

La parabola della custodia cautelare in carcere 'obbligatoria per legge'

SOMMARIO: 1. L'insostenibile espansione del carcere cautelare *ope legis* – 2. L'insegnamento della Corte costituzionale – 2.1 (*Segue*): l'attacco alla presunzione assoluta nella 'roccaforte' dei reati di mafia – 3. Il 'risveglio' del legislatore – 4. Le attese tradite e gli scenari futuri

1. L'insostenibile espansione del carcere cautelare ope legis

Più volte interpolato dal legislatore, il comma 3° dell'art. 275, c.p.p. ha mutato ripetutamente contenuto ed ambito operativo.

Nelle versione primigenia, alimentata dall'*humus* dei principi di adeguatezza (comma 1°) e proporzionalità (comma 2°), era rigorosamente ispirato al criterio di stretta necessità ed escludeva automatismi applicativi, riservando al giudice la dosimetria della risposta cautelare¹.

La mutazione genetica², legata alle stagioni dell'emergenza, reale o presunta, ha consegnato, con riferimento a un catalogo fluttuante di reati, una duplice presunzione: relativa, quanto alla sussistenza delle esigenze cautelari, assoluta, quanto all'adeguatezza della sola misura carceraria.

¹ Negli stessi termini, L. CALÒ, *Nota* redazionale a Corte cost., 3 maggio 2010, n. 110, in «Foro it.», 2013, I, col. 1434.

² Dovuta, a più riprese, all'art. 5, comma 1°, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modif., nella l. 12 luglio 1991, n. 203; all'art. 1, comma 1°, d.l. 9 settembre 1991, n. 292, conv., con modif., nella l. 8 novembre 1991, n. 356; all'art. 5, comma 1°, l. 8 agosto 1995, n. 332; all'art. 2, comma 1°, lett. a) ed a-bis), d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., nella l. 23 aprile 2009, n. 38, che ha eliminato il richiamo all'art. 416-bis, c.p., rinvio al più esteso elenco di fattispecie contenuto nell'art. 51 commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. e menzionato i reati di cui agli artt. 575, 600-bis, comma 1°, 600-ter, escluso il comma 4°, 600-quinquies, 609-bis, 609-quater e 609-octies, c.p.

2. L'insegnamento della Corte costituzionale

A partire dal 2010, l'OGM normativo – con la sua propaggine *extra codicem*: l'art. 12, comma 4-*bis*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 – è stato ripetutamente manipolato dalla Corte costituzionale per accertato contrasto con gli artt. 3, 13, comma 1°, e 27, comma 2°, Cost.³, nella parte in cui – nel prevedere che, a fronte della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine a taluno dei delitti considerati, dovesse applicarsi la custodia cautelare in carcere, salvo che fossero acquisiti elementi denotativi della mancanza di esigenze cautelari – non faceva salva, altresì, l'ipotesi in cui fossero acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, idonei a dimostrare che le esigenze cautelari potevano essere soddisfatte con altre misure.

Lungo questa china, con riferimento a quasi tutti i reati attratti nell'orbita del regime derogatorio, la presunzione *iuris et de iure* di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere ha ceduto il testimone ad una presunzione *iuris tantum*: incostituzionale, tale presunzione, quando è riferita ai delitti di violenza sessuale di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1°, 609-*bis* e 609-*quater*, c.p.⁴; incostituzionale, quando è riferita al delitto di omicidio volontario⁵; incostituzionale, quando è riferita al delitto di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope⁶; incostituzionale, quando è riferita al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁷; incostituzionale, quando è riferita al delitto associativo finalizzato alla contraffazione di prodotti industriali e al loro commercio⁸; incostituzionale, quando è riferita ai delitti di 'contesto

³ Con l'art. 3, Cost., per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti considerati 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 presi in esame; con l'art. 13, comma 1°, Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari personali; con l'art. 27, comma 2°, Cost., in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.

⁴ Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, in «Giur. cost.», 2010, p. 3169.

⁵ Corte cost. 12 maggio 2011, n. 164, in «Giur. cost.», 2011, p. 2149, con nota di A. MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*

⁶ Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, in «Giur. cost.», 2011, p. 2950, con nota di A. MARANDOLA, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni Unite.*

⁷ Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 331, in «Giur. cost.», 2011, p. 4554, con nota di L. SCOMPARIN, *Anche per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere si trasforma da assoluta in relativa.*

⁸ Corte cost. 3 maggio 2012, n. 110, in «Giur. cost.», 2012, p. 1619.

mafioso⁹; incostituzionale, quando è riferita al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione¹⁰; incostituzionale, quando è riferita al delitto di violenza sessuale di gruppo¹¹; incostituzionale, da ultimo, quando è riferita al concorso esterno in associazione di tipo mafioso¹².

D'altronde, ciò che vulnera i parametri costituzionali di riferimento – secondo il pensiero della Corte – «non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minore sacrificio necessario”». Mentre la previsione «di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria» – idonea «a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario – non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo, in rapporto alle caratteristiche dei reati in questione, circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso»¹³.

