

FEDERICA CENTORAME

*Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi “Roma Tre”*

## Associati di mafia, carcere cautelare obbligatorio e (in)eccepibilità costituzionale

### *Mafia members, compulsory pre-trial detention and constitutional (un)exceptionability*

Con la pronuncia in commento, la Corte costituzionale ha rimandato al mittente le censure di incostituzionalità in ordine alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere ancora prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p. per gli indiziati di mafia. Un'occasione perduta per abbandonare definitivamente discutibili impostazioni sociologiche quali argomenti a sostegno della perdurante ragionevolezza del carcere cautelare obbligatorio *ratione criminis*.

*With the judgement in question, the Constitutional Court has returned back to the sender all the objections of unconstitutionality about the irrebuttable presumption of adequacy of preventive detention still fixed by article 275, comma 3, c.p.p. for the mafia members suspected. A lost opportunity to finally overcome any controversial sociological model as an argument to affirm the rationality of compulsory pre-trial detention ratione criminis.*

#### ADEGUATEZZA PRESUNTA DELLA MISURA CUSTODIALE E OBIEZIONI DI INCOSTITUZIONALITÀ: “A NEVER-ENDING STORY”

Davvero una “storia senza fine”<sup>1</sup> quella degli interpelli di costituzionalità relativi al meccanismo presuntivo contenuto nell'art. 275, comma 3, c.p.p. Una sorta di perenne insoddisfazione qualitativa che, suggestivamente, induce a rinvenire proprio in quest'ultima disposizione normativa il segno tangibile del costante, problematico rapporto tra presunzioni cautelari di pericolosità e principi costituzionali<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Si tratta, come noto, di interrogativi e responsi costituzionali susseguirsi lungo tutto il corso delle varie formulazioni legislative della disposizione suddetta, nonché del suo diretto antecedente (art. 253) all'interno del codice di procedura penale del 1930. A titolo riepilogativo, al riguardo, cfr. C. cost., sent. 4 maggio 1970, n. 64, in *Giur. cost.*, 1970, p. 663 ss.; Id., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2835 ss.; C. cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Guida dir.*, 2010, cit., con nota di S. Lorusso, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*; in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 949, con nota di P. Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*; in *Legisl. pen.*, 2010, p. 4, con commento di E. Marzaduri, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*; in *Giust. pen.*, 2010, p. 225, con commento di G. Spangher, *La “neutralizzazione” della pericolosità sociale. Prime riflessioni*. C. cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3722, con note di A. Marandola, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?* e di T. Rafaraci, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*. C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2965, con osservazioni di A. Marandola, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni Unite* e di L. Scomparin, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*. C. cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1619, con riflessioni di G. Giostra, *Carcere cautelare obbligatorio: la campana della Corte costituzionale, le stecche della Cassazione, la sordità del legislatore*; in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 671, con nota di G. Di Chiara, *Custodia in carcere e rigidi automatismi: prosegue la sequenza delle declaratorie di incostituzionalità*. C. cost., 29 marzo 2013, n. 57, in *Giur. cost.*, 2013, p. 885, con commento di A. Marandola, *Sull'(in)adeguatezza della custodia inframuraria applicata ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero il punto di «non ritorno» degli automatismi in sede cautelare*. C. cost., sent. 18 luglio 2013, n. 213, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 luglio 2013. C. cost., sent. 23 luglio 2013, n. 232, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2013, p. 625, su cui, per un commento, v. N.E. La Rocca, *La cattura obbligatoria tra scure della Corte costituzionale e inerzia colpevole del legislatore*, in *Arch. pen.*, n. 3, settembre-dicembre 2013. C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 48, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2015, con nota di G. Leo, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*.

<sup>2</sup> In ambito scientifico, cfr., ex multis, C. Iasevoli, *Politica della sicurezza, presunzione processuale e Costituzione*, in *Critica del diritto*, 2013, p. 56 ss.; M. Gialuz, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie costituzionali*, in *questa Rivista*, 2013, n.

Può spiegarsi in questi termini, infatti, la cangiante fisionomia della richiamata previsione legislativa che, come noto, istituisce attualmente un duplice regime cautelare differenziato per tipologie d'autore. L'uno, rivolto alle fattispecie delittuose ivi inglobate dalla legislazione securitaria degli ultimi tempi<sup>3</sup>, e caratterizzato da una doppia presunzione *iuris tantum*, sia in punto di sussistenza delle esigenze cautelari, sia circa l'adeguatezza della misura carceraria; l'altro, riservato ai soli crimini eversivi e mafiosi, in forza del quale, accanto alla presunzione relativa in ordine ai *pericula libertatis*, è previsto un automatismo *iuris et de iure* anche rispetto alla esclusiva idoneità della custodia in carcere a fronteggiare le esigenze cautelari presupposte.

Proprio a quest'ultima ipotesi si riferisce l'ennesimo interrogativo costituzionale sollevato in ordine al sopra citato art. 275, comma 3, c.p.p.

