federalismi.it
Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato

REATI DI MAFIA E PRESUNZIONE DI NECESSITÀ DELLA CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE. GLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE A PARTIRE DALLA SENTENZA 25-29 MARZO 2013, N. 57[*]

di

Silvia Paladino

(Magistrato, Dottore di ricerca in Diritto ed Economia,
Università di Napoli Federico II – Istituto Italiano di Scienze Umane)

25 settembre 2013

«Tutti riconoscono che la carcerazione degli imputati prima della condanna è una ingiustizia … ma essi soggiungono che questa è una ingiustizia necessaria e la custodia preventiva si è dovuta ammettere dalle leggi penali. Necessaria – per formare il processo scritto, onde il giudice possa interrogare lo imputato ad ogni bisogno dell'istruzione. … Necessaria – per raggiungere la verità, togliendo all'imputato i mezzi per subornare o intimidire i testimoni, o distruggere le vestigia e le prove del suo reato. … Necessaria – per la sicurezza, affinché lo imputato non abbia potestà, pendente il processo, di continuare nei suoi delitti. … Necessaria – per raggiungere la pena, affinché il reo non si sottragga alla medesima con la fuga. … Se tali necessità sono la sola giustificazione possibile di quella ingiustizia, è manifesto che questa non è tollerabile, ed è un atto di vera tirannide dove cessano le anzidette ragioni.»
Francesco Carrara, "*Immoralità del carcere preventivo*",1872

Sommario: **1.** Introduzione**. 2.** L'oggetto della sentenza ed i principi affermati dalla Corte. **3.** Ricostruzione della vicenda. **4.** *Ratio* e natura della custodia cautelare "obbligatoria" nei reati di mafia. **5.** La relativizzazione della presunzione nella giurisprudenza della Corte. **6.** Osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

La decisione in commento si inserisce nel filone interpretativo volto all'articolata ridefinizione del sistema di custodia cautelare, originariamente previsto dal legislatore, nel tentativo di ricondurre entro "i binari" costituzionali le misure restrittive della libertà personale applicabili *ante iudicium*.

In relazione a tale aspetto, la Corte trasforma ancora una volta in una presunzione semplice il meccanismo assoluto di adeguatezza della sola custodia in carcere a soddisfare le esigenze

[*] Articolo sottoposto a referaggio.

cautelari del caso concreto e definisce con precisione i caratteri del principio di ragionevolezza. La eterogeneità delle fattispecie in concreto ravvisabili, infatti, non si presta alla riconduzione entro un paradigma generale che cristallizzi il modello cautelare in astratto previsto dal legislatore.

Di conseguenza, la custodia in carcere, in quanto strumento fortemente afflittivo e qualificabile come *extrema ratio* nel sistema, implica necessariamente un giudizio di adeguatezza anche da parte del giudice circa le peculiarità della fattispecie sottoposta alla propria cognizione, al fine di contenere la compressione della libertà personale secondo il criterio del "minor sacrificio possibile" ed entro i limiti minimi funzionali a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto, secondo i principi costituzionali di riferimento – segnatamente il principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, co. 1, Cost.) e la presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2, Cost.).

Tale assunto è stato ribadito dalla Consulta nelle recenti sentenze con cui ha ulteriormente dichiarato illegittima la regola di applicazione "obbligatoria" della custodia in carcere anche per i reati di sequestro di persona a scopo di estorsione edi violenza sessuale di gruppo[1].

[1] Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale del 18 luglio 2013, n. 213 e del 23 luglio 2013, n. 232, relative rispettivamente al trattamento cautelare del sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) e della violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.).

Con riferimento alla prima fattispecie, la Consulta aveva già di recente rilevato che la descrizione del fatto incriminato dall'art. 630 c. p. – rimasta invariata rispetto alle origini – si presta «*a qualificare penalmente anche episodi marcatamente dissimili, sul piano criminologico e del tasso di disvalore, rispetto a quelli avuti di mira dal legislatore dell'emergenza*». Tali episodi « *– a fronte della marcata flessione dei sequestri di persona a scopo estorsivo perpetrati "professionalmente" dalla criminalità organizzata, registratasi a partire dalla seconda metà degli anni '80 […] – hanno finito, di fatto, per assumere un peso di tutto rilievo, se non pure preponderante, nella più recente casistica dei sequestri estorsivi*», cfr. C. cost., 23 marzo 2012, n. 68, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando, per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo il fatto risulti di lieve entità.

Analogamente con riferimento al delitto di violenza sessuale di gruppo, configurato dalla legge 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale) per soddisfare «*l'esigenza di prevedere un'autonoma ipotesi di reato rispetto alla violenza sessuale monosoggettiva e di sanzionarla con una pena più severa*», la Corte ha precisato che la più intensa lesione del bene della libertà sessuale, ricollegabile alla violenza sessuale di gruppo – se ha orientato le opzioni del legislatore nella prospettiva della definizione di un severo trattamento sanzionatorio – non offre un fondamento giustificativo costituzionalmente valido al regime cautelare speciale previsto dalla norma censurata (C. cost., 23 luglio 2013, n. 232). Vale dunque, a maggior ragione, per il delitto di violenza sessuale di gruppo la considerazione svolta a proposito dei reati di induzione alla prostituzione minorile, di favoreggiamento o sfruttamento della stessa, di violenza sessuale e di atti sessuali con minorenne (artt. 600-*bis*, primo comma, 609-*bis* e 609-*quater* c.p.) dalla sentenza n. 265 del 2010 della Corte.

