

ORIENTAMENTI

DAVIDE VIGNA

Il pilastro e i suoi due giunti

L'irragionevolezza sopravvenuta della custodia obbligatoria per il partecipe ad associazione di tipo mafioso (art. 275, co. 3 c.p.p.)

Il saggio sostiene l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, secondo periodo c.p.p., per irragionevolezza sopravvenuta, nella parte relativa all'art. 416-bis c.p. e limitatamente alla figura del partecipe, là dove la disposizione non fa salva l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con misure diverse dalla custodia in carcere. Il petitum prospettato è un'additiva di garanzia – non una caducazione dell'automatismo – che estende al partecipe il regime già riconosciuto al concorrente esterno dalla sentenza costituzionale n. 48 del 2015. Si sostiene che l'architrave della presunzione non è la pericolosità del partecipe (presunta in via soltanto relativa), ma l'adeguatezza esclusiva della sola custodia, retta da due “giunti”: uno empirico (una regola di esperienza generalizzata che lega il vincolo associativo a un *periculum* irriducibile) e uno strumentale (l'idoneità della sola detenzione intramuraria a recidere quel vincolo). Ricostruito lo statuto della regola di esperienza nella teoria della prova, il saggio mostra che la generalizzazione posta a fondamento del primo giunto non è mai stata individuata, formulata e verificata secondo i canoni che governano l'uso delle massime di esperienza, ma assunta in via sommaria e congetturale: essa è una *petitio principii* mai dimostrata e oggi falsificabile alla luce delle acquisizioni criminologiche; il secondo è smentito dall'ordinamento stesso (*ratio* dell'art. 41-bis ord. penit.; introduzione dell'art. 391-ter c.p.; dati sui dispositivi sequestrati in carcere). Una costellazione di sopravvenienze – il controllo elettronico come equivalente tendenziale, la disparità generata dalla sentenza n. 48 del 2015, la linea Viola c. Italia/Corte cost., n. 253 del 2019, la riforma dell'ergastolo ostativo del 2022, da ultimo la sentenza n. 173 del 2024 sull'intollerabilità degli automatismi cautelari – ha eroso la base del 1995. La presunzione relativa resta la regola di partenza: si restituisce soltanto al giudice il potere di valutare in concreto.

The Pillar and Its Two Joints. The Supervening Unreasonableness of Mandatory Pre-Trial Custody for the Participant in a Mafia-Type Association (Article 275(3) of the Italian Code of Criminal Procedure)

The essay argues that Article 275(3), second sentence, of the Italian Code of Criminal Procedure is unconstitutional, on grounds of supervening unreasonableness, insofar as it denies the judge – with respect to mere participants in a mafia-type association under Article 416-bis of the Criminal Code – the power to apply measures other than pre-trial prison custody where specific elements show that precautionary needs can be met otherwise. The proposed remedy is a rights-enhancing additive ruling extending to the participant the regime already granted to the external contributor by Constitutional Court judgment no. 48/2015. The paper isolates the true pillar of the presumption – not presumed dangerousness, but the exclusive adequacy of prison custody – resting on two joints: an empirical generalization – a “rule of experience” that, as the paper shows by drawing on the general theory of evidence, was never identified, formulated or tested according to the canons governing generalisations in judicial reasoning, but assumed in a summary and conjectural manner – never demonstrated and now falsifiable, and an instrumental claim (only prison severs the mafia bond) refuted by the legal system itself (Article 41-bis of the Prison Act; the new Article 391-ter of the Criminal Code; data on communication devices seized in prisons). A constellation of supervening factors – electronic monitoring, the disparity created by judg-

ment no. 48/2015, the Viola v. Italy line, the 2022 reform of Article 4-bis, and judgment no. 173/2024 on the intolerability of precautionary automatism – has eroded the 1995 foundations. The rebuttable presumption remains the default: what is restored is only the judge’s power of concrete assessment.