Una volta in più, a scomodare l'intervento della Consulta, sono stati i giudici d'appello di Torino, i quali, dinanzi alla impossibilità, *ratione legis*, di accogliere l'istanza difensiva di sostituzione della misura carceraria con quella degli arresti domiciliari nei confronti di soggetto già condannato in secondo grado per il reato di cui all'art. 416-bis c.p., hanno prospettato una nuova questione di legittimità dell'art. 275, comma 3, c.p.p., per l'appunto, «nella parte in cui, nel prevedere che quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-bis c.p. è applicata la misura della 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». Un estremo tentativo demolitorio, mirato, stavolta, a debellare anche in favore degli indiziati di associazione mafiosa la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria che, come ben noto, era uscita indenne pure dalla recente opera di *restyling* del sistema cautelare effettuata con L. 16 aprile 2015, n. 47<sup>4</sup>.

Così, facendo leva, tra l'altro, proprio sulle innovazioni tecniche apportate dalla citata legge n. 47 del 2015 con riferimento ai criteri applicativi delle cautele personali, la Corte rimettente si è fatta carico di suggerire un cambio di passo nella perdurante rigidità dell'automatismo presuntivo rivolto agli indagati ai sensi dell'art. 416-bis c.p., reputata ormai non più confacente ad un ordinamento che si «muov[e] nel senso di un rafforzamento del principio di adeguatezza e, in ossequio ai valori costituzionalmente garantiti, della necessità della massima attenzione nella valutazione del *periculum libertatis*, delineando il carcere come misura eccezionale in quanto lesiva nel massimo grado della libertà personale»<sup>5</sup>.

Invero, a colpire soprattutto l'attenzione è l'approccio di spiccata concretezza con cui, nell'argomentare sulla rilevanza dell'interposto interrogativo costituzionale, i giudici rimettenti hanno operato il vaglio prognostico di attenuata pericolosità dell'istante. Valorizzando, a tal fine, taluni profili circostanziali ed esclusivi della specifica vicenda esaminata, come il lungo periodo di carcerazione già subita

6, p. 111 ss.; G. Leo, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 gennaio 2014; S. Longo, *Illegittimità costituzionale delle presunzioni in materia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3335 ss. 139. A livello monografico, sul tema, sia consentito rinviare a F. Centorame, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Torino, 2016, spec. p. 131 ss.

<sup>3</sup>Il riferimento è, in particolare, al D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale nonché di atti persecutori», in *Gazz. Uff.*, 24 aprile 2009, n. 95 e alla L. 15 luglio 2009, n. 94, che ha introdotto «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica», in *Gazz. Uff.*, 24 luglio 2009, n. 170. In dottrina, su tali riforme e sugli effetti dalle stesse prodotte sul regime applicativo della custodia cautelare in carcere, v., tra i tanti, G. Andreazza, *L'ennesima modifica dell'art. 275, comma 3, c.p.p. tra precari equilibri costituzionali e applicazioni in atto*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3342 ss.; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere*, in *Guida dir.*, 2009, n. 10, p. 45 ss.; T.E. Epidendio, *Presunzioni e misure cautelari*, in S. Corbetta-A. Della Bella-G.L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e sicurezza pubblica*, Milano, 2009, p. 405 ss.; 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, p. 948 ss.; S. Lorusso, «Decreto sicurezza» e processo penale, in *Studium iuris*, 2009, p. 623; E. Marzaduri, *Il ricorso alla decretazione d'urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*, in *Guida dir.*, 2009, n. 10, p. 39; P. Moscarini, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 227 ss.; A. Scaglione, *I pacchetti "sicurezza" del 2009: profili processuali. Prospettive de iure condendo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 447 ss.; F. Zacché, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in O. Mazza-F. Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, p. 283 ss.

<sup>4</sup>Per l'esattezza, la L. 16 aprile 2015, n. 47, recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazione di gravità», in *Gazz. Uff.*, 23 aprile 2015, n. 94, ha lasciato inalterato il regime presuntivo di massimo rigore per tre sole fattispecie delittuose, ossia quella di cui all'art. 416-bis c.p. – che rileva specificamente in questa sede – e quelle di cui agli artt. 270 e 270-bis c.p. Per un ampio commento alla legge di riforma, si rinvia per tutti, a T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari*, Torino, 2015.

<sup>5</sup>Testualmente, App. Torino, sez. II, 14 giugno 2016, n. 181, in *Gazz. Uff.*, n. 39 del 28.9.2016.

dall'imputato, il ruolo non apicale ricoperto da quest'ultimo, l'assenza a proprio carico di reati-fine e il suo *status* di incensuratezza<sup>6</sup>. Un atteggiamento di forte empirismo che, esaltando le doti valutative della discrezionalità giudiziale, si scontra frontalmente con il fenomeno presuntivo, caratterizzato, invece, da logiche astratte, aprioristiche e indiscriminate. A netto discapito della libertà di auto-determinazione dell'organo giurisdizionale.