La Corte, in termini più generali, aveva già chiarito come «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona», siano «arbitrarie e irrazionali» e, dunque, violino «il principio di eguaglianza», ove non rispondano «a dati di esperienza generalizzati», ossia «tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»¹⁴.

Questa chiave di lettura, traslata in ambito cautelare – sullo sfondo di una implicita consapevolezza del significato che assume il principio del ‘minore sacrificio necessario’¹⁵, che impegna il legislatore a strutturare il

⁹ Corte cost. 29 marzo 2013, n. 57, in «Giur. cost.», 2010, p. 863, con nota di R. ADORNO, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare “obbligatorio”: cade la presunzione assoluta anche per i reati di “contesto mafioso”*.

¹⁰ Corte cost. 18 luglio 2013, n. 213, in «Cass. pen.», 2013, p. 4325.

¹¹ Corte cost. 23 luglio 2013, n. 232, in «Dir. pen. e proc.», 2014, p. 430, con nota di F. VERGINE, *Art. 275, 3° comma, c.p.p.: una norma dall'utilizzo eccessivo*.

¹² Corte cost. 26 marzo 2015, n. 48, in <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPro-nuncia.do>> (ultimo accesso 22.02.2016).

¹³ Corte cost. 3 maggio 2012, n. 110, cit., *Considerato in diritto*, punto n. 7, nel solco tracciato da Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 331, cit.; Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, cit.; Corte cost. 12 maggio 2011, n. 164, cit., e Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, cit. Per una conclusione analoga, con riferimento alla fattispecie da essa esaminata, v. Corte cost. 16 aprile 2010, n. 139, in «Giur. cost.», 2010, p. 1643, con nota di P. SECHI, *Condannati presunti abbiani e patrocini a spese dello Stato*.

¹⁴ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. 16 aprile 2010, n. 139, cit., *Considerato in diritto*, punto n. 4.

¹⁵ Valore riaffermato, a livello europeo, da Corte eur. dir. uomo, 2 luglio 2009, *Vafiadis c. Grecia*; Corte eur. dir. uomo, 8 novembre 2007, *Lelievre c. Belgio*; nella giurisprudenza

sistema cautelare secondo il modello della ‘pluralità graduata’ e a predisporre criteri in grado di garantire scelte ‘individualizzanti’ dell’intervento *de libertate* –, ha sorretto, fin da subito, le declaratorie di incostituzionalità relative a figure criminose che abbracciano fatti «marcatamente eterogenei tra loro», rispetto ai quali sono riscontrabili, «in un numero non marginale di casi», esigenze cautelari adeguatamente fronteggiabili con misure meno afflittive di quella carceraria.

2.1 (Segue): *l’attacco alla presunzione assoluta nella ‘roccaforte’ dei reati di mafia*

Un salto di qualità, sul piano interpretativo, è stato compiuto dalla Corte quando si è dovuta nuovamente avventurare sul terreno minato dei reati di ‘ambito mafioso’, da sempre fagocitato nel nucleo del regime derogatorio contemplato dall’art. 275, comma 3°, c.p.p.¹⁶

I Giudici della Consulta avevano ben presente che, limitatamente ai delitti aggravati dalla finalità di agevolazione di associazioni mafiose, già in passato, il meccanismo presuntivo in esame era stato ritenuto compatibile con l’assetto costituzionale dei limiti all’esercizio del potere cautelare¹⁷.

In un lontano intervento del 1995, la Corte – per escludere, in relazione all’art. 3, Cost., l’irragionevolezza della disposizione codicistica impugnata, a fronte dei principi che governano il *quomodo* dell’intervento *de libertate*, e la dedotta assimilazione che ne sarebbe derivata, sul piano della risposta cautelare, di situazioni, in astratto e in concreto, diverse – puntò, rispettivamente, sul particolare «coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva», connaturato ai delitti di

costituzionale, tra le altre, da Corte cost. 22 luglio 2005, n. 299, in «Giur. cost.», 2005, p. 2917, *Considerato in diritto*, punto n. 7; nelle pronunce più recenti della Suprema Corte, da Cass. pen. 25 gennaio 2013, n. 6592, in «C.E.D. Cass.», n. 254578; Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2011, n. 16085, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2012, p. 1246, con nota di P. RIVELLO, *Un intervento delle Sezioni Unite concernente la revoca delle misure cautelari dovuta alla supposta violazione sopravvenuta del principio di proporzionalità*.

¹⁶ La presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, pur accedendo, di volta in volta, a fattispecie penali diverse per numero e qualità, sin dalla sua introduzione ha sempre coinvolto tanto il delitto di cui all’art. 416-*bis*, c.p., quanto «i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo»: talvolta in modo esclusivo (cfr. il testo introdotto dall’art. 5, comma 1°, l. n. 332 del 1995), talaltra unitamente a illeciti eterogenei; a volte, come nella formulazione iniziale, richiamandoli espressamente, altre volte, invece, come nella versione introdotta nel 2009, evocandoli mediante rinvio ad altra disposizione (l’art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.).