Del resto, il rilievo che quella determinata dalla violenza sessuale di gruppo è una «*lesione particolarmente grave e traumatica della sfera di autodeterminazione della libertà sessuale della vittima*» aveva già indotto la Corte ad escludere che l'omessa previsione dell'attenuante dei "casi di minore gravità", prevista per il delitto di violenza sessuale dall'ultimo comma dell'art. 609-*bis* c. p., possa essere ritenuta «*espressione di una scelta del legislatore palesemente irragionevole, arbitraria o ingiustificata*» (cfr. C. cost. 26 luglio 2005).

2. L'oggetto della sentenza ed i principi affermati dalla Corte.

In continuità con la propria linea esegetica inaugurata nel 2010[2], la Corte dichiara con sentenza additiva, n. 57 del 29 marzo 2013, l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, II periodo, c.p.p., come modificato dall'art. 2, comma 1, del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori),* convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, 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.

Con la sentenza che si annota la Consulta, dunque, compie un passo avanti nel disegno di ridimensionamento dei meccanismi presuntivi posti alla base del sistema delle cautele,e chiarisce i limiti entro i quali la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere può apparire ragionevole.

Invero, il risultato - forse prevedibile, ma assolutamente non scontato - , cui è pervenuta la Corte è di particolare interesse, considerato che oggetto di esame erano i reati "di contesto mafioso": oltre alla rilevanza in sé del fenomeno, occorre sottolineare che proprio in tale materia vi erano stati precedenti di rilievonella giurisprudenza della Consulta[3], di segno apparentemente contrario, nonché un intervento della Corte Europea dei Diritti Umani[4], su cui si tornerà in seguito.

Attingendo ai principi espressi dalle precedenti declaratorie parziali di incostituzionalità dell' art. 275, co. 3, c.p.p.,la sentenza in commento evidenzia chiaramente che il punto di contrasto con i parametri costituzionali non è costituito dalla presunzione in sé, ma dal suo carattere assoluto, "*che implica una indiscriminata e totale negazione di rilevanza al principio del «minore sacrificio necessario»*"[5].

---

[2] Si vedano in proposito i rilevanti precedenti della Corte cost. sentenze n. 265 del 2010 (in materia di delitti a sfondo sessuale); n. 164 del 2010 (relativa alla fattispecie di omicidio volontario); n. 231 del 2011 (in tema di associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti); n. 331 del 2011 (relativa ad alcune figure di favoreggiamento dell'immigrazione illegale); n. 110 del 2012 (concernente l'ipotesi di associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.p.), nonché le recenti sentenze citate alla nota precedente.

[3] C. cost., ord. n. 450 del 24 ottobre 1995.

[4] Corte Edu, sent. 6 novembre 2003, ***Pantano c. Italia, in*** **Dir. Pen. e Processo*, 2004, 123.***

[5] C. cost., sent. n. 57/2013, punto 7 del Considerato in diritto.

Ciò posto – e ricondotto il meccanismo presuntivo nell'alveo della relatività – risulta evidente nell'interpretazione offerta dalla Corte che la norma censurata si pone in contrasto con tutti e tre i parametri costituzionali indicati nelle ordinanze di rimessione: 1) con l'art. 3 Cost., sia per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti aggravati dalla circostanza di cui all'art 7 del decreto legge n. 152 del 1991(convertito con modificazioni dalla legge n. 203 del 1991)a quelli concernenti il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p.,sia per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi riconducibili alle due fattispecie in esame; 2) con l'art. 13, primo comma, Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; 3) infine, con l'art. 27, secondo comma, Cost., in quanto l'art. 275 co. 3 c.p.p. attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.

Alla luce di tale interpretazione, eliso dunque ogni automatismo nell'applicazione di misure custodiali carcerarie, al giudice è restituita la funzione essenziale di apprezzamento delle esigenze cautelari e di valutazione degli elementi specifici del caso concreto, tra i quali l'appartenenza dell'agente ad associazioni di tipo mafioso ovvero la sua estraneità ad esse.

3. Ricostruzione della vicenda.

La pronuncia trae origine da tre ordinanze di rimessione, le prime due del Tribunale di Lecce[6] e la terza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite[7], riunite in un'unica trattazione e decise unitariamente, considerata la analogia delle argomentazioni poste alla base delle censure mosse all'art. 275 c.p.p.

I rimettenti evidenziano, infatti, il non ragionevole trattamento derivante dalla automatica applicazione dello strumento cautelare della custodia in carcere a situazioni oggettivamente e soggettivamente diverse, tanto da vulnerare i criteri di proporzionalità ed adeguatezza, posti a presidio delle garanzie di libertà nella valutazione delle esigenze cautelari.Oltre ad aprirsi il contrasto con quanto imposto in materia dagli artt. 3, 13, co. 1, e 27, co. 2, Cost., infatti, la disposizione censurata limiterebbe fortemente - in virtù del meccanismo di presunzione assoluta - il potere discrezionale del giudice nella valutazione del caso concreto e nella scelta degli strumenti più adeguati.

Comune denominatore delle ordinanze di rimessione è, senza dubbio, l'insieme dei principi che la Corte Costituzionale ha enucleato e ribadito nelle precedenti declaratorie parziali di

[6]Trib. Lecce, sez. riesame, ordinanza dep. il 16 maggio 2012 (r.o. n. 131 del 2012), e ordinanza dep. il 7 giugno 2012 (r.o. n. 175 del 2012).

[7] C. Cass., Sez. Un., ordinanza dep. il 10 settembre 2012 (r.o. n. 270 del 2012).

illegittimità costituzionale che negli ultimi anni hanno avuto ad oggetto l'art. 275, co. 3, c.p.p.; ma un elemento appare assolutamente di rilievo rispetto al passato: la Corte si sofferma a distinguere, nell'ambito dei reati di mafia,tra fenomeno mafioso in sé e delitti commessi con l'aggravante del metodo mafioso, di cui all'art. 7 del decreto legge n. 152 del 1991 convertito in legge n. 203 del 1991.