SOMMARIO: 1. Premessa: la doppia presunzione e il quadro dei parametri. – 2. Il percorso costituzionale dal 1995 al 2020: cosa è caduto, cosa resiste. – 3. Anatomia del pilastro: la pericolosità presunta e i due giunti dell’adeguatezza. – 4. La distinzione *an/quomodo* e la sottrazione originaria del giudizio di adeguatezza. – 5. La regola di esperienza nella teoria della prova: statuto, condizioni di validità, controllo. – 5.1. Struttura dell’inferenza presuntiva e posto della massima. – 5.2. Le condizioni di validità di una massima. – 5.3. Le massime create dalla giurisprudenza e il loro statuto di precedente. – 5.4. Il controllo sulla massima e l’asimmetria del regime cautelare. – 5.5. La regola del 1995 al vaglio dei canoni. – 6. La regola di esperienza come *petitio principii*: la critica empirica al primo giunto. – 6.1. L’eterogeneità strutturale e la figura del partecipe marginale. – 6.2. Mafie liquide, mafie straniere, delocalizzazione: l’allentamento del nesso vincolo/territorio. – 6.3. La reversibilità del vincolo: collaboratori e dissociazione. – 6.4. Il vizio nel vizio: l’assenza di dati disaggregati sui ruoli. – 7. Il secondo giunto alla prova dell’ordinamento: la detenzione che non recide. – 8. L’irragionevolezza sopravvenuta: le erosioni della base del 1995. – 8.1. Prima sopravvenienza: il controllo elettronico come equivalente tendenziale. – 8.2. Seconda sopravvenienza: la disparità generata dalla sentenza n. 48 del 2015. – 8.3. Terza sopravvenienza: la caduta degli automatismi fondati sulla pericolosità mafiosa presunta. – 8.4. Quarta sopravvenienza: la riscrittura dell’art. 4-bis ord. penit. e la fine della preclusione assoluta per i non collaboranti. – 8.5. Quinta sopravvenienza: il divieto generale di automatismi cautelari nella giurisprudenza costituzionale più recente. – 8.6. Sesta sopravvenienza: la presunzione «a banda detentiva» della legge sul femminicidio. – 9. Cautela, presunzione di non colpevolezza e diritto penale del tipo d’autore. – 10. Il banco di prova convenzionale: da Pantano all’argomento a fortiori. – 11. La nuova questione di legittimità costituzionale: *petitum*, parametri e tecnica decisoria. – 12. Obiezioni e repliche. – 12.1. Prima obiezione: il nucleo duro delle mafie resilienti. – 12.2. Seconda obiezione: le lacune statistiche tagliano in entrambi i sensi. – 12.3. Terza obiezione: Pantano e la specificità mafiosa avallata da Strasburgo. – 12.4. Quarta obiezione: l’ordinanza n. 136 del 2017 ha già detto no. – 12.5. Quinta obiezione: la sentenza n. 191 del 2020 ha appena riaffermato l’automatismo per un reato associativo. – 12.6. Sesta obiezione: il rimedio corretto riguarderebbe il solo segmento dinamico. – 12.7. Settima obiezione: la massima è comunque attendibile. – 13. Conclusioni: restituire al giudice la scelta, senza disarmare lo Stato.

1. *Premessa: la doppia presunzione e il quadro dei parametri.* Nei confronti di chi sia gravemente indiziato di partecipazione a un’associazione di tipo mafioso, l’art. 275, co. 3, secondo periodo c.p.p. impone la custodia in carcere, salvo che risulti l’insussistenza di ogni esigenza cautelare. Il giudice accerta la gravità indiziaria; la scelta della misura è compiuta, in via generale, dalla legge. La domanda da cui muove questo studio riguarda il fondamento di quella scelta: se essa riposi su un dato di esperienza verificato o su una qualificazione normativa che l’esperienza non conferma più.

L’art. 275, co. 3 c.p.p., nel testo risultante dalla riforma operata con la L. 16 aprile 2015, n. 47, articola un regime cautelare a tre livelli. Il primo periodo enuncia la regola aurea: la custodia in carcere è l’*extrema ratio*, disponibile solo quando ogni altra misura risulti inadeguata. I periodi successivi introducono deroghe modulate sul titolo di reato. Per quanto qui interessa, il secon-

do periodo – dedicato ai delitti di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis* c.p. – stabilisce che è applicata la custodia cautelare in carcere «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari». Il terzo periodo – per i delitti di cui all’art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. e per taluni gravi reati contro la libertà sessuale – prevede invece, sul versante dell’adeguatezza, una clausola in più: la custodia carceraria cede quando «le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»¹. La letteratura, anche monografica, ha ricostruito con ampiezza la genesi e le trasformazioni di questo regime; il presente contributo ne assume i risultati e si concentra sul solo nucleo residuo dell’automatismo².

