

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Libertà personale

La decisione

Misure cautelari personali - Esigenze cautelari - Criteri di scelta - Presunzione di adeguatezza della custodia in carcere - Concorso esterno in associazione mafiosa - Sussistenza (Cost., artt. 3, 13, co. 1, 27, co. 2; C.p.p., art. 275, co. 3; C.p. 110, 416 *bis*).

La declaratoria parziale di incostituzionalità, da cui è derivata la relativizzazione della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere (con sentenza della Corte cost. n. 57 del 2013) è limitata ai soli delitti aggravati dall'art. 7, L. n. 203 del 1991 e non può estendersi al reato di concorso esterno all'associazione mafiosa ex art. 416 bis c.p.

CASSAZIONE PENALE, PRIMA SEZIONE, 22 gennaio 2014 (c.c. 17 ottobre 2013) CASSANO *Presidente* - MAGI *Relatore* - ANIELLO *P.M. (Conf.)* - Palumbo, ricorrente.

Il commento

Concorso esterno e presunzione di adeguatezza della custodia in carcere.

1. Con la sentenza annotata la Corte di Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso l'ordinanza del Tribunale della libertà di Napoli, che aveva ritenuto prive di fondamento le doglianze in ordine alla persistenza delle esigenze cautelari ed alla adeguatezza della misura custodiale coercitiva, sollevate dall'imputato raggiunto dall'accusa di concorso esterno nel delitto di associazione mafiosa.

A sostegno dei motivi di ricorso e, in precedenza, dei motivi di appello *ex art.* 310 c.p.p., la difesa aveva valorizzato il mutamento del regime applicativo della più aspra delle cautele e la intervenuta relativizzazione della presunzione di adeguatezza della custodia in carcere ad opera degli interventi demolitori operati dal Giudice delle leggi: con la sentenza n. 57 del 2013, invero, è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, c.p.p.¹ nella parte in cui impone[va] l'applicazione della sola misura custodiale in carcere in presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avva-

¹ Già, a suo tempo, segnalata e commentata. V. LA ROCCA, *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio*, in *questa Rivista*, 2013, 2.

lendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p., o al fine di agevolare l'attività delle associazioni contemplate dallo stesso articolo del codice penale².

Tale richiamo è stato ritenuto privo di portata applicativa dalla Corte di legittimità, che ha colto l'occasione per specificare come «*non corrisponda ai contenuti della decisione n. 57 del 2013 della Corte costituzionale, ritenere che il giudice delle leggi abbia eliso la presunzione (relativa) di sussistenza delle esigenze cautelari e quella (assoluta) di adeguatezza della custodia in carcere nei confronti dei soggetti raggiunti di gravità indiziaria circa la fattispecie di concorso esterno. Ciò perché l'imputazione di concorso esterno è cosa ben diversa dalla contestazione di un reato aggravato ai sensi dell'art. 7 legge 203 del 1991. Il concorrente esterno, infatti, è- in modo non difforme rispetto ordinario partecipe del reato associativo- soggetto che assicura, con condotta causalmente orientata, il raggiungimento di fini cui mira il sodalizio criminoso. La sua condotta è pienamente espressiva di connotati di illiceità previsti dall'art. 416 *bis* c.p, posto che la contribuzione resa al raggiungimento dei fini è dato che accomuna il concorrente esterno al soggetto partecipe (a volte con compiti di maggior rilievo, ferma restando l'assenza del presupposto della riconosciuta inclusione nel gruppo) attraverso la clausola generale di estensione delle condotte atipiche di cui all'art. 110 c.p.»». Nei confronti di tale tipologia di indagato resta vigente la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari (in particolare di quelle specialpreventive) e quella assoluta di adeguatezza della custodia in carcere.*

2. Si tratta di assunti che non possono essere condivisi. Giova da subito anticipare, invero, che la condotta del concorrente esterno all'associazione ex art. 416 *bis* c.p. risulta connotata, al pari di quella aggravata dal metodo mafioso o finalizzata ad agevolare il contesto malavitoso, dalla non intraneità a quest'ultimo. E tanto, se in prospettiva generale comporta l'impossibilità di assimilare condotte sostanzialmente diverse dal punto di vista oggettivo e soggettivo, non può consentire alcuna parificazione in ordine ai criteri di scelta della misura cautelare, laddove «*la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere è considerata ragionevole e giustificata solo in presenza di un legame associativo, peraltro connotato da specifiche caratteristiche (...) che non sembrano riscontrabili in condotte delittuose che tale legame non presuppon-*

