

**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., sez. II, ord. 18.04.2012 \(dep. 11.05.2012\), n. 18563,
Pres. Carmenini, Rel. Di Marzio, ric. Lipari](#)*

di Andrea Alberico

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contrasto interpretativo: la tesi “assolutistica”. – 3. La tesi “relativistica”. – 4. Le prospettive decisorie legate alla specificità dell’aggravante prevista dall’art. 7, l. 203/1991 ed alla natura della presunzione sancita dall’art. 275, comma 3 c.p.p.

Con l’ordinanza che si annota la sesta sezione della Suprema Corte – per certi versi *finalmente* – rimette alle Sezioni unite un quesito di significativa rilevanza pratica, ma con riflessi di interesse anche sul piano teorico.

Il massimo organo nomofilattico, infatti, è chiamato a dirimere una *querelle* interpretativa che, specie in ragione delle dirette implicazioni di matrice costituzionale, investe contemporaneamente istituti del diritto processuale penale e temi classici del penale sostanziale. Pertanto, dietro l’apparente specificità processuale del quesito, si cela una richiesta di chiarimento che dilata oltre le aspettative il perimetro di indagine.

Il tutto in una vicenda che si connota di spiccata singolarità procedurale, atteso l’insolito tragitto compiuto dalla questione, la quale, approdata al vaglio del Primo Presidente, era poi ritornata alla sesta sezione per essere meglio approfondita, salvo poi giungere definitivamente a destinazione innanzi alle Sezioni unite¹. Singolarità che si arricchisce della contemporanea pendenza di un’ulteriore ordinanza di rimessione, nella medesima materia, a tutt’oggi ancora non pubblicata.

¹ Su questo aspetto si rimanda a [G. ROMEO, *Alle Sezioni unite la presunzione di adeguatezza, anche in itinere, della sola custodia in carcere per i delitti di matrice mafiosa, in questa Rivista, 17 maggio 2012*](#): «la questione era già stata rimessa dalla stessa sezione seconda - con ordinanza 14 febbraio 2012, n. 7586 - in diversa composizione, ma con identico relatore; e però il ricorso era stato restituito, non avendo quell’ordinanza considerato, secondo il provvedimento di restituzione del Primo Presidente, quanto sul punto esplicitamente osservato dalla sentenza delle Sezioni unite 31 marzo 2011, n. 27919, [in questa Rivista](#), e cioè che «anche nel momento della sostituzione della misura cautelare giocano le presunzioni (*scil.*: di cui all’art. 275, comma 3, c.p.p.) alle quali si è già fatto cenno nel considerare il momento genetico della misura cautelare».

Di primo acchito, il quesito si colloca sul terreno della procedura penale, atteso che alle Sezioni unite è chiesto di precisare «*se la presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, ex art. 275, comma 3 cod. proc. pen., operi solo in occasione del provvedimento genetico, ovvero riguardi anche le vicende successive che attengono alla permanenza delle esigenze cautelari nel caso di reato aggravato ai sensi dell'art. 7 l. 12.7.1991, n. 203*».

Senonchè, l'ulteriore connotazione sostanzialistica della questione emerge dalla premessa argomentativa puntualizzata dalla sezione rimettente, laddove individua una differenza ontologica tra "l'appartenenza al sodalizio di stampo mafioso" e la mera contestazione della circostanza aggravante di cui all'art. 7, l. 203/91².

A ben vedere, quindi, il suddetto profilo sostanziale assume portata principale e dirimente nella misura in cui impone alle Sezioni unite una riflessione sulla compatibilità costituzionale – *sub specie* ragionevolezza/uguaglianza – della equiparazione, pure compiuta all'interno dell'art. 275, comma 3 c.p.p., tra "due condotte diverse al fine della operatività della presunzione".

La sesta sezione, in altre parole, chiede preliminarmente di fornire un'interpretazione conforme a Costituzione della norma in esame, e muove detta richiesta, a nostro giudizio e come meglio chiariremo in seguito, sulla scorta di un'attenta lettura dell'esperienza giurisprudenziale della Consulta³ e della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴.

Il ragionamento su cui fonda la *quaestio* oggetto della rimessione può dunque essere così riassunto: posto che l'art. 416 *bis* c.p. e l'art. 7, l. 203/91 presentano connotati giuridici ontologicamente non sovrapponibili, e posto quindi che, rispetto all'art. 7 medesimo, non possono valere le argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale a conforto della legittimità costituzionale della presunzione *ex art. 275, comma 3 c.p.p.* in relazione all'art. 416 *bis* c.p., le Sezioni unite dovrebbero chiarire i limiti applicativi di quella presunzione, che la sezione rimettente già qualifica come *relativa*.