¹⁷ Cfr. Corte cost. ord. 24 ottobre 1995, n. 450, in «Giur. cost.», 1995, p. 3540.

criminalità organizzata di tipo mafioso, e sulla omogeneità delle fattispecie incriminatrici richiamate dall'art. 275, comma 3°, c.p.p., che trovavano il comune denominatore nel fatto di porre a rischio «beni primari individuali e collettivi».

Sotto questo secondo profilo, l'approccio al tema della custodia carceraria obbligatoria, imperniato sulla sfuggente categoria dei – non meglio precisati, in quanto diversi, e non necessariamente «primari» – «beni individuali e collettivi»¹⁸, obliterava la distinzione tra delitti 'di mafia' in senso stretto e delitti di 'contesto mafioso'¹⁹: impiegando uno schema concettuale che attribuiva a fatti, in sé considerati, di modesto disvalore l'offensività tipica di fatti-reato di estrema gravità, ritenuti emblematici dell'attività mafiosa²⁰.

A distanza di quindici anni e dopo un ipertrofico ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 275, comma 3°, c.p.p., nella giurisprudenza costituzionale, anche sulla scia di utili indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo²¹, è maturata l'idea che la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere può contare su una congrua 'base statistica', che la rende plausibile per la generalità dei casi concreti, solo ove riferita al delitto di associazione di stampo mafioso, in considerazione della struttura stessa della fattispecie e delle sue connotazioni criminologiche. Nel delitto *de quo* il vincolo associativo si traduce nell'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, gerarchicamente organizzato e caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, che esprime una forza di intimidazione, da cui conseguono condizioni peculiari di assoggettamento e di omertà, che fanno

¹⁸ Alla stessa Corte, d'altronde, non sarebbe sfuggito, qualche anno più tardi, che la natura e il rango dell'interesse tutelato dal reato rispetto al quale opera la presunzione in questione non sono idonei a fungere da elementi preclusivi ai fini della verifica della sussistenza e del grado delle esigenze cautelari: cfr. Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, cit., nonché, con specifico riferimento a ipotesi di delitto associativo, Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, cit., e Corte cost. 3 maggio 2012, n. 110, cit.

¹⁹ In argomento, v. G. LEO, *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/material/4-processo_penale/49-misure_cautelari_personali/>, 2013 (ultimo accesso 22.02.2016).

²⁰ In tal senso D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in «Cass. pen.», 1995, p. 2842.

²¹ V. Corte eur. dir. uomo, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, in «Cass. pen.», 2004, p. 3818, dell'avviso che la detenzione cautelare di persone accusate del reato di cui all'art. 416-bis, c.p. tende a recidere i legami esistenti tra le stesse e l'ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti simili.

ritenere, secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, le esigenze cautelari fronteggiabili esclusivamente con la custodia in carcere²².

A quest'idea si è riallacciata la sentenza n. 57 del 2013, cui va il merito di aver affinato, nel prisma della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere, l'analisi dei rapporti tra l'associazione di cui all'art. 416-*bis*, c.p. e i delitti di 'contesto mafioso'.

Raccogliendo le sollecitazioni dei giudici rimettenti – impiegate sull'esegesi dell'art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modif. nella l. 12 luglio 1991, n. 203, che configura come circostanze aggravanti le medesime fattispecie cui l'art. 5 dello stesso d.l. ha ricollegato la presunzione *de qua* – la Corte ha fatto leva sulla *ratio legis* della norma speciale, comunemente individuata nell'intento di colpire qualsiasi manifestazione dell'attività mafiosa, dalla partecipazione all'associazione, al favoreggiamento, fino al semplice impiego del metodo o all'isolata e minima finalità agevolativa²³, e sulla diffusa convinzione che entrambe le aggravanti siano applicabili a tutti coloro che, in concreto, ne realizzano gli estremi, tanto se partecipi di un sodalizio mafioso quanto se estranei ad esso.

Agli occhi della Corte, una fattispecie che, anche se collocata in un ambito mafioso, non presupponga necessariamente siffatta 'appartenenza' non assicura un fondamento giustificativo costituzionalmente valido alla presunzione assoluta di cui all'art. 275, comma 3°, c.p.p., risultando collegato alla sola condotta partecipativa il dato empirico, ripetutamente constatato, della inidoneità del processo, e delle stesse misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, a recidere il vincolo associativo e a far venir meno la connessa attività collaborativa.

La posizione dell'autore dei delitti commessi avvalendosi del metodo mafioso o al fine di agevolare le attività delle associazioni di tipo mafioso, delle quali egli non faccia parte, si è rivelata, così, non equiparabile a quella dell'associato, per la quale la presunzione insuperabile di adeguatezza della custodia carceraria pareva rispondere a dati di esperienza generalizzati.

