

15 luglio 2020



Misure coercitive dopo l'arresto per i reati con pena non superiore ai tre anni: la disciplina che le consente supera l'esame della Consulta, di Guglielmo Leo

Corte cost., 6 luglio 2020, n. 137, Pres. Cartabia, Rel. Petitti

Diamo sintetica notizia, in attesa di eventuale commento critico, d'una sentenza della Corte costituzionale in tema di **provvedimenti cautelari** di restrizione della **libertà personale**.

Sono state dichiarate **non fondate**, in particolare, alcune questioni di legittimità poste riguardo agli **artt. 280, comma 1, e 391, comma 5**, cod. proc. pen., sollevate con riferimento agli **artt. 3 e 13** della Costituzione. Si tratta in particolare della possibilità conferita al giudice di **applicare** la misura cautelare degli **arresti domiciliari** anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli artt. 274, comma 1, lettera c), e 280 cod. proc. pen., quando la polizia giudiziaria abbia effettuato un **arresto facoltativo in flagranza**. In altre parole, ciò che non sarebbe normalmente consentito al giudice della cautela, in ragione del basso livello della **pena massima edittale**, diviene invece possibile in esito al procedimento per la **convalida** dell'arresto. La Corte ha stabilito, appunto, che una disciplina siffatta non contrasta con i parametri costituzionali evocati.

1. Le norme censurate.

Il problema è noto. In linea generale (commi 1 e 2 dell'art. 280 cod. proc. pen.), le **misure custodiali** possono essere adottate solo per delitti puniti con pena edittale massima superiore ai **tre anni** (oppure **cinque anni**, per quel che riguarda la custodia in carcere).

Tuttavia il divieto di applicarle per reati meno gravi è rimosso quando si tratti di fattispecie comprese nell'elenco di cui al **comma 2 dell'art. 381 cod. proc. pen.**, cioè di reati per i quali è previsto l'**arresto facoltativo in flagranza**, sempreché tale arresto sia stato effettivamente operato e che la misura custodiale sia richiesta **in occasione della relativa convalida**. Stabilisce infatti il **comma 5 dell'art. 391 cod. proc. pen.**: «Se ricorrono le condizioni di applicabilità previste dall'articolo 273 e taluna delle esigenze cautelari previste dall'articolo 274, il giudice dispone l'applicazione di una misura coercitiva a norma dell'articolo 291. Quando l'arresto è stato eseguito per **uno dei delitti indicati nell'articolo 381, comma 2**, ovvero per uno dei delitti per i quali è consentito anche **fuori dai casi di flagranza**, l'applicazione della misura è disposta anche al di **fuori dei limiti di pena** previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c) e 280». Il che vuol dire, appunto, che il valore edittale della pena può essere **pari od inferiore ai tre anni di reclusione** (art. 280, comma 1), oltre al fatto che, se l'esigenza cautelare si ravvisa in rapporto alla necessità di prevenire la commissione di reati della stessa specie, può trattarsi di delitti con sanzioni inferiori alla soglia dei quattro e dei cinque anni (a seconda della misura presa in considerazione: art. 274, comma 1, lett. c).

Quanto all'individuazione dei **fatti** per il quali è **applicabile il regime derogatorio**, si tratta in sintesi di delitti contro la pubblica amministrazione, di reati di falso, di delitti contro la persona ed il patrimonio, di violazioni in materia di armi: fatti cioè per i quali il massimo edittale della pena

detentiva può, in effetti, non superare i tre anni. A quest'elenco va aggiunto quello delle fattispecie, sparse tra **codice penale** e **legislazione speciale**, per le quali l'arresto è consentito anche fuori dai casi di flagranza del reato. Ad esempio, riguardo al reato di cui all'**art. 385 cod. pen.** (evasione), l'art. 3 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, come convertito dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, stabilisce appunto che l'arresto è consentito anche fuori dei casi di flagranza. Altro caso, esemplificativo della cosiddetta **flagranza differita**, si rinviene nella normativa per la repressione delle condotte violente durante le manifestazioni sportive (art. 8, comma 1-*ter*, della legge 13 dicembre 1989, n. 401. Il successivo comma 1-*quater*, per altro, detta una disciplina del trattamento cautelare analoga a quella fissata, in generale, nel comma 5 dell'art. 391 cod. proc. pen.).