Comprensibile, allora, in tale ottica, il triplice sospetto di incostituzionalità della residua presunzione contenuta nell'art. 275, comma 3, c.p.p., inidonea – secondo il giudice *a quo* – a reggere il confronto sia con il canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., atteso che, per la sua natura assoluta, il meccanismo presuntivo in discorso è suscettibile di assoggettare ad un medesimo regime cautelare situazioni che pure possono presentarsi diverse sotto il profilo oggettivo e soggettivo della singola condotta partecipativa; sia con i principi di proporzionalità e minor sacrificio necessario della libertà personale, evidentemente inconciliabili con un modulo di coercizione processuale inderogabile oltre che massimamente afflittivo; sia, infine, con la presunzione di non colpevolezza scolpita nell'art. 27, comma 2, Cost., dal momento che, rendendo l'incarcerazione un riflesso automatico<sup>7</sup> (ed inconsulto) del solo titolo di reato contestato, il regime presuntivo di massimo rigore finisce per alterare irrimediabilmente la fisionomia ortodossa della custodia cautelare. Attribuendole, piuttosto, una inopinata funzione anticipatoria della pena<sup>8</sup>.

Una sollecitazione ermeneutica, quella proveniente dai giudici *a quibus*, resa vieppiù intraprendente dal formale invito rivolto alla stessa Corte costituzionale a «rivede[re] e rimodula[re]»<sup>9</sup> i propri autorevoli *diktat* sul carattere indissolubile del vincolo associativo tipico della fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p. che, nella malintesa ottica sinora privilegiata dalla Consulta, ne giustificerebbe il trattamento cautelare deteriore anche rispetto a fenomenologie criminose contigue quali l'agevolazione mafiosa ed il concorso esterno nell'organizzazione criminale<sup>10</sup>.

#### LA PERICOLOSITÀ MAFIOSA TRA OPZIONI CRIMINOLOGICHE E REFRAINS COSTITUZIONALI

Senonché, smorzando l'enfasi riformista del Collegio torinese, i giudici costituzionali hanno prescelto la via (più agevole) della conservazione "auto-referenziale", e, nel dichiarare infondata la *quaestio legitimitatis*, hanno ribadito, ancora una volta, che «l'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso implica, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, un'esigenza cautelare che può essere soddisfatta solo con la custodia in carcere, non essendo le misure "minori" sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza in modo da neutralizzarne la pericolosità»<sup>11</sup>.

È il solito *refrain* secondo cui rispetto al normotipo dell'associato all'organizzazione mafiosa, la specificità del vincolo solidale, «capace di rimanere inalterato nonostante le vicende personali»<sup>12</sup> del singolo partecipe, appare in grado di fornire una «congrua "base statistica"»<sup>13</sup> alla presunzione *iuris et de iure* di pericolosità dell'indiziato, così da giustificare sempre, o, comunque con una certa regolarità, il parti-

<sup>6</sup>Cfr., App. Torino, sez. II, 14 giugno 2016, n. 181, cit.

<sup>7</sup>La perifrasi è ripresa da P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 142, il quale, proprio riferendosi al congegno presuntivo di tipo assoluto stabilito dall'art. 275, comma 3, c.p.p., osserva che per tale via «la limitazione della libertà personale diventa insomma il naturale riflesso dell'imputazione, così come la pena rappresenta la naturale conseguenza della condanna».

<sup>8</sup>In dottrina, sul punto, v. E. Marzaduri, *Misure cautelari (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 7, secondo cui, nella fattispecie presuntiva in esame, la coercizione processuale si traduce in una «sostanziale anticipazione del trattamento sanzionatorio, in quanto l'unico "substrato" in positivo del provvedimento cautelare è dato dall'accertamento della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza».

<sup>9</sup>Così, App. Torino, sez. II, 14 giugno 2016, n. 181, cit.

<sup>10</sup>Il riferimento è, come noto, alle due ultime declaratorie di incostituzionalità dell'art. 275, comma 3, c.p.p., rese con le pronunce nn. 57/2013 e 48/2015, rispettivamente, l'una, relativa alla presunzione assoluta di adeguatezza per i delitti aggravati dal metodo mafioso o dalla finalità di agevolazione mafiosa (C. cost., sent. 29 marzo 2013, n. 57, cit.); l'altra, concernente il medesimo automatismo del tipo *iuris et de iure* a carico degli indiziati di concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso (C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 48, cit.)

<sup>11</sup>In questi termini, C. cost., ord. 12 giugno 2017, n. 136, in motivazione.

<sup>12</sup>Testualmente, C. cost., ord. 12 giugno 2017, n. 136, cit.

<sup>13</sup>Si tratta di una formula utilizzata a più riprese dalla Consulta nelle molteplici pronunce rese in tema di presunzioni di pericolosità. *Ex multis*, v. C. cost., sent. 29 marzo 2013, n. 57, cit.; Id., sent. 22 luglio 2011, n. 231, cit.

colare giudizio di valore imposto *ex ante* dal legislatore e sottratto alla discrezionalità del giudice.

Del resto, nell'impostazione patrocinata dai giudici costituzionali, è proprio la ricorsività di un tale assunto, utilizzato in ciascuna delle molteplici declaratorie di incostituzionalità dell'art. 275, comma 3, c.p.p. a fini comparativi tra la singola ipotesi delittuosa di volta in volta scrutinata e la fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p.<sup>14</sup>, ad attestarne l'intrinseca, invariabile validità. Quasi che, beffardamente, oltre a svolgere il ruolo di indice di valutazione della legittimità dei meccanismi presuntivi, la regola dell'*id quod plerumque accidit* valga, in fondo, anche a misurare la resistenza persuasiva degli stessi responsi costituzionali.