Alla Corte non è sfuggito, poi, come lo schema presuntivo, già ritenuto privo di copertura costituzionale rispetto a singole fattispecie incriminatrici, risultasse ancor meno plausibile ove rapportato a «qualsiasi delitto, anche della più modesta entità»²⁴, purché realizzato con metodo mafioso o connotato dalla finalità di agevolazione mafiosa. In questa seconda evenienza, in cui il regime cautelare di rigore dipende da circostanze aggravanti riferibili

²² Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, cit.

²³ In proposito, v. Cass. pen., sez. un., 28 marzo 2001, n. 10, in «C.E.D. Cass.», n. 218377, in motivazione.

²⁴ Che rispetti, peraltro, il limite di pena *ex art.* 280, comma 2°, c.p.p.

ai più vari reati e, correlativamente, alle più diverse situazioni oggettive e soggettive, si eclissa la stessa possibilità di valutare *a priori* l'adeguatezza della sola custodia carceraria in ragione della tipologia di reato.

L'ampiezza del catalogo di reati base suscettibili di innescare la presunzione assoluta, da un lato, annacquava il criterio di proporzionalità di cui all'art. 275, comma 2°, c.p.p., sganciando la scelta della misura dalla gravità del fatto e dalla sanzione irrogata o irrogabile, dall'altro, segnalava la possibile diversità di 'significato' di ciascuno di essi sul versante dei *pericula libertatis*, certificando come nessuna *ratio* 'statistica', correlata alla struttura stessa della fattispecie, fosse ravvisabile a sostegno del regime cautelare presuntivo.

Dalla pronuncia del 2013 usciva confermato che la gravità astratta del reato, in quel caso ascrivibile al metodo adottato o alla finalità perseguita dall'agente, è destinata a incidere sul compasso sanzionatorio: pretendere, invece, di impiantarvi anche una presunzione invincibile di adeguatezza della coercizione intramuraria, in assenza di una valida generalizzazione legata alla struttura della fattispecie criminosa di riferimento, significa orientare lo statuto custodiale verso finalità 'metacautelari'²⁵.

Nello stesso tempo, la Corte si è soffermata sul collegamento istituito dal pacchetto-sicurezza del 2009 tra regime cautelare e regole di attribuzione delle indagini *ex art.* 51, comma 3-*bis*, c.p.p., ribadendo come lo stesso non fosse «idoneo, di per sé solo, a offrire legittimazione costituzionale» alla norma impugnata. Dette regole, in quanto «ispirate da ragioni di opportunità organizzativa degli uffici del pubblico ministero, anche in relazione alla tipicità e alla qualità delle tecniche di indagine richieste da taluni reati», rispondono ad una *ratio* sideralmente distante da quella sottesa all'art. 275, comma 3°, c.p.p., ragion per cui sarebbe stata esegeticamente scorretta ogni inferenza sul piano delle esigenze cautelari, tanto più se finalizzata ad omologare quelle relative a tutti i procedimenti contemplati dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.²⁶

Potrebbe aggiungersi – prendendo in prestito le parole di un precedente intervento della Consulta – che l'eterogeneità delle fattispecie criminose elencate nella norma evidenziava, *prima facie*, come «il relativo criterio di selezione» non consistesse «affatto in una particolare "qualità" del *periculum libertatis*»²⁷.

Con la successiva sentenza n. 48 del 2015, la Corte, muovendosi sempre nel 'giardino proibito' dei reati di mafia, ha precisato come il carcere

²⁵ Così, già, Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, cit.; in proposito, v. anche T. RAFARACI, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, in «Giur. cost.», 2011, p. 3725.

²⁶ Considerazioni risalenti a Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, cit., e Corte cost. 3 maggio 2012, n. 110, cit.

²⁷ Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, cit.

cautelare obbligatorio per legge dovesse ritenersi incostituzionale anche rispetto al concorrente esterno nel delitto associativo.

Come è noto, e pur con tutte le perplessità che circondano la figura del concorrente esterno in associazione mafiosa, «assume la qualità di concorrente [...] la persona che, priva dell'*affectio societatis* e non essendo inserita nella struttura associativa [...], fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, a carattere indifferentemente occasionale o continuativo, dotato di effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione»²⁸.

Dunque, concorre «colui che non vuole far parte della associazione e che l'associazione non chiama a "far parte", ma al quale si rivolge sia per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto, nel momento in cui la "fisiologia" del sodalizio entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno». La 'patologia' – è stato ulteriormente precisato – «può esigere anche un solo contributo»: ciò che conta è «che quell'unico contributo serva per consentire alla associazione di mantenersi in vita, anche solo in un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi»²⁹.