Dall'ordinanza della sesta sezione affiora la preferenza ermeneutica accordata dai giudici rimettenti ad un orientamento per vero minoritario nella giurisprudenza di legittimità, la quale, nei suoi indirizzi prevalenti, ritiene che, in rapporto ai reati ad 'ambientazione' mafiosa, la presunzione abbia carattere *assoluto* ed invincibile.

Questa chiosa ci porta così all'analisi dei due filoni giurisprudenziali che si fronteggiano *in subjecta materia*, che per comodità chiameremo "assolutistico" e "relativistico" in considerazione del valore che ciascuno assegna alla presunzione di obbligatorietà della custodia cautelare in carcere.

2. Il contrasto interpretativo: la tesi "assolutistica".

² Sull'art. 7 L. 203/1991 si veda G. DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pagg. 42 e segg.

³ Cfr. Corte cost. n. 450/1995.

⁴ Cfr. CEDU, 6/11/2003, Pantano vs Italia.

La prevalente giurisprudenza di legittimità, come accennato in precedenza, è orientata nel ritenere (tendenzialmente) assoluta⁵, ed irretrattabile, tanto nella fase genetica quanto in quella applicativa, la presunzione di adeguatezza recata dal comma 3 dell'art. 275 c.p.p. con riferimento ai reati connotati da metodo o da finalità mafiosa.

Si tratta di un orientamento rigoristico – sposato appieno anche dalla giurisprudenza di merito – che valorizza il dato normativo testuale, il quale, attraverso la tecnica del rinvio, impone la custodia carceraria – tra gli altri – in presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'art. 51, comma 3bis, c.p.p.⁶.

Detta ultima previsione contempla il delitto previsto dall'art. 416 bis c.p., nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo, ovvero al fine di agevolare le associazioni previste dallo stesso articolo.

In ragione della equiparazione determinata dalla menzionata tecnica legislativa, ritiene l'indirizzo in esame che non vi siano i presupposti normativi per distinguere le varie forme di *mafiosità* che il legislatore (ove non la giurisprudenza) ha delineato⁷.

In particolare, l'art. 7, l. 203/91 altro non dispone se non l'aggravamento sanzionatorio per i reati commessi utilizzando "il metodo mafioso", ovvero al fine di agevolare le associazioni di stampo mafioso. Non residuerebbe, pertanto, alcuno spazio testuale per emarginare una distinzione tra la fattispecie associativa vera e propria e le altre forme di manifestazione della contiguità mafiosa.

L'orientamento in parola è di certo il più risalente e consolidato, essendosi formato nei primi anni di vigenza del nuovo codice di rito⁸, e fa leva sull'elevato

⁵ La locuzione impiegata probabilmente non è perfettamente corretta da un punto di vista tecnico-giuridico, ma è utile per evidenziare come, in realtà, la prova contraria della presunzione legale – sebbene sia oggi ammessa dalla giurisprudenza di legittimità – sia in generale molto difficile da fornire, tanto che, specie nel momento dell'irrogazione della misura, appare effettivamente impossibile da offrire al giudice. Cfr. Cass., Sez. 6, Sentenza n. [46060](#) del 14/11/2008 Cc. (dep. 12/12/2008) Rv. 242041: *"In tema di custodia cautelare in carcere applicata nei confronti dell'indagato del delitto d'associazione di tipo mafioso, l'art. 275, comma terzo, c.p.p. pone una presunzione di pericolosità sociale che può essere superata solo quando sia dimostrato che l'associato ha stabilmente rescisso i suoi legami con l'organizzazione criminosa, con la conseguenza che al giudice di merito incombe l'esclusivo onere di dare atto dell'inesistenza d'elementi idonei a vincere tale presunzione. Ne deriva che la prova contraria, costituita dall'acquisizione di elementi dai quali risulti l'insussistenza delle esigenze cautelari, si risolve nella ricerca di quei fatti che rendono impossibile (e perciò stesso in assoluto e in astratto oggettivamente dimostrabile) che il soggetto possa continuare a fornire il suo contributo all'organizzazione per conto della quale ha operato, con la conseguenza che, ove non sia dimostrato che detti eventi risolutivi si sono verificati, persiste la presunzione di pericolosità"*.

⁶ L'art. 275, comma 3 c.p.p., nella sua formulazione originaria, era ancora più esplicito, limitando testualmente la sua portata applicativa proprio al delitto previsto dall'art. 416 bis c.p. ed a i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo, ovvero al fine di agevolare le associazioni previste dallo stesso articolo.

⁷ Ci si riferisce, naturalmente, alle condotte di partecipazione, di cd. concorso esterno, ed ai cd. reati-fine aggravati ex art. 7, l. 203/91.

