunzione semplice (in ordine tanto all'esistenza dei *pericula libertatis* quanto all'adeguatezza della sola custodia in carcere).

Un articolato (e artificioso) panorama che, al netto delle rilevanti modifiche nel frattempo intervenute (e di cui subito si dirà), tuttora contrassegna l'assetto vigente.

sentenza della Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, con conseguente obbligo, per il giudice, di «valutare, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine a tale delitto, se siano stati acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Questa presa di posizione è stata poi superata dalla sentenza costituzionale n. 232 del 2013, che ha viceversa optato per la declaratoria parziale di illegittimità dell'art. 275 comma 3 c.p.p., così sconfessando la soluzione della Cassazione (già duramente – e giustamente – criticata dalla dottrina: v. per tutti GIULIANI, Livia. *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. *Cassazione penale*. Milano, p. 921 ss., 2013, nonché GIOSTRA, Glauco. *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*. *Giurisprudenza costituzionale*. Milano, p. 4897 ss., 2012).

⁴⁴ Nel caso specifico, la Corte di cassazione illustrò la propria scelta interpretativa con un comunicato-stampa, "giustificando" la propria posizione con la necessità di evitare la scarcerazione delle persone sottoposte ad indagine per decorrenza dei termini di durata della custodia cautelare.

5. LA RIFORMA DEL 2015.

Su questa complessa (e ancora “mobile”⁴⁵) situazione è infine intervenuta la legge 16 aprile 2015, n. 47, con una soluzione conservativa che ha inevitabilmente tradito le ambizioni dell’originaria proposta di legge presentata alla Camera⁴⁶. Anzi: il dibattito parlamentare che ha condotto alla riscrittura dell’art. 275 comma 3 c.p.p. costituisce l’ennesimo sintomo di quanto la disposizione sia cruciale e travagliata.

L’iniziale proposta di legge si prefiggeva di circoscrivere il regime a doppia presunzione (semplice, concernente la sussistenza delle esigenze cautelari, e assoluta, circa l’idoneità della sola custodia in carcere a fronteggiare i rischi cautelari) ai delitti di cui agli artt. 270, 270-bis e 416-bis del codice penale. Alla riscrittura in questi termini del comma 3 secondo periodo avrebbe dovuto corrispondere l’eliminazione, dal tessuto codicistico, del regime a doppia presunzione relativa sagomata dal Giudice delle leggi a partire dalla sentenza costituzionale n. 265 del 2010. Ma già dal primo passaggio alla Camera, il congegno a doppia presunzione semplice sarebbe inesorabilmente ricomparso, per poi rimanervi in tutte le successive tappe della doppia navetta parlamentare sfociata nella legge n. 47 del 2015. L’esame dei lavori preparatori sul punto è interessante, perché denota uno scontro di opinioni davvero rimarchevole, tradottosi nella presentazione di emendamenti di segno radicalmente opposto tra loro: accanto a chi prospettava di confinare l’operatività del meccanismo presuntivo ai soli procedimenti per associazione a delinquere di stampo mafioso si collocava chi avrebbe voluto demagogicamente estenderlo ai delitti contro la pubblica amministrazione e l’amministrazione della giustizia⁴⁷.

⁴⁵ Per alcuni esempi di fattispecie non ancora espunte dal catalogo per cui (prima della riforma del 2015) vigeva la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, v. PAZIENZA, Vittorio. Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari. *Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, n. III/03/2015, 6 maggio 2015, p. 13.

⁴⁶ V. Proposta di legge n. 631 presentata alla Camera dei deputati il 3 aprile 2013.

⁴⁷ Per una ricostruzione del dibattito, si rinvia a VALENTINI, Elena. Le premesse e i lavori parlamentari, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 3 ss.

Alla prova dei fatti, il Parlamento si è limitato a recepire l'insegnamento scaturito dalle numerose declaratorie di illegittimità abbattutesi sull'art. 275 comma 3 c.p.p.; così dunque riproponendo le stesse timidezze che già avevano permeato l'approccio della Corte costituzionale. Tanto che, malgrado la riforma del 2015 identifichi uno dei più corposi (sebbene troppo cauti⁴⁸) interventi sulla disciplina cautelare personale, «al tema delle presunzioni di adeguatezza della sola custodia viene dedicata una attenzione slavata e compromissoria, nessuna alla presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari»⁴⁹.

La fisionomia della “cattura semi-obbligatoria” uscita dalla novella del 2015 prevede infatti un doppio regime derogatorio alle regole comuni. In primo luogo, l'art. 275 comma 3 c.p.p. stabilisce che, ove si proceda per i delitti di cui agli artt. 270, 270-bis e 416-bis c.p., il giudice, una volta verificata la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, debba sempre applicare la custodia in carcere, a meno che non risulti l'insussistenza di esigenze cautelari.

In concreto, il regime applicabile a questi delitti è dunque oggetto di una dualità secca (del tutto analoga a quella inaugurata dal legislatore nel 1992): o l'imputato si vede attinto dalla più restrittiva tra le misure, oppure resta immune da qualsiasi trattamento cautelare (perché il giudice ha constatato l'insussistenza di tutte e tre le esigenze di cui all'art. 274 c.p.p.)⁵⁰. Il che (sia detto per inciso) non potrà non indurre, a monte, una marcata refrattarietà

⁴⁸ Una novella «rimasta a metà dell'opera»: così la definiscono CHINNICI, Daniela e NEGRI, Daniele. Una riforma carica di ambizioni ma troppo cauta negli esiti. in AA. VV. *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, Roma: Dike, 2015, p. 10.

⁴⁹ Così GIULIANI, Livia. La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47. *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 168, 2017.