D'altronde, «se il soggetto che delinque con "metodo mafioso" o per agevolare l'attività di una associazione mafiosa (ipotesi considerata dalla sentenza n. 57 del 2013) può, a seconda dei casi, appartenere o meno all'associazione stessa, il concorrente esterno è, per definizione, un soggetto che non fa parte del sodalizio». Nei confronti di quest'ultimo non è, quindi, in nessun caso ravvisabile quel vincolo di «adesione permanente» al sodalizio mafioso che – secondo la giurisprudenza della Corte – è in grado di legittimare, sul piano «empirico-sociologico», il ricorso in via esclusiva alla misura carceraria, quale unico strumento idoneo a recidere i rapporti dell'indiziato con l'ambiente delinquenziale di appartenenza e a neutralizzarne la pericolosità.

La circostanza che il concorrente esterno, analogamente al partecipante all'associazione, apporta comunque un contributo causale al raggiungimento dei fini del sodalizio – con la conseguenza che la sua condotta risulterebbe

²⁸ Cass. pen., sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, in «Foro it.», 2003, II, col. 453, con note redazionali di G. FIANDACA e G. DI CHIARA; sulla stessa linea, precisando che il contributo del concorrente, oltre che occasionale, può essere fungibile, Cass. pen. 22 dicembre 2000, n. 6929, in «Foro it.», 2001, II, col. 404, con nota redazionale di C. VISCONTI; Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, in «Foro it.», 2006, II, col. 80, con note redazionali di C. VISCONTI e L. PARLATO; nonché, Cass. pen. 9 marzo 2012, n. 15727, in «Foro it.», 2012, II, col. 333, con nota di G. SILVESTRI, *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso*.

²⁹ Cass. pen., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, in «Foro it.», 1995, II, col. 422; analogamente, Cass. pen. 11 giugno 2008, n. 35051, in «C.E.D. Cass.», n. 241813.

pienamente espressiva del disvalore del delitto di cui all'art. 416-*bis*, c.p., concretandosi anzi, talora, in apporti di maggior rilievo rispetto a quelli dell'*intraheus* – incide sulla gravità dell'illecito commesso, che deve essere apprezzata in sede di determinazione della pena, all'esito della formulazione di un giudizio definitivo di colpevolezza, ma non è di per sé idonea a fondare una presunzione insuperabile di adeguatezza della custodia carceraria, in grado di reggere allo spoglio 'statistico' di ragionevolezza.

Per la Consulta, del resto, è risultato significativo che la necessità di differenziare nettamente la posizione del concorrente esterno da quella del partecipante all'associazione fosse stata riconosciuta nella giurisprudenza di legittimità, con riferimento all'identificazione degli elementi che consentono di vincere la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari, posta dallo stesso art. 275, comma 3°, c.p.p. Mentre, nel caso dell'associato, detta presunzione cede solo di fronte alla dimostrazione della rescissione definitiva del vincolo di appartenenza al sodalizio, nel caso del concorrente esterno, che non ha alcun vincolo da rescindere, stante la sua estraneità all'organizzazione, il parametro per superare la presunzione è diverso e meno severo, rimanendo legato alla prognosi di non reiterabilità del contributo alla consorteria³⁰.

Al cospetto della pluriennale opera demolitrice della Corte costituzionale – che con ripetuti colpi di scalpello aveva asportato pezzo dopo pezzo quanto di meno costituzionalmente sostenibile si era via via sedimentato³¹ sulla norma – erano divenute ormai intollerabili le distorsioni applicative che il colpevole silenzio del legislatore generava.

Favoriva 'fughe in avanti' di alcuni giudici *de libertate*, indotti a forzare l'univoco dato letterale dell'art. 275, comma 3°, c.p.p. per ovviare alla sua palese incostituzionalità³²; anche quando spingeva altri giudici, fedeli al dettato della norma, ma consapevoli della sua illegittimità in relazione alle residue ipotesi incriminatrici, a proporre nuovi incidenti di costituzionalità,

³⁰ V., *ex plurimis*, Cass. pen. 29 gennaio 2014, n. 9748, in «C.E.D. Cass.», n. 258809; Cass. pen. 27 giugno 2013, n. 32412, in «Cass. pen.», 2014, p. 1594, con nota di A. PANETTA, *Ancora sul concorso esterno in associazione di tipo mafioso e presunzione di pericolosità sociale prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p.*; Cass. pen. 8 luglio 2011, n. 27685, in «Rep. Foro. it.», 2012, voce *Misure cautelari personali*, n. 133; sulla stessa linea, dopo l'intervento della Corte costituzionale, Cass. pen. 17 giugno 2015, n. 32004, in «C.E.D. Cass.», n. 264209; Cass. pen. 22 luglio 2015, n. 38119, in «Rep. Foro. it.», 2015, voce *Misure cautelari personali*, n. 57.

³¹ L'espressione è di G. GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in «Giur. cost.», 2012, p. 4903.