Insomma, il **tratto essenziale** della disciplina sottoposta a censura consiste in ciò: il previo arresto in flagranza, operato discrezionalmente dalla polizia giudiziaria, può condurre all'**applicazione di misure custodiali** che, altrimenti, non potrebbero essere disposte; restando ferme per altro – è appena il caso di dirlo – tutte le ulteriori ed ordinarie condizioni per la coercizione della libertà (a partire dalla ricorrenza di esigenze cautelari e dalla inadeguatezza di misure non detentive). Ed è opportuno aggiungere, fin d'ora, che la giurisprudenza considera operativa la disciplina derogatoria solo quando l'**arresto in flagranza** venga **convalidato** dal giudice chiamato, poi, a valutare la connessa richiesta di applicazione della misura (in tal senso già la sentenza della Corte costituzionale n. 4 del 1992; nella giurisprudenza di legittimità, da ultimo, Cass., Sez. V, Sentenza n. 16176 del 21 marzo 2017, in *C.E.D. Cass.*, n. 270133 – 01).

2. I parametri costituzionali e le censure.

Nel caso di specie il giudice *a quo* ha largamente argomentato circa una qualificazione giuridica del reato per il quale era intervenuto arresto facoltativo in flagranza (furto), tale che, secondo la **disciplina generale**, non sarebbe stata possibile l'applicazione della misura degli arresti domiciliari, pur ricorrendo l'esigenza di prevenire la commissione di altri reati della stessa specie, e pur sembrando di conseguenza necessaria (oltre che sufficiente) la detenzione non carceraria dell'interessato. Al tempo stesso il rimettente ha preso atto di come, in realtà, l'applicazione della misura restrittiva sarebbe stata possibile, proprio alla luce della **disciplina derogatoria** di cui contesta la compatibilità costituzionale.

Vi sarebbe anzitutto una violazione dell'**art. 3 Cost.**, poiché, per un **identico reato**, il trattamento custodiale viene consentito o non sulla scorta di un **fattore casuale** (l'intervenuta sorpresa nella flagranza del reato), e comunque **non attinente** ai profili concernenti la **gravità del fatto** o la **pericolosità** del suo autore.

Per la stessa ragione la disciplina contrasterebbe con l'**art. 13 Cost.**, assegnando rilievo dirimente ad una valutazione giudiziale – quella concernente la verifica dei presupposti per l'arresto – che certo non esaurisce il novero dei fattori rilevanti per la giustificazione del trattamento cautelare, e così eludendo il **principio di proporzionalità**. Inoltre, sarebbe violata anche la **riserva di legge**, perché, per effetto delle norme censurate, «un atto della Polizia Giudiziaria, soggetto a verifica di legittimità ma comunque discrezionale, finisce per effetto della citata deroga *ex art. 391 co. 5 c.p.p.* per incidere non solo sulla limitazione della libertà personale connessa alla misura precautelare, ma sulla concreta applicabilità successiva di una misura cautelare coercitiva e dunque limitativa della libertà personale».

Tornando poi sul terreno del **principio di uguaglianza**, il giudice *a quo* ha sviluppato una ricognizione casistica mirata a dimostrare che, paradossalmente, l'autore (presunto) di un reato ad **arresto facoltativo** viene a trovarsi in una **posizione peggiore** rispetto all'autore (presunto) di un reato ad **arresto obbligatorio**, come tale non compreso nella disciplina derogatoria e però sanzionato

con pene inferiori alle soglie che devono essere superate, in base al dettato dell'art. 280 cod. proc. pen., perché siano applicabili misure coercitive o custodiali. Il secondo soggetto, pure arrestato come il primo, non potrebbe poi essere sottoposto al trattamento cautelare, pur avendo commesso un reato più grave.