⁸ Cfr. Cass., Sez. 5, sentenza n. 1753 del 12/05/1993 Cc. (dep. 02/07/1993) Rv. 195408: *"L'affievolimento delle esigenze cautelari, ai sensi e per gli effetti dell'art. 299 cod. proc. pen., non può prospettarsi quando l'imputazione concerne il delitto di cui all'art. 416 bis cod. pen.. Esso è, infatti, in virtù dell'art. 275, terzo comma cod. proc. pen., uno dei reati per i quali, in presenza di gravi indizi di colpevolezza, l'unica misura applicabile è la custodia in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari"*.

coefficiente di pericolosità sotteso ai reati di mafia, indistintamente considerati⁹, che giustifica, senza dubbio alcuno, l'introduzione di una presunzione assoluta¹⁰.

Peraltro, queste stesse posizioni sono state corroborate dalla prima valutazione compiuta dalla Corte costituzionale, la quale, proprio in virtù "dell'elevato e specifico coefficiente di pericolosità per la convivenza e la sicurezza collettiva" inerente i reati di mafia, aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata in riferimento agli artt. 3, 13 e 27, comma 2 Cost.¹¹.

Dal punto di vista della lettura sistematica, la giurisprudenza in parola ritiene che la presunzione di adeguatezza trovi puntuale inserimento nell'ordito codicistico, riverberando i propri effetti anche sull'art. 299, comma 2 c.p.p., norma che consente la sostituzione della misura quando le esigenze cautelari risultino attenuate ovvero la misura applicata non appaia più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata, ma con espressa eccezione proprio delle ipotesi contemplate dall'art. 275, comma 3 c.p.p.¹².

Ne conseguirebbe l'assoluta irrilevanza di un eventuale affievolimento delle esigenze cautelari, perché solo il totale venir meno delle stesse potrebbe comportare la revoca della misura¹³.

Del resto, su di un piano strettamente operativo, la presunzione non avrebbe più ragion d'essere se fosse circoscritta al solo momento genetico della misura cautelare: detto momento, infatti, è quello in cui il giudice della cautela fonda il proprio convincimento esclusivamente sul materiale probatorio fornito dal Pubblico ministero, *inaudita altera parte*: si tratta del momento in cui, valutata la correttezza della richiesta sul piano della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari, è più difficile ipotizzare che il G.I.P. si discosti dalla prospettazione dell'organo dell'accusa.

Nella giurisprudenza più recente si è dovuto registrare un certo affievolimento in relazione al carattere assoluto della presunzione legislativa, il quale, pur senza incidere sulla possibilità di sostituzione della misura custodiale con altra meno afflittiva, ha aperto uno spiraglio sul piano delle esigenze cautelari: il giudice, pur sempre posto innanzi all'alternativa secca tra il 'carcere' e la 'libertà', potrà giovarsi,

⁹ Arg. anche secondo quanto assunto in Cass., Sez. 6, sentenza n. [20447](#) del 26/01/2005 Cc. (dep. 31/05/2005) Rv. 231451.

¹⁰ Presunzione sorretta anche da adeguata massima di esperienza, come richiesto dalla Corte Costituzionale (cfr., di recente, sentenza n. 139/2010).

¹¹ Si veda Corte Cost., ordinanza 18 ottobre 1995, n. 450.

¹² Cfr. Cass., Sez. 5, sentenza n. [35190](#) del 22/06/2011 Cc. (dep. 28/09/2011) Rv. 251201.

¹³ Cfr. Cass., Sez. 6, 26 gennaio 2005 n. 9249, secondo cui "In tema di associazione per delinquere di tipo mafioso, l'attenuazione delle esigenze cautelari presunte, ex art. 275 c.p.p., comma 3, comporta, purché continuino a sussistere i gravi indizi di colpevolezza, il mantenimento della originaria e più grave misura coercitiva, come previsto dall'art. 299 c.p.p., comma 2, con la conseguenza che la revoca della misura può avere luogo solo se le dette esigenze vengano a mancare completamente"; e sul punto si deve richiamare la pronuncia della Sez. 5, 8 giugno 2010, n. 27146, la quale ricorda che il giudice che ritiene siano venute meno in concreto le esigenze cautelari, pur configurandosi un fondamento probatorio per imputazioni così gravi (nel caso di specie è subentrata una sentenza di condanna in primo grado), deve indicare di volta in volta gli elementi specifici dai quali ciò risulti.

nella preferenza per la seconda opzione, anche di elementi provenienti dall'indagato che testimonino *l'avvenuta rescissione del legame derivante dal vincolo associativo*¹⁴.