A ben vedere, però, un'obiezione va subito fatta ed attiene proprio al *modus operandi* con cui, nell'ordinanza che si annota, la Corte costituzionale ha ritenuto di poter tacitare i dubbi di legittimità sollevati dai giudici rimettenti. Un "riciclo" inappagante di precedenti *obiter dicta* i quali scontano il difetto d'origine di essere sempre stati spesi al solo fine di giustificare l'evidente difformità strutturale tra fattispecie criminose monosoggettive o di mera contestualità mafiosa ed il modello normativo "puro" descritto dall'art. 416-bis c.p.<sup>15</sup> Una tecnica argomentativa, quest'ultima, che, peraltro, stride a dir poco anche con la stessa scelta processuale in favore di un'ordinanza di manifesta infondatezza della presente eccezione di incostituzionalità.

Come noto, infatti, tale formula decisoria viene, il più delle volte, adoperata qualora la specifica questione esaminata dalla Corte possa essere rigettata *ictu oculi* sulla base di decisioni precedenti su casi analoghi, le cui *rationes decidendi* si prestino ad essere estese alla nuova questione<sup>16</sup>. In prospettiva esattamente antitetica, invece, nell'ipotesi di cui si discute, il profilo rilevante ai fini risolutivi della *quaestio* sembra essere proprio quello della marcata antinomia tra le fattispecie delittuose via via considerate nelle pregresse declaratorie di incostituzionalità e quella di cui all'art. 416-bis c.p. Così da far apparire, perlomeno, fuorviante la tecnica decisoria prescelta dalla Consulta.

Invero, alludendo al delitto di associazione di stampo mafioso quale *tertium comparationis* dello scrutinio di costituzionalità, piuttosto che come specifico oggetto speculativo di quest'ultimo, i giudici costituzionali avevano più volte sottolineato come la natura contingente, episodica e di evento che contraddistingue reati pure odiosi e riprovevoli quali, ad esempio, la violenza sessuale<sup>17</sup> e l'omicidio volontario<sup>18</sup>, nonché quelli commessi al fine di agevolare le attività illecite dell'organizzazione criminale<sup>19</sup> ne attestasse chiaramente l'irriducibile diversità rispetto alla condotta descritta dal citato art. 416-bis c.p. il quale integra, invece, un «delitto di pericolo a carattere permanente, che implica un vincolo "totalizzante" di adesione ad un sodalizio caratterizzato da una particolare forza intimidatrice e da elevato grado di "diffusività" nel contesto ambientale, tali da porre a rischio, per comune sentire, primari beni individuali e collettivi»<sup>20</sup>.

Per cui appare alquanto sbrigativo (ri)proporre pedissequamente, nel caso di specie, siffatte argomentazioni di intento classificatorio, senza operare *ex novo* un vero e proprio "giudizio di fatto"<sup>21</sup>, in termini di rispondenza alla realtà<sup>22</sup>, del regime presuntivo di massimo rigore riservato agli indiziati di mafia; controllandone, cioè, i presupposti empirico-fattuali<sup>23</sup> con riferimento immediato e diretto alla

<sup>14</sup> V. *supra*, nota 2.

<sup>15</sup> Secondo un «equilibrio ortoforico: irragionevole la presunzione ove riferita ai reati oggetto di scrutinio, ma, nel contempo, ragionevole la stessa presunzione, se riferita al delitto di cui all'art. 416-bis c.p.», così, R. Adorno, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare obbligatorio: cade la presunzione assoluta anche per i reati di "contesto mafioso"*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2408.

<sup>16</sup> Cfr. T. Groppi, *Le ordinanze di manifesta infondatezza e di manifesta inammissibilità*, in R. Rombi (a cura di), *Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni*, in *Foro it.*, V, 1998, p. 149.

<sup>17</sup> C. cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, cit.

<sup>18</sup> C. cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, cit.

<sup>19</sup> C. cost., sent. 29 marzo 2013, n. 57, cit.

<sup>20</sup> Testualmente, C. cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, cit.

<sup>21</sup> Sul concetto di "giudizio di fatto" nell'ambito dello scrutinio di costituzionalità delle leggi, v. G. Fiandaca, *Sui giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, p. 264 ss.; D. Pulitanò, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss.

<sup>22</sup> In linea con le attuali coordinate del giudizio di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale, che nel «verificare la ragionevolezza delle scelte legislative, differenziatrici od equiparatrici, [si muove ora] attraverso la valutazione della loro adeguatezza rispetto ai contesti di fatto regolati», v. A. Tassi, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale sul sistema processuale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 223.

<sup>23</sup> Critico sul disimpegno speculativo, in tale ambito, della Corte costituzionale, E. Marzaduri, *Law in the books e law in action: la libertà personale tra rispetto della presunzione di non colpevolezza ed anticipata esecuzione delle sanzioni detentive*, in *www.lalegislazonepenale.eu*, 19 settembre 2016, il quale addebita ai giudici della Consulta di rimanere «su di un livello di pericolosa ed



fattispecie incriminatrice di cui al citato art. 416-bis c.p.<sup>24</sup> Uno *strict scrutiny*<sup>25</sup> tanto più esigibile a fronte della cennata dovizia di particolari con cui il collegio rimettente ha delineato il quadro storico retrostante all'attuale *quaestio de legitimitate*. Indirizzando, per tale via, il sindacato del Giudice delle leggi verso un oculato apprezzamento dei possibili profili di «eterogeneità interna alla fattispecie»<sup>26</sup> associativa attenzionata.

Il che, sotto il profilo delle formalità di procedura costituzionale, avrebbe, allora, potuto tradursi quantomeno in una «compromissoria» sentenza interpretativa di rigetto della questione.

Invero, non appare azzardato sostenere che, proprio valorizzando i cospicui dati fattuali evidenziati dal giudice *a quo*, la Consulta avrebbe forse potuto trarne lo spunto per fornire un'interpretazione «storica» della norma scrutinata, volta a consentire all'organo rimettente di modulare gli effetti della medesima disposizione normativa tenendo conto delle peculiarità del caso concreto. Così da garantire il rispetto del canone costituzionale di ragionevolezza all'interno della vicenda introduttiva del giudizio<sup>27</sup>; senza espungere dall'ordinamento, con efficacia *erga omnes*, la previsione legislativa sospetta.

Ciò nondimeno, riferendosi in chiave risolutoria del quesito ai soli connotati normativi del vincolo associativo mafioso<sup>28</sup>, i giudici della Consulta sono, invece, rimasti fedeli ad un'impostazione di carattere eminentemente criminologico, in forza della quale è proprio lo «stato di eccezione permanente»<sup>29</sup> generato dalla criminalità mafiosa a rendere costituzionalmente ineccepibile l'obbligo di custodia cautelare in carcere per gli indagati a tale titolo. Insomma, una sorta di legittimazione costituzionale *ratione materiae*, del tutto scevra dal riferimento all'esperienza concreta delle vicende giudiziarie e affidata, piuttosto, ad approssimazioni statistiche se non addirittura sociologiche<sup>30</sup>.

#### INSIDIE ARGOMENTATIVE E INCONGRUENZE DI PRINCIPIO NEL RESPONSO DELLA CONSULTA

Ad orientare verso un giudizio vieppiù critico attorno alla pronuncia annotata sono ulteriori falle rinvenibili nel percorso argomentativo che ha condotto la Consulta al rigetto della presente questione di costituzionalità.

Il riferimento è, nello specifico, al passaggio motivazionale in cui, rispondendo all'acuta provocazione del Collegio *a quo*<sup>31</sup>, i giudici costituzionali hanno recisamente sottolineato che «la diversa graduazione di gravità e pericolosità tra le condotte dei singoli appartenenti all'associazione rileva ai [soli] fini della determinazione della pena da irrogare in concreto, ma non incide, [invece], sulle esigenze cautelari, perché anche la semplice partecipazione è idonea, per le connotazioni criminologiche del fenomeno mafioso, a giustificare la presunzione sulla quale si basa [il meccanismo coercitivo obbligatorio delineato dall'art. 275, comma 3, c.p.p.]»<sup>32</sup>.

inaccettabile approssimazione, non registrandosi alcun tentativo di indagine volto a dare realmente conferma dell'esistenza di quegli aspetti ricorrenti che dovrebbero legittimare l'ordinaria configurabilità di un *periculum* di massima entità».

<sup>24</sup>Al riguardo, v. A. Alberico, «Giudizi di fatto» e contiguità mafiosa nella recente giurisprudenza costituzionale, in *Cass. pen.*, 2014, p. 515.

<sup>25</sup>L'espressione è di V. Manes, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 154.

<sup>26</sup>Sul punto, M. Gialuz, *Gli automatismi cautelari*, cit., p. 115; D. Negri, *Sulla presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2842.

<sup>27</sup>Come noto, infatti, tali pronunce costituzionali creano un vincolo persuasivo di tipo endoprocessuale e, cioè, solo nei riguardi del giudice che ha sollevato la *quaestio legitimitatis*. In dottrina, *ex multis*, v. E. Lamarque, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo. (Un'indagine sul «seguito» delle pronunce costituzionali)*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 685.

<sup>28</sup>Come si legge nell'ordinanza annotata, infatti, ciò che rileva ai fini della soluzione del dilemma costituzionale è che il delitto di cui all'art. 416-bis c.p. è «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 fini illeciti».

<sup>29</sup>Così, P.P. Paulesu, *Reati di mafia e automatismi cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1498.

<sup>30</sup>Per tale rilievo, volendo, F. Centorame, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, cit., p. 187.

<sup>31</sup>Facendosi notare, segnatamente, che fosse «lo stesso legislatore ad effettuare una prima differenziazione di posizioni laddove prevede pene edittali differenti per i meri partecipi e per le posizioni apicali, di talché già da questo dato risulta incongruente che sia prevista per tutti tali soggetti indiscriminatamente in via di presunzione assoluta la medesima misura cautelare», così, App. Torino, sez. II, 14 giugno 2016, n. 181, cit.

<sup>32</sup>Così, C. cost., ord. 12 giugno 2017, n. 136, cit., in motivazione.

A prima vista, potrebbe sembrare un assunto pure condivisibile alla luce della finalizzazione «non solo punitiva ma anche, e soprattutto, preventiva»<sup>33</sup> che connota la tipicità della fattispecie criminosa di cui all'art. 416-bis c.p., normativamente modellata in funzione impeditiva della commissione dei reati-fine programmati dall'associazione<sup>34</sup>. Per cui, facilitando al massimo l'adozione dei provvedimenti cautelari, il *favor praesumptionis* mostrato in tal caso dalla Corte costituzionale parrebbe perfettamente in linea con il sistema strategico integrato<sup>35</sup>, punitivo e preventivo, di contrasto alla criminalità organizzata.

Ad uno sguardo più attento, tuttavia, non sfugge che col negare qualsiasi incidenza, in fase cautelare, alla diversa gravità e pericolosità delle singole condotte partecipative, i giudici costituzionali hanno esplicitamente riconosciuto l'esistenza di innumerevoli «sotto-fattispecie reali»<sup>36</sup> all'interno della macro-categoria criminale dell'associazione di stampo mafioso. Tradendo, per tale via, proprio l'intrinseca irragionevolezza del regime presuntivo assoluto oggetto di scrutinio.

D'altronde, è innegabile che attraverso una eccessiva dilatazione del raggio di operatività di automatismi normativi e presunzioni legali, «la relativa base empirica si sfalda» e, conseguentemente, gli stessi «perd[ono] la capacità di assicurare una accettabile frequenza delle corrispondenze tra caratteristiche del caso concreto e previsione astratta»<sup>37</sup>.

È quanto accade rispetto alle molteplici diramazioni soggettive in cui si articola l'*affectio societatis*: dalle posizioni di vertice e promozione del sodalizio criminoso, a forme di partecipazione più marginale o di semplice fiancheggiamento all'organizzazione criminale, sino addirittura a condotte inattive di mera autoproclamazione della qualità di affiliato<sup>38</sup>. Una varietà fenomenica indeterminabile che si materializza, indubbiamente, in contributi criminali diversificati sotto il profilo dell'entità e, dunque, espressivi, nel caso concreto, di livelli altrettanto differenti di pericolosità sociale<sup>39</sup>. Così da rendere, in simili ipotesi, quantomeno incerto il fondamento empirico della presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere. Il che, secondo l'autorevole insegnamento della stessa Corte costituzionale, già basterebbe a dimostrarne il carattere arbitrario ed irragionevole, proprio perché denota *per tabulas* l'esistenza di «accadimenti reali contrari alla generalizzazione»<sup>40</sup> posta a base del meccanismo presuntivo in esame. Ma v'è di più.

Oltre che per l'attitudine inavvertitamente "autolesiva" della tesi patrocinata dalla Consulta, il rilievo circa la diversa incidenza, a fini sanzionatori e cautelari, delle eterogenee manifestazioni adesive al sodalizio mafioso convince poco in quanto rischia di risolversi in un inopinato *placet* all'arretramento degli scopi di intimidazione ed esemplarità sociale dalla sede punitiva a quella di coercizione processuale<sup>41</sup>.

Invero, affermando che il disvalore concreto delle singole condotte partecipative determina per l'imputato ai sensi dell'art. 416-bis c.p. una diversa modulazione delle conseguenze afflittive a proprio

<sup>33</sup> In questi termini, M. Daniele, *I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 114.

<sup>34</sup> Cfr. R. Orlandi, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 570. In generale, per un'ampia disamina sulla specificità della disciplina sostanziale e processuale in materia di criminalità mafiosa, cfr. A. Bargi (a cura di), *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013.

<sup>35</sup> In tal senso, P.P. Paulesu, *loc. cit.*, p. 1498.

<sup>36</sup> L'espressione è di R. Adorno, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare obbligatorio*, cit., p. 2408.

<sup>37</sup> In senso del tutto condivisibile, G. Leo, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2011.

<sup>38</sup> Secondo il più recente indirizzo della giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. II, 10 maggio 2017, n. 27394, in *www.ilpenalista.it*), infatti, «ai fini dell'integrazione della condotta di partecipazione all'associazione di tipo mafioso storico – da qualificarsi come reato di pericolo presunto – non è necessario che ciascuno dei membri del sodalizio si renda protagonista di specifici atti esecutivi della condotta criminosa programmata, perché il contributo del partecipe può essere costituito anche dalla sola sua dichiarata adesione all'associazione con la c.d. messa a disposizione». Nello stesso senso, Cass., sez. V, 6 novembre 2015, n. 6882, in *CED Cass.*, rv. 266064; Id., sez. V, 5 giugno 2013, n. 49793, *ivi*, rv. 257826.

<sup>39</sup> Cfr. R. Adorno, *L'inarrestabile irragionevolezza*, cit., p. 2414 s.; M. Daniele, *I vizi degli automatismi*, cit., p. 114; M. Gialuz, *Gli automatismi cautelari*, cit., p. 115 s.

<sup>40</sup> La perifrasi, utilizzata in generale nell'ambito del sindacato di ragionevolezza delle presunzioni legali assolute che incidano su diritti fondamentali della persona, (*ex multis*, C. cost., sent. 16 aprile 2010, n. 139, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1643, con nota di P. Sechi, *Condannati presunti abbienti e patrocinio a spese dello Stato*), si rinviene ripetutamente anche nelle diverse declaratorie di incostituzionalità dell'art. 275, comma 3, c.p.p. e, da ultimo, in C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 48, cit.)