3. La risposta della Corte.

In via preliminare merita una rapida menzione l'**eccezione di inammissibilità** sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato per il presunto **carattere "tardivo"** della questione, la quale sarebbe stata proposta in una fase nella quale non vi sarebbe più la possibilità di fare applicazione della norma censurata (con conseguente irrilevanza della questione medesima).

In effetti il giudice *a quo*, contestualmente alla deliberazione dell'ordinanza di rimessione, ha ordinato la liberazione dell'indagato, e quindi – secondo il Presidente del Consiglio dei ministri – avrebbe applicato una disposizione (il comma 6 dell'art. 391 cod. proc. pen.) incompatibile con l'applicazione di quella censurata (il precedente comma 5). Ciò non vuol dire però, come facilmente ha rilevato la Corte nel **respingere l'eccezione**, che lo stesso giudice abbia perso il potere-dovere di valutare la richiesta di applicazione della misura cautelare presentata contestualmente a quella per la convalida dell'arresto, secondo i criteri e nei limiti stabiliti dalla disciplina derogatoria in esame: semplicemente, e secondo la regola generale del processo costituzionale, il subprocedimento è stato sospeso immediatamente prima dell'applicazione della norma censurata. Potrebbe aggiungersi che la disposizione del comma 6 dell'art. 391 esprime una regola che riflette la **ridottissima capacità legittimante** dei provvedimenti precautelari quali titoli per la privazione della libertà (terzo comma dell'art. 13 Cost.): la liberazione va disposta non solo quando la richiesta del pubblico ministero viene respinta, ma anche in tutti i casi in cui, per qualunque ragione, non viene tempestivamente alla luce un **titolo giudiziale alternativo** all'arresto od al fermo quale fonte di legittimazione del trattamento cautelare.

Ciò detto, e come anticipato, la Consulta ha disatteso il **merito** delle questioni sollevate, dichiarandole non fondate.

Il ragionamento ha preso le mosse da un'accurata disamina della catena di interventi normativi che ha condotto all'attuale disciplina delle misure cautelari disposte in occasione della convalida dell'arresto o del fermo, disamina che ha confermato un «**difetto di coordinamento**», per effetto del quale la **soluzione più rigorosa** (quella cioè che dilata la possibilità di restrizione cautelare) è applicabile solo alle **fattispecie meno gravi**, cioè quelle ad arresto solo facoltativo.

Corretta, dunque, la ricostruzione del quadro normativo proposta dal rimettente. E tuttavia – osserva la Corte – la disciplina censurata assolve allo scopo essenziale di un **raccordo** (già prescritto dalla legge delega) tra la restrizione **precautelare** e l'eventuale esigenza di una sua **prosecuzione**, quando le circostanze del caso concreto lo richiedano. In altre parole, potrebbe avere poco senso, in determinati casi concreti, che si consenta l'arresto di una persona e però, al tempo stesso, si pongano le condizioni per una sua necessaria liberazione a poche ore di distanza dal provvedimento restrittivo.

D'altra parte, se non si può negare che l'innesco della procedura con carattere derogatorio dipende da una **opzione discrezionale della polizia giudiziaria**, è anche vero che la procedura stessa presuppone un serrato controllo giudiziale. Non è l'arresto – scrive pressoché testualmente la Corte – a legittimare la successiva misura, ma è propriamente il provvedimento di **convalida dell'arresto medesimo**, cui sottende un controllo giudiziale di piena legittimità della restrizione iniziale (giova ripetere come, anche per la giurisprudenza costituzionale, il comma 5 dell'art. 391 cod. proc. pen. non è applicabile, quando l'arresto facoltativo non è convalidato).