La differenza fra il secondo e il terzo periodo è l’intero oggetto di questo studio. In entrambi opera una presunzione *relativa* di sussistenza delle esigenze cautelari: dimostrati i gravi indizi, il *periculum* si presume, salvo prova negativa della sua insussistenza. Ma sul piano dell’adeguatezza – cioè della scelta del tipo di misura – i due regimi divergono. Per i reati del terzo periodo la presunzione di adeguatezza della sola custodia è anch’essa relativa: il giudice può sostituire il carcere con altra misura se acquisisce elementi specifici. Per i delitti del secondo periodo, fra cui il 416-*bis*, quella presunzione è invece assoluta, *iuris et de iure*: fra il carcere e la piena libertà non esiste alcuna gradazione intermedia che il giudice possa apprezzare. La doppia presunzione, dunque, non si limita a invertire l’onere della prova: la prima presunzione, quella sulle esigenze, lascia al giudice un varco, per quanto stretto; la seconda, quella sull’adeguatezza, gli sottrae per intero la scelta del tipo di misura, cioè il

¹ L’art. 275, co. 3 c.p.p. vigente risulta dall’art. 4 L. 16 aprile 2015, n. 47, che ha riscritto il regime derogatorio uscito dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. dalla L. 23 aprile 2009, n. 38, recependo le declaratorie costituzionali intervenute fra il 2010 e il 2015. Sulla genesi della riforma v. VALENTINI E., *Le premesse e i lavori parlamentari*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, 3 ss.; per una ricostruzione complessiva del «doppio binario cautelare», VALENTINI E., *Il “doppio binario cautelare”: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall’art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Rev. Bras. Dir. Proc. Pen.*, 2021, 7, 3, 1669 ss.

² Sul sistema delle presunzioni cautelari, in prospettiva monografica, DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, Torino, 2023, spec. 54 ss., 163 ss. e 219 ss.; INGENITO, *Le presunzioni cautelari nel processo penale*, Napoli, 2017; CENTORAME, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Torino, 2016, spec. 188; per la ricostruzione storica della presunzione di adeguatezza e dei suoi equilibri, GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. it.*, 2013, 710 ss. Per la ricostruzione del “doppio binario cautelare” e delle sue vicende, VALENTINI E., *Il “doppio binario cautelare”*, cit., 1669 ss.; CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, 101 ss.; TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, n.s. A, 2014, 31 ss.; MANES, *Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 4, 457 ss.; MARZADURI, *A trenta anni dall’entrata in vigore del c.p.p.: le disposizioni generali sulle misure cautelari personali*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3.

momento in cui il principio del minore sacrificio necessario dovrebbe operare³.

I parametri costituzionali in gioco sono noti e ricorrono come un basso continuo in tutta la giurisprudenza di settore: l'art. 3 Cost., sotto il duplice profilo dell'eguaglianza e della ragionevolezza; l'art. 13, co. 1 Cost., che predica l'inviolabilità della libertà personale; l'art. 27, co. 2 Cost., che impone di trattare l'imputato come non colpevole sino alla condanna definitiva; e, per la via dell'art. 117, co. 1 Cost., l'art. 5, § 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, parametro interposto. Da questi presidi la Corte costituzionale ha tratto, già a partire dalla sentenza n. 64 del 1970 e poi con la n. 299 del 2005, il principio del minore sacrificio necessario: la compressione della libertà personale va contenuta entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto⁴.

I dati criminologici utilizzati provengono da fonti istituzionali (relazioni semestrali della Direzione investigativa antimafia; relazioni della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo; statistiche del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria; rapporti del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale; relazioni semestrali del Governo

³ GIALUZ, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 6, 111 ss., che qualifica la presunzione assoluta di adeguatezza come vistosa deroga al modello della «pluralità graduata», atta a trasformare la custodia da *extrema ratio* in regola; per la descrizione del sistema come «articolato su una doppia presunzione, avente ad oggetto sia l'an della cautela, sia il tipo di misura da adottare», FIORIO, *Custodia cautelare e presunzione di adeguatezza*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di Romano, Torino, 2015, 355 ss., spec. 359; nello stesso senso MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare* (sub art. 4 L. 47/2015), in *www.laegislazionepenale.eu*, 1° dicembre 2015, 9-11, sull'attrito con il canone di proporzionalità dell'art. 275, co. 2 c.p.p. e sulla libertà personale così «maltrattata». Sulla trasfigurazione della regola aurea, per la quale il carcere da *extrema ratio* diviene «l'unica ratio» per i delitti attinti, TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, cit., 34; sull'adeguatezza come residualità, SPAGNOLO, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 83 ss.; ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Milano, 2018, 43 ss.; GREVI-CERESA GASTALDO, *Misure cautelari*, in BARGIS, *Compendio di procedura penale*¹⁰, Padova, 2020, 333 ss., spec. 344.