<sup>41</sup> Lungimiranti, in proposito, le osservazioni di G. Illuminati, *Presunzione di innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 922, il quale, anzitempo, denunciava lo «spostamento delle finalità di prevenzione e di intimidazione, in maniera pronta ed esemplare, all'interno del giudizio penale». In senso analogo, più di recente, E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 22 ss.

carico solo in punto di pena e non già rispetto alla graduazione della singola risposta cautelare, si finisce per consentire che la limitazione della libertà personale sofferta *ante iudicium* e, quindi, in costanza della presunzione di innocenza, possa essere, in linea di principio, più gravosa ed esemplare di quella disposta all'esito di un accertamento definitivo e ufficiale di responsabilità<sup>42</sup>. Un'incongruenza, quest'ultima, che, per un verso, strida a dir poco con il canone di proporzionalità sancito dall'art. 275, comma 2, c.p.p., il quale, come noto, istituisce un triplice canale di collegamento tra cautela, fattispecie concreta e pena irroganda<sup>43</sup> al precipuo fine di «ridu[rr]e significativamente il rischio (...) di infliggere all'imputato un sacrificio ingiusto»<sup>44</sup> del bene fondamentale. Per altro verso, favorendo la massima afflittività possibile della vicenda incidentale *de libertate*, sembra riesumare surrettiziamente un infelice assunto sostenuto in passato dagli stessi giudici costituzionali, e cioè quello circa l'estraneità del principio della presunzione di non colpevolezza «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»<sup>45</sup>. Un artificio verbale idoneo a giustificare non solo l'assimilazione, bensì anche il trattamento deteriore dell'indagato *in vinculis* rispetto al colpevole<sup>46</sup>.

#### PARTECIPAZIONI MAFIOSE INATTIVE E RAGIONEVOLE GRADUAZIONE DEI PERICULA LIBERTATIS

Altrettanto malfermo l'appiglio ermeneutico che l'ordinanza in commento sembra rinvenire nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul noto *affaire Pantano*.

Basti rammentare che, in quell'occasione, pur riconoscendo le peculiarità strategiche della lotta contro il «flagello» mafia, i giudici sovranazionali ebbero a giustificare nei confronti degli indiziati ai sensi dell'art. 416-bis c.p. il ricorso a presunzioni legali di pericolosità solo se in forma non assoluta e, dunque, purché suscettibili di essere contraddette dalla prova contraria<sup>47</sup>. Una precisa indicazione di metodo, quest'ultima, che, lungi dal rafforzare l'avallo costituzionale al meccanismo presuntivo oggetto del presente scrutinio, rende semmai viepiù censurabile l'attuale fisionomia dell'automatismo cautelare stabilito dall'art. 275, comma 3, c.p.p. per gli indiziati di mafia.

A pensarci bene, infatti, il congegno presuntivo in discorso si rivela doppiamente irrispettoso del modello derogatorio tollerato, sia pure in via eccezionale, in sede europea.

Invero, oltre che sullo specifico fronte di stretta necessità della sola custodia carceraria, la presunzione legale di pericolosità operativa nel caso di specie sembra risolversi in un congegno sostanzialmente assoluto e, quindi, invincibile anche in punto di sussistenza delle esigenze cautelari presupposte a carico dell'indiziato ai sensi dell'art. 416-bis c.p. E, in un certo senso, ne appare ben conscia la stessa Corte costituzionale, laddove afferma che, nell'ipotesi attenzionata dalla *quaestio legitimitatis*, al di là delle specifiche condotte dei diversi associati e dei ruoli da loro ricoperti nell'organizzazione criminale, «il dato che rileva, e che sotto l'aspetto cautelare li riguarda tutti ugualmente, è costituito dal tipo di vincolo che li lega nel contesto associativo»<sup>48</sup>.

Ciò significa che per vincere la presunzione formalmente relativa in ordine ai *pericula libertatis* occor-

<sup>42</sup> In senso analogo, R. Orlandi, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p. 134.

<sup>43</sup> Cfr. A. De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in A. Scalfati (a cura di), *Misure cautelari*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. IV, t. II, Torino, 2008, p. 84 ss.

<sup>44</sup> Così, M. Ceresa-Gastaldo, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 luglio 2014. In tal senso, già E. Marzaduri, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato e attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 223.

<sup>45</sup> Così, C. cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, cit.

<sup>46</sup> Come correttamente rilevato da C. Fiorio, *La presunzione di non colpevolezza*, in G. Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, p. 134, l'operatività della presunzione contenuta nell'art. 27, comma 2, Cost., impone, invece, che «ad ogni titolo privativo della libertà personale segua una particolare tipologia trattamentale, vietando di conseguenza, ogni assimilazione tra indagato o imputato e colpevole».

<sup>47</sup> Secondo Corte e.d.u., 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, § 69, infatti, «une présomption légale de dangerosité peut se justifier, en particulier lorsqu'elle n'est pas absolue, mais se prête à être contredite par la preuve du contraire». Per un commento a tale pronuncia, v. G. Mantovani, *Dalla Corte europea una "legittimazione" alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 513 ss.