L'innovazione, sebbene non abbia determinato significativi effetti sul piano pratico, è fondamentale sul piano teorico per introdurre il diverso orientamento di legittimità e le ragioni che, a nostro avviso, potrebbero consentire alle Sezioni unite di preferire l'orientamento sinora minoritario.

Prima di affrontare il filone giurisprudenziale che si è definito "relativistico", è però necessario dare conto dell'indirizzo interpretativo fornito recentemente dalle Sezioni unite nella medesima materia, ed in ragione del quale si è determinato il 'vagabondare' della questione cui si è fatto in precedenza cenno.

Con la sentenza n. 27919/2011, infatti, le Sezioni unite avevano affrontato, pur se *incidenter tantum*, il problema oggetto dell'odierno quesito di rimessione. In particolare, il Supremo consesso aveva rilevato che «anche nel momento della sostituzione della misura cautelare giocano le presunzioni (*scil.*: di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p.) alle quali si è già fatto cenno nel considerare il momento genetico della misura cautelare: una diversa soluzione, evidentemente, renderebbe del tutto irrazionale il sistema».

A mente dell'inciso testè riportato, le Sezioni unite hanno valorizzato il profilo sistematico dell'inutilità (*rectius*, irrazionalità) del ricorso ad una presunzione che abbia durata limitata nel tempo.

Si tratta, evidentemente, dell'argomento *forte* che milita a sostegno dell'indirizzo interpretativo sin qui discusso, e che, senza una riflessione approfondita sulle implicazioni di diritto sostanziale sottese alla problematica, rischierebbe di rendere scontato l'esito dell'udienza fissata per il prossimo 19 luglio.

3. La tesi "relativistica".

Di segno diametralmente opposto sono le conclusioni cui perviene l'indirizzo minoritario della giurisprudenza di legittimità, a mente del quale è ammissibile una (ri)valutazione *in itinere* delle esigenze cautelari, cui può conseguire un ripensamento del giudice sulla tipologia di misura *irroganda* e, dunque, la scelta per una misura meno afflittiva.

Secondo tale orientamento – che ha ripreso vigore a partire dal 2010 – *“l'obbligatorietà della custodia in carcere ex art. 275, comma terzo, c.p.p. opera esclusivamente*

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. 6, sentenza n. [46060](#) del 14/11/2008 Cc. (dep. 12/12/2008) Rv. 242041: *“In tema di custodia cautelare in carcere applicata nei confronti dell'indagato del delitto d'associazione di tipo mafioso, l'art. 275, comma terzo, cod. proc. pen. pone una presunzione di pericolosità sociale che può essere superata solo quando sia dimostrato che l'associato ha stabilmente rescisso i suoi legami con l'organizzazione criminosa, con la conseguenza che al giudice di merito incombe l'esclusivo onere di dare atto dell'inesistenza d'elementi idonei a vincere tale presunzione. Ne deriva che la prova contraria, costituita dall'acquisizione di elementi dai quali risulti l'insussistenza delle esigenze cautelari, si risolve nella ricerca di quei fatti che rendono impossibile (e perciò stesso in assoluto e in astratto oggettivamente dimostrabile) che il soggetto possa continuare a fornire il suo contributo all'organizzazione per conto della quale ha operato, con la conseguenza che, ove non sia dimostrato che detti eventi risolutivi si sono verificati, persiste la presunzione di pericolosità”*.

*in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva, ma non riguarda le vicende successive della permanenza o meno delle esigenze cautelari, per le quali occorre sempre verificare la concreta sussistenza della pericolosità sociale dell'indagato e, qualora essa risulti affievolita, la legittima possibilità di applicare una misura meno gravosa"*¹⁵.

In verità, nella giurisprudenza in esame non emergono significativi elementi attraverso cui preferire questa seconda opzione ermeneutica.

Sul punto può solo dirsi che viene prescelta una soluzione che valorizza le emergenze di fatto connesse ai singoli episodi concreti, circostanze che in ogni caso possono determinare l'esigenza di rimodellare la risposta cautelare.

La valutazione circa la permanenza delle esigenze cautelari, e sul loro eventuale affievolimento – cui conseguirebbe il potere di graduare la risposta cautelare *in itinere* – rimanda infatti all'apprezzamento di una situazione che è per sua natura diversa rispetto a quella da compiersi al momento genetico dell'irrogazione della misura.

In ragione di questa differenza, si insinuerebbe nella disposizione anche il germe dell'irragionevolezza, atteso che la stessa finirebbe per disciplinare allo stesso modo vicende tra loro eterogenee¹⁶.