⁴ Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, che ancora il principio del minore sacrificio necessario agli artt. 13, co. 1, e 27, co. 2 Cost., richiamando Corte cost., 22 luglio 2005, n. 299; sulle radici del canone v. già Corte cost., 23 aprile 1970, n. 64. In dottrina, ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, spec. 30 ss.; GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 2 e 49; AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 301 ss.; BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 91 ss.; per l'evoluzione dalla sent. n. 64 del 1970, ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale. I cinquant'anni della Corte costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, 389 ss.; sulla proporzionalità come idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, GALANTINI, *Diritti cautelari e restrizione della libertà personale nella logica della proporzionalità*, in *Sist. Pen.*, 30 giugno 2022; NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1, 3 ss., spec. 32.

al Parlamento sui programmi di protezione) e sono richiamati nei termini in cui le fonti li riportano; ove il dato numerico sia suscettibile di oscillazione o di aggiornamento, se ne dà conto in nota⁵. La distinzione fra il dato e la sua interpretazione è, del resto, il punto sul quale la presunzione assoluta sarà messa alla prova (*infra*, parr. 5 e 6).

2. *Il percorso costituzionale dal 1995 al 2020: cosa è caduto, cosa resiste.* La storia di questa presunzione è la storia di un'erosione paziente, condotta dalla Corte costituzionale non già negando in radice la legittimità dello strumento, ma verificando, titolo per titolo, se la generalizzazione legislativa poggia su una congrua base di esperienza. È una vicenda che conviene ripercorrere, perché al termine resta in piedi un solo pilastro – il partecipe al 416-*bis*, con i suoi omologhi eversivo e terroristico – e tutto sta nel comprendere su che cosa, precisamente, esso si regga.

Il punto di partenza è l'ordinanza n. 450 del 1995. La Corte vi dichiarò manifestamente infondata la questione, fissando un principio destinato a rimanere il fondamento dell'intera materia: mentre la verifica della sussistenza in concreto delle esigenze cautelari – l'*an* della cautela – non può prescindere da un accertamento giudiziale, la scelta del tipo di misura – il *quomodo* – può essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto dei limiti di ragionevolezza. La delimitazione ai delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso trovava giustificazione nel «coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva» connaturato a quegli illeciti. È in questa scissione fra *an* e *quomodo*, lo si vedrà, che si annida il vizio genetico dell'intera costruzione⁶. Vale la pena aggiungere un dato che di rado

⁵ In particolare: Ministero della giustizia – DAP, Sezione statistica, *Detenuti presenti per tipologia di reato*, situazione al 31 dicembre 2024; Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis co. 2 o.p.*, 2023; Associazione Antigone, *Senza respiro. XXI Rapporto sulle condizioni di detenzione*, Roma, 29 maggio 2025; Ministero dell'interno, *Relazione al Parlamento sulle speciali misure di protezione, sulla loro efficacia e sulle modalità generali di applicazione*, anni 2022-2023, trasmessa alle Camere il 21 novembre 2024 (Doc. XCI); relazioni semestrali della Direzione investigativa antimafia (2015-2024).

⁶ Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, in *Giur. cost.*, 1995, 3540, sulla quale v. anche Corte cost., ord. 24 ottobre 1996, n. 362. La massima – secondo cui non è «soluzione costituzionalmente obbligata quella di affidare sempre e comunque al giudice la determinazione» del punto di equilibrio fra il sacrificio della libertà personale e gli interessi collettivi antagonisti, e cioè, per quanto qui rileva, la scelta del tipo di misura – sarà richiamata da tutta la giurisprudenza successiva, da ultimo da Corte cost., 31 luglio 2020, n. 191. Per la critica coeva, NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 1996, 2835 ss., spec. 2842-2843 (arbitraria parificazione di situazioni diverse); nella dottrina coeva, sul regime differenziato uscito dal biennio 1991-1995, v. altresì BOSCO, *Custodia cautelare in carcere per presunzione di legge*, in *Giur. it.*, 1993, II, 489; CA-