⁵⁰ Conseguentemente, data la struttura della norma, il giudice, per respingere la richiesta cautelare, avrà un vero e proprio onere di motivare l'insussistenza delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. Si tratta, è appena il caso di osservarlo, di un automatismo normativo che, «risolvendosi in chiave di tendenziale obbligatorietà della misura carceraria, si colloca ai limiti della compatibilità con il disposto dell'art. 13 Cost., nel quale l'“atto motivato dell'autorità giudiziaria” è richiesto come garanzia ai fini dell'applicazione (non del diniego) delle misure restrittive della libertà personale» (così GREVI, Vittorio-CERESA GASTALDO, Massimo. *Misure cautelari*, in BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*, X ed. Padova: Cedam, 2020, p. 344).

a superare la prima presunzione – vincibile – di sussistenza delle esigenze cautelari: se infatti la dicotomia è così oppositiva – l'imputato o finisce in carcere o resta a piede libero – in via di fatto sarà ancor più arduo che il giudice possa scegliere di dichiarare l'insussistenza di tutti e tre i *pericula libertatis*⁵¹.

Questo dispositivo – così rigoroso e irto – viene riservato a tre distinte fattispecie associative: e dunque non solo all'associazione a delinquere di stampo mafioso (rispetto a cui vigeva da tempo, avendo superato indenne il vaglio di costituzionalità risolto con la declaratoria di manifesta infondatezza del 1995⁵²), ma anche alle associazioni sovversive e a quelle con finalità di terrorismo o di eversione. Con una scelta, quella insita nell'inserimento della fattispecie di cui all'art. 270-bis c.p., che «rappresenta una *new entry* nel novero dei reati trattati meno favorevolmente»⁵³: infatti, se la fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p. si ascrive al “doppio binario cautelare” inserito nel codice vigente sin dalla sua fondazione (nel 1991), e il delitto di cui all'art. 270 c.p. già partecipa del trattamento differenziato a partire dal 2009, fino al 2015 l'associazione con finalità di terrorismo è rimasta sempre soggetta alla disciplina comune, esente da qualsiasi automatismo («a ennesima dimostrazione della volubilità dei compilatori»⁵⁴).

In secondo luogo, il riformato art. 275 comma 3 c.p.p., al suo terzo periodo, prevede che, ove si proceda in relazione ad uno dei delitti compresi nella eterogenea categoria descritta dagli artt. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p., nonché in relazione ai delitti di cui agli artt. 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il 4° comma, 600-quinquies, e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-bis, 609-quater, 609-octies c.p., il giudice, una volta verificata la sussistenza dei gravi indizi

⁵¹ E' proprio il cumulo delle due presunzioni a «ridurre drasticamente i margini di effettività della valutazione giudiziale sullo stesso *an del periculum libertatis*»: così RAFARACI, Tommaso. Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 3724, 2011.

⁵² V. *retro*, par. 3.

⁵³ GIULIANI, Livia. La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47. *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 184, 2017.

⁵⁴ CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 124.

di colpevolezza, debba applicare la misura della custodia cautelare in carcere a meno che non risulti l'insussistenza delle esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, queste ultime possono essere soddisfatte con altre misure⁵⁵.

In questo secondo gruppo di ipotesi, il giudice si ritrova comunque al cospetto di due diverse presunzioni, entrambe semplici: con riferimento tanto alla sussistenza di esigenze cautelari quanto all'adeguatezza della sola custodia in carcere⁵⁶.

Dinanzi alla riforma del 2015, la sensazione è quella di un meccanismo calibrato sulle scelte – non così coraggiose – operate dallo «sciame dei precedenti»⁵⁷ inaugurati dalla sentenza costituzionale n. 265

⁵⁵ A tali fattispecie, per le quali vige la declinazione più mite dell'automatismo, deve essere aggiunta anche quella concernente le fattispecie menzionate dal comma 3 dell'art. 12 d. lgs. n. 286/1998 (T.U. sull'immigrazione): sebbene infatti il legislatore del 2015 si sia dimenticato di intervenire sul comma 4-bis di tale articolo, che continua a descrivere l'automatismo nella sua forma più rigida (e dunque con una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere), non si deve trascurare che il precetto è comunque stato investito dalla declaratoria di illegittimità costituzionale n. 331 del 2011 (cfr. *retro*, nota 41), che continua quindi ad essere attuale.

⁵⁶ In concreto, quindi, il regime cautelare applicabile nei procedimenti aventi ad oggetto tali delitti non è investito da quella dicotomia radicale già riscontrata rispetto ai delitti associativi menzionati nella seconda frase dell'odierno art. 275 comma 3 c.p.p.: come regola generale, l'imputato si vede comunque applicare la più restrittiva tra le misure, ossia la custodia cautelare in carcere; ma la presunzione di idoneità della sola cattività carceraria, che in questo caso è relativa, come tale può essere superata, al pari di quella concernente la sussistenza di tutti e tre i *pericula libertatis*, così consentendo l'applicazione di una misura meno gravosa di quella più severa tra tutte.

In tali casi, sempre in virtù della struttura della norma, il giudice, per respingere la richiesta cautelare, si troverà gravato del medesimo onere di motivare l'insussistenza delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. già riscontrato a proposito della declinazione più rigida dell'automatismo. E là dove la presunzione di esistenza delle esigenze cautelari non possa essere superata, il giudice potrà comunque vincere la seconda presunzione, concernente l'idoneità della sola custodia in carcere, con relativo onere di motivare che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

⁵⁷ L'espressione è ripresa dal titolo dello scritto di MANES, Vittorio. Lo «sciame di precedenti» della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare: una «dottrina» sulla libertà personale nel segno del «minimo sacrificio necessario». *Diritto penale e processo*, Milano, p. 457 ss., 2014.

del 2010; meccanismo che pare costruito, più che su una reale attenzione alla tutela della libertà personale, ben più modestamente sulla volontà di evitare un radicale e indifendibile conflitto con i parametri costituzionali rilevanti in materia.

6. UNO SGUARDO COMPLESSIVO ALL'ASSETTO OGGI IN VIGORE.

Ripercorsa la tormentata storia dell'istituto – che replica un andamento pendolare già caratteristico della cattura obbligatoria regolata dal codice del 1930 – si possono ora svolgere alcune riflessioni sulla conformazione vigente del “doppio binario cautelare”.