³² Cfr., emblematicamente, Cass. pen. 20 gennaio 2012, n. 4377, in «C.E.D. Cass.», n. 251793. Per una serrata critica a quest'atteggiamento giurisprudenziale, v. GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio"*, cit., pp. 4899 ss.

protraeva indebitamente la custodia carceraria di persone che senza gli automatismi ancora imposti dalla legge avrebbero potuto beneficiare di misure meno restrittive della libertà personale; forniva un colpevole avallo a quei giudici che, correttamente, ritenevano insuperabile il testo dell'art. 275, c.p.p. ma, nello stesso tempo, ne affermavano ottusamente la compatibilità costituzionale.

3. Il 'risveglio' del legislatore

Preso atto dell'incessante 'disboscamento' operato dalla Corte costituzionale, la l. 16 aprile 2015, n. 47³³ ha finalmente riformulato il comma 3° dell'art. 275, circoscrivendo l'area del carcere cautelare obbligatorio alle fattispecie associative di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis*, c.p.³⁴

I reati in questione, invero, presuppongono la permanente adesione ad un sodalizio criminoso fortemente radicato nel territorio, gerarchicamente organizzato e caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, nonché, talvolta, da una specifica matrice ideologica (cfr. artt. 270, 270-*bis*, c.p.), che esprime una forza di intimidazione, da cui conseguono condizioni affatto speciali di assoggettamento e di omertà, alla luce delle quali è arduo prevedere che misure meno afflittive della custodia carceraria possano arginare la spinta criminale del soggetto³⁵.

La novella ha, peraltro, conservato, rispetto ad una serie eterogena di fattispecie criminose di particolare gravità³⁶, la duplice presunzione *iuris*

³³ Per un primo commento, v. E. TURCO, *La riforma delle misure cautelari*, in «Proc. pen. e giust.», 2015, n. 5, pp. 106-125.

³⁴ Sul punto cfr. V. PAZIENZA, G. FIDELBO, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, Rel. n. III/03/2015, p. 13, secondo i quali si tratta di una 'scelta di campo' estremamente significativa, dal momento che nei commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51, c.p.p. figurano ancora numerosi delitti, anche associativi, il cui regime cautelare non era stato colpito da declaratorie di illegittimità costituzionale.

³⁵ Così P. BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in «Dir. pen. cont.», 2015, p. 12. Prima della novella del 2015, V. MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in «Dir. pen. e proc.», 2014, p. 466, aveva sostenuto che, oltre all'associazione ex art. 270-*bis*, c.p., anche i delitti di arruolamento e addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (artt. 270-*quater* e 270-*quinquies*, c.p.) avrebbero potuto superare lo scrutinio di costituzionalità correlato alla presunzione assoluta di adeguatezza, dal momento che «alla rete terroristica (e quindi non solo alla 'associazione') è in genere sotteso (non solo un gruppo strutturato ed organizzato, bensì pure) una connessione anche transnazionale fatta di legami umbratili e omertosi, che si avvale di canali di comunicazione difficili da scoprire e penetrare».

³⁶ Si tratta dei delitti contemplati dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., al netto delle

tantum coniata dalla Corte: è disposta la custodia cautelare in carcere «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»³⁷.

4. Le attese tradite e gli scenari futuri

Resta da chiedersi se il legislatore, ancora una volta, non abbia deluso le aspettative.

Puntando la lente sull'art. 416-*bis*, c.p., non si può negare che, al di là del dato comune a tutte le forme di appartenenza – l'essere permanentemente a disposizione dell'organizzazione criminale per realizzarne i fini illeciti³⁸ –, le diverse fattispecie di reato contemplate dalla norma – promozione, direzione, organizzazione, partecipazione – identificano non solo ruoli diversi all'interno del sodalizio, ma anche un differente modo di atteggiarsi dei *pericula libertatis*. Se, nella generalità dei casi, una misura cautelare diversa dalla custodia carceraria sarà inidonea a sterilizzare la pericolosità di chi ricopra un ruolo direttivo nell'associazione, altrettanto non può dirsi rispetto al soggetto che svolga un'attività di 'apprendistato', in attesa della formale affiliazione³⁹. Va poi considerata l'indeterminatezza

fattispecie associative assoggettate al più rigoroso regime presuntivo, e di quelli previsti dagli artt. 575, 600-*bis*, comma 1°, 600-*ter*, escluso il comma 4°, 600-*quinqüies* e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti ivi contemplate, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies*, c.p.

³⁷ Con specifico riferimento ai 'reati di mafia', il predetto regime cautelare risulta oggi applicabile non solo alla fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa (fatta salva l'eventuale necessità di sollecitare un nuovo intervento della Corte costituzionale alla luce del riformulato testo normativo) e ai reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis*, c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività del sodalizio mafioso (previsti dal comma 3-*bis* dell'art. 51, c.p.p.), ma anche all'ulteriore delitto di scambio elettorale politico mafioso di cui all'art. 416-*ter*, c.p., inserito dall'art. 2 l. 23 febbraio 2015, n. 19 nell'elenco del comma 3-*bis*: a tale delitto, la presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere è risultata, quindi, applicabile solo nel breve periodo intercorso tra i due interventi legislativi del 2015. In termini critici sulle ricadute cautelari dell'innesto normativo, si era espresso, prima della l. n. 47 del 2015, G. LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-processo_penale/49-misure_cautelari_personalii/>, 2015 (ultimo accesso 22.02.2016).