viene rilevato: l'ordinanza del 1995 fu resa in un giudizio promosso a proposito di delitti aggravati dalla finalità di agevolazione mafiosa, e non della partecipazione associativa; sicché il precedente che tuttora regge l'automatismo residuo fu pronunciato su un titolo che l'automatismo, dopo la sentenza n. 57 del 2013, non copre più. La dottrina lo rilevò subito, censurando nell'ordinanza sia l'arbitraria parificazione di situazioni diverse sia l'affermata estraneità della presunzione di non colpevolezza alla materia cautelare, poi sconfessata dalla stessa Corte nel 2010.

La svolta è la sentenza n. 265 del 2010. Investita del regime uscito dal d.l. 11/2009 – che aveva riespanso la carcerazione obbligatoria a numerose fattispecie, fra cui i reati sessuali – la Corte enunciò il paradigma destinato a governare tutte le pronunce successive. I passaggi sono quattro. Primo: le misure cautelari soggiacciono al principio del minore sacrificio necessario, corollario del quale è il modello della «pluralità graduata» delle misure e dei «meccanismi individualizzati» di selezione del trattamento cautelare. Secondo: le presunzioni assolute, quando limitano un diritto fondamentale, violano l'art. 3 Cost. se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*; e l'irragionevolezza si coglie ogni volta che sia «agevole» formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione. Terzo: la *ratio* della presunzione per i delitti di mafia risiede nella struttura stessa della fattispecie – l'appartenenza a un sodalizio «di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice», sicché il vincolo permanente sarebbe fronteggiabile, secondo una «regola di esperienza sufficientemente condivisa», con la sola custodia intramuraria. Quarto, e decisivo: ciò che rende incostituzionale la presunzione non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto; una presun-

PRIOLI, *sub art. 275 c.p.p. modificato e vecchi processi*, in *Giur. it.*, 1993, II, 379; FAVINO, *Esclusione della presunzione legale dell'obbligo di misure cautelari restrittive anche per i reati per i quali sussistono gravi indizi di colpevolezza*, in *Riv. pen.*, 1997, 499; ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, 95; sul «vizio logico» dell'ordinanza in ordine all'art. 27, co. 2 Cost., MARZADURI, *A trenta anni*, cit., 6-7; 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 *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di De Francesco-Gargani, Milano, 2017, 222 n. 18; VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bologna, 2012, 312 n. 54; VALENTINI E., *Il "doppio binario cautelare"*, cit., 1683, che parla di «passaggio sorprendente». Il giudizio fu promosso con ordinanza 12 aprile 1995 del G.i.p. presso il Tribunale di Firenze in un procedimento per delitti aggravati ex art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152; l'esigenza cautelare adottata era il pericolo di fuga.

zione soltanto relativa, superabile da elementi specifici, non eccede i limiti di compatibilità costituzionale⁷.

Da questa matrice discende un catalogo progressivo di declaratorie, tutte costruite con dispositivo identico. L'omicidio volontario (sent. n. 164 del 2011) non implica né presuppone un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio, potendo essere fatto meramente individuale, occasionale o passionale: presunzione da assoluta a relativa. L'associazione finalizzata al narcotraffico (sent. n. 231 del 2011) – e qui il discrimine si fa prezioso, perché si tratta di un reato *associativo* diverso dal 416-*bis* – si concreta in una forma speciale di associazione per delinquere, qualificata dalla sola natura dei reati-fine, senza postulare struttura complessa e gerarchica, radicamento territoriale o specifiche connotazioni del vincolo: manca dunque proprio quella forza di intimidazione che sola offre la base statistica alla presunzione. Seguono il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (n. 331 del 2011), l'associazione per contraffazione (n. 110 del 2012) e la violenza sessuale di gruppo (n. 232 del 2013), per identica ragione⁸. La dottrina ha osservato che queste declaratorie