Negli anni '90, una fra le spiegazioni addotte all'introduzione dell'automatismo chiamava in causa la necessità di irrobustire la posizione del giudice, che, se vincolato nella sua valutazione in ordine alla pericolosità dell'imputato, sarà anche più difficilmente influenzabile dal contesto ambientale⁵⁸; tuttavia, se tale interpretazione (che sembra quasi isolare un “quarto” *periculum libertatis*⁵⁹) può giustificare l'operatività dell'istituto al contesto mafioso⁶⁰, l'indiscriminato allargamento operativo del doppio binario cautelare (sia pure con una fisionomia oggi più “accettabile” di quanto non fosse nel 2009) finisce inevitabilmente per appannare questa ipotetica *ratio* originaria⁶¹,

⁵⁸ Il congegno è stato autorevolmente definito «una sorta di “scudo normativo” per tutelare dal rischio di gravi condizionamenti i giudici maggiormente impegnati nei procedimenti contro la peggiore delinquenza»: così GREVI, Vittorio. Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo. In ID. (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*. Milano: Giuffrè 1996, p. 10.

⁵⁹ L'osservazione è di CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 121.

⁶⁰ E solo per «brevi periodi di gravissima emergenza»: così MARZADURI, Enrico. Art. 275. In *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, Mario, III Agg., Torino: Utet, 1998, p. 181.

⁶¹ Giustificazione che oltretutto, secondo alcuni, dovrebbe ritenersi ridimensionata vista la minor aggressività delle associazioni mafiose nei confronti della magistratura: così CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI,

soppiantata dall'intento di inserire «un mero spot elettorale mirato ad attribuire consenso al legislatore di turno»⁶².

Per come si presenta oggi, il congegno non può che essere ricondotto a una palpabile diffidenza verso la discrezionalità del giudice: è la legge, a monte, a imporre il carcere a colui che sia gravemente indiziato della commissione di determinati delitti. In misura non così distante da quanto avveniva con la cattura obbligatoria disegnata dal codice del 1930, il titolo di reato acquista un ruolo dirimente all'interno della fattispecie cautelare. Se infatti è vero che il dispositivo odierno è stato costruito in modo accorto – senza rinnegare le condizioni ulteriori (rispetto al *fumus commissi delicti*) per poter applicare la cautela massima, che sono “solo” presunte e non apertamente sconfessate –, all'atto pratico il meccanismo non è così lontano dal suo progenitore, in particolare – ma non soltanto – per quanto concerne la disciplina riservata ai delitti di cui agli artt. 416-bis, 270 e 270-bis c.p.⁶³. Tanto che l'odierno automatismo, per come costruito, in concreto si presta comunque a sfruttare la coercizione cautelare quale forma di anticipazione della pena, esattamente come avveniva con la cattura obbligatoria di cui al vecchio sistema.

Non stupisce, allora, che la Corte costituzionale sia stata nuovamente chiamata ad esprimersi sull'istituto, anche dopo che la novella del 2015 ha scelto di assestarsi sulla posizione del Giudice delle leggi. Sennonché, ciò è avvenuto – in due distinte occasioni – unicamente in relazione alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere sancita per i delitti associativi di cui agli artt. 416-bis e 270-bis c.p.

Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 122.

⁶² Così DANIELE, Marcello. I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 119, 2016.

⁶³ A differenza dell'attuale “doppio binario cautelare”, la “cattura obbligatoria” regolata dal sistema previgente (v. art. 253, con annesso divieto di concedere la libertà provvisoria ex art. 277, c.p.p. 1930) fondava l'automatismo sulla mera presenza di sufficienti indizi di colpevolezza in ordine alla commissione di determinati delitti, senza che fosse necessario né dimostrare né presumere l'esistenza di esigenze cautelari (che vennero peraltro descritte a livello legislativo solo con legge 12 agosto 1982, n. 532), come pure l'adeguatezza del solo carcere.

Le due decisioni intervenute sul regime cautelare speciale disegnato per tali fattispecie ribadiscono l'orientamento della giurisprudenza costituzionale già consolidatosi prima del 2015; e questo malgrado le importanti aperture in materia di preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari che hanno recentemente caratterizzato la giurisprudenza della stessa Corte (e su cui subito si tornerà).

Innanzitutto, pronunciandosi per la prima volta direttamente sulla fattispecie descritta dall'art. 416-bis c.p., l'ordinanza n. 136 del 2017 ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione, così rifacendosi alla propria precedente posizione, come espressa (sebbene nel relativo giudizio *a quo* si discettasse di un delitto aggravato ai sensi dell'art. 7 d. l. 13 maggio 1991, n. 152) sin dall'ordinanza n. 450 del 1995, e più volte ribadita in seguito⁶⁴.

In proposito, non hanno fatto breccia i convincenti rilievi del Tribunale di Torino, che ha tentato di porre in discussione gli assiomi sui quali ha sempre fatto leva il Giudice delle leggi. Come già in precedenza, anche in questa occasione la Corte ha infatti scelto di mantenere fermo il riferimento all'*id quod plerumque accidit*: la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia carceraria troverebbe infatti la propria *ratio* fondante su una «congrua base statistica» basata sul «dato empirico-sociologico» che fotografa la forza intimidatoria dell'associazione criminale. Ma, ammesso e non concesso che tale «congrua base statistica» sia di per sé dimostrata⁶⁵, il *punctum dolens* della disciplina resta la negazione di

⁶⁴ La posizione espressa dalla pronuncia del 1995 è stata più volte ribadita: v. Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265; Corte cost., 9 maggio 2011, n. 164; Corte cost., 19 luglio 2011, n. 231; Corte cost., 25 marzo 2013, n. 57, Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48.

⁶⁵ Fra le altre, si consiglia la lettura delle lucide osservazioni e perplessità manifestate da CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, in particolare alle pp. 119-120, e da GIALUZ, Mitja, Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali. *Processo penale e giustizia*. Torino, p. 115, 2013. Del resto, la regola di esperienza risulta troppo “generalizzante” già sulla carta, ove si consideri che l'art. 416-bis c.p. descrive condotte corrispondenti a ruoli molto diversi all'interno dell'organizzazione, «susceptibili di originare esigenze cautelari di diversa entità, non tutte necessariamente contrastabili con la sola custodia in carcere» (così DANIELE,

qualsiasi possibilità, per il giudice, di verificare in concreto se le esigenze cautelari possano essere fronteggiate con misure meno restrittive della cattività inframuraria. Come osservato dalla dottrina, infatti, la regola statistica posta a fondamento del congegno qui in esame non può essere intesa in modo così draconiano, e dunque sino a giustificare uno sbarramento insuperabile alla possibilità di valutare l'adeguatezza di misure diverse dal carcere⁶⁶.

