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)

Corte cost., 29 marzo 2013, n. 57

[Guglielmo Leo]

1. È caduto, con una decisione non imprevedibile ma niente affatto scontata, un altro «pezzo» dell'ormai famigerata disciplina della carcerazione «obbligatoria», di cui al terzo comma dell'art. 275 c.p.p. Un altro caso, dunque, nel quale la presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere si è rivelata priva di un'adeguata giustificazione razionale.

Non si trattava, come accennato, di un caso «facile», nonostante l'ormai lunga serie di pronunce manipolatorie con le quali la Corte, in relazione ogni volta ad una delle singole fattispecie comprese nella previsione processuale, ha trasformato il divieto assoluto di misure alternative alla carcerazione in una presunzione relativa di loro inadeguatezza, tale da consentirne l'applicazione nei casi concreti segnati da una ridotta pericolosità dell'interessato[1]. Questa volta, infatti, si discuteva di reati di «contesto mafioso» (infra), e dunque di una materia particolarmente sensibile, non solo per la rilevanza del relativo fenomeno criminale nel nostro Paese: si ricorderà, in particolare, come l'applicazione obbligatoria della custodia in carcere, su questo terreno, avesse già trovato giustificazione, in termini di compatibilità coi precetti costituzionali e con le norme di tutela dei diritti dell'uomo, sia nella giurisprudenza della Consulta[2], sia in quella della Corte edu[3].

Nondimeno, e per quanto ovviamente edotti dei precedenti, i giudici rimettenti hanno opportunamente censurato la prescrizione obbligatoria della custodia in carcere sia riguardo ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis del codice penale, sia riguardo ai delitti commessi al fine di agevolare le attività delle citate associazioni di tipo mafioso.

È significativo, per più ragioni, che due delle tre ordinanze di rimessione fossero state deliberate dalle Sezioni unite penali della Corte di cassazione[4]. L'autorevolezza del giudice rimettente era ed è, ovviamente, un segnale della serietà della questione sollevata. Ma va posto in rilievo, soprattutto, come la Corte suprema abbia promosso gli incidenti di legittimità proprio con i provvedimenti mediante i quali - a scioglimento di un prolungato contrasto circa la pertinenza dell'obbligo di carcerazione alla sola fase genetica del trattamento cautelare, o piuttosto all'intera durata del medesimo - ha stabilito che le misure alternative devono considerarsi inapplicabili lungo l'intero corso della cautela. Una soluzione tale da rendere particolarmente precaria la logica presuntiva sottesa alla norma censurata, estesa fino a considerare irrilevante, quale fattore di dissuasione, finanche la sperimentazione in concreto, magari per un lungo periodo di tempo, della massima restrizione di libertà.

2. C'è da dire, pur fermando l'analisi alla legislazione recente, che i reati di "contesto mafioso" sono sempre stati al centro delle norme di deroga al principio del minimo sacrificio necessario della libertà personale, e dunque alla "libertà" di scelta del giudice circa la meno gravosa tra le cautele utili ad assicurare le esigenze cautelari poste dal caso concreto. Tale principio, che segnava com'è noto la versione originaria dell'art. 275 c.p.p., è stato poi variamente limitato a partire dal 1991, con un tipico andamento a fisarmonica, e tuttavia ponendo la criminalità mafiosa, o di contiguità alla mafia, sempre al centro della disciplina derogatoria.

Attualmente l'area dei fenomeni di «contesto mafioso» (in sé diversa da quella della «criminalità organizzata») è delimitata da varie norme, ed a vari fini. Nel corpo dell'art. 275 c.p.p. non v'è una previsione autonoma, e lo scopo di imporre la custodia in carcere è ottenuto rinviando, tra l'altro, ai delitti di cui al comma 3-bis dell'art. 51 dello stesso codice di rito. Tale norma poi riproduce, invece che richiamare, la perimetrazione operata a fini sostanziali dall'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203).