⁷ Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265 (red. Frigo), §§ 7-15 del Considerato in diritto. Il test dell'*id quod plerumque accidit* e dell'«agevole» formulabilità di ipotesi contrarie alla generalizzazione era già stato enunciato, in altra materia, da Corte cost., 8 aprile 2010, n. 139. Sul carattere paradigmatico della pronuncia, MANES, *Lo «sciame di precedenti»*, cit.; TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 949 ss.; MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *Leg. pen.*, 2010, 499 ss.; LORUSSO, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*, in *Guida dir.*, 2010, 35, 60 ss.; SPANGHER, *La «neutralizzazione» della pericolosità sociale: prime riflessioni*, in *Giust. pen.*, 2010, I, 407 ss.; TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, cit., 42-43, che valorizza il richiamo all'art. 27, co. 2 Cost. quale «sbarramento insuperabile»; VALENTINI E., *Il «doppio binario cautelare»*, cit., 1687-1688, sulle «luci e ombre» della pronuncia e sul mancato confronto con l'art. 13, co. 2 Cost. Sul test di resistenza empirica delle presunzioni assolute, LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, 2014, e in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014; TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: «giocando con le regole» a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4909 ss.

⁸ Rispettivamente: Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164 (omicidio volontario); 22 luglio 2011, n. 231 (art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309); 16 dicembre 2011, n. 331 (art. 12, co. 4-*bis* d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286); 3 maggio 2012, n. 110 (art. 416 c.p. finalizzato ai delitti di cui agli artt. 473 e 474 c.p.); 23 luglio 2013, n. 232 (art. 609-*octies* c.p.). Sull'invalidabilità, per via interpretativa, del tenore letterale della disposizione, Corte cost., 12 aprile 2012, n. 78, e la stessa sent. n. 110 del 2012. A commento: RAFARACI, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, in *Giur. cost.*, 2011, 3722 ss.; SCOMPARIN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi*, in *Giur. cost.*, 2011, 3730 ss.; MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, in *Giur. cost.*, 2011, 2163 ss.; MARANDOLA, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni unite*, in *Giur. cost.*, 2011, 2950 ss.; SCOMPARIN, *Anche per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere si trasforma da assoluta in relativa*,

non discendono da un'incompatibilità di principio con gli artt. 13, co. 1 e 27, co. 2 Cost., ma da una verifica caso per caso della base d'esperienza, rimasta vincolata al *devolutum*: il che ha lasciato sopravvivere altrove il meccanismo, senza che ne fosse mai saggiata la base empirica per il titolo residuo⁹.

Due pronunce, in questo catalogo, lambiscono così da vicino il 416-*bis* da illuminarne per contrasto la ragione di resistenza. La sentenza n. 57 del 2013, resa su rimessione delle Sezioni unite, colpisce i delitti aggravati dal metodo mafioso o dalla finalità di agevolazione mafiosa (allora art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, oggi art. 416-*bis*.1 c.p.): la possibile estraneità dell'autore all'associazione fa escludere che si sia *sempre* in presenza di un reato che implichi un vincolo di appartenenza permanente; la mera evocazione del sodalizio per accrescere la portata intimidatoria è dato che incide sulla gravità del fatto, non sulle esigenze cautelari. La sentenza n. 213 del 2013 fa altrettanto per il sequestro di persona a scopo di estorsione. In entrambe, si badi, la presunzione assoluta è confermata per la condotta associativa mafiosa *in se*¹⁰.

in *Giur. cost.*, 2011, 4554 ss.; GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4897 ss.; GIULIANI, *Violenza sessuale di gruppo e discrezionalità del giudice di libertà: dalla Corte di cassazione una quinta declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare*, in *Cass. Pen.*, 2012, 921 ss.; LEO, *Illegittima, anche per il sequestro di persona a scopo di estorsione, la regola di applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere*, e LEO, *Illegittima, anche per la violenza sessuale di gruppo, la regola di applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere*, entrambi in *www.penalecontemporaneo.it*, rispettivamente 22 e 25 luglio 2013. Sulla ricezione applicativa presso i giudici di merito, ROCCHI, *La trasformazione della presunzione di adeguatezza in tema di custodia cautelare per omicidio volontario*, in *Arch. pen. web*, 2014, 3 (nota a Trib. Catanzaro, sez. II, ord. 22 giugno 2014); BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 224 ss. Per la sistemazione delle declaratorie in tre «corollari» – irrilevanza della gravità astratta e dell'allarme sociale; inidoneità della natura associativa, di per sé, a sorreggere la presunzione; tenuta della presunzione inversamente proporzionale all'ampiezza della fattispecie –, MANES, *Lo "sciame di precedenti"*, cit., 464-466. Sul divieto, ribadito dalla sent. n. 110 del 2012 e poi dalla n. 232 del 2013, di estendere in via interpretativa le declaratorie parziali alle altre fattispecie del co. 3 – con effetto insieme preclusivo (nessuna disapplicazione) e impositivo (obbligo di sollevare la questione) verso i giudici comuni –, TALINI, *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte costituzionale e giudici*, in *Giur. it.*, 2013, 521 ss., spec. 523; MANES, *Lo "sciame di precedenti"*, cit., 466-468; sulla vicenda della Cass., Sez. III, 20 gennaio 2012, n. 4377, che aveva tentato la via opposta, RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista AIC*, 2012, 2.