Purtroppo, anche nell'ultima occasione in cui ha avuto modo di esprimersi sulla presunzione *iuris et de iure* – prendendo in esame quella prevista in ordine alla fattispecie associativa di cui all'art. 270-bis c.p. – la Corte costituzionale ha mostrato un analogo atteggiamento conservativo, dichiarando infondata la questione prospettata dalla Corte d'assise di Torino. E ciò sebbene (come già ricordato) la fattispecie in esame sia stata inclusa nel doppio binario cautelare solo nel 2015. In proposito, la dottrina ha giustamente rilevato la difficoltà di estendere a questa ipotesi associativa le considerazioni – di per sé tutt'altro che irresistibili – svolte dal Giudice delle leggi rispetto all'associazione a delinquere di stampo mafioso: infatti, la fattispecie di cui all'art. 270-bis c.p. si presta in realtà ad abbracciare una congerie assai varia di ipotesi, che va dalle associazioni terroristiche di stampo islamico (che possono connotarsi per la transnazionalità e per il numero assai ampio di partecipi) al «terrorismo di matrice anarchica, che può anche operare in un territorio ristretto e basarsi sull'apporto di poche persone»⁶⁷.

Marcello. I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 118, 2016).

⁶⁶ In questo senso, e con considerazioni ben più diffuse, si vedano fra gli altri MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 4 l. 47/2015. Disponibile in <www.lalegislazionepenale.eu>, 1° dicembre 2015, p. 10; MORELLI, Francesco Bartolo. La legge "accerta" il grado delle esigenze cautelari servendosi di presunzioni "ragionevoli": per gli imputati di associazione mafiosa, i fatti restano fuori dai procedimenti *de libertate*. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 1322, 2017; SCOMPARIN, Laura. Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 3733, 2011.

⁶⁷ CATTANEO, Carla. Legittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per l'associazione con finalità di terrorismo. Disponibile in <www.sistemapenale.it>, 23 novembre 2020. Non a caso la questione

Nondimeno, pur dando atto della differenza tra associazione terroristica o eversiva e associazione di stampo mafioso, la sentenza costituzionale n. 191 del 2020 ha ritenuto ragionevole la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere, facendo leva sul «preciso collante ideologico» che contraddistingue l'appartenenza alla prima, rendendola – per così dire – “pervicace e ostinata”; e ciò tanto da segnare un «netto discrimine tra l'associazione terroristica e le altre associazioni criminose» di cui la Corte ha avuto sinora modo di occuparsi nella propria giurisprudenza sull'art. 275 comma 3 c.p., «dal momento che tali associazioni sono caratterizzate – al più – dalla convergenza delle attività dei partecipi rispetto all'obiettivo immediato dell'esecuzione di reati e dell'acquisizione dei relativi profitti: obiettivo già di per sé frustrato, o comunque gravemente scompaginato, dalle indagini penali e dalle misure cautelari che ne conseguono»⁶⁸. Queste ultime caratteristiche non sarebbero invece riscontrabili rispetto alla persona indiziata del delitto di cui all'art. 270-*bis* c.p., che, se sottoposta a una misura extramuraria, ben potrebbe riprendere i contatti con gli altri associati ancora in libertà attraverso l'uso di telefoni e di internet.

Come già era accaduto in precedenza, anche nelle due ultime occasioni appena menzionate – entrambe successive alla novella del 2015 – il Giudice della legalità costituzionale non è stato sollecitato a confrontare la disciplina portata alla sua attenzione con il secondo comma dell'art. 13 Cost.⁶⁹. Ancora una volta è mancato, quindi, il confronto con la riserva di giurisdizione stabilita dal capoverso del precetto costituzionale:

sottoposta al vaglio della Corte proviene proprio da un incidente cautelare scaturito da una richiesta di sostituzione della custodia cautelare in carcere avanzata da una persona accusata di aver ricoperto un ruolo di mero ausilio all'interno di un'associazione di stampo anarchico, non più operativa per effetto dell'individuazione degli altri partecipi.

A commento della riforma del 2015, analoghe perplessità (con considerazioni estese anche all'applicazione del congegno più antigarantistico pure alla fattispecie di associazione sovversiva di cui all'art. 270 c.p.) erano state già espresse, fra gli altri, da E. MARZADURI, Commento all'art. 4 l. 47/2015. Disponibile in <www.lageislazionepenale.eu>, 1° dicembre 2015, p. 7 ss.

⁶⁸ Virgolettato tratto dalla sentenza costituzionale n. 191 del 2020.

⁶⁹ I parametri sovraordinati evocati dai giudici rimettenti sono infatti sempre i medesimi su cui la Corte aveva già ripetutamente tarato le proprie precedenti decisioni, e dunque l'art. 13 (in queste due occasioni genericamente

il che ha dunque consentito alla Corte di ricorrere al medesimo apparato argomentativo, riproposto per l'ennesima volta rispetto all'associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416-bis c.p. e adattato – pur con i limiti appena segnalati – all'associazione terroristica con la recente e inedita decisione dedicata all'art. 270-bis c.p.p.

Come anticipato, oltre a non convincere, tale impianto giustificativo risulta pure dissonante con il diverso atteggiamento di recente mostrato dalla Corte costituzionale a proposito di alcuni fra gli automatismi previsti dal diritto penitenziario. Si allude, in particolare, ai contenuti della sentenza costituzionale n. 253 del 2019 (ripercorsi anche dalla recente e nota pronuncia in tema di “ergastolo ostativo”⁷⁰), che ha riscontrato l'irragionevolezza della disciplina racchiusa nell'art. 4-bis ord. pen.; una disposizione, quest'ultima, che stabiliva un'equivalenza – automatica e insindacabile – tra la mancanza di collaborazione con la giustizia e la pericolosità del detenuto, impedendo ai condannati per i delitti contemplati dalla norma di accedere ai permessi premio.