Dunque, quando un delitto (non punibile con l'ergastolo) è commesso «avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale» o «al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo», si producono diverse conseguenze, sia sostanziali che processuali. Per il primo versante, in forza del citato art. 7, v'è un aumento di pena da un terzo alla metà. Sul secondo versante, si determina anzitutto la competenza

della Procura distrettuale (estesa ovviamente anche ai fatti punibili con la pena perpetua), stante appunto il disposto del comma 3-bis dell'art. 51 c.p.p. In forza poi del richiamo a tale ultima norma, si determina(va) la necessità di applicazione esclusiva della custodia in ambito carcerario.

Naturalmente il trattamento processuale indicato si applica anche al delitto associativo in senso proprio, in forza della citazione «aggiuntiva» dell'art. 416-bis c.p. che compare tanto nel comma 3-bis dell'art. 51, tanto nel comma 3 dell'art. 275 c.p.p.

Conviene subito aggiungere come la giurisprudenza abbia stabilito, dopo alcune oscillazioni, che, per gli appartenenti ad una organizzazione di tipo mafioso, si determinano anche gli effetti sostanziali della pertinenza al particolare contesto in considerazione. In altre parole, l'aggravante dell'art. 7 del decreto-legge n. 152 del 1991 si applica anche ai fatti commessi da aderenti all'organizzazione criminale[5]. Soprattutto, non è mai stato dubbio che un fatto commesso «avvalendosi delle condizioni» di cui all'art. 416-bis c.p., oppure al fine di favorire l'organizzazione mafiosa, possa essere commesso anche da un soggetto non responsabile del reato associativo, producendo nondimeno i suoi effetti sostanziali (aggravamento di pena) ed i suoi effetti processuali (competenza distrettuale e, soprattutto, custodia in carcere obbligatoria)[6].

Ecco perché ha senso parlare di trattamento della criminalità di «contesto mafioso» (o espressioni equivalenti), e non solo di criminalità mafiosa. Ha senso, se si preferisce, porre in evidenza che il «contesto mafioso» non comprende solo il reato associativo ed i reati commessi dagli associati. La legge intende colpire anche fenomeni di contiguità alle organizzazioni criminali.

Ciò posto, dopo la sentenza qui in commento, la differenza tra delitti «della mafia» e delitti «di contesto» è destinata a recuperare una parte almeno della sua importanza.

3. Non sempre, in effetti, la distinzione è stata netta nei precedenti approcci al tema della custodia obbligatoria, tanto che l'odierna pronuncia sembra rappresentare, quanto meno, un

momento di indispensabile affinamento dell'analisi circa i limiti della «legge di copertura» che può reggere una presunzione insuperabile di pericolosità.

Per la verità la Corte edu, nella già citata sentenza Pantano v. Italia del 2003, si era propriamente occupata della carcerazione concernente il delitto di associazione mafiosa, e rispetto a tale delitto aveva valorizzato la necessità di recidere i legami esistenti tra i componenti dell'organizzazione ed il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio d'una prosecuzione del rapporto associativo nonostante il trattamento cautelare. Ciò sulla base delle peculiarità del fenomeno mafioso, ove, tra l'altro, la rottura del vincolo è questione in larga parte sottratta alla libera determinazione degli associati.

Il problema era rappresentato, semmai, dalla ordinanza della stessa Corte costituzionale n. 450 del 1995, pure già citata, che aveva avuto ad oggetto proprio la previsione dell'art. 7 del decreto-legge n. 152 del 1991, ed in particolare la fattispecie segnata dalla finalità di agevolazione dell'attività di una associazione mafiosa.

Pur dando forse per scontato che la previsione potesse essere applicata anche nei confronti di persone non appartenenti all'associazione criminale[7], la Corte si era limitata a valutazioni di segno assai generale. La presunzione assoluta di (allora) recente introduzione era stata riservata dal legislatore «all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso», cioè di «un'area di reati che, per comune sentire, pone a rischio [...] beni primari individuali e collettivi». E questo era bastato a respingere, tra le altre, le censure fondate sull'art. 3 della Costituzione.

Ad ogni modo, quando la Consulta ha inaugurato una nuova stagione di controllo sulla razionalità delle scelte compiute dal legislatore in tema di custodia obbligatoria, la sua giurisprudenza si è caratterizzata per due aspetti essenziali. L'art. 275 c.p.p. è stato di volta in volta dichiarato parzialmente illegittimo, rispetto ad un determinato reato o gruppo di reati, marcandone la differenza dai fatti di criminalità mafiosa. E questi ultimi, per altro verso, sono stati sostanzialmente identificati con l'appartenenza ad una organizzazione criminale.

Ciò è avvenuto fin dalla già citata sentenza n. 265 del 2010[8], ed è stato ribadito nelle pronunce successive[9], soprattutto quelle che pure avevano avuto ad oggetto reati di natura associativa, privi però di connotazione mafiosa[10].

Per questa ragione l'odierna pronuncia - se non può dirsi completamente in linea con tutti i precedenti di analogo oggetto (il suo dispositivo, pur senza menzionare l'art. 7 del decreto-legge n. 152 del 1991, attiene alla stessa fattispecie finalistica ed alla stessa norma cui si era riferito il dispositivo di manifesta infondatezza dell'ordinanza n. 450 del 1995) - bene si colloca nella scia delle più recenti deliberazioni a proposito dell'applicazione obbligatoria della custodia in carcere.

Ed è forse dovuta anche alla preoccupazione di rimarcare tale continuità che la motivazione della sentenza si svolge secondo una sorta di visione parallela: irragionevole la presunzione riferibile ai reati «di contesto mafioso», ma ragionevole la stessa presunzione, nel contempo, ove riferita al fatto di appartenenza associativa.

4. Nel suo esordio, la sentenza ricorda il parametro cui devono ancorarsi le presunzioni assolute che il legislatore introduce al fine di limitare la discrezionalità giudiziale riguardo a provvedimenti che incidono su diritti fondamentali della persona. Il nuovo corso, notoriamente, si è aperto con la sentenza n. 139 del 2010, relativa alle preclusioni di accesso al patrocinio a spese dell'Erario: « 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, è stato posto in rilievo che l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa». Come più volte è stato notato, occorre che la correlazione tra la fattispecie delineata dalla norma presuntiva e la caratteristica che ne giustifica razionalmente il trattamento si presenti con frequenza elevatissima nei casi concreti, ché altrimenti la norma considerata pone le premesse per un sistematico trattamento indifferenziato di situazioni eterogenee.

Applicata alla presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere, che sorregge razionalmente il divieto di adozione di misure alternative, questa logica ha portato a ripetute dichiarazioni di illegittimità parziale, anche con riguardo a reati molto gravi, ed anche in relazione a fattispecie associative. In tutte le relative sentenze si è dimostrato, infatti, come fosse «agevole» immaginare fattispecie concrete riconducibili alle astratte

previsioni incriminatrici, e però irriducibili ad un giudizio di inadeguatezza degli arresti domiciliari o di misure ancor meno cogenti (specie in casi di sperimentazione iniziale, e fortemente dissuasiva, della cautela carceraria).

È appena il caso di ricordare - sebbene la stessa logica segni anche l'odierna sentenza - che la Corte non ha mai negato il diritto del legislatore di ricorrere a strumenti di semplificazione dell'accertamento, e dunque di porre presunzioni anche in materia di pericolosità e di adeguatezza dei relativi mezzi di contenimento. Dunque il terzo comma dell'art. 275 c.p.p. (o, in un caso, la norma ad esso equivalente) non è mai stato dichiarato illegittimo in sé, ma nella misura in cui non ammette la prova contraria alla presunzione posta dal legislatore. Ed anche questa volta, infatti, la dichiarazione di illegittimità ha colto la norma nella parte in cui «non fa salva [...]l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

5. Ma veniamo finalmente all'analisi della presunzione come applicata ai reati di «contesto mafioso».

Immediatamente (cioè a far luogo dal punto 6 del Considerato) la Corte pone in rilievo come la disciplina censurata produca i suoi effetti anche con riferimento ai reati non commessi da appartenenti all'associazione mafiosa (supra). E subito si nota come, in casi del genere, non sia integrata «la congrua "base statistica" della presunzione», e dunque non sia assicurata «alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere un fondamento giustificativo costituzionalmente valido». In effetti, si ribadisce, i reati dell'extraneus, pur riferibili al contesto mafioso, «non sono necessariamente equiparabili, ai fini della presunzione in questione, alla partecipazione all'associazione, ed è a questa partecipazione che è collegato il dato empirico, ripetutamente constatato, della inidoneità del processo, e delle stesse misure cautelari, a recidere il vincolo associativo e a far venir meno la connessa attività collaborativa, sicché, una volta riconosciuta la perdurante pericolosità dell'indagato o dell'imputato del delitto previsto dall'art. 416-bis cod. pen., è legittimo presumere che solo la custodia in carcere sia idonea a contrastarla efficacemente».

Il concetto è ripetuto più volte nel prosieguo della motivazione, anche nel contesto di argomenti che potrebbero prescindere. Giustamente, ad esempio, la Corte mette in luce la differenza tra la previsione sottoposta al suo giudizio e le precedenti, che riguardavano singoli reati o gruppi di reati. Nella specie, invece, il meccanismo operava riguardo a qualsiasi delitto - a prescindere dall'obiettività giuridica, dalla struttura della condotta, dall'intensità del dolo - con il solo limite della pena edittale pari o superiore a quattro anni di reclusione, stante la regola generale posta al comma 2 dell'art. 280 c.p.p. Certo, un reato commesso in contesto mafioso è più grave di un fatto corrispondente che non lo sia, ed infatti la pena è aumentata. Ma la Corte aveva già chiarito, ad esempio in occasione della sentenza concernente l'omicidio volontario, come la gravità del fatto non sia indice che, da solo, possa sostenere una presunzione insuperabile di pericolosità estrema. Di contro, e per ovvie ragioni, l'enorme varietà delle fattispecie astratte comprese nella previsione qui considerata rappresenta un profilo essenziale di indebolimento dell'attendibilità della pretesa regola di esperienza.

L'argomento, come si accennava, è valido in sé, ma ugualmente la Corte ha voluto aggiungere: «anche sotto questo profilo [...] la posizione dell'autore dei delitti commessi avvalendosi del cosiddetto "metodo mafioso" o al fine di agevolare le attività delle associazioni di tipo mafioso, delle quali egli non faccia parte, si rivela non equiparabile a quella dell'associato o del concorrente nella fattispecie associativa, per la quale la presunzione delineata dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. risponde, come si è detto, a dati di esperienza generalizzati».

Insomma, negando che la carcerazione possa essere irrimediabilmente imposta sulla sola base della pertinenza del fatto al «contesto mafioso», la Consulta ha voluto chiarire, più di quanto non fosse necessario a fini di ostentata continuità dei propri orientamenti, che invece ritiene la presunzione legittima quanto alla condotta associativa di tipo mafioso.

Resta, naturalmente, l'eventualità che l'appartenente ad una organizzazione criminale debba rispondere anche di reati diversi da quello associativo, e riconducibili al «contesto» nell'accezione che sopra si è indicata. La presunzione assoluta è caduta anche riguardo a costoro, ma è fortemente significativa l'ultima osservazione espressa nella sentenza.

La trasformazione della presunzione da assoluta a relativa implica pur sempre che il giudice, nell'applicare nel caso concreto una misura diversa dalla custodia in carcere, veda elementi di positiva e concreta attenuazione del valore sintomatico del fatto. E l'operazione sarà

naturalmente condizionata - dice in sostanza la Corte - a seconda che si constati «l'appartenenza dell'agente ad associazioni di tipo mafioso ovvero la sua estraneità ad esse».

[1] L'elenco dei precedenti è ormai nutrito. Per prima è intervenuta la sent. 21 luglio 2010, n. 265 (in *Giur. cost.* 2010, p. 3169), relativamente ad alcuni delitti a sfondo sessuale. In seguito è stata deliberata la sent. 12 maggio 2011, n. 164, in questa [Rivista](#), con nota di M. Panzarasa, relativamente al delitto di omicidio volontario. Successivamente sono intervenute la sent. 22 luglio 2011, n. 231, in questa [Rivista](#), con nota di G. Leo, riguardo alla associazione finalizzata al narcotraffico, e la sent. 16 dicembre 2011, n. 331, che non ha attinto l'art. 275 c.p.p., ma una norma analoga del d.lgs. n. 286 del 1998, dettata a proposito di alcune figure di favoreggiamento dell'immigrazione illegale (la sentenza è edita in questa [Rivista](#), con nota di G. Leo). La serie è proseguita con la sent. 3 maggio 2012, n. 110, pertinente al delitto di associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 cod. pen., in questa [Rivista](#), con nota di G. Leo.

[2] Si allude all'ord. 24 ottobre 1995, n. 450, in *Giur. cost.* 1995, p. 3540, sulla quale si tornerà tra breve.

[3] Corte edu, sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia, consultabile sul sito istituzionale della Corte.

[4] Si tratta delle ordinanze n. 34473 e n. n. 34474 del 2012, pubblicate entrambe in questa [Rivista](#), con nota di L. Cesaris.

[5] In tal senso Cass., Sez. un., 28 marzo 2001, n. 10, Cinalli, in *Cass. pen.* 2001, 2662, con nota di S. Ardita, *Partecipazione all'associazione mafiosa e aggravante speciale dell'art. 7 D.L. n. 152 del 1991. Concorso di aggravanti di mafia nel delitto di estorsione. Problemi di compatibilità tecnico-giuridica e intenzione del legislatore*. In seguito l'orientamento è stato più volte ribadito. Da ultimo, nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2009, n. 15483, in *C.E.D. Cass.*, n. 243576.

[6] Si veda ad esempio, in motivazione, Cass., sez. I, 2 aprile 1012, n. 17532, Dolce, in *C.E.D. Cass.*, n. 252649: «L'aggravante in questione, in entrambe le forme in cui può atteggiarsi, è applicabile a tutti coloro che, in concreto, ne realizzano gli estremi, sia che essi siano essi partecipi di un sodalizio di stampo mafioso sia che risultino ad esso estranei».

[7] Così, comunque, la giurisprudenza comune: da ultimo, Cass., Sez. VI, 12 luglio 2012, n. 31437, Messina, in *C.E.D. Cass.*, n. 253218.

[8] *«Per questo verso, alle figure criminose che interessano non può estendersi la ratio già ritenuta, sia da questa Corte che dalla Corte 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 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)».*

[9] Il senso del passaggio si coglie ad esempio nella sentenza n. 164 del 2011, ove la Corte dapprima riassume il senso dei precedenti remoti (*«avevano (...) in vario modo valorizzato la specificità dei predetti delitti, la cui connotazione strutturale astratta (come reati associativi entro un contesto di criminalità organizzata di tipo mafioso, o come reati a questo comunque collegati) valeva a rendere «ragionevoli» le presunzioni in questione»*), e poi richiama la propria recente decisione sui reati sessuali in questi termini: *«ai delitti a sfondo sessuale allora in discussione non poteva estendersi la ratio giustificativa del regime derogatorio già ravvisata in rapporto ai delitti di mafia: ossia che dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche - legate alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio (...)»*.

[10] Nella sentenza n. 231 del 2011, relativa all'associazione per il narcotraffico, si legge tra l'altro: *« Questa Corte, d'altro canto - nel ritenere assistita da adeguato fondamento razionale la presunzione de qua in rapporto al delitto di associazione di tipo mafioso - ha già avuto modo di porre in evidenza come tale conclusione si giustifichi alla luce non del mero vincolo associativo a scopi criminosi, quanto piuttosto delle particolari caratteristiche che esso assume nella cornice di detta fattispecie (...) caratteristica essenziale è proprio tale specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso. Sono tali peculiari connotazioni a fornire una congrua "base statistica" alla presunzione considerata (...)»*. Sostanzialmente analoghi i rilievi sviluppati nella sentenza n. 110 del 2012, in relazione al delitto di cui all'art. 416 del codice penale realizzato allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 dello

stesso codice.