² E, pertanto, dei delitti contestati con l'aggravante prevista dall'art. 7, D.L. 13 maggio 1991, n. 152 (*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*), convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203.

go»³. Cosicché, una fattispecie pur collocata in un contesto mafioso, che non implichi siffatta “appartenenza”, non assicura alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere un fondamento giustificativo conforme a Costituzione⁴.

Le incertezze che segnano da sempre la prassi in tema di concorso esterno possono probabilmente essere foriere di diversificazioni interpretative. L'assenza di un modello tipico di riferimento non è stata colmata dalle molteplici interpretazioni che del fenomeno sono state offerte dalla giurisprudenza. Ad ogni buon conto un dato è certo: la delimitazione dei confini che separano la fattispecie di associazione mafiosa da quella, autonoma, del concorso *ex art. 110 c.p.* nello stesso delitto associativo, deve muovere inevitabilmente dalla inclusione o intraneità che caratterizza la prima ma non la seconda fattispecie.

La giurisprudenza ha contribuito a chiarire che in tema di associazione di tipo mafioso, assume il ruolo di “concorrente esterno” il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell’*“affectio societatis”*, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo espliciti un'effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima⁵. Per la sua stessa natura, quindi, la efficienza causale in merito alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo costituisce elemento essenziale e tipizzante della condotta concorsuale, di natura materiale o morale, identifica la condotta concorsuale, questa essendo stata la scelta compiuta dal Legislatore con l'art. 110 c.p., in alternativa all'eventuale descrizione delle più ricorrenti forme di contributo atipico nel reato pluripersonale. Il momento più problematico è quello dell'identificazione dell'evento che, posto all'estremo della catena causale, realizza il fatto di concorso esterno e, tuttavia, non ogni evento pertinente al fenomeno associativo e alla relativa attività criminosa può assumere rilievo ai fini che interessano. Ed infatti concorrente “esterno” diviene, sul piano obiettivo, il non intraneo che fornisce un contributo concreto alla “conservazione” o al “rafforzamento” della organizzazione criminale. Eventi che, in comune, si caratterizzano per la pertinenza al fenomeno associativo nel suo complesso.

³ Cfr. Cass., Sez. Un., 19 luglio 2012, Lipari, in *Arch. pen.*, 2013, 303, con nota di FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*.

⁴ Così aveva stabilito Corte cost., n. 265 del 2010.

⁵ Così Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, 231671.

3. È evidente, già ad una superficiale lettura, che la tipizzazione del concorso eventuale nel delitto associativo mafioso sia ancora una meta quasi irraggiungibile e le contaminazioni sono inevitabili, come le conseguenti incertezze nella qualificazione delle fattispecie concrete. E v'è da chiedersi allora, in che misura tali incertezze possano giustificare la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere che, come risaputo, risulta fondata su una congrua "base statistica" collegata all'«*appartenenza alla consorteria malavitoso*»⁶. Come ha sostenuto il Giudice delle leggi⁷, la presunzione è accettabile qualora sia espressione di "massime di esperienza generali". Viceversa, la presunzione viola il principio di eguaglianza quando è "irrazionale", e cioè se ed in quanto sia agevole smentirla formulando ipotesi di "accadimenti reali contrari alla presunzione"⁸. Ed in tale prospettiva i profili che contraddistinguono il delitto di associazione di tipo mafioso hanno avuto rilevanza non solo come motivi del riconoscimento della ragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza del carcere cautelare per tale specifica imputazione, bensì, più in generale, anche come paradigma che si impone laddove si voglia invocare a buon titolo tale regime processuale⁹.

Basandosi la presunzione in discorso sul dato dell'intraneità, l'estraneità dall'associazione di tipo mafioso porta ad escludere che si sia sempre in presenza di «un reato con accentuate caratteristiche di pericolosità - per radicamento nel territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice - che solo la misura più severa risulterebbe, nella generalità dei casi, in grado di interrompere»¹⁰. Per converso, in tutti gli altri casi, la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere dovrebbe essere destinata a soccombere ove sottoposta ad un giudizio di ragionevolezza ed in mancanza delle connotazioni normative tipiche del fenomeno "mafioso", ritenuto il solo idoneo a fornire una congrua base statistica alla presunzione stessa.