<sup>48</sup> In questi termini, C. cost., ord. 12 giugno 2017, n. 136, cit., in motivazione.

re fornire la prova – al limite del diabolico – della rescissione di qualsiasi legame tra il soggetto ed il sodalizio criminale di appartenenza<sup>49</sup>. Una dissociazione integrale e definitiva che, a ben vedere, risulta vieppiù indimostrabile soprattutto rispetto a condotte partecipative assai marginali e modeste o, *a fortiori*, di mera adesione nominale e morale alla *societas sceleris* che, come accennato, rientrano, a pieno titolo nella cornice normativa dell'art. 416-bis c.p., pur non estrinsecandosi in comportamenti esteriori di fattiva collaborazione al consorzio criminoso.

Sicché, essendo, in simili ipotesi, sostanzialmente inibita la possibilità di conculcare la presunzione relativa sull'*an* delle esigenze cautelari, parrebbe tutto sommato ragionevole (se non addirittura doveroso) poter graduare nel *quantum* il pericolo paventato<sup>50</sup>. Con conseguente modulazione della risposta cautelare alle specifiche peculiarità del caso concreto.

D'altra parte, è proprio ad una simile esigenza perequativa che i giudici costituzionali si sono recentemente ispirati nell'escludere dall'area di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della misura custodiale la figura del concorrente esterno in associazione mafiosa<sup>51</sup>. Sottolineando, a tal fine, il grado di minore pericolosità che contraddistingue quest'ultimo rispetto all'*intraneus* in quanto «il supporto del concorrente esterno può risultare, in effetti, anche meramente episodico, o estrinsecarsi addirittura in un unico contributo», mentre l'apporto reso dall'associato «è, per definizione, stabile e duraturo nel tempo». Il che, stando all'impostazione privilegiata in quel caso dalla Consulta, renderebbe ingiustificabile «l'omologazione delle diverse modalità concrete con cui il concorso esterno è suscettibile di manifestarsi, ai fini dell'esclusione di qualunque possibile alternativa alla custodia carceraria come strumento di contenimento della pericolosità sociale dell'indiziato»<sup>52</sup>.

Un criterio empirico, quest'ultimo, che, se applicato coerentemente nella vicenda oggetto di scrutinio, avrebbe dovuto indurre la Corte costituzionale a differenziare il trattamento cautelare pure all'interno del nucleo duro costituito dai reati di partecipazione in associazione mafiosa<sup>53</sup>.

Del resto, appare arduo non riconoscere che la pericolosità sociale del concorrente esterno al sodalizio criminale ben può rivelarsi in concreto assai più intensa di quella espressa da un affiliato che abbia semplicemente manifestato la propria adesione morale al sodalizio stesso. L'uno, infatti, fornisce un contributo materiale causalmente orientato alla conservazione o al rafforzamento delle capacità operative dell'associazione e diretto alla realizzazione del programma criminale di quest'ultima<sup>54</sup>; l'altro, invece, dopo aver dichiarato di aderire al *pactum sceleris* nella veste di uomo d'onore<sup>55</sup>, potrebbe anche arrestarsi nel limbo certamente deprecabile, ma pur sempre platonico, delle "idee".

<sup>49</sup> In tal senso, del resto, si esprime anche l'indirizzo di gran lunga prevalente nella giurisprudenza di legittimità: v. Cass., sez. I, 9 novembre 2016, n. 13594, in *CED Cass.*, rv. 269510; Id., sez. V, 14 luglio 2016, n. 52303, *ivi*, rv. 268726; Id., sez. VI, 20 aprile 2016, n. 23012, *ivi*, 267159. Per un quadro di sintesi degli orientamenti interpretativi in *subiecta materia*, v. P. Corvi, *Decisioni in contrasto. Il superamento della presunzione di pericolosità nel caso di applicazione di una misura personale nei confronti di un soggetto gravemente indiziato di associazione mafiosa*, in *questa Rivista*, n. 6, 2016, p. 39.

<sup>50</sup> In questa direzione, peraltro, paiono muoversi anche i giudici di Strasburgo i quali esortano proprio a valorizzare *in bonam partem* l'eventuale ruolo minoritario dell'associato all'interno del sodalizio criminale. Cfr. Corte e.d.u., 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*; Id., 16 novembre 2000, *Vaccaro c. Italia*.

<sup>51</sup> C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 48, cit., che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-bis c.p. è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, rispetto al concorrente esterno nel suddetto delitto, l'ipotesi in cui siano stati acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

<sup>52</sup> Testualmente, Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 48, *loc. ult. cit.*

<sup>53</sup> Per tale condivisibile rilievo, M. Gialuz, *Gli automatismi cautelari*, cit., p. 116.

<sup>54</sup> In tale ottica, il costante orientamento della Corte di cassazione: tra le molte, v. Cass., sez. VI, 18 giugno 2014, n. 33885, in *CED Cass.*, rv. 260178; Id., sez. VI, 24 gennaio 2014, n. 8674, *ivi*, rv. 258807; Id., sez. VI, 5 dicembre 2013, n. 49280, *ivi*, rv. 259137; nonché, già Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 585, con nota di P. Morosini, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*.

<sup>55</sup> V., *supra* nota 32, cui si rinvia per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.