Si tratta di profili colti anche dall'ordinanza di rimessione, che sottolinea la necessità di fornire un'interpretazione costituzionalmente conforme della presunzione contenuta nell'art. 275, comma 3 c.p.p.

Sul punto, infatti, la sesta sezione invoca i principi di diritto emersi nella sentenza n. 164/2011 della Corte costituzionale. Qui il giudice delle leggi, dopo aver qualificato come *assoluta* (quantomeno nelle intenzioni del legislatore) la presunzione, giustifica la permanenza dell'obbligo di custodia carceraria in ragione della peculiarità dei reati di mafia, per i quali "dalla struttura della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, un'esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere". Un simile *giudizio di fatto*¹⁷, per l'appunto, può dar luogo alla costruzione di una massima di esperienza, per giunta consolidata, solo nel momento genetico della misura, ma non è idoneo a sopravvivere all'intervenuta detenzione, la quale, già di per sé, può costituire una idonea cesura nei legami tra il soggetto destinatario della misura ed il sodalizio criminoso.

¹⁵ Così Cass., Sez. 6, sentenza n. [4424](#) del 20/10/2010 Cc. (dep. 04/02/2011) Rv. 249188; conforme Cass., Sez. 6, sentenza n. [25167](#) del 09/04/2010 Cc. (dep. 02/07/2010) Rv. 247595; in precedenza, isolate, si vedano Cass., Sez. 1, 24 maggio 1996, dep. 6 agosto 1996, n. 3592; Cass., Sez. 6, 13 gennaio 1995, dep. 1 marzo 1995, n. 54.

¹⁶ Sul principio di ragionevolezza, *ex multis*, si rinvia a F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pagg. 360 e segg.; più di recente cfr. V. MANES, *Attualità e prospettive del controllo di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pagg. 739 e segg.

¹⁷ In argomento D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pagg. 1004 e segg. e, di recente, G. FIANDACA, *Sui «giudizi di fatto» nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pag. 277.

Ulteriore argomento a sostegno dell'orientamento in parola può derivarsi dalla natura *relativa* della presunzione normativa. Più propriamente, occorre comprendere entro quali limiti possa essere fornita la prova liberatoria.

Anche su questo punto possono essere evocate talune, minoritarie, decisioni di legittimità in cui la Suprema Corte ha esteso il contenuto della prova contraria oltre gli angusti margini della cessazione del vincolo associativo. A mente di questi arresti, infatti, "in tema di revoca della custodia cautelare in carcere applicata nei confronti dell'indagato del delitto di associazione di tipo mafioso (art 416 *bis* c.p.), l'art 275, comma 3 c.p.p. pone una presunzione di pericolosità sociale che può essere vinta non solo in presenza della prova dell'avvenuta definitiva rescissione del vincolo associativo, ma anche nell'ipotesi in cui coesistano specifici elementi che fanno ragionevolmente escludere la pericolosità dell'indagato"¹⁸.

Ragionando in questi termini, dunque, diviene implicito il potere del giudice di conoscere diacronicamente l'evoluzione degli indici di pericolosità, certificandone la cessazione anche all'esito di nuove – e magari prima non conoscibili – risultanze. Si pensi alla possibilità del giudice del dibattimento di addivenire ad un giudizio attenuato sulla pericolosità in ragione di elementi favorevoli all'imputato emersi già dopo l'esame dei principali testi dell'accusa (ad es. dopo l'esame di un collaboratore che ritratti parzialmente le proprie dichiarazioni accusatorie).

4. Le prospettive decisorie legate alla specificità dell'aggravante prevista dall'art. 7, l. 203/1991 ed alla natura della presunzione sancita dall'art. 275, comma 3 c.p.p.

Come è stato opportunamente rilevato¹⁹, è oltremodo difficile prevedere l'esito del giudizio. Troppe, infatti, sono le variabili che si fronteggiano in questa vicenda.

Un peso specifico assoluto potrebbe avere la circostanza che il Primo Presidente aveva inizialmente rinviato alla sezione rimettente la questione.

Del pari dirimente potrebbe essere la solidità dell'orientamento maggioritario, che in ogni caso si avvale della forza della presunzione normativa, della quale ha peraltro già individuato l'unica possibile prova contraria.

D'altro canto, come si cercherà di dimostrare, sembrano però residuare spiragli anche per una soluzione alternativa che valorizzi all'un tempo la natura della presunzione legislativa e le caratteristiche ontologiche dell'aggravante di cui all'art. 7, l. 203/1991.

È proprio dalle peculiarità dell'aggravante che deve muovere il ragionamento.

Com'è noto la circostanza ad effetto speciale disciplina due distinte modalità di realizzazione di un fatto di reato: la prima, definita del cd. metodo mafioso, è di carattere oggettivo e ripete puntualmente le *condizioni* previste dall'art. 416 *bis* c.p. comma 3; l'altra, di natura soggettiva, si concretizza allorché l'agente persegua nella

¹⁸ Così Cass., Sez. 1, Sentenza n. [43572](#) del 06/11/2002 Cc. (dep. 24/12/2002) Rv. 223108, con nota di M. VESSICHELLI, *Sulla presunzione stabilita dall'art. 275 comma 3 cod. proc. pen.*, in *Cass. pen.*, 2003, pagg. 3494 e segg., in senso conforme, Cass., Sez. 1, Sentenza n. [1848](#) del 16/12/2003 Cc. (dep. 21/01/2004) Rv. 226957.

¹⁹ G. ROMEO, *Alle Sezioni unite la presunzione di adeguatezza*, cit.

commissione di qualsiasi delitto la finalità di agevolare l'attività delle associazioni di stampo mafioso²⁰.

La norma risponde ad un preciso disegno politico-criminale: «assicurare una copertura repressiva totale del fenomeno criminoso contemplato, senza eccessiva preoccupazione da parte del legislatore per i profili di possibile interferenza tra le distinte previsioni normative e quindi per i margini di effettiva reciproca autonomia delle stesse»²¹.

Fin dalla sua introduzione, la circostanza è stata oggetto di severe critiche da parte della dottrina, che non ha mancato di censurarne la sostanziale corrispondenza alla fattispecie associativa disciplinata dall'art. 416 *bis* c.p.²².

La giurisprudenza non ha mai dato seguito a queste obiezioni, fornendo, anzi, un'interpretazione a tratti spregiudicata della disposizione.

Un dato può comunque dirsi certamente acquisito: la circostanza in esame è *altro* rispetto al reato associativo, in primo luogo, appunto, per la sua natura di elemento *accidentale* del reato²³; secondariamente perché essa non implica la sussistenza

²⁰ Si veda anche 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.

²¹ Testualmente, G. DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi*, cit., pag. 43. In giurisprudenza si veda Cass., Sez. 1, Sentenza n. [16486](#) del 09/03/2004 Cc. (dep. 07/04/2004) Rv. 227932: «la "ratio" sottostante al citato art. 7 non è solo quella di punire più severamente coloro che commettono reati con il fine di agevolare le associazioni mafiose, ma essenzialmente quella di contrastare in maniera più decisa, data la loro maggiore pericolosità e determinazione criminosa, l'atteggiamento di coloro che, partecipi o non di reati associativi, utilizzino metodi mafiosi, cioè si comportino come mafiosi oppure ostentino, in maniera evidente e provocatoria, una condotta idonea ad esercitare sui soggetti passivi quella particolare coartazione e quella conseguente intimidazione che sono proprie delle organizzazioni della specie considerata».

²² Ancora G. DE VERO, *loc. ult. cit.*, il quale rilevava: «Le due varianti dell'aggravante sembrano concernere, la prima, una sorta di *postfatto* della fattispecie di associazione mafiosa finalizzata alla commissione di delitti, in quanto l'avvalersi del metodo mafioso viene presentato come modalità effettiva di commissione di un certo delitto; la seconda, un'ipotesi di concorso eventuale nel reato associativo per così dire a consumazione anticipata, poiché assume rilievo criminoso la semplice finalità di agevolazione, senza il riscontro dell'effettivo vantaggio che l'attuazione del delitto base abbia rappresentato per il sodalizio mafioso».

²³ Sulla valenza di tale notazione, si veda G.A. DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, pagg. 3487 e segg.: «Il vero significato da attribuire alle disposizioni aggravatrici è, semmai, di altra e ben diversa natura: il legislatore ha riconosciuto che, nella misura in cui sia possibile evitare di far leva sulla disciplina del concorso (eventuale) di persone, tale soluzione debba considerarsi preferibile: non, però, perché questo non sia configurabile (nulla può escluderlo in astratto), ma per la difficoltà di dimostrarlo. In sostanza, il legislatore ha ragionato in questi termini: se Tizio già risponde di un reato e, quindi, la sua punizione è comunque assicurata, il fatto che tale reato sia stato rivolto a vantaggio dell'associazione, indipendentemente dal raggiungimento o meno di detta finalità, ben potrà dar luogo all'applicazione di una circostanza aggravante (questa, infatti, può anche essere formulata in chiave finalistica). Se Tizio ha già commesso un reato, sarà punito per questo reato; rispetto all'ulteriore «agevolazione», prima ancora di arrivare a dimostrare che questa ha anche segnato un vero e proprio «concorso» nell'associazione mafiosa, potrà risultare congruo applicare una circostanza aggravante fondata sulla sola finalità. La scelta del legislatore è una scelta di politica criminale, simile per certi versi a quella operata con l'art. 416-ter».

dell'*affectio societatis* (né tantomeno ne determina l'insorgenza), elemento peculiare della fattispecie incriminatrice.

Si tratta di un assunto pacifico in giurisprudenza, riferibile ad entrambe le tipologie circostanziali descritte dall'art. 7.

Al riguardo, è il caso di segnalare gli arresti che, rispetto al profilo del cd. metodo mafioso, hanno ritenuto non necessario che sia "stata dimostrata o contestata l'esistenza di un'associazione per delinquere, essendo sufficiente che la violenza o la minaccia assumano veste tipicamente mafiosa"²⁴; e quelli che hanno considerato che la finalità di agevolazione "può qualificare anche la condotta di chi, senza essere organicamente inserito in un'associazione mafiosa, offra un contributo al perseguimento dei suoi fini, a condizione che tale comportamento risulti assistito, sulla base di idonei dati indiziari o sintomatici, da una cosciente ed univoca finalizzazione agevolatrice del sodalizio criminale"²⁵.

La conferma definitiva della tesi si può trarre dalla stessa giurisprudenza delle Sezioni unite, chiamate a valutare la compatibilità dell'aggravante rispetto ad un reato-fine commesso da soggetto già partecipe del sodalizio²⁶.

Nella sentenza Cinalli, infatti, il Supremo consesso ha sostenuto l'autonomia del delitto associativo rispetto ai reati-fine realizzati secondo le due modalità aggravate dall'art. 7, rimarcando come, dal punto di vista ontologico, il metodo mafioso, nell'ambito della fattispecie criminosa, «connota il fenomeno associativo ed è, al pari del vincolo, un elemento che permane indipendentemente dalla commissione dei vari reati», mentre con riferimento alla circostanza costituisce «eventuale caratteristica di un concreto episodio delittuoso, ben potendo succedere, di converso, che un associato attui una condotta penalmente rilevante, e pur costituente reato fine, senza avvalersi del potere intimidatorio del clan». Quanto, invece, alla finalità di agevolazione, le medesime Sezioni unite hanno osservato che la condotta di partecipazione all'associazione «postula un effettivo apporto alla causa comune, mentre la previsione della norma speciale è relativa a semplice volontà di favorire, indipendentemente dal risultato, l'attività del gruppo e cioè qualsiasi manifestazione esteriore del medesimo».

I soggetti ai quali è contestata la circostanza in parola, pertanto, presentano, anche dal punto di vista della pericolosità, specificità tali che impediscono loro di condividere *in toto* le sorti dei partecipi.

In capo ad essi, infatti, non si potrà parlare indistintamente di una pericolosità qualificata dal vincolo di appartenenza all'associazione. Come rimarcato anche da costante giurisprudenza, infatti, "una cosa è partecipare ad un'associazione per delinquere e cosa diversa è commettere un reato, anche se rientrante nel programma associativo, avvalendosi del metodo mafioso o al fine di agevolare l'attività dell'associazione: in tali ipotesi, infatti, la condotta mafiosa caratterizza il momento specifico della commissione del reato-fine, mentre nel reato associativo rappresenta una caratteristica permanente dell'azione criminosa"²⁷.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. 1, sentenza n. [5881](#) del 04/11/2011 Ud. (dep. 15/02/2012) Rv. 251830.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. 6, sentenza n. [2696](#) del 13/11/2008 Cc. (dep. 21/01/2009) Rv. 242686.

²⁶ Si veda Cass., Sez. un., sentenza n. [10](#) del 28/03/2001 Ud. (dep. 27/04/2001) Rv. 218377.

²⁷ Così Cass., Sez. 2, sentenza n. [1631](#) del 04/03/1998 Cc. (dep. 12/10/1998) Rv. 211664.

Un discorso analogo può essere portato avanti per i cd. concorrenti esterni: anche rispetto a costoro si deve sottolineare l'assoluta carenza di *affectio societatis* e, dunque, una distinta fenomenologia della pericolosità²⁸.

Proprio questo ultimo rilievo è stato valorizzato da un interessantissimo arresto di legittimità, particolarmente recente, nel quale la Suprema corte ha affrontato il problema delle esigenze cautelari e della vincibilità della presunzione legislativa: "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"²⁹.

Deve altresì aggiungersi che la posizione dell'*extraneus*, pur quando aggravata ex art. 7, l. 203/1991, assume, sul piano criminologico e della pericolosità, una valenza pure inferiore all'ipotesi di cd. concorso esterno³⁰.