⁹ MARZADURI, *A trenta anni*, cit., 8; VALENTINI E., *Il "doppio binario cautelare"*, cit., 1690-1691, sull'incidentalità del sindacato e sul «regime triplice» che ne è derivato; GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit., 119 ss., sul mancato ricorso alla declaratoria consequenziale ex art. 27 L. 11 marzo 1953, n. 87; TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, cit., 46, sui tre moduli strutturali della scelta cautelare.

¹⁰ Corte cost., 29 marzo 2013, n. 57 (red. Lattanzi), resa su rimessione del Tribunale di Lecce, sezione riesame (ordd. 16 maggio e 7 giugno 2012), e di Cass., Sez. un., ord. 10 settembre 2012, n. 34473, Lipari, e n. 34474, Ucciero; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 213. La n. 57 del 2013 individua tre profili di eccedenza della generalizzazione per i reati aggravati: la possibile estraneità dell'agente al sodalizio,

Si giunge così alla pronuncia capitale per la presente questione: la sentenza n. 48 del 2015 sul concorso esterno. La Corte distingue analiticamente la posizione dell'associato da quella del concorrente esterno e ne trae una conseguenza netta. Vale la pena riportarne il passaggio nodale: «il concorrente esterno è, per definizione, un soggetto che non fa parte del sodalizio: diversamente, perderebbe tale qualifica, trasformandosi in associato. Nei confronti del concorrente esterno non è, quindi, in nessun caso ravvisabile quel vincolo di adesione permanente al gruppo criminale che è in grado di legittimare, sul piano “empirico-sociologico”, il ricorso in via esclusiva alla misura carceraria». La Corte aggiunge che il supporto del concorrente esterno può risultare anche meramente episodico, o estrinsecarsi in un unico contributo: circostanza che rende ancor meno giustificabile l'omologazione delle situazioni concrete ai fini dell'esclusione di ogni alternativa al carcere. Esito: illegittimità dell'art. 275, co. 3, secondo periodo, nella parte in cui, per il concorrente esterno, non fa salva l'ipotesi di superamento con elementi specifici. Confermata, ancora una volta, la presunzione assoluta per il partecipe¹¹.

Il quadro è sigillato da due conferme. L'ordinanza n. 136 del 2017 – sollevata dalla Corte d'appello di Torino proprio sul partecipe, in un caso nel quale l'istante aveva chiesto gli arresti domiciliari con divieto di comunicazione e controllo elettronico – dichiara la questione manifestamente infondata, riba-

l'eterogeneità dei reati-base, la matrice organizzativa (e non cautelare) dell'inclusione nel catalogo dell'art. 51, co. 3-bis c.p.p. Sull'assenza di un necessario legame fra le condotte aggravate e l'associazione, già Cass., Sez. un., 28 marzo 2001, Cinalli, in *Cass. Pen.*, 2001, 2662. V. LEO, *Illegittima la previsione della custodia “obbligatoria” in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 aprile 2013. Inoltre, MARANDOLA, *Sull'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*, in *Giur. cost.*, 2013, 885 ss.; ADORNO, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare “obbligatorio”: cade la presunzione assoluta anche per i reati di “contesto mafioso”*, in *Giur. cost.*, 2013, 2408 ss., spec. 2414-2415, che parla di «equilibrio ortoforico»; MARZADURI, *Continua la bonifica costituzionale nei confronti dei meccanismi presuntivi di accertamento della sussistenza delle esigenze cautelari*, in *Leg. pen.*, 2013, 1065 ss.; BONGIORNO, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere e l'opera demolitrice della giurisprudenza delle supreme Corti*, in *Cass. Pen.*, 2013, 5, 2134 ss.; LA ROCCA, *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio*, in *Arch. pen. web*, 2013, 2, 655 ss. Sulla duplice rimessione, FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Arch. pen. web*, 2013, 1.