Tale disposizione, infatti, prevede la circostanza ad effetto speciale che disciplina due distinte modalità di realizzazione di un fatto di reato: la prima, di carattere oggettivo, definita del cd. "metodo mafioso", che ripete puntualmente le condizioni previste dall'art. 416 *bis* co. 3 c.p.; l'altra, di natura soggettiva, che si concretizza allorché l'agente persegua nella commissione di qualsiasi delitto la finalità di agevolare l'attività delle associazioni di stampo mafioso[8].

Nell'interpretazione offerta dai giudici rimettenti è soprattutto con riferimento alla prima modalità (quella del "metodo mafioso") che emerge la necessità di evidenziare il carattere di autonomia rispetto al reato associativo mafioso, in quanto il ricorso al "metodo mafioso" potrebbe essere tanto sintomatico di appartenenza all'associazione (nel suo requisito strutturale o di realizzazione dei reati-scopo), quanto invece mera modalità di esecuzione di una condotta criminosa da parte di chi non è inserito nel sodalizio mafioso.

Ciò posto, giova considerare che la *ratio* della disciplina cautelare connessa ai delitti mafiosi è fortemente condizionata da esigenze di politica legislativa ed è delineata sulla particolare connotazione della associazione e sul forte vincolo esistente tra i consociati, vincolo che dell'associazione rappresenta la "base statica", la quale può essere erosa solo mediante l'isolamento del partecipe dal sodalizio criminale. In tale ottica, dunque, la custodia cautelare in carcere si presenta quale unica misura idonea a soddisfare le esigenze di cautela, attesa la correlativa inadeguatezza delle altre misure[9].

---

[8]A. REALE, *Aggravante speciale di cui all'art. 7 L. N. 203 del 1991 e condotte associative di tipo mafioso cd. esterne: concorso esterno in associazione mafiosa e favoreggiamento personale aggravato*, in *Giur. merito*, 2002, pagg. 1036 e segg.

[9]Sul punto cfr. 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 *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 7 aprile 2013. L'Autore evidenzia l'intensità del rapporto tra l'adeguatezza in concreto della misura carceraria e la corrispondente inadeguatezza delle altre misure: "*rapporto che è in sé logico e strettamente interdipendente nel senso che dalla prima si deduce la seconda proposizione e dalla negazione del conseguente deriva la negazione dell'antecedente*". Analogamente in giurisprudenza è consolidato l'orientamento secondo cui «*in tema di scelta e adeguatezza delle misure cautelari, ai fini della motivazione del provvedimento di custodia in carcere non è necessaria un'analitica dimostrazione delle ragioni che rendono inadeguata ogni altra misura, ma è sufficiente che il giudice indichi, con argomenti logico-giuridici tratti dalla natura e dalle modalità di commissione dei reati nonché dalla personalità dell'indagato, gli elementi specifici che inducono ragionevolmente a ritenere la custodia in carcere come la misura più adeguata al fine di impedire la prosecuzione dell'attività criminosa, rimanendo in tal modo assorbita l'ulteriore dimostrazione dell'inidoneità delle altre misure coercitive*» (così da ultimo Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 17313/2011).

Per tale ragione, i reati di "contesto mafioso"sono sempre stati oggetto di deroga al principio del minimo sacrificio necessario della libertà personale e, di conseguenza,al potere del giudice di selezionare la meno gravosa tra le cautele utili ad assicurare le esigenze cautelari poste dal caso concreto.

A fronte delle scelte del legislatore del 1988, che aveva ispirato il nuovo codice di procedura penale al «*divieto di disporre la custodia in carcere se con l'applicazione di altre misure di coercizione personale possono essere adeguatamente soddisfatte le esigenze cautelari*»[10], l'intensificarsi di eventi delittuosi di grave impatto sulla collettività ha indotto scelte di deroga alla regola appena richiamata: mediante lo strumento della decretazione d'urgenza, sono stati introdotti meccanismi di applicazione automatica – in presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine a determinate tipologie di reati – della misura cautela di grado più severo. Il catalogo di fattispecie criminose, *ab origine* sorto per fronteggiare fenomeni di matrice mafiosa, ha subito, nel tempo, una notevole espansione[11]: la modifica del co. 3 dell'art. 275 c.p.p. è avvenuta, in un primo momento, con riferimento ai delitti di criminalità organizzata e con le modalità tipiche del reato di cui all'art. 416 *bis* c.p., ad opera dell'art. 5 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152 ("*Provvedimenti urgenti per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza del buon andamento dell'attività amministrativa*")[12] convertito nella legge 8 agosto 1995 n, 223, e - più di recente- ad opera dell'art. 2del decreto legge23 febbraio 2009, n. 11 ("*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*")[13], convertito, con modificazioni, nella l. 23 aprile 2009, n. 38.

---

[10] Cfr. Direttiva n. 59 della Legge-Delega 16 febbraio 1987, n. 81, sul nuovo codice di procedura penale.

[11] N. E. LA ROCCA, *Il ridimensionamento progressivo nel regime custodiale obbligatorio*, in *Arch. Pen*. 2013, n. 2, *www.archiviopenale.it*.; cfr. anche F. GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. It.*, IV, 2013, 3. Per osservazioni analoghe cfr. A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in Trattato di Procedura Penale, diretto da G. SPANGHER, II, Le misure cautelari, a cura di Scalfati, Torino, 2008, 78.

[12] Il D.L.13 maggio 1991 n. 152, conv. con modif., nella l. 12 luglio 1991 n. 203, con le modifiche apportate all'art. 275, co. 3, c.p.p., imponeva la custodia in carcere per numerose fattispecie non omogenee fra di loro, quali, la devastazione, il saccheggio, la strage, la guerra civile, l'omicidio, la rapina aggravata, l'estorsione aggravata, il sequestro di persona, l'associazione mafiosa, la disciplina degli stupefacenti (artt. 73, 74 e 80, co. 2, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), la fabbricazione e il commercio delle armi.
Mentre, in un primo momento, la valutazione del giudice circa la possibilità di soddisfare le esigenze cautelari con altre misure era ancora possibile, il D.L. 9 settembre 1991, n. 292, conv. nella l. 8 novembre 1991, n. 356, eliminava poi tale potere.

[13] Tale ultima novella ha considerevolmente ampliato il catalogo dei reati rispetto ai quali, ove ricorra la condizione della gravità indiziaria, il giudice dispone senz'altro l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere, «*salvo che siano stati acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari*» (art. 275, co. 3, c.p.p.). L'operazione è stata portata a termine includendo nel novero delle fattispecie soggette alla speciale disciplina i delitti comportanti la legittimazione investigativa della Procura Distrettuale Antimafia (art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.), il delitto di omicidio volontario (art. 575 c.p.), di prostituzione minorile di cui all'art. 600 *bis*, co. 1, c.p., di pornografia minorile – con esclusione dell'offerta o della cessione

Tali interventi normativi hanno introdotto forme di "cattura obbligatoria" - in aperto contrasto con le scelte operate dal legislatore del 1988, maggiormente rispettoso dell'art. 27, co. 2, Cost.[14]– e creato una sorta di "doppio binario" in materia cautelare. Due le presunzioni legali introdotte: la presunzione *iuris tantum*, circa la sussistenza delle esigenze cautelari, e quella *iuris et de iure*, concernente la possibilità di fronteggiare queste ultime soltanto con la custodia in carcere. Sul piano applicativoè conseguito che il giudice della cautela ha l'obbligo di applicare la misura della custodia in carcere, almeno che non emergano elementi che *ictu oculi* lascino ritenere superata la presunzione[15], oppure in presenza di elementi concreti e specifici dai quali emerga l'insussistenza delle esigenze.[16]

4. *Ratio* e natura della custodia cautelare "obbligatoria" nei reati di mafia.

Il trattamento processuale indicato si applica anche al delitto associativo in senso proprio, in forza del richiamo espresso 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.[17]

Per i delitti connessi al fenomeno mafioso la presunzione legale assoluta di adeguatezza della custodia cautelare era stata oggetto di indagine tanto da partedella Consulta, con l'ordinanza n. 450/1995, tanto della Corte europea dei diritti dell'uomo (vedi sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia). Entrambe le Corti avevano valorizzato la specificità dei delitti connessi

---

ad altri di materiale pornografico – di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 *quinquies* c.p.), nonché, salva la ricorrenza delle rispettive circostanze attenuanti, di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.), anche di gruppo (art. 609 *octies* c.p.) e di atti sessuali con minorenne (art. 609 *quater* c.p.).

[14] In dottrina si vedano in senso critico, tra gli altri, A. A. DALIA, *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Atti del Convegno in memoria di A. Galati (Caserta, 12-14 ottobre 2001, Milano, 2003, 107; G. ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8. agosto 1995 n. 332*, a cura di V. Grevi, Milano 1996, 92; E. MARZADURI, *Commento all'art. 5 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in *Legislazione pen*., 1995, 621. V. più di recente A. MARANDOLA,*I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc*., 2009, 964; A. SCAGLIONE, Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo, in *Riv. it. dir.e proc. pen*., 2007, 575.

[15] cfr. Cass. Pen., sez. VI, 22 gennaio 2008, n. 10318, in *C.E.D.*

[16]cfr. Cass. Pen., sez. VI, 3 ottobre 2008, n. 39897, in *C.E.D.*

[17] In giurisprudenza vi è ormai concordia di opinioni su due punti. In primo luogo si ritiene pacificamente applicabile l'aggravante di cui all'art. 7 del D.L. n. 152 del 1991 anche ai fatti commessi da aderenti all'organizzazione criminale (Da ultimo in tal senso, Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2009, n. 15483, in *C.E.D*; ancor prima Cass. Pen, Sez. Un., 28 marzo 2001, n. 10, 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 secondo luogo, 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). Infatti «*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*» (cfr. Cass., sez. I, 2 aprile 1012, n. 17532, in *C.E.D. Cass.*, n. 252649).

al fenomeno mafioso,la cui connotazione strutturale astratta - come reati associativi e, dunque, permanenti entro un contesto di criminalità organizzata, o come reati a tale contesto collegati - legittimava e rendeva "ragionevole" la presunzione assoluta 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*»[18].

La presunzione assoluta, all'epoca di 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*». Sulla base di tale presupposto, la Corte Costituzionale, cui era stato sottoposto l'esame proprio 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, dichiarava in quella occasione la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 275 co. 3 c.p.p., sollevata con riferimento agli artt. 3, 13 e 27 cost., nella parte in cui non permetteva al giudice di applicare, sussistendone i presupposti, una misura cautelare meno gravosa della custodia in carcere nei confronti di rei indiziati di reati di stampo mafioso. In particolare la Consulta evidenziava la legittimità la disciplina all'epoca vigente dell'art. 275 co. 3 c.p.p., sul fondamento della duplice considerazione che spetterebbe innanzitutto al legislatore - e non anche al giudice –il potere di scegliere lo strumento cautelare idoneo a garantire le esigenze cautelari e che, qualora si sia in presenza di un reato connaturato di particolare allarme sociale, rientrerebbe nella discrezionalità del legislatore limitare le scelte del giudice sulla misura cautelare in concreto da applicare[19].

In sostanza, la Corte Costituzionale, con l'ordinanza in questione, aveva avallato le determinazioni legislative, considerando che,nel rispetto della ragionevolezza della scelta e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti, l'individuazione del tipo di misura ben potesse essere effettuata in termini generali dal legislatore, non ravvisando in capo al giudice un analogo potere di apprezzamento. Di conseguenza l'ascrizione della normativa, sottoposta al vaglio di legittimità, all'area dei diritti di criminalità organizzata di tipo mafioso costituiva il sostrato della non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa,

[18]C. cost. sent. n. 265/2010, Punto 7 del Considerato in diritto; nel medesimo senso, con varie argomentazioni, C. cost., ord. n. 450 del 1995; ord. n. 130 del 2003 e n. 40 del 2002; Corte europea dei diritti umani, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia.

[19]A. DE FRANCESCO, *Sulle presunzioni legali in tema di custodia cautelare*, nota a C. cost., sent. n. 331 del 16 dicembre 2011, in *www.filodiritto.it*, 11 gennaio 2012.

«*atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato*».[20]

Analogamente, essendo rispettata la riserva di legge, una simile disciplina non poteva ritenersi in contrasto con la presunzione di non colpevolezza *ex* art. 27 co. 2 cost. «*data l'estraneità di quest'ultimo parametro all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive della libertà personale che operano sul piano cautelare, che è piano del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena*».

Da quanto sopra esposto è conseguito che la forza espansiva di una simile presunzione è stata affidata alla possibilità di rinvenire il medesimo strettissimo legame tra mezzo e fine nelle ipotesi delittuose, discrezionalmente valutate dal legislatore, come meritevoli della custodia obbligatoria in carcere, e i fini "tipici" cautelari previsti nel codice. Questa facoltà di omologazione fra illeciti potenzialmente differenti fra loro, sia pure tutti ascrivibili alla stessa categoria, è stata giustificata sulla base di esigenze di semplificazione e di certezza.

Invero la Corte Edu, nella già citata sentenza Pantano contro 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 di una prosecuzione del rapporto associativo, nonostante il trattamento cautelare[21].

In uno specifico *obiter dictum* (cfr. § 69) la Corte, infatti, – dopo aver premesso che la presunzione è legittima, stante la tipologia e le gravità del reato di associazione mafiosa – puntualizza che la presunzione stessa deve considerarsi relativa ed ancora una volta fondata sulla peculiare pericolosità derivante dal vincolo associativo: "*La Corte rileva che in mancanza di elementi che inducano a credere che l'accusato non avrebbe posto nessun reale pericolo, una presunzione come quella prevista dall'articolo 275 § 3 CPP rischia di impedire al giudice di adattare la misura cautelare alle esigenze di ogni caso di specie e potrebbe quindi apparire eccessivamente rigida (vedere la sentenza V. c/ Italia n° 41852/98, § 38, 16 novembre 2000). Tuttavia, la Corte ritiene che bisogna tenere conto del fatto che il procedimento a carico del ricorrente riguardava delitti legati alla criminalità di stampo mafioso. Ora, la lotta contro questo flagello può, in certi casi, portare all'adozione di misure che giustificano una deroga alla norma fissata dall'articolo 5, che mira a tutelare, prima di tutto, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché a prevenire la commissione di altri reati penali*

[20]C. cost., ord. n. 450/1995 cit., in motivazione.

[21]Perun commento alla citata giurisprudenza della Corte Edu si veda il contributo offertoda G. MANTOVANI, *Dalla Corte europea una legittimazione alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Lalegislazione penale*, 2004, p. 513 ss.

gravi. In questo contesto, una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata, in particolar modo quando non è assoluta, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria"[22].

Proprio sulla base di tale premessa, la Corte Costituzionale ha inaugurato di recente una nuova stagione di controllo sulla razionalità delle scelte compiute dal legislatore in tema di custodia obbligatoria. Se, da un lato, possono essere previste delle ipotesi nelle quali la scelta della misura da applicare viene effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti sottraendo al giudice la valutazione in ordine al *quomodo* della cautela, dall'altro, la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l'*an* della cautela) comporta necessariamente l'accertamento, di volta in volta, della loro effettiva ricorrenza[23].

5. La relativizzazione della presunzione nella giurisprudenza della Corte.

Con una pluralità di interventi, la Corte Costituzionale ha poi ridisegnato i confini delle presunzioni in materia cautelare, il cui ambito applicativo era stato ampliato, ben oltre il settore della criminalità mafiosa, dall'intervento normativo sulla sicurezza pubblica, vale a dire dal decreto legge n. 11 del 2009 convertito, con modifiche, con legge n. 38 del 2009.

In linea generale, la Consulta ha precisato che le "*presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono*

---

[22] A. ALBERICO, *L'ambito di operatività della presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, ex art. 275 comma 3 c.p.p., al vaglio delle sezioni Unite*, Nota a cass. Pen, II, ord. n. 18563/2012, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

Invero in dottrina non vi è concordia di opinioni sulla effettiva portata della sentenza della Corte Edu riguardo alla natura assoluta delle presunzioni. Si osserva in senso critico, infatti, che:« (…) *la decisione della Corte Edu riguarda primariamente la durata della custodia cautelare, in asserito spregio dell' art. 5, comma 3, Cedu. In questa prospettiva la Corte si occupa bensì dell' art. 275 comma 3 c.p.p. ma, delle due presunzioni da esso desumibili, viene esaminata quella (suscettibile di prova contraria) avente ad oggetto la pericolosità atta a giustificare l'irrogazione della misura cautelare, in riferimento a cui è prevista l'ulteriore presunzione - questa volta assoluta - di adeguatezza della sola misura in carcere (che la Corte faccia riferimento alla presunzione di pericolosità è desumibile da diversi passi della pronuncia soprattutto quello ove si allude alla* «présomption établie par l' art. 275.3 du CPP, selòon laquelle l'existence des exigences de précaution est présumée pour certaines infractions graves comme celles reprochées au requérant, sauf si de selements versés au dossier démontrent le contrarie*»: ancora la pronuncia Pantano, par. 67). Che la Corte Edu ragionando di pericolosità, non intenda riferirsi al problema dell'adeguatezza della misura, è rivelato anche dalla conclusione dell'iter argomentativo, secondo cui la presunzione è nel caso da considerarsi legittima, in particolare se essa è di tipo relativo («*une présomption lègale de dangerositè peut se justifier, en particulier lorsqu'elle n'est pas absolute, mais se prete à etre contredite par la preuve contraire*», secondo le parole della menzionata sentenza). Se quindi la Corte a questa tipologia di presunzione si riferisce, è evidente che la pronuncia stessa non pare utilmente invocabile con riguarda alla ulteriore e diversa presunzione di natura assoluta oggetto del sindacato di costituzionalità.*» in tal senso G. P. DOLSO, *La Corte di cassazione pratica l'interpretazione adeguatrice con riguardo alla presunzione di necessità della custodia cautelare in carcere per i reati in materia di stupefacenti*, in *Giur. cost*. 2011, 5, 3745, Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 23.06.2011, n. 34475.

[23] C. cost. 16 aprile 2003, ord. n. 130.

arbitrarie e irrazionali", cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell' *id quod plerumque accidit*[24].

Proseguendo con la tecnica della declaratoria parziale di illegittimità[25] (in particolare si vedano le sentenze n. 265 del 2010 e nn. 164 e 231 del 2011) la Consulta ha tracciato la linea oltre la quale risulta non ragionevole la equiparazione tra i delitti di mafia e le diverse fattispecie criminali, alle quali il legislatore ha esteso l'obbligatorietà della custodia in carcere.

La sentenza che si annota costituisce, dunque, l'ultimo tassello del mosaico:in continuità con i propri precedenti, i giudici costituzionali riprendono il filo di quella interpretazione garantista che punta al recupero del necessario equilibrio fondato sui principi di proporzionalità ed adeguatezza delle misure. In maniera del tutto innovativa, tuttavia, essi rimarcano la distinzione nell'ambito dei fatti di criminalità mafiosa: in conseguenza di ciò, la presunzione di adeguatezza della sola misura carceraria risulta irragionevole se riferita ai reati "di contesto mafioso", ma nel contempo ragionevole, ove riferita al fatto di appartenenza associativa, peraltro connotata da specifiche caratteristiche, quali la forza intimidatrice del vincolo associativo stesso e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, che non sembrano riscontrabili in una condotta delittuosa pur aggravata ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991[26].

---

[24] C. cost. n. 139 del 2010. In occasione dello scrutinio di costituzionalità dell'art. 76, comma 4-bis, d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*), la Corte ne ha decretato l'illegittimità nella parte in cui, stabilendo che per i soggetti già condannati con sentenza definitiva per i reati indicati nella stessa norma il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, non ammette la prova contraria.

[25]Nel riprendere le argomentazioni delle precedenti pronunce, la Corte hasignificativamente precisato che le parziali declaratorie di illegittimità costituzionalenon si possono estendere alle altre fattispecie criminose disciplinate dall'art. 275c.p.p., comma 3, e non prese in esame specificamente dalle dichiarazioni diincostituzionalità, perché «*la lettera della norma*(...), *il cui significato non può esserevalicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme*(...),*non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia diillegittimità costituzionale può produrre*». Cfr. C. cost. n. 265/2010 cit.

[26]«*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.*»C. cost. n. 57/2013, punto 6 del Considerato in diritto. Seguendo la stessa linea interpretativa la Corte aveva di recente affermato 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, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice – deriva, nella generalità dei casi 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)*» (così C. cost., sent. n. 164/2011, Punto 5.2 del Considerato in diritto). «*Il delitto di associazione di tipo mafioso è, infatti, normativamente connotato – di riflesso ad un dato empirico-sociologico – come quello in cui il vincolo associativo esprime una forza di intimidazione e condizioni di assoggettamento e di omertà, che da quella derivano, per conseguire determinati fini illeciti. Caratteristica essenziale è proprio tale specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è*

Invero già la Corte di Cassazione a Sezioni Unite[27]aveva offerto nell'ordinanza di rimessione analoghe argomentazioni. Confermato il principio di diritto in forza del quale la presunzione *ex* art. 275, comma 3, c.p.p. opera non solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva, ma anche nelle vicende successive attinenti alla permanenza delle esigenze cautelari, la Corte rimettente esamina i profili di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. in relazione ai delitti aggravati dalla circostanza di cui all'art. 7 del D.L. n. 152 del 1991. Nell'ord. n. 270/2012 il giudice *a quo* sottolinea infatti che, mentre la previsione legale di una presunzione *iuris et de iure* di adeguatezza della custodia carceraria per i delitti aggravati dalla finalità di agevolare l'associazione mafiosa e per quelli aggravati dal metodo mafioso commessi dagli intranei al sodalizio potrebbe apparire ragionevole, in quanto giustificata dalla effettiva esigenza di stroncare il vincolo particolarmente qualificato tra l'associazione mafiosa radicata in un certo ambito territoriale e il proprio affiliato, altrettanto non potrebbe dirsi nel caso dei reati commessi con il metodo mafioso da persone prive di qualsiasi legame con un sodalizio mafioso.

Ciò posto, attingendo a tali contenuti ed avvalendosi degli orientamenti della Corte nomofilattica, la Consulta ha escluso che «*l'inserimento dei delitti commessi avvalendosi del cosiddetto "metodo mafioso", o al fine di agevolare le attività delle associazioni previste dall'art. 416-bis cod. pen., tra i reati indicati dall'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen. sia idoneo, di per sé solo, a offrire legittimazione costituzionale alla norma in esame: la disciplina stabilita da tale disposizione, infatti, risponde a «una logica distinta ed eccentrica» rispetto a quella sottesa alle disposizioni sottoposte a scrutinio, trattandosi di una normativa «ispirata 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, ma che non consentono inferenze in materia di esigenze cautelari, tantomeno al fine di omologare quelle relative a tutti procedimenti per i quali quella deroga è stabilita» (sentenza n. 231 del 2011; in senso conforme, sentenza n. 110 del 2012)*»[28].

---

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, rendendo ragionevole la convinzione che, nella generalità dei casi, le esigenze cautelari derivanti dal delitto in questione non possano venire adeguatamente fronteggiate se non con la misura carceraria» (così Corte costituzionale sentenza n. 231/2011 Punto 4.1 del Considerato in diritto).

[27]Cass. Pen., Sez. Un., 19 luglio 2012, in *Arch. pen.*, 2013, 303, con nota di E. FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*.

[28] C. cost. n. 57/2013 cit., punto 6 del Considerato in diritto.

Sulla base di tale orientamento, i giudici costituzionali hanno tratto la conclusione che i reati aggravati dall'art. 7, l. 203/1991, per quanto connotati da elevata pericolosità, non possono mutuare il medesimo regime giuridico della fattispecie associativa, e pertanto rispetto ad essi la presunzione di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. non può che rivestire natura relativa e vincibile, non solo dimostrando la cesura del legame associativo – che appunto non sussiste affatto – ma anche attraverso tutti i possibili indici idonei ad incidere sulla persistenza delle esigenze cautelari di tale gravità da essere soddisfatte esclusivamente attraverso la detenzione carceraria.

6. Osservazioni conclusive.

La lettura della sentenza offre lo spunto per due di osservazioni critiche: una di carattere più strettamente interpretativo, connesso alle argomentazioni e all'oggetto della pronuncia in esame; l'altra, invece, di carattere più ampio e di sistema.

Sotto il primo punto di vista giova evidenziare che, a seguito della ricostruzione interpretativa offerta dalla Corte, un ulteriore quesito resta irrisolto, riguardante il problema se l'obbligo di custodia cautelare in carcere rimanga ancora compatibile con il reato di concorso esterno in associazione mafiosa in cui l'indagato, non essendo un associato, fornirebbe un contributo essenzialmente temporaneo. Le distinzioni che la Consulta rimarca, nell'ambito dei reati di "ambito mafioso", infatti, sono perfettamente compatibili anche con riferimento alla posizione del concorrente esterno, che – secondo la ricostruzione ormai pacifica in giurisprudenza - è un individuo che con l'associazione criminale non ha rapporti stabili di immedesimazione organica e di dipendenza funzionale come l'associato, per il quale,invece, vi è 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[29].

Sulla base di tale osservazione, appare ragionevole ritenere che anche la condotta del concorrente esternodeve essere valutata con diverso criterio rispetto a quella dell'*intraneus*, verificando in concreto gli elementi contrari alla presunzione, la solidità del collegamento del soggetto con il gruppo, la specificità del suo aiuto all'associazione. Invero, la Corte di Cassazione a riguardo ha più volte evidenziato il problema delle esigenze cautelari e della

[29]Fondamentale importanza assume il principio enunciato dalle Sezioni Unite di Cassazione nella sentenza Demitry, in forza del quale "*il concorrente eventuale è per definizione colui che non vuol far parte e che l'associazione non chiama a far parte, ma al quale si rivolge sia, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia soprattutto nel momento in cui la fisiologia dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che. per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno"*, Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, n. 16, in *C.E.D.*

vincibilità della presunzione legislativa, ritenendola superabile proprio sulla base della valutazione in via prognostica di tutta una serie di elementi in concreto riscontrabili di volta in volta[30].

Analogamente le Sezioni Unite della Cassazione, nel rimettere la questione di legittimità alla Corte Costituzionale, avevano osservato che la presunzione di adeguatezza della misura della custodia in carcere per delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416-*bis*c.p. comporterebbe «*una parificazione tra chi a dette associazioni abbia aderito e chi invece, senza appartenere ad esse, abbia inteso agevolare le attività delle associazioni stesse*»[31]. Tale parificazione appare ingiustificata, in considerazione della giurisprudenza costituzionale, che ritiene legittima la presunzione in argomento solo in presenza di un legame associativo connotato da specifiche caratteristiche, quali la forza intimidatrice del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva.La conclusione appare condivisibile sia nel caso in cui si accolga la definizione del concorso esterno come contributo occasionale prestato in un momento di fibrillazione dell'associazione, per consentirne la sopravvivenza, sia – come hanno precisato le Sezioni Unite – ritenendo essenziale il dato dell'estraneità dell'indagato alla struttura e del tutto indifferenti la continuità o l'occasionalità del contributo[32].

---

[30] Si veda da ultimo Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 27685 dell' 8 luglio 2011 (dep. 14 luglio 2011), in *C.E.D.*, secondo cui«*la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari opera anche nel caso in cui sia stata contestata la fattispecie di concorso esterno in associazione di tipo mafioso ma può essere superata valutando in via prognostica la ripetibilità della situazione che ha dato luogo al contributo dell'"*extraneus*" alla vita della consorteria e, in questa prospettiva, tenendo conto dell'attuale condotta di vita e della persistenza o meno di interessi comuni con il sodalizio mafioso senza necessità di provare la rescissione del vincolo, peraltro in tesi già insussistente*».

[31] Cfr.Cass. Pen., Sez. Un., 19 luglio 2012, cit.

[32] Nella sentenza Mannino le Sezioni Unite ricostruiscono il criterio dell'efficienza causale del contributo del concorrente esterno, il quale, pur non inserito stabilmente nella struttura organizzativa del sodalizio, fornisce tuttavia un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, di natura materiale o morale, sempre che questo abbia una effettiva rilevanza causale nella conservazione o nel rafforzamento delle capacità operative dell'associazione, rivelandosi in tal senso condizione necessaria per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo (cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 20 settembre 2005, n. 33748). In motivazione la Corte, rilevando come la efficienza causale in merito alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo costituisca elemento essenziale e tipizzante della condotta concorsuale, di natura materiale o morale, ha specificato che non è sufficiente una valutazione "*ex ante*" del contributo, risolta in termini di mera probabilità di lesione del bene giuridico protetto, ma è necessario un apprezzamento "*ex post*", in esito al quale sia dimostrata, alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", l'elevata credibilità razionale dell'ipotesi formulata in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente. In senso conforme Cass. Pen., *Sez.* VI, 10 maggio 2007, n. 542; Cass. Pen., *Sez.* II, 11 giugno 2008, n. 35051; Cass. Pen., *Sez.* VI, 26 giugno 2009, n. 29458, tutte in *C.E.D.*Più di recente, nel caso Dell'Utri, la Corte di Cassazione, ha confermato, sotto il *profilo oggettivo*, la necessità, ai fini della configurazione del reato, che la pubblica accusa fornisca la dimostrazione che la condotta dell'imputato ha determinato "*la conservazione o il rafforzamento dell'associazione*", a nulla rilevando, peraltro, la circostanza che l'associazione avrebbe potuto raggiungere il medesimo risultato vantaggioso anche senza l'apporto fornito dall'agente. Sotto il *profilo soggettivo*, ha ricostruito l'elemento psicologico, ancora una volta in linea con le indicazioni della sentenza *Mannino*, come *dolo diretto*, nel senso "*della coscienza e volontà, che l'agente deve avere, di dare il proprio contributo al conseguimento degli scopi dell'associazione, tramite il rapporto col soggetto qualificato*". Osservano in particolare i giudici di legittimità che "*occorre che il dolo*

Ciò posto, e passando alla seconda riflessione critica, appare evidente che le numerose sentenze adottate dalla Corte Costituzionalein materia di carcerazione preventiva, e più in generale di applicazione costituzionalmente orientata delle misure cautelari, rappresentino il consolidamento di un indirizzo giurisprudenziale, che offre – in un panorama di insieme più ampio – la possibilità di meditare sui rapporti tra giudice costituzionale e Parlamento, nonché tra Corte e magistratura ordinaria. A riguardo è stato significativamente detto che il sistema di custodia cautelare si pone come "crocevia" delle relazioni tra Corte, giudici e legislatore[33].

La Consulta ripristina un circuito virtuoso nel sistema, in cui il principio di separazione dei poteri, garantito dai meccanismi di "pesi e contrappesi" scolpiti nella Costituzione, torna a rappresentare la linea guida essenziale - peraltro in una momento storico caratterizzato da una preoccupante crisi istituzionale oltre che economica[34] -.

Non v'è alcun dubbio che il legislatore, rendendosi interprete anche del sentimento di riprovazione sociale nei confronti di determinate forme di criminalità, abbia il potere discrezionale nella tipizzazione della casisticaconnessa alle modalità di privazione della libertà personale. Tuttavia al fine di conseguire simili obiettivi, la politica criminale non può orientarsi verso un utilizzo distorto dellostrumento cautelare, perseguendo finalità general-preventive, che nel disegno costituzionale dovrebbero invece essere riservate esclusivamente alla sanzione penale. La gravità astratta del reato, considerata sia in relazione alla misura della pena, sia in rapporto al rango e alla specie dell'interesse tutelato, non può postulare esigenze cautelari affrontabili esclusivamente con la massima misura possibile: una soluzione siffatta oltre che irragionevole e sproporzionata sul piano costituzionale, reca con sé preoccupanti ripercussioni anche sul problema del sovraffollamento carcerario.

Sul versante delle relazioni tra Corte costituzionale e giudici comuni, il ripristino del potere di valutazione in concreto da parte dell'organo giudicante delle esigenze cautelari contribuisce a fornire tutti gli elementi di fatto necessari affinché la soluzione normativa scrutinata possa considerarsi ragionevole. Entro questo schema e sulla base di quelle regole di esperienza, che

---

investa sia il fatto tipico oggetto della previsione incriminatrice, sia il contributo causale recato dalla condotta dell'agente alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione, agendo il soggetto, nella consapevolezza e volontà di recare un contributo alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio". Nella sentenza si precisa altresì che "*non rileva accertare perché l'agente abbia agito nel modo rilevante ex art. 110 e 416 o 416 bis cp*", essendo al contrario "*sufficiente e decisivo dimostrare, con ragionamento completo e logico, quello che le Sezioni Unite hanno definito il 'doppio coefficiente psicologico', ossia quello che deve investire, perché possa dirsi sussistente il reato, il comportamento dell'agente e la natura di esso come contributo causale al rafforzamento dell'associazione*" (cfr. Cass., Sez. V, 9 marzo 2012, dep. 24 aprile 2012, n. 15727, in *C.E.D.*).

[33] P. ZICCHITTU, *La conformità a costituzione della custodia cautelare in carcere tra corte, legislatore e giudici comuni*(*nota a Corte costituzionale sentenza 331/2011*), in *www.rivistaaic.it*,14 marzo 2012, n. 2/2012.

[34] Per una lettura critica di tale profilo, cfr. S. STAIANO, *Politica e Giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli*, pubblicato in *federalismi.it*, n. 11/2013, 29 maggio 2013.

soltanto l’applicazione giurisprudenziale è in grado di fornire, può configurarsi una risposta più efficace nel segno delle garanzie costituzionali.