⁶ Così aveva stabilito Corte cost., n. 265 del 2010.

⁷ In modo particolare nella sentenza n. 265 del 2010.

⁸ In proposito è stato osservato che, come per la scienza, così per le massime di esperienza deve essere possibile accertare se la regola possa essere smentita nel caso concreto. Qualunque sia l'ambito applicativo nel quale è calata, la massima di esperienza deve resistere ai tentativi di falsificazione. In tal senso v. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 949.

⁹ V., per tale osservazione, MARZADURI, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Legisl. pen.*, 2011, 3.

¹⁰ V., in modo particolare, Corte cost., n. 164 del 2011.

4. Il suesposto, seppure in maniera sintetica, quadro interpretativo di riferimento, è stato del tutto trascurato dal Giudice di legittimità nella decisione annotata.

A ben vedere anche rispetto all'imputato/indagato di concorso eventuale nel reato associativo deve sottolinearsi una distinta fenomenologia di pericolosità ancorata alla carenza di *affectio societatis*. Proprio quest'ultimo aspetto è stato valorizzato dalla Corte costituzionale per elidere dalla lista delle imputazioni per le quali rimane operativo il severo regime di obbligatorietà della custodia in carcere, i delitti commessi avvalendosi del cosiddetto "metodo mafioso" o al fine di agevolare le attività delle associazioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., stante l'atipicità delle condotte che non può giustificare presunzione alcuna¹¹. E ragioni di ragionevolezza, nell'attesa di un ulteriore intervento chiarificatore del Giudice delle leggi, avrebbero probabilmente potuto condurre a soluzioni diverse da quella, troppo assolutista, adottata con la decisione in esame.

Non può, invero, sottacersi che recenti prese di posizione della stessa Corte di Cassazione hanno chiarito che *«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»*¹². Se è vero che anche nei confronti del concorrente esterno opera la presunzione di cui all'art. 275, co. 3, c.p.p. occorre tuttavia tener presente che rispetto a un tale soggetto gli elementi che si richiedono per vincere una simile presunzione sono diversi da quelli richiesti per il partecipe del sodalizio. Essi infatti non possono identificarsi con la rescissione definitiva del vincolo sociale (che in tesi è già insussistente) ma devono invece valutarsi in una prognosi di ripetibilità o meno della situazione che ha dato luogo al contributo dell'*extraneus* alla vita della consorteria. *«Quale che sia il tipo di relazione che lega il concorrente esterno al sodalizio, sia esso una relazione che si manifesta con condotte occasionali ovvero con contributi sintomatici di una più stretta vicinanza al gruppo, deve comunque riconoscersi che l'indagato resta estraneo all'organizzazione, per cui diversi devono essere gli elementi idonei a superare la presunzione di pericolosità. In particolare, si tratterà di elementi diretti a sostenere l'impossibilità o l'elevata*

¹¹ Così Corte cost., n. 57 del 2013.

¹² Così Cass., Sez. VI, 8 luglio 2011, Mancini, in *Mass. Uff.*, n. 250360.

improbabilità che il concorrente esterno possa ancora fornire un contributo alla cosca, ovvero volti ad evidenziare il venir meno degli interessi comuni con l'associazione o, ancora, la perdita di quegli strumenti che assicuravano di poter contribuire alla sopravvivenza del gruppo criminale»¹³.

Ebbene. Si tratta di prese di posizione che, oltre ad essere in linea con i noti orientamenti della Consulta, rendono palese l'intento di ricondurre a sistema il principio della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere circoscrivendone i confini alle ipotesi per le quali è stata originariamente concepita, ed offrendone una relativizzazione sostanziale in tutti i casi in cui l'atipicità delle condotte, come quelle di concorso eventuale nel delitto associativo mafioso, non consente di effettuare prognosi di assoluta pericolosità.

NADIA E. LA ROCCA

¹³ In tal senso Cass., Sez. VI, 27 giugno 2013, Cosentino, in *Mass. Uff.*, 255751.