¹¹ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 48 (red. Frigo), § 5 del Considerato in diritto, donde il virgolettato (la sentenza è pubblicata anche in *Giur. cost.*, 2015, 979 ss.). A commento, LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015. Sulla doverosa differenziazione fra partecipe e concorrente, che la Corte ha operato incidendo sulla capacità dell'art. 110 c.p. di estendere il regime, MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 9; per l'anticipazione della distinzione, GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit., 116; v. anche SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 529 ss., spec. 530.

dendo che anche la semplice partecipazione è idonea a giustificare la presunzione, poiché l'unico dato rilevante, «ugualmente riferibile al partecipe e agli associati con ruoli apicali», è il tipo di vincolo. La sentenza n. 191 del 2020, in tema di associazione terroristica *ex art. 270-bis c.p.*, chiude osservando che nessuna delle pronunce succedutesi dal 2010 ha mai posto in dubbio la soluzione dell'ordinanza del 1995, e valorizza – per il terrorismo – la struttura «fluida» e reticolare delle organizzazioni contemporanee e la pratica impossibilità di impedirne i contatti con misure extramurarie¹².

Un dato normativo merita, in questa ricostruzione, un rilievo autonomo, perché di rado viene tematizzato per ciò che è. La L. 47/2015 ha trascritto nel testo dell'art. 275, co. 3, la clausola di salvezza elaborata dalla Corte («salvo che siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»), estendendola in blocco ai delitti dell'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater c.p.p.*: catalogo che comprende fattispecie di contesto mafioso che nessuno direbbe di minore allarme – dall'estorsione aggravata dal metodo mafioso allo scambio elettorale politico-mafioso, ai delitti commessi per agevolare i sodalizi – e che il legislatore ha nondimeno ritenuto compatibili con una valutazione giudiziale del *quomodo*. Ne sono stati esclusi soltanto tre titoli: gli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis c.p.* Il legislatore del 2015, cioè, ha generalizzato il metodo della Corte e, nel medesimo gesto, ha ritagliato una riserva di automatismo per tre fattispecie, senza che i lavori parlamentari documentino, per il partecipe, una base empirica ulteriore rispetto a quella – mai misurata, come si vedrà – evocata nel 1995 e nel 2010¹³.

¹² Corte cost., ord. 21 giugno 2017, n. 136, e 31 luglio 2020, n. 191 (red. Viganò). A commento della seconda, CATANEO, *Legittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per l'associazione con finalità di terrorismo*, in *Sist. Pen.*, 23 novembre 2020. Sull'ordinanza del 2017: MORELLI, *La legge "accerta" il grado delle esigenze cautelari servendosi di presunzioni "ragionevoli": per gli imputati di associazione mafiosa, i fatti restano fuori dai procedimenti de libertate*, in *Giur. cost.*, 2017, 1322 ss.; CENTORAME, *Associati di mafia, carcere cautelare obbligatorio e (in)eccepibilità costituzionale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 5, 887 ss. («occasione perduta»); APRILE, *Per la Consulta la presunzione assoluta di pericolosità dell'art. 275, comma 3, c.p.p. opera indifferentemente per il partecipe e per l'associato con ruoli apicali*, in *Cass. Pen.*, 2018, 182 ss.; NOCERINO, *Ancora in tema di presunzioni: per l'associazione di tipo mafioso vige il criterio di "utilità" della misura*, in *Cass. Pen.*, 2018, 186 ss.; MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali alla luce dei più recenti approdi del giudice delle leggi*, in *Cass. Pen.*, 2021, 6, 1887 ss., spec. 1896-1897; MARZADURI, *A trenta anni, cit.*, 13-14. Sulla sentenza del 2020: CENTORAME, *L'obbligo di custodia cautelare in carcere per gli indiziati di terrorismo sotto la lente della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3, 1609 ss.; APRILE, *Osservazioni a Corte cost. n. 191 del 2020*, in *Cass. Pen.*, 2020, 4560 ss.; MASARONE, *Associazione con finalità di terrorismo e custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 510 ss.; MINUTILLO TURTUR, *Associazioni con finalità di terrorismo: non è irragionevole la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere*, in *Il Penalista* (ius.lefