

Studio Legale Silvestri

Avv. Alessandra Silvestri
Patrocinante in Cassazione

Dott.ssa Elena Imi
Dott.ssa Valeria Alonge

TRIBUNALE DI MILANO

SEZIONE G.I.P.

Dott.GHINETTI

e

PROCURA DELLA REPUBBLICA

PRESSO IL TRIBUNALE DI MILANO

PM. DOTT.SSA PERRUCCI E DOTT. RENNA



SI ATTESTA CHE IL PRESENTE
ATTO È STATO DEPOSITATO IN
CANCELLERIA OGGE 28 SET. 2010

IL CANCELLIERE C1
Dott.ssa MARIAPAOLA MASTROLIA

Proc. Pen. n. 9671/09 R.G.N.R.

n.2283/10 r.g.g.i.p.

RICHIESTA DI SOSTITUZIONE DELLA MISURA CAUTELARE NEI CONFRONTI DEL SIG. ZHOU XINGCHU

La sottoscritta Avv. Alessandra Silvestri, del foro di Milano con studio ivi in via San Vittore n.20, difensore del sig. Zhou Xingchu, condannato, nell'ambito del procedimento penale indicato in apice, alla pena di anni dieci di reclusione previa concessione delle attenuanti generiche, unitamente al proprio assistito, attualmente sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere presso la Casa Circondariale di Pavia,

PREMESSO CHE

- Il sig. Zhou Xingchu è stato sottoposto a fermo di indiziato di delitto in data 14/3/2009, in quanto indagato per il delitto di cui all'art. 575 c.p. e da allora è sempre stato detenuto;
- In seguito alla propria cattura, il sig. Zhou Xingchu ha iniziato un'attività di collaborazione con gli organi inquirenti rilasciando amplissime dichiarazioni in ordine al fatto di reato contestato, all'apporto personale degli altri soggetti coinvolti, e ad altre attività criminali da ricondursi al sodalizio criminale di

Studio Legale Silvestri

Avv. Alessandra Silvestri
Patrocinante in Cassazione

Dott.ssa Elena Imi
Dott.ssa Valeria Alonge

- appartenenza, rilasciando interrogatori in data 14/3/2009, 17/3/2009, 31/3/2009, 5/6/2009 e confermando la propria fattiva collaborazione nel corso dell'incidente probatorio del 26 e 27/ 10/2009;
- Il sig. Zhou Xingchu ha altresì operato attivamente per l'individuazione ed il reperimento degli ulteriori soggetti coinvolti nel reato contestatogli;
 - La collaborazione ha determinato una corretta ricostruzione dei fatti per cui si procede ed ha palesato agli organi inquirenti ulteriori fatti di reato riconducibili allo stesso dichiarante nonché ad ulteriori soggetti membri di un sodalizio criminale di portata transnazionale;
 - Le dichiarazioni e la collaborazione posta in essere dal sig. Zhou Xingchu, pertanto, hanno avuto il carattere di intrinseca attendibilità in quanto oggetto di plurimi riscontri esterni oggettivi ed individualizzanti, nonché ritenuta fondante i numerosi fermi operati dall'Autorità Giudiziaria;
 - Financo il Gup in sentenza ha consolidato il ruolo svolto dal richiedente : *“ tra gli imputati, assoluto speciale rilievo ha assunto la collaborazione di Zhou Xing Chou che ha reso dettagliate dichiarazioni sullo svolgimento dei fatti ed ha acconsentito a chattare coi suoi ex compagni dissimulando il suo stato, dimostrando senza dubbio sincero pentimento”*.(pag.6) il giudicante ha addirittura richiamato in motivazione le parti salienti e più incisive degli interrogatori resi alle pagg. 16, 17,18 per ricostruire il fatto, concludendo la propria valutazione su Zhou affermando *“ ha reso ampia confessione e fattiva collaborazione con l'autorità giudiziaria”*(pag. 18 della sentenza).
 - Per il reato di cui all'art.575 c.p. il codice vigente non prevede alcuno sconto di pena in virtù della collaborazione, così come invece previsto dalla normativa sugli stupefacenti; ciò ha fatto sì che l'istante, pur a fronte di copiose dichiarazioni rese anche con riferimento al diverso proc. pen. n. 39710/08 r.g.n.r. e 8617/08 r.g.g.i.p., ha usufruito dell'“unica” riduzione di pena derivante dalla applicazione

delle attenuanti generiche, pur nella loro massima estensione (*solo per Zhou Xing Chou, che ha lealmente collaborato e ha dato vera prova di resipiscenza da un lato e convinto distacco dal milieu criminale dall'altro, il bilanciamento può risolversi con la loro prevalenza* –pag. 36 della sentenza), non potendo rivendicare ulteriori riscontri di natura premiale.

ULTERIORMENTE PREMESSO CHE

- Per il reato di cui all'art. 575 c.p. la recente normativa introdotta con la novella del 2009 che ha riformato il testo dell'art.275 comma 3, ha imposto un incomprensibile limite nella gradazione delle misure cautelari, obbligando i giudicanti a scegliere, in presenza anche delle più sfumate esigenze cautelari, tra la custodia cautelare in carcere e la libertà dell'imputato, escludendo le opportune riflessioni sulla intensità della misura in ragione delle necessità del caso concreto.
- Tale limite risulta ancor più stridente con il dovuto rispetto della costituzionalità delle norme, se si considera la particolarità delle le esigenze cautelari nei confronti dei c.d. collaboratori di giustizia o, come nel caso che ci riguarda, dei "collaboranti"..

Costoro, proprio grazie alla scelta di vita intrapresa, forniscono certe garanzie in ordine all'affievolimento delle esigenze elencate nell'art. 274 c.p.p. tali, in taluni casi, da giustificare, pur in presenza di gravissimi reati, la richiesta di revoca della misura da parte degli stessi Pubblici Ministeri precedenti.

Devesi considerare che nel nostro caso ciò non è (ancora) stato effettuato e ciò anche nell'ottica di tutela delle esigenze dell'interessato.

La scelta di revocare la misura cautelare al collaborante accusato (o condannato in primo grado) di gravi reati, pur effettuata nell'ottica del favor rei e volta a costituire un beneficio a favore del soggetto che talvolta non può usufruire di altri

Studio Legale Silvestri

Avv. Alessandra Silvestri
Patrocinante in Cassazione

Dott.ssa Elena Imi
Dott.ssa Valeria Alonge

sconti di pena rispetto alle attenuanti generiche, crea, paradossalmente un danno significativo al reo;

egli infatti, proprio in virtù delle proprie ammissioni, incasserà, all'esito delle varie fasi di giudizio affrontate da "libero", una condanna certa, ma, a differenza di altri imputati/condannati per reati anche gravi non ricompresi nell'elenco dell'art.275 comma 3, non potrà scontare dalla pena finale un periodo presofferto con una misura gradata.

Nello specifico, laddove il Sig. Zhou, grazie alla propria opera di collaborazione, dovesse convincere, in accordo con i Pubblici Ministeri, il Giudicante in ordine alla insussistenza delle esigenze cautelari e venisse da Costui scarcerato, in realtà ne avrebbe un grave danno: il periodo trascorso in libertà costituirebbe una mera parentesi nell'intero periodo di espiazione della pena e la condanna residua sarebbe tale da non consentire l'applicazione delle misure alternative alla detenzione, imponendo quindi una ingiustificata disparità di trattamento rispetto a soggetti, condannati a pene anche di molto superiori, che possono sfruttare, una volta conseguito il titolo definitivo, lunghi periodi di presofferto agli arresti domiciliari.

*

- L'articolo 275 c.p. novellato dalla riforma del 2009, peraltro, seppure per un diverso aspetto, è già stato oggetto di approfondimento critico da parte della Corte Costituzionale con sent.21/7/2010 n.265 i cui argomenti possono, in gran parte, essere richiamati per il caso in esame laddove si valuta la norma incostituzionale nella parte in cui non consente che, acquisiti elementi specifici in relazione al caso concreto dai quali risulti che le esigenze cautelari siano soddisfatte con altre misure, possano essere applicate misure diverse dalla custodia in carcere.

Tale principio generale, ribadito con la citata sentenza, pare estensibile al reato che qui si analizza, a maggior ragione se riguarda un "collaborante" nei cui confronti lo stesso Giudicante ha affermato che *"solo per lui può ritenersi*

attenuata la pericolosità sociale e dunque non ne va disposta l'espulsione a pena espiata".

La Corte peraltro, pur pronunciandosi con riferimenti ai c.d. "reati sessuali", ha espressamente ritenuto **ingiustificata** la presunzione di **adeguatezza** della custodia cautelare in carcere **per i delitti che esulano dalla previsione originaria circoscritta ai delitti connotati dalla matrice "mafiosa"** (tra i quali figurerebbero quindi non solo quelli di cui all'art.600, 609 bis e 609 quater c.p. ma altresì l'art. 575 c.p.).

La considerazione che *"le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza se sono arbitrarie ed irrazionali"* vale evidentemente per tutti i reati e pare ribadire il principio costituzionale che tutela la libertà dell'individuo ripristinando in capo al Giudicante l'autonomia e la discrezionalità necessaria per scegliere quale tra le misure restrittive è la più adeguata e meno nociva al caso in considerazione: *"i fatti concreti, riferibili alle fattispecie in questione, non solo presentano disvalori nettamente differenziabili, ma anche e soprattutto possono proporre esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con diverse misure.....(omissis)... ; i fatti che integrano i delitti in questione ben possono essere, e in effetti sono, meramente individuali, e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura"*.

A chi dunque estendere tale principio se non al reo confesso e collaborante, pur imputato di un reato ostativo quale l'omicidio ?

- Come interpretare, se non nel senso sopra suggerito, la considerazione che *"Le ipotesi nelle quali la Corte costituzionale ha ritenuto non irragionevole l'imposizione da parte del legislatore della misura cautelare più rigorosa presenterebbero, infatti, particolarità atte a rendere chiara e ben delimitata la ragione della prevalenza sui principi di graduazione e di adeguatezza.(omissis)"*

Studio Legale Silvestri

Avv. Alessandra Silvestri
Patrocinante in Cassazione

Dott.ssa Elena Imi
Dott.ssa Valeria Alonge

Altrettanto non potrebbe dirsi, invece, per le fattispecie in esame. Risulterebbero difatti evidenti le differenze che intercorrono, ad esempio, tra i reati sessuali in discorso e quello di cui all'art. 416-bis cod. pen. L'appartenenza ad una associazione mafiosa è un delitto di pericolo a carattere permanente, che implica un vincolo «totalizzante» di adesione ad un sodalizio caratterizzato da una particolare forza intimidatrice e da un elevato grado di «diffusività» nel contesto ambientale, tali da porre a rischio, per comune sentire, primari beni individuali e collettivi. Sarebbe, di conseguenza, pienamente giustificabile la presunzione legislativa di adeguatezza della sola misura cautelare carceraria, la quale risulterebbe indispensabile per neutralizzare la pericolosità del soggetto, determinandone il forzoso distacco dal sodalizio.»

Chi, più del collaboratore di giustizia, ha dato prova di rescissione rispetto al pactum sceleris rivendicando la propria autonomia e la negazione dei valori del gruppo di appartenenza?

Ed ancora :” la norma impugnata viola, in parte qua, sia l’art. 3 Cost., per l’ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti i delitti di mafia nonché per l’irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai paradigmi punitivi considerati. Al fine di attingere, quanto meno ad un livello minimo e tenuto conto dei limiti delle questioni devolute allo scrutinio di questa Corte, la compatibilità costituzionale della norma censurata, non è peraltro necessario rimuovere integralmente la presunzione di cui discute. Ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la presunzione stessa è per certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minore sacrificio necessario”, anche quando sussistano – come nei casi oggetto dei procedimenti a quibus, secondo quanto riferiscono i giudici

rimettenti – specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere.

In tale modo, si evita comunque l'irrazionale equiparazione dei procedimenti relativi a tali reati a quelli concernenti la criminalità di tipo mafioso e si lascia spazio alla differenziazione delle varie fattispecie concrete riconducibili ai paradigmi punitivi astratti.”

Alla luce di quanto sopra, con quale criterio si deve escludere una misura quale gli arresti domiciliari, sufficiente ad arginare le flebili necessità di tutela nel caso in cui si ritenga lo spontaneo adempimento da parte dell'indagato dell'obbligo di non allontanarsi dal domicilio, convinzione fondata su di una scelta processuale e di vita quale la collaborazione?

Come far collimare la preclusione di recente introdotta per categorie di reati anche per i c.d. 'collaboranti', con l'orientamento costante della Suprema Corte e dei Tribunali di merito che, pur in presenza di reati associativi, ritenevano pacificamente affievolita l'esigenza contenitiva in presenza della prova dell'avvenuta rescissione del vincolo?

- Per dar conto infine della portata della scelta processuale deve ricordarsi che l'istante, per mezzo delle proprie dichiarazioni, ha permesso l'identificazione di soggetti criminali altrimenti non individuabili, consentendo la contestazione a questi ultimi del fatto di reato per il quale si procedeva, nonché di ulteriori fatti da quest'ultimo rivelati;
- Si deve sottolineare altresì la spiccata pericolosità dei soggetti nominati dallo Zhou Xingchu per la particolare efferatezza del modo di agire di tali soggetti i quali, alla luce dei fatti del procedimento di cui si discute, non hanno esitato ad aggredire ed uccidere o ferire gravemente i propri concorrenti nelle attività

Studio Legale Silvestri

Avv. Alessandra Silvestri
Patrocinante in Cassazione

Dott.ssa Elena Imi
Dott.ssa Valeria Alonge

criminale utilizzando pistole, machete, mazze ferrate e coltelli. Tutto ciò in un luogo pubblico ed alla presenza di numerosi testimoni.

- Che pertanto la misura cautelare degli arresti domiciliari costituirebbe una forma di custodia tale da "proteggere" l'incolumità del richiedente per mezzo dei controlli di P.G. pur mantenendo lo stesso nel proprio alveo familiare.

RIELVATO CHE

- Il sig. Zhou Xingchu, fino al giorno dell'arresto conviveva stabilmente con i sig.ri: Zhou Youbo, Hu Meilian e Zhou Yan, rispettivamente padre, madre e sorella i quali, con apposita dichiarazione, si sono espressi nel senso di voler accogliere il richiedente presso la propria abitazione curandone altresì il mantenimento (dichiarazione allegata);

CHIEDE

che Codesto Ill.mo Giudice voglia fare proprie le motivazioni della sentenza della Corte Costituzionale ed, applicandone analogicamente ed estensivamente i principi, valutate le sminuite esigenze cautelari, applicare al Sig. Zhou la misura cautelare degli arresti domiciliari presso l'abitazione dei genitori sita in Milano, Via Livraghi n.19.

In caso contrario voglia questo ill.mo Giudice sollevare la questione di legittimità costituzionale con riferimento alla illegittimità dell'art. 275 comma 3 c.p.p. come modificato dall'art.2 del decreto-legge 23 febbraio 2009 n.11 convertito con legge 23 aprile 2009 n.38 con riferimento agli art.3, 13 primo comma e 27 costituzione nella parte in cui, pur in presenza di esigenze cautelari, impone di applicare la misura della custodia cautelare in carcere alla persona raggiunta da gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art.575 c.p. che abbia prestato opera di collaborazione e sicuro ravvedimento senza alcuna possibile gradazione.

Milano, 27 settembre 2010

Con ossequi,





TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO
Ufficio del Giudice per le indagini preliminari

IL GIUDICE DELL'UDIENZA PRELIMINARE

deliberando sull'istanza di sostituzione della misura cautelare della custodia in carcere proposta nell'interesse di:

ZHOU XingChou, detenuto presso la casa circondariale di Pavia, difeso dall'avv. Alessandra Silvestri di Milano; VIA SAN VITTORE 20 - MILANO
letto il parere del pubblico ministero che invita il giudice a valutare la non manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale indicata dalla difesa;
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Con istanza depositata il 28.09.2010 la difesa dell'imputato, condannato in primo grado per concorso in omicidio volontario, deduceva la avvenuta sensibile attenuazione delle esigenze cautelari in considerazione della decisiva collaborazione prestata all'autorità inquirente e della sicura resipiscenza e chiedeva la sostituzione della custodia in carcere con gli arresti domiciliari, sollevando per il caso di diniego motivato dal divieto legislativo questione di legittimità costituzionale dell'art. 275 co. 3 c.p.p.

Con parere depositato il 30.09.2010 il Procuratore della Repubblica, rilevato che effettivamente le esigenze cautelari erano grandemente scemate ma non potevano dirsi cessate (con particolare riferimento a quelle di prevenzione speciale e all'esigenza che l'imputato, condannato in primo grado, potesse sottrarsi all'esecuzione della pena di dieci anni di reclusione inflitta) e che tuttavia, nonostante la concreta idoneità degli arresti domiciliari a tutelarle, l'istanza sarebbe stata da rigettare giusto il disposto dell'art. 275 co. 3 c.p., invitava il giudice a sollevare incidente di costituzionalità della norma per contrasto con gli artt. 3, 13 co. 1 e 27 della Costituzione.

Della rilevanza

La questione è rilevante.

Come *hinc et inde* sostenuto, le esigenze cautelari sono effettivamente scemate ma come giustamente osserva il pubblico ministero esse non possono davvero dirsi cessate.

Peraltro, gli elementi concordemente evidenziati dalle parti renderebbero idoneo presidio delle stesse una misura non detentiva quale quella degli arresti domiciliari.

In presenza di gravi indizi di reità del delitto di omicidio volontario (ZHOU XingChou è stato condannato in primo grado) e in assenza di prova positiva della mancanza di esigenze cautelari, l'art. 275 co. 3 pone una presunzione *iuris et de iure* di inadeguatezza delle misure cautelari diverse da quella della custodia in carcere.

La lettera della legge non è suscettibile di diversa interpretazione, ed in particolare è preclusa al giudice penale l'applicazione analogica – suggerita dalla difesa – della norma risultante dall'intervento della Corte Costituzionale con sentenza n. 265/2010, riferita solo ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale.

La risoluzione della questione è indispensabile per la decisione in materia cautelare personale devoluta al giudice competente *pro tempore* a provvedere.

2



Della non manifesta infondatezza

La questione non è manifestamente infondata in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, della Costituzione, potendosi richiamare *mutatis mutandis* gli argomenti spesi dalla Corte Costituzionale nella richiamata sentenza n. 265/2010 anche per il delitto di omicidio volontario.

La disposizione oggetto di scrutinio trova collocazione nell'ambito della disciplina codicistica delle misure cautelari personali coercitive (artt. 272-286 bis), tutte consistenti nella privazione - in varie qualità, modalità e tempi - della libertà personale dell'indagato o dell'imputato durante il procedimento e prima comunque del giudizio definitivo sulla sua responsabilità. In ragione di questi caratteri, i limiti di legittimità costituzionale di dette misure, a fronte del principio di inviolabilità della libertà personale (**art. 13, primo comma, Cost.**), sono espressi - oltre che dalla riserva di legge, che esige la tipizzazione dei casi e dei modi, nonché dei tempi di limitazione di tale libertà, e dalla riserva di giurisdizione, che esige sempre un atto motivato del giudice (**art. 13, secondo e quinto comma, Cost.**) - anche e soprattutto, per quanto qui rileva, dalla presunzione di non colpevolezza (**art. 27, secondo comma, Cost.**), in forza della quale l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Indefettibile corollario dei principi costituzionali di riferimento è che la disciplina della materia debba essere ispirata al criterio del "**minore sacrificio necessario**" (sentenza n. 299 del 2005): la compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto. Questo principio è stato affermato in termini netti anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, in riferimento alla previsione dell'art. 5, paragrafo 3, della Convenzione, la carcerazione preventiva <<deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti>> (sentenze 2 luglio 2009, Vafiadis contro Grecia, e 8 novembre 2007, Lelievre contro Belgio).

Coerente col quadro costituzionale e convenzionale è la disciplina codicistica che in punto di scelta della misura si modella, in generale, sui criteri di adeguatezza e proporzionalità **senza prevedere automatismi né presunzioni**.

Da tali coordinate si discosta in modo vistoso - assumendo, con ciò, carattere derogatorio ed eccezionale - la disciplina attualmente espressa dal secondo e dal terzo periodo del comma 3 dell'art. 275 cod. proc. pen., non presente nel testo originario del codice, ma in esso inserita via via, con il criticato strumento della decretazione d'urgenza, in un primo tempo tramite l'aggiunta del solo secondo periodo al comma 3, sulla spinta di una situazione apprezzata come "emergenziale"; successivamente con un contenimento di questa speciale disciplina, mediante una drastica riduzione dei reati a essa assoggettati a quelli di cui all'art. 416-bis cod. pen. ovvero commessi avvalendosi delle condizioni previste da detto articolo o per agevolare le associazioni ivi indicate; infine, nuovamente e notevolmente ampliando il novero dei reati stessi, con le addizioni recate al vigente secondo periodo e con quelle ulteriori incluse nel nuovo terzo periodo del comma 3 dell'art. 275 (mediante gli interventi parimenti emergenziali dell'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38).

In base alla disciplina in questione, nei procedimenti per taluni delitti, analiticamente elencati, ove ricorra la condizione della gravità indiziaria, il giudice dispone senz'altro l'applicazione della misura cautelare della custodia carceraria, <<salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari>>. Per comune opinione, la previsione ora ricordata racchiude una duplice presunzione. La prima, a carattere relativo, attiene alle esigenze cautelari, che il giudice



deve considerare sussistenti, quante volte non consti la prova della loro mancanza (prova di tipo negativo, dunque, che deve necessariamente proiettarsi su *ciascuna* delle fattispecie identificate dall'art. 274 cod. proc. pen.). La seconda, a carattere *assoluto*, concerne la scelta della misura: ove la presunzione relativa non risulti vinta, subentra un apprezzamento legale, vincolante e incontrovertibile, di adeguatezza della sola custodia carceraria a fronteggiare le esigenze presupposte, con conseguente esclusione di ogni soluzione "intermedia" tra questa e lo stato di piena libertà dell'imputato.

Il modello ora evidenziato si traduce anche, sul piano pratico, in una marcata attenuazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti applicativi della custodia cautelare in carcere.

Tali marcati profili di scostamento rispetto al regime ordinario avevano indotto il legislatore - nell'ambito di un più generale disegno di recupero delle garanzie in materia di misure cautelari - a delimitare in senso restrittivo il campo di applicazione della disciplina derogatoria, costituente un vero e proprio regime cautelare speciale di natura eccezionale. Riferito, ai suoi esordi, ad una nutrita e disparata serie di figure criminose, il regime speciale era stato infatti circoscritto - a partire dal 1995, come dianzi ricordato - ai soli procedimenti *per delitti di mafia in senso stretto* (art. 5, comma 1, della citata legge n. 332 del 1995).

In tali limiti, com'è noto, la previsione aveva superato il vaglio tanto della Corte Costituzionale che della Corte europea dei diritti dell'uomo. Entrambe le Corti avevano, infatti, in vario modo valorizzato la specificità dei predetti delitti, la cui connotazione strutturale astratta (come reati associativi e, dunque, permanenti entro un contesto di criminalità organizzata, o come reati a tale contesto comunque collegati) valeva a rendere <<ragionevoli>> - nei relativi procedimenti - le presunzioni in questione, e segnatamente quella di adeguatezza della sola custodia carceraria, trattandosi, in sostanza, della misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione (cfr. l'ordinanza C. Cost. n. 450 del 1995, e la sentenza CEDU 6 novembre 2003, Pantano contro Italia).

È su questo quadro che si innesta l'ulteriore intervento novellistico che dà origine agli odierni dubbi di costituzionalità, operato con il decreto-legge n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 38 del 2009. Esso riepande l'ambito di applicazione della disciplina eccezionale ai procedimenti aventi ad oggetto numerosi altri reati, riguardanti fattispecie in larga misura eterogenee fra loro, individuati in parte mediante diretto richiamo agli articoli di legge che descrivono le relative fattispecie e per il resto tramite rinvio "mediato" alle norme processuali di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen.: reati tra i quali si annovera appunto l'omicidio volontario.

La norma impugnata è censurabile siccome non consente di applicare una misura cautelare meno afflittiva della custodia in carcere in procedimento per delitto d'omicidio volontario. È, dunque, sottoposta allo scrutinio di costituzionalità la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare carceraria, che lede il principio del "minore sacrificio necessario".

Secondo la giurisprudenza della Corte, <<le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*>>. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (sentenza n. 139 del 2010).

Per questo verso, all'omicidio non può estendersi la *ratio* già ritenuta, sia dalla Corte Costituzionale che da quella europea dei diritti dell'uomo, idonea a giustificare la deroga alla disciplina ordinaria quanto ai procedimenti relativi a delitti di mafia in senso stretto: vale a dire che dalla struttura stessa

se



della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche - connesse alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice - deriva, nella generalità dei casi concreti ad essa riferibili e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure "minori" sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità).

Con riguardo all'omicidio volontario non è consentito pervenire ad analoga conclusione. La regola di esperienza, in questo caso, è ben diversa: ed è che i fatti concreti, riferibili alle fattispecie in questione non solo presentano disvalori nettamente differenziabili, ma anche e soprattutto possono proporre esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con diverse misure. Per quanto gravi, i fatti che integrano i delitti in questione ben possono essere e in effetti spesso sono meramente individuali, e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura.

Si pensi a titolo d'esempio alle ben diverse possibili intensità del dolo, che spaziano da quello eventuale o alternativo fino a quello premeditato, e d'altro lato alle diversissime possibili condotte del reato a forma libera: mentre già sotto il profilo strutturale il delitto di mafia *par excellence* è a dolo specifico e condotta vincolata.

Ciò rende assai più debole la "base statistica" della presunzione assoluta considerata.

La ragionevolezza della soluzione normativa scrutinata non potrebbe essere rinvenuta neppure, per altro verso, nella gravità astratta del reato, considerata sia in rapporto alla misura della pena, sia in rapporto alla natura (e, in particolare, all'elevato rango) dell'interesse tutelato, la vita. Questi parametri giocano un ruolo di rilievo in sede di giudizio di colpevolezza, particolarmente per la determinazione della sanzione, ma risultano, di per sé, inadeguati a fungere da elementi preclusivi ai fini della verifica della sussistenza di esigenze cautelari e - per quanto qui rileva - del loro grado, che condiziona l'identificazione delle misure idonee a soddisfarle.

D'altra parte, l'interesse tutelato penalmente è, nella generalità dei casi, un interesse primario, dotato di diretto o indiretto aggancio costituzionale, invocando il quale si potrebbe allargare indefinitamente il novero dei reati sottratti in modo assoluto al principio di adeguatezza, fino a travolgere la valenza di quest'ultimo facendo leva sull'incensurabilità della discrezionalità legislativa. Ove dovesse aversi riguardo, poi, alla misura edittale della pena, la scelta del legislatore non potrebbe che apparire palesemente scompensata e arbitraria. Procedimenti relativi a gravissimi delitti - puniti con pene più severe di quelli che qui vengono in rilievo (taluni addirittura con l'ergastolo) - restano, infatti, sottratti al regime cautelare speciale.

Tanto meno, infine, la presunzione in esame potrebbe rinvenire la sua fonte di legittimazione nell'esigenza di contrastare situazioni causa di allarme sociale, determinate dalla asserita crescita numerica di taluni delitti.

Una tale inammissibile "esemplarità", per contro, è proprio quella che traspare dai lavori parlamentari relativi alla novella. Ma la eliminazione o riduzione dell'allarme sociale non può essere chiaramente annoverata tra le (costituzionalmente lecite) finalità della custodia preventiva e non può essere considerata una funzione di essa, ma piuttosto una delle funzioni della *pena*.

Il fatto che quest'ultima in senso proprio, per diverse censurabili ragioni, "arrivi tardi", non rende lecito l'obiettivo scopertamente perseguito dal legislatore e cioè una indebita anticipazione di essa prima di un giudizio definitivo di colpevolezza.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve dunque ritenere non infondato il dubbio che la norma impugnata violi, *in parte qua*, sia l'art. 3 Cost., per l'ingiustificata parificazione dei



procedimenti relativi al delitto in questione a quelli concernenti i delitti di mafia nonché per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai paradigmi punitivi considerati; sia l'art. 13, primo comma, Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; sia, infine, l'art. 27, secondo comma, Cost., in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.

Mutuando ancora gli argomenti spesi nella sentenza costituzionale n. 265/2010 e tenuto conto dei limiti delle questioni devolute allo scrutinio di costituzionalità, per assicurare la compatibilità costituzionale della norma censurata non è peraltro necessario rimuovere integralmente la presunzione ma piuttosto il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del "minore sacrificio necessario", anche quando sussistano - come nel caso oggetto del procedimento *de quo*, secondo quanto si è riferito - specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere.

Con tale limite non apparirebbe non censurabile l'apprezzamento legislativo, in rapporto alle caratteristiche del reato in questione, della ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso (per una conclusione analoga, su presunzione assoluta in materia di spese di giustizia, cfr. anche sentenza n. 139 del 2010), con facoltà tuttavia di prova contraria.

P.Q.M.

Visto l'art. 23 L. n. 87/1953;

rilevato che il giudizio sulla richiesta in materia cautelare non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale;

ritenuto che non sia manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275 co. 3 c.p.p. in relazione agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, della Costituzione 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, 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;

SOSPENDE il giudizio e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale con le prove delle notifiche e comunicazioni seguenti;

ORDINA alla Cancelleria di notificare immediatamente l'ordinanza all'imputato, al suo difensore, al Procuratore della Repubblica in sede, al Presidente del Consiglio dei Ministri e di comunicarla ai presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Si trasmettono i seguenti atti rilevanti per la risoluzione del conflitto, con riserva di integrare all'ordine della Corte: OCC; fascicolo integrale dell'esecuzione provvisoria; sentenza n. 518/2010 Reg. Sent. GIP; istanza di sostituzione dep. 28.09.2010; parere PM 30.09.2010.

Così deciso in Milano il 01 ottobre 2010

IL CANCELLIERE C1
Dott.ssa MARIAPAOLA MASTROLIA



IL GIUDICE



DEPOSITATA IN CANCELLERIA

OGGI 01 OTT. 2010

IL CANCELLIERE C1
Dott.ssa MARIAPAOLA MASTROLIA