Questa argomentazione porta il discorso ad approdare verso l'ulteriore profilo segnalato all'inizio del presente paragrafo: quello afferente la natura della presunzione.

A questo fine è doveroso introdurre i principi enucleabili dalla giurisprudenza costituzionale e comunitaria.

Già con la prima ordinanza n. 450/1995 e ancor più chiaramente con la sentenza n. 331/2011, infatti, la Consulta aveva individuato i margini di compatibilità costituzionale della presunzione di cui all'art. 275, comma 3 c.p.p. rispetto ai soli reati di mafia, rilevando come "la *ratio* giustificativa del regime derogatorio" va ravvisata nella "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)".

²⁸ In giurisprudenza, Cass., Sez. un., sentenza n. [33748](#) del 12/07/2005 Ud. (dep. 20/09/2005) Rv. 231671, Mannino; in dottrina, tra i moltissimi contributi, anche monografici, sia consentito rinviare al recente dibattito avviatosi a seguito dell'ormai celebre "requisitoria Iacoviello" nel caso "Dell'Utri", in *questa rivista*. Quanto, invece, alla posizione teorica che riteniamo preferibile e maggiormente compatibile con il senso del discorso qui sviluppato, si veda V. MAIELLO, *Una "judge-made law" italiana: l'affermata punibilità, ex art. 110 e 416 bis cod. pen., del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro it.*, 2003, pagg. 682 e segg.; ID., *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, pagg. 1352 e segg.

²⁹ Cass., Sez. 6, Sentenza n. [27685](#) del 08/07/2011 Cc. (dep. 14/07/2011) Rv. 250360.

³⁰ Si vedano F. GIANNELLI – M.G. MAGLIO, *Questioni sull'art. 7 L. 12 luglio 1991, n. 203*, in *Riv. pen.*, 2006, pagg. 373 e segg.; in tema anche A. REALE, *Aggravante speciale di cui all'art. 7 l. n. 203*, cit.

Ora, a prescindere dal fatto che la Corte si esprima al singolare – circostanza che potrebbe indurre a pensare che si stia riferendo esclusivamente alla fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p. – va rilevato come il discorso si incentri proprio sul legame che stringe il partecipe all'associazione, legame per sua natura assente rispetto a colui che commetta un reato pur con le modalità di cui all'aggravante *ex art. 7* cit.

Ma ove ancora il nostro discorso non convinca, riteniamo che l'orientamento da seguire sia stato scolpito da una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo resa nel caso *Pantano vs Italia* (6/11/2003).

In uno specifico *obiter dictum* (cfr. § 69) la Corte – 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 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”* (detta ultima affermazione costituisce la traduzione del termine inglese *rebuttable*, adoperato nell'originale della sentenza).

Alla luce di queste pur sommarie considerazioni possono trarsi le seguenti conclusioni: 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.

Alla luce della proposta lettura delle norme esaminate, riteniamo che le Sezioni unite potrebbero preferire l'orientamento minoritario e consentire al giudice che procede di disporre anche misure cautelari diverse dalla detenzione in carcere.

Ci pare infatti che questo percorso interpretativo sia l'unico costituzionalmente orientato³¹. Diversamente, il Supremo Consesso dovrebbe risolversi nel sollevare

³¹ L'interpretazione costituzionalmente orientata è stata recentemente alla base della decisione della Suprema Corte in tema di obbligo di custodia carceraria e violenza sessuale di gruppo. Cfr. Cass., Sez. 3, sentenza n. 4377 del 1 febbraio 2012. Qualora, invece, non sia possibile procedere ad interpretazione costituzionalmente orientata, non resta altra alternativa rispetto alla questione di legittimità: Corte Cost., sentenza n. 219/2008, secondo cui la impossibilità di un'esegesi costituzionalmente conforme “segna il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità

incidente di costituzionalità, atteso che la presunzione asseritamente *relativa* di cui all'art. 275, comma 3 c.p.p. non potrebbe in alcun modo essere superata per coloro che, non essendo inseriti nella consorteria mafiosa, non avrebbero modo di fornire la prova dell'avvenuta rescissione del vincolo, e, rispetto a costoro, la presunzione si rivelerebbe senz'altro assoluta (ma non supportata da adeguata massima di esperienza): una "truffa delle etichette" attraverso la quale si darebbe corso ad un'irrazionale disparità di trattamento, considerando che coloro che sono accusati del più grave delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. beneficerebbero di uno strumento giuridico *de libertate* precluso a coloro i quali, invece, si vedessero contestare le meno gravi figure di contiguità mafiosa di cui al combinato disposto degli artt. 110 e 416*bis* c.p. e art. 7 L. 203/1991.

costituzionale". In dottrina, si veda G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, 2006, *passim*.