La positiva verifica giudiziale circa la correttezza del provvedimento di polizia **differenzia in senso garantista** la disciplina delle fattispecie in esame da quella generale dell'udienza di convalida, nel cui ambito, di norma, il giudice può valutare positivamente una richiesta cautelare del pubblico ministero, evitando soluzioni di continuità nella restrizione, anche quando accerta l'illegittimità del provvedimento di arresto o di fermo.

Per altro verso ancora – è fin troppo ovvio – la convalida dell'arresto facoltativo è **presupposto necessario ma non sufficiente** per l'applicazione della disciplina derogatoria, poiché il giudice deve valutare la ricorrenza di tutti gli altri presupposti per il trattamento, muovendo dalla ricorrenza delle esigenze cautelari e individuando la meno rigorosa tra le misure utili a garantirne il soddisfacimento.

Insomma, l'esercizio dell'**ampia discrezionalità** che la Costituzione riconosce al legislatore nella conformazione degli istituti processuali non è stato segnato da scelte irragionevoli o contraddittorie: si è «ritenuto non impropriamente che possa essere esclusa la liberazione dell'arrestato ove specifiche esigenze cautelari impongano il mantenimento della restrizione della libertà personale, senza che a tale esito possano essere di impedimento soglie edittali più basse rispetto a quelle ordinarie, laddove i relativi delitti, come quelli tassativamente elencati dall'art. 381, comma 2, cod. proc. pen., siano dal legislatore apprezzati come di particolare allarme sociale».

Il riferimento alla **manifesta irragionevolezza** quale limite del sindacato sulle scelte legislative nella materia *de qua* è servito alla Corte anche per “fronteggiare” il rilievo – ancora una volta fondato – secondo cui esistono reati ad **arresto obbligatorio** per i quali il **trattamento cautelare in deroga** ai valori edittali minimi della pena **non può essere disposto**.

In pratica, si attribuisce al comma 2 dell'art. 381 cod. proc. pen. la connotazione di un **catalogo dei reati** per i quali il legislatore individua ragioni di particolare **allarme sociale**, tanto che in effetti, a differenza che nel primo comma della disposizione, il criterio essenziale di selezione è dato dal **nomen iuris**, e non dai valori della pena edittale. Ciò che ha condotto, per inciso, alla indicazione di reati per i quali l'arresto facoltativo in flagranza sarebbe consentito anche in forza del comma 1 della disposizione, a dimostrazione della **prevalenza dei connotati tipici del fatto** su un criterio generale ed indiscriminato di sola considerazione della previsione di pena. Una scelta di fondo – sembra dire la Corte – cui non può addebitarsi il vizio della manifesta irragionevolezza: tanto più che le numerose e complesse comparazioni proposte dal rimettente, per dimostrare l'asserita violazione degli artt. 3 e 13 Cost., si caratterizzano per l'eterogeneità delle fattispecie considerate, sia con riferimento alla struttura dei reati che al bene giuridico posto ad oggetto della tutela.

Dopo tutto questo, e per concludere, la Corte non ha disconosciuto che i **difetti di coordinamento** nella normativa, indotti dal carattere ripetuto e frazionato degli interventi di riforma, pur non dando vita ad una situazione di manifesta irragionevolezza, implicano una garanzia solo parziale del **raccordo tra misure precautelari** e possibilità di **prosecuzione del trattamento**, quando lo stesso appaia necessario: «sicché sarebbe auspicabile un **intervento del legislatore** volto a ricondurre il rapporto tra misure precautelari e misure cautelari coercitive all'originario coordinamento quanto ai presupposti per la loro adozione». L'allusione concerne in sostanza i delitti con basso valore edittale di pena per i quali l'arresto è consentito “solo” dal primo comma dell'art. 381 cod. proc. pen. La situazione richiederebbe – sembra di poter dire – una estensione delle deroghe denunciate, piuttosto che una loro eliminazione (o, in alternativa, una restrizione dei casi di arresto facoltativo in flagranza).