La vicinanza tra le due questioni – entrambe concernenti preclusioni al potere di accertamento giudiziale in ordine alle peculiarità del caso singolo, soggetto a una disciplina generale e astratta che non ammette deviazioni da quanto insuperabilmente stabilito dal legislatore – è chiara; eppure, il Giudice delle leggi, che si è mostrato coraggioso rispetto alla fase esecutiva della pena, è contestualmente rimasto arroccato sulla propria risalente posizione in ordine al “doppio binario cautelare”⁷¹.

richiamato), l'art. 27 comma 2 e l'art. 3 Cost. (parametro, quest'ultimo, su cui fondare il vaglio di ragionevolezza).

⁷⁰ Si allude alla recente ordinanza costituzionale 11 maggio 2021, n. 97.

⁷¹ V. già CATTANEO, Carla. Legittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per l'associazione con finalità di terrorismo. Disponibile in <www.sistemapenale.it>, 23 novembre 2020. Analoghe considerazioni si possono ritrovare già in GIALUZ, Mitja. Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali. *Processo penale e giustizia*. Torino, p. 116, 2013, sia pure a proposito di una ben precedente pronuncia costituzionale (la n. 367 del 1994), che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4-bis, comma 1, secondo periodo, ord. penit., nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile

Se le pronunce costituzionali n. 136 del 2017 e 191 del 2020 hanno avallato la novella del 2015 rispetto a due delle tre fattispecie associative cui si riferisce il “nucleo duro” dell’automatismo, va detto che – viceversa – il regime a doppia presunzione semplice non è mai stato sottoposto al controllo della Corte costituzionale: né prima, né dopo la riforma. E, dopo la riforma, né rispetto alla presunzione (semplice) di sussistenza delle esigenze cautelari, né rispetto a quella (parimenti semplice) di adeguatezza della custodia cautelare in carcere prevista dalla seconda parte del disposto (e operativa per una nutrita serie di delitti⁷²). Come già segnalato, infatti, l’automatismo è approdato al vaglio di costituzionalità solo rispetto alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, e solo nella sua fisionomia quale presunzione assoluta.

Il dato è solo apparentemente singolare, potendo essere spiegato alla luce di svariati fattori: da un lato, la già segnalata tendenza – da parte di tutti i giudici rimettenti – a trascurare l’importanza di un sindacato fondato sulla riserva di giurisdizione prescritta dal capoverso dell’art. 13 Cost.; dall’altro, la natura vincibile della presunzione di sussistenza dei *pericula libertatis*, sulla cui scorta, quando dagli atti a disposizione del giudice risulti l’insussistenza delle esigenze cautelari, si determina in radice il difetto di rilevanza di un’ipotetica questione di legittimità costituzionale, potendo appunto tale presunzione essere superata (e ciò del tutto analogamente a quanto avviene rispetto alla presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere, ove questa sia relativa)⁷³; su

un’utile collaborazione con la giustizia (oggi tale partecipazione marginale è legislativamente contemplata dall’art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ord. penit.).

⁷² Disposizione a cui – ricordiamolo di nuovo – si affianca anche quella di cui al comma 4-*bis* d. lgs. n. 286 del 1998.

⁷³ L’argomento rischia senz’altro di provare troppo, ben potendosi ipotizzare una situazione caratterizzata dalla totale assenza di elementi rilevanti per poter decidere in materia di sussistenza o meno delle esigenze cautelari. Stando alla disciplina comune, infatti, una situazione connotata da tale assoluta mancanza di elementi dovrebbe risolversi nel rigetto della domanda cautelare; mentre, alla luce dell’automatismo, essa evidentemente si risolve nel ricorso alla coercizione dell’imputato. Ciononostante, la circostanza che una simile situazione non sia mai stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale dimostra forse che una prognosi sui rischi cautelari – in positivo o in negativo – viene in concreto considerata quasi sempre possibile, specie ove si consideri la tendenza a riscontrare gli indicatori dei *pericula libertatis* negli stessi

tutti, la piena consapevolezza dell'approccio "minimalista" della Corte costituzionale, che ha mostrato di ritenere censurabile (e non sempre) la sola presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria, dando prova di considerare ragionevoli le presunzioni che risultino vincibili⁷⁴.

Nondimeno, la mancata messa in discussione delle presunzioni relative (da parte tanto del legislatore quanto della Corte costituzionale) finisce per consegnare all'interprete un sistema comunque assai squilibrato.

Se ciò naturalmente vale per il nucleo "duro" delle fattispecie associative (cui è appunto riservato l'automatismo nella sua espressione più severa), lo stesso può dirsi anche per quella cospicua serie di delitti cui il meccanismo si applica in forma attenuata, a mezzo di una doppia presunzione semplice. Infatti, anche rispetto a tale seconda categoria di reati il legislatore del 2015 ha stabilito che la sussistenza della sola gravità indiziaria entri già in sé, sfavorevolmente, nella formulazione della prognosi cautelare; e ciò con un'eclatante deroga alla regola generale di cui all'ultimo periodo dell'art. 274 c.p.p. (introdotta dalla legge n. 47 del 2015), stando alla quale la pericolosità dell'imputato non può essere desunta «esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede»⁷⁵.

elementi che attestano la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (un dato, questo, oltremodo evidente in particolare rispetto all'esigenza cautelare specialpreventiva codificata dall'art. 274 lett. c c.p.p.).

⁷⁴ Del resto, questa attenzione concentrasi sulla sola presunzione assoluta di adeguatezza della risposta carceraria si spiega non solo alla luce della natura insuperabile di questa specifica presunzione, ma anche perché, sebbene identifichi l'ultimo passaggio logico che contrassegna la decisione giudiziale, la scelta del presidio da applicare resta comunque cruciale, e anche molto delicata: nel caso di applicazione della cattività carceraria l'impatto in termini di compressione della libertà personale è infatti incommensurabilmente più alto rispetto all'applicazione (in ipotesi anche cumulativa) di qualsiasi altra misura.

⁷⁵ Non si tratta dell'unica disposizione che finisce per non trovare applicazione quando opera il "doppio binario cautelare"; ad esempio, per come intesa dalla giurisprudenza, la specialità dell'art. 275 comma 3 c.p.p. deroga anche ad altre norme di garanzia, come ad esempio il comma 3-bis dell'art. 275 c.p.p., secondo cui il giudice, nel disporre la custodia in carcere, deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo elettronico (così Cass. pen., Sez. II, 20 gennaio 2016, Martinelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 265598).

In particolare rispetto a tutte le ipotesi di presunzione relativa, in astratto c'è comunque spazio per tentare un'interpretazione il più possibile conforme ai canoni costituzionali: ad esempio, riconoscendo a chiare lettere che l'imputato non può ritenersi onerato di provare l'insussistenza dei *pericula libertatis*, come pure della possibilità di affrontare questi ultimi con misure meno gravose della cattività carceraria. Sulla carta, infatti, l'individuazione degli elementi – presenti in atti – su cui fondare la prognosi cautelare compete comunque al giudice; a monte, e sempre sulla carta, il reperimento dei medesimi resterebbe a carico del pubblico ministero, tenuto dall'art. 358 c.p.p. a svolgere «accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini»⁷⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza si è da tempo assestata su una posizione ben meno “generosa”, affermando che il giudice destinatario della richiesta ex art. 291 c.p.p. possa limitarsi a dichiarare che dagli atti non risultano elementi idonei a dimostrare l'assenza delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. (come pure l'adeguatezza di una misura più lieve del carcere)⁷⁷; il che naturalmente vanifica il rigoroso tenore dell'art. 292 c.p.p. (e in particolare dello specifico precetto racchiuso nel comma 2, lett. c)⁷⁸, testimoniando a maggior ragione il contrasto tra il doppio binario cautelare (in entrambi i suoi assetti, ancorché con intensità differente) e la riserva di giurisdizione ex art. 13 comma 2 Cost.

⁷⁶ Infatti, l'inciso «siano acquisiti» racchiuso nell'art. 275 comma 3 c.p.p. deve essere inteso in senso estensivo: al di là dell'infelice formulazione, che istintivamente fa pensare a sopravvenienze di rilievo prognosticamente favorevole, l'acquisizione di elementi da cui inferire l'inesistenza del *periculum* ricomprende anche il caso in cui quegli elementi sussistano già *ab origine*; essi vanno dunque intesi anche come elementi evincibili dalle carte già *ab initio*, e non necessariamente desumibili da emergenze successive.

Peraltro, e così come segnalato dalla dottrina (MARANDOLA, Antonella. *Verso un nuovo statuto cautelare europeo? Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 2169, 2011), è chiaro che, là dove effettivamente il pubblico ministero dovesse disporre di elementi idonei a scardinare la presunzione relativa di sussistenza di tutti e tre i *pericula libertatis*, con ogni probabilità eviterebbe in radice di presentare la domanda cautelare.

⁷⁷ In tal senso v. già Cass. pen., Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry. In *Cassazione penale*, Milano, p. 842, 1995.

⁷⁸ In tal senso v. tra gli altri TODARO, Guido. *Custodia cautelare e presunzioni. Studi urbinati*, Urbino, p. 47 s., 2014.

E' dunque chiaro che, così presentandosi il diritto vivente, l'insussistenza delle esigenze cautelari – come pure, nei casi in cui vige l'automatismo nella sua forma attenuata, l'adeguatezza di misure meno severe della custodia in carcere, rispetto a tutti e tre i *pericula libertatis* in ipotesi non scalfiti da alcuna controprova idonea a vincere la relativa presunzione semplice – dovrà essere dimostrata dall'imputato.

Ma per quanto la giurisprudenza sembri accontentarsi di una semplice allegazione⁷⁹, si deve pur sempre considerare che il rito *de libertate* vede intervenire la difesa solo una volta che l'ordinanza cautelare ha trovato esecuzione. Né le difficoltà svaniscono dopo tale intervento: lo scarto temporale ridotto che marca le tappe cronologiche del cosiddetto “contraddittorio successivo” (in ordine tanto all'interrogatorio di garanzia quanto alla presentazione di un'impugnazione cautelare), unito alla difficoltà estrema di soddisfare una vera e propria *probatio diabolica* (quella insita nella dimostrazione dell'assenza di tutti e tre i rischi cautelari descritti dall'art. 274 c.p.p., come pure quella di comprovare l'adeguatezza di misure più lievi della cattività in carcere), rende il doppio automatismo pressoché insormontabile in concreto.

Un altro contesto procedimentale in cui potrebbe realizzarsi un qualche sforzo inteso a rendere la disciplina qui in esame più in linea con i principi costituzionali (e convenzionali⁸⁰) è quello che concerne i controlli *in itinere*, che investono il regime coercitivo in corso di esecuzione, attivabili ai sensi dell'art. 299 c.p.p. (sia su istanza di parte che d'ufficio).

In proposito, e pur nella consapevolezza che le Sezioni unite della Cassazione hanno riconosciuto la cogenza del regime presuntivo anche nel corso della vita della misura cautelare (e non soltanto nel momento in

⁷⁹ Allegazione ritenuta però esplicitamente necessaria per innalzare l'obbligo motivazionale del giudice in punto di sussistenza delle esigenze cautelari (v. ad es. Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 2018, n. 57586, in www.dejure.it); v. anche Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 2018, n. 53659, *ivi*, in cui si può leggere che la presunzione relativa di sussistenza di esigenze cautelari in tema di reati sessuali non è superata «non avendo la difesa allegato al riguardo elementi concreti suscettibili di positiva considerazione»).

⁸⁰ Come noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo assegna grande importanza al trascorrere del tempo, considerandolo idoneo a determinare un affievolimento dei *pericula libertatis* (v. tra le altre CEDU, 16 novembre 2000, Vaccaro c. Italia, § 36 s.).

cui questa viene applicata)⁸¹, sarebbe doveroso valorizzare l'insistenza – esplicitata in particolare dalle riforme del 1995 e del 2015⁸² – sulla necessità di dimostrare l'attualità delle esigenze cautelari⁸³. Sul punto, deve in effetti riscontrarsi un'apprezzabile apertura giurisprudenziale⁸⁴, che mostra di assegnare rilevanza al cosiddetto “tempo silente” intercorso dai fatti; ma si tratta di un orientamento controverso, tuttora avversato da una folta schiera di pronunce che, segnatamente rispetto al delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p.p. (fattispecie rispetto alla quale l'elaborazione pretoria in

⁸¹ Così Cass. pen. Sez. un., 19 luglio 2012, Lipari, in *C.E.D. Cass.*, n. 253186. Del resto, ciò si ricava dalla clausola di salvaguardia con cui esordisce il secondo comma dell'art. 299 c.p.p.

⁸² Il riferimento all'attualità dei *pericula libertatis*, accanto a quello della concretezza, è stato inserito per tappe successive: se nella lett. a) dell'art. 274 c.p.p. (e dunque rispetto al rischio di inquinamento della prova) la relativa introduzione si deve alla l. n. 332 del 1995, l'omologo innesto nelle lett. b) e c) (relative al rischio di fuga e di commissione di particolari reati) si deve alla l. n. 47 del 2015. Sulla novità normativa (e sul suo impatto sulla giurisprudenza) si veda fra gli altri GIULIANI, Livia, Sull'attualità del pericolo di reiterazione del reato. *Cassazione penale*, Milano, p. 1935 ss., 2019.

⁸³ In termini riduttivi, Cass. pen., Sez. I, 10 maggio 2019, Castorina, in *C.E.D. Cass.*, n. 276193, secondo cui la presunzione di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. fa ritenere sussistente, salvo prova contraria, i caratteri di attualità e concretezza del pericolo.

⁸⁴ V. ad esempio Cass. pen., Sez. IV, 27 gennaio 2016, P.M. in proc. C. e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 266962, secondo cui, «pur operando una presunzione “relativa” di adeguatezza della custodia in carcere, la considerevole distanza temporale dei fatti contestati deve, alla luce della riforma di cui alla legge 16 aprile 2015, n. 47, essere espressamente considerata dal giudice ai fini della valutazione in termini di attualità delle esigenze cautelari, potendo la pur persistente presunzione, così come disposto dal medesimo art. 275, c.p.p., trovare contrasto in “elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari”, desumibili anche dal tempo trascorso dai fatti addebitati». V. anche Cass. pen., Sez. III, 16 gennaio 2019, Pianta, in *C.E.D. Cass.*, n. 274861: «qualora intercorra un considerevole lasso di tempo tra l'emissione della misura e i fatti contestati in via provvisoria all'indagato, il giudice ha l'obbligo di motivare puntualmente, su impulso di parte o d'ufficio, in ordine alla rilevanza del tempo trascorso sull'esistenza e sull'attualità delle esigenze cautelari, anche nel caso in cui, trattandosi di reati associativi o di delitto aggravato dall'art. 7 della legge n. 203 del 1991 (ora art. 416-*bis* l c.p.), non risulti la dissociazione dell'indagato dal sodalizio criminale». Cfr. pure, fra le altre, Cass. pen., Sez. VI, 20 marzo 2018, Morabito, *ivi*, n. 272919, o Cass. pen., Sez. V, 23 ottobre 2020, Quaceci, *ivi*, n. 280471.

tema di “doppio binario cautelare” continua a rimanere la più copiosa), ritiene che la dimostrazione dell’insussistenza delle esigenze cautelari debba giocoforza passare per la prova della dissociazione dal sodalizio criminoso⁸⁵: una prova molto ardua da offrire in positivo, ove appunto si tenda ad escludere che a tali fini possa essere sufficiente il mero decorso di un notevole lasso cronologico dalle condotte contestate⁸⁶.

Pur talora mostrandosi la giurisprudenza più morbida rispetto alle fattispecie cui si riferisce l’automatismo in forma attenuata⁸⁷, il carattere relativo della seconda presunzione – e dunque l’assenza in questi casi della dicotomia carcere/libertà – non riesce comunque a produrre risultati soddisfacenti sul piano di un’interpretazione costituzionalmente orientata. Paradossalmente, infatti, e così come già preconizzato all’indomani della riforma del 2015, la risalente «univocità dell’elaborazione giurisprudenziale,

⁸⁵ Secondo Cass. pen., Sez. V, 12 luglio 2016, Girardo, in *C.E.D. Cass.*, n. 268413, la presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere «è superabile unicamente nel caso si riscontrino segnali di rescissione del legame del soggetto con il sodalizio criminale (sicché, nell’ipotesi di mancato superamento di detta presunzione, non è consentita l’applicazione di misure diverse e meno afflittive da quella di maggior rigore)»; fra le altre, si veda anche Sez. II, 12 febbraio 2021, Manzo, *ivi*, n. 280889.

⁸⁶ Essendo richiesti anche altri elementi, quali ad esempio un’attività di collaborazione o il trasferimento in altra zona territoriale (così la recente Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 2021, Manzo Marco, in *C.E.D. Cass.*, n. 280889). Per la rilevante distinzione tra mafie storiche e non (per le quali può rilevare anche il decorso del tempo), v. ad esempio Cass. pen., Sez. V, 15 luglio 2019, Forgetti, *ivi*, n. 276905.

⁸⁷ V. ad es. Cass. pen., Sez. VI, 28 dicembre 2017, Busillo, in *C.E.D. Cass.*, n. 272153, che, in relazione alle misure coercitive disposte per il reato associativo di cui all’art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, afferma che «la sussistenza delle esigenze cautelari, rispetto a condotte esecutive risalenti nel tempo, deve essere desunta da specifici elementi di fatto idonei a dimostrarne l’attualità, in quanto tale fattispecie associativa è qualificata unicamente dai reati fine e non postula necessariamente l’esistenza dei requisiti strutturali e delle peculiari connotazioni del vincolo associativo previste per il reato di cui all’art. 416-bis c.p., di talché risulta ad essa inapplicabile la regola di esperienza, elaborata per quest’ultimo, della tendenziale stabilità del sodalizio in difetto di elementi contrari attestanti il recesso individuale o lo scioglimento del gruppo». Nello stesso senso, sempre in relazione alla fattispecie di cui all’art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, v. anche Cass. pen., Sez. VI, 6 novembre 2017, Battaglia, *ivi*, n. 271576, che ha assegnato rilevanza al tempo decorso dalla commissione dei fatti, ove esso sia «di notevole consistenza».

incentrata sulla tenuta dei rapporti con le associazioni di stampo mafioso, sembra [...] rendere ancor più difficili i compiti dell'indiziato di reati diversi, giacché non è in questi casi altrettanto chiaramente individuata la *ratio* della presunzione»⁸⁸.

BIBLIOGRAFIA

AMATO Giuseppe. *Sub art. 13 l. n. 330/1988. Legislazione penale*, Torino, p. 538 ss., 1988.

AMODIO Ennio. Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima, in AA. VV. *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano: Giuffrè, 2014, p. 7 ss.

CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 101.

CATTANEO, Carla. Legittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per l'associazione con finalità di terrorismo. Disponibile in <www.sistemapenale.it>, 23 novembre 2020.

CHINNICI, Daniela e NEGRI, Daniele. Una riforma carica di ambizioni ma troppo cauta negli esiti. in AA. VV. *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, Roma: Dike, 2015, 3.

DANIELE, Marcello. I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 114, 2016.

⁸⁸ Così CARNEVALE, Stefania. I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 133. Basti pensare che, in rapporto all'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, la Suprema Corte ha più volte concluso che neppure la rescissione del vincolo è di per sé idonea a superare la presunzione relativa di attualità delle esigenze cautelari di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., visto che «la prognosi di pericolosità non si rapporta solo all'operatività della [associazione criminale] o alla data ultima dei reati-fine, ma ha ad oggetto anche la possibile commissione di reati costituenti espressione della medesima professionalità e del medesimo grado di inserimento nei circuiti criminali che caratterizzano l'associazione di appartenenza» (così Cass. pen., Sez. III, 12 gennaio 2021, PMT C/ Amato, in *C.E.D. Cass.*, n. 281293). Nello stesso senso, v. anche Cass. pen., Sez. IV, 2 febbraio 2021, Fusco, *ivi*, n. 280243, e Sez. II, 21 dicembre 2017, Musumeci, *ivi*, n. 273435.

FASSONE, Elvio. Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico. *Questione giustizia*. Milano, p. 116, 1991.

GIALUZ, Mitja. Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali. *Processo penale e giustizia*. Torino, p. 111, 2013.

GIOSTRA, Glauco. Carcere cautelare “obbligatorio”: la campana della Corte costituzionale, le “stecche” della Cassazione, la sordità del legislatore. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 4897, 2012.

GREVI, Vittorio. Introduzione. in AA.VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di GREVI, Vittorio. Padova: Cedam, 1989.

GIULIANI, Livia. *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova: Cedam, 2012.

GIULIANI, Livia. La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47. *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 165, 2017.

GIULIANI, Livia. 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. *Cassazione penale*, Milano, p. 921 s., 2012;

GREVI, Vittorio. Introduzione. In AA.VV. *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale* (a cura di GREVI, Vittorio). Padova: Cedam, 1989, p. 3.

GREVI, Vittorio. Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo. In ID. (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*. Milano: Giuffrè 1996, p. 1.

GREVI, Vittorio-CERESA GASTALDO, Massimo. *Misure cautelari*, in BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*, X ed. Padova: Cedam, 2020, p. 333.

ILLUMINATI, Giulio. Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo, in GREVI, Vittorio (a cura di). *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 67.

ILLUMINATI, Giulio. Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari. In CONSO, Giovanni (a cura di). *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli: E.S.I., 1996, p. 389.

ILLUMINATI, Giulio. Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 1131, 2015.

LATTANZI, Giorgio. I meccanismi presuntivi nelle misure cautelari. *Cassazione penale*, Milano, p. 1838, 2018.

LORUSSO, Sergio. Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere. *Guida al diritto*, Milano, f. 35, p. 60, 2010.

MANES, Vittorio. Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare: una “dottrina” sulla libertà personale nel segno del “minimo sacrificio necessario”. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 457, 2014.

MANTOVANI, Giulia. Dalla Corte europea una “legittimazione” alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia. *Legislazione penale*, Torino, p. 513, 2004.

MARANDOLA, Antonella. Verso un nuovo statuto cautelare europeo? *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 2163, 2011.

MARZADURI, Enrico. Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. *Legislazione penale*, Torino, p. 697, 2011.

MARZADURI, Enrico. Art. 275. In *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, Mario, III Agg., Torino: Utet, 1998, p. 162.

MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 4 l. 47/2015. Disponibile in <www.lalegislationepenale.eu>, 1° dicembre 2015.

MARZADURI, Enrico. Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile. *Legislazione penale*, Torino, p. 499, 2010.

MORELLI, Francesco Bartolo. La legge “accerta” il grado delle esigenze cautelari servendosi di presunzioni “ragionevoli”: per gli imputati di associazione mafiosa, i fatti restano fuori dai procedimenti *de libertate*. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 1322, 2017.

NEGRI, Daniele. Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p. *Cassazione penale*, Milano, p. 2835, 1996.

QUATTROCOLO, Serena. Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale. Verso il crepuscolo del giudizio di proporzionalità e di adeguatezza?. In AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*. Torino: Giappichelli, 2013, p. 217.

RAFARACI, Tommaso. Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 3722, 2011.

SCOMPARIN, Laura. Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, p. 3730, 2011.

SPANGHER, Giorgio. La “neutralizzazione” della pericolosità sociale: prime riflessioni. *Giustizia penale*, Roma, I, p. 407, 2011.

TODARO, Guido. Custodia cautelare e presunzioni. *Studi urbinati*, Urbino, p. 31, 2014.

TONINI, Paolo. La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. *Diritto penale e processo*, Milano, p. 949, 2010.

VALENTINI, Elena. Le premesse e i lavori parlamentari, in GIULIANI, Livia (a cura di). *La riforma delle misure cautelari personali*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 3.

ZACCHÉ, Francesco. Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale, in MAZZA, Oliviero-VIGANÒ, Francesco (a cura di). *Il “pacchetto sicurezza” 2009*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 283.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 30/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 02/08/2021
- Review 1: 30/08/2021
- Review 2: 13/09/2021
- Preliminary editorial decision: 17/09/2021
- Correction round return: 04/10/2021
- Final editorial decision: 04/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

VALENTINI, Elena. Il “doppio binario cautelare”: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall’art. 275 comma 3 C.P.P. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1669-1712, set.-dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.631>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.