³⁸ Cass. pen. 7 giugno 2011, n. 26331, in «C.E.D. Cass.», n. 250670; negli stessi termini, Cass. pen. 15 marzo 2012, n. 25311, *ivi*, n. 253070.

³⁹ Cui pure è riferibile la qualifica di 'partecipe': cfr. Cass. pen. 18 febbraio 2010, n. 9091, in «C.E.D. Cass.», n. 246493.

linguistica della locuzione «fa[re] parte di una associazione di tipo mafioso»: nel delimitarne il ‘campo semantico’, la giurisprudenza vi ha ricondotto un’ampia gamma di ‘sottofattispecie reali’. A titolo meramente esemplificativo, «fa parte» dell’associazione chi interviene attivamente ad una cerimonia di affiliazione⁴⁰; chi manifesta la propria disponibilità ad agire quale «uomo d’onore»⁴¹; chi assume un ruolo stabile di collegamento con ambienti istituzionali, politici ed imprenditoriali, in vista del crescente rafforzamento del sodalizio mediante la ramificazione delle sue relazioni con la società civile⁴²; chi aderisce, *ab origine*, per un periodo limitato di tempo e per una finalità anche personale, rispetto alla quale il vincolo associativo può assumere una funzione meramente strumentale⁴³; l’imprenditore che instaura con essa un rapporto sinallagmatico⁴⁴; colui che mette a disposizione la propria abitazione per l’occultamento delle armi della «cosca», sia pure in ragione dei vincoli familiari che lo legano agli altri affiliati piuttosto che con l’intenzione di rendersi partecipe del sodalizio criminoso⁴⁵; il soggetto che assume il ruolo, già ricordato, di ‘avvicinato’, e cioè che, pur non condividendo ancora il patrimonio di conoscenze dell’organizzazione e non avendo potere deliberativo, si sia messo a disposizione dell’associazione mafiosa, in vista della successiva affiliazione⁴⁶.

Può veramente sostenersi che rispetto a queste e ad altre forme di partecipazione sia sempre illusorio supporre che misure meno severe della custodia in carcere possano adeguatamente fronteggiare le esigenze cautelari? E che, dunque, la presunzione assoluta di cui all’art. 275, comma 3°, c.p.p. superi costantemente il vaglio statistico che le conferisce ragionevolezza sotto il profilo costituzionale, risultando meramente teorica la possibilità di formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione che la sorregge?

Non va dimenticato, poi, che, stando all’attuale comma 3° dell’art. 275, c.p.p., la misura cautelare estrema sarebbe obbligatoria, ove dovessero residuare limitate esigenze cautelari da neutralizzare, anche nei confronti

⁴⁰ Cass. pen. 25 settembre 2012, n. 43061, in «C.E.D. Cass.», n. 253624.

⁴¹ Cass. pen. 3 maggio 2012, n. 23687, in «C.E.D. Cass.», n. 253222.

⁴² Cass. pen. 20 aprile 2012, n. 18797, in «Riv. pen.», 2012, p. 977.

⁴³ Cass. pen. 24 marzo 2011, n. 16606, in «C.E.D. Cass.», n. 250316; Cass. pen. 18 marzo 2011, n. 31845, *ivi*, n. 250771.

⁴⁴ Cass. pen. 1 ottobre 2008, n. 39042, in «C.E.D. Cass.», n. 242318; sulla stessa linea, Cass. pen. 30 giugno 2010, n. 30534, in «Riv. pen.», 2010, p. 1111; Trib. Milano 11 giugno 2010, S., in «Corriere merito», 2011, p. 67, con nota di A. CORVI, *Delitti contro l’ordine pubblico: a proposito di mafia e imprenditoria nel nord Italia*.

⁴⁵ Cass. pen. 4 marzo 2010, n. 17206, in «C.E.D. Cass.», n. 247050.

⁴⁶ Cass. pen. 18 febbraio 2010, n. 9091, cit.

dell'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa che collabori con la giustizia⁴⁷, dissociandosi dal sodalizio criminale⁴⁸.

Considerazioni analoghe potrebbero valere rispetto all'indiziato di appartenere ad associazioni sovversive e ad associazioni aventi finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico.

Forse, per il legislatore è finalmente arrivato il momento di interrogarsi senza infingimenti sulla plausibilità costituzionale di un regime presuntivo assoluto all'interno di un sistema cautelare ispirato ai principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità⁴⁹.

Tanto più che, dopo l'autorevole avallo delle Sezioni unite⁵⁰, costituisce oramai 'diritto vivente' l'interpretazione che disloca l'operatività della presunzione assoluta non solo nella fase genetica del trattamento coercitivo, ma anche nelle vicende successive che attengono alla permanenza delle esigenze cautelari. Derivandone, da ciò, l'irrelevanza, quale fattore di dissuasione, finanche della «sperimentazione in concreto, magari per un lungo periodo di tempo, della massima restrizione di libertà»⁵¹.

Ogni presunzione *iuris et de iure*, soprattutto in materia cautelare, in tanto è tollerabile in quanto possa contare su una 'legge di copertura'

⁴⁷ Il quale potrà, eventualmente, beneficiare della circostanza attenuante prevista dall'art. 8, l. n. 203 del 1991.

⁴⁸ Al riguardo, è utile ricordare che per la Suprema Corte la presunzione relativa di pericolosità sociale può dirsi superata solo ove risulti 'impossibile' ogni ulteriore contributo del soggetto all'organizzazione per conto della quale ha operato: cfr. Cass. pen. 14 novembre 2008, n. 46060, in «C.E.D. Cass.», n. 242041. Sul punto, v. *retro*, nota 30.

⁴⁹ Per un analogo auspicio, cfr. L. SCOMPANIN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, in «Giur. cost.», 2011, p. 3739. Quanto alle ulteriori ipotesi di custodia carceraria obbligatoria previste dagli artt. 276, comma 1-ter, e 284, comma 5-bis, c.p.p. e agli interventi della Consulta che ne hanno riconosciuto la legittimità costituzionale (rispettivamente, Corte cost. 6 marzo 2002, n. 40, in «Giur. cost.», 2002, p. 550, e Corte cost. 16 aprile 2003, n. 130, *ivi*, 2003, p. 977), v. MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, cit., p. 2166.

⁵⁰ Cfr. Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2012, n. 34474, in «Arch. nuova proc. pen.», 2012, p. 619; Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2012, n. 34473, in «Giust. pen.», 2012, III, col. 577, con nota di R. NUZZO, *Nuovi timidi indirizzi in materia di misure cautelari*; per un'analisi della problematica, v. L. CESARIS, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare ex art. 275, 3° comma, c.p.p. (presunzione che vale sia nel momento iniziale del trattamento cautelare che durante l'intera fase applicativa)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-processo_penale/49-misure_cautelari_personali/>, 2012 (ultimo accesso 22.02.2016).

⁵¹ Testualmente, LEO, *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso*, cit.

di tipo non probabilistico⁵². Tuttavia, come si è detto, il regime custodiale obbligatorio, anche rispetto ai reati di mafia – e lo stesso potrebbe dirsi con riferimento ai delitti di cui agli artt. 270 e 270-*bis*, c.p. –, fa perno su una massima di esperienza pronta a sfaldarsi nell’impatto con gli accadimenti reali.

Un «automatismo legale», collegato alla tipologia del reato contestato, «che impone di entrare in carcere a chi non dovrebbe entrarci e vieta di uscirne a chi potrebbe uscirne»⁵³ è la spia di un sistema che si fida così poco dei suoi giudici⁵⁴ da negar loro anche quel limitato spazio di discrezionalità valutativa che deriverebbe dalla più ragionevole previsione di una presunzione relativa.

Abstract

La presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere, anche dopo il restyling dell’art. 275, comma 3°, c.p.p. operato della l. n. 47 del 2015, che ne ha circoscritto l’ambito applicativo ai reati associativi di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis*, c.p., appare in difficoltà di senso. Se, per un verso, non tutte le ‘forme’ di partecipazione ai sodalizi in questione sembrano connotate da un tasso di pericolosità neutralizzabile con la sola misura carceraria, tanto da far ritenere che il regime presuntivo assoluto si incentri su una massima di esperienza pronta a sfaldarsi nell’impatto con gli accadimenti reali, per altro verso, più in generale, l’idea di un automatismo legale, collegato alla tipologia del reato contestato, che impone di entrare in carcere a chi non dovrebbe entrarci e vieta di uscirne a chi potrebbe uscirne, dovrebbe essere bandita in un sistema cautelare ispirato ai principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità.

⁵² Come osserva P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in «Dir. pen. e proc.», 2010, p. 956, la categoria delle presunzioni assolute, costruite su «massime di esperienza non falsificabili», «appare estremamente delicata dal punto di vista della teoria della conoscenza, giacché è difficile in generale escludere *a priori* qualsivoglia possibilità di smentita. Alla debolezza del fondamento conoscitivo sopperisce, probabilmente, la necessità» – aggiungerei, eminentemente pratica – «di soddisfare l’urgenza “cautelare” che connota le ipotesi criminose» contemplate dall’art. 275, comma 3°, c.p.p.

⁵³ Cfr. GIOSTRA, *Carcere cautelare “obbligatorio”*, cit., p. 4907.

⁵⁴ Per questa considerazione, v. G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-processo_penale/49-misure_cautelari_personali/>, 2011, p. 2 (ultimo accesso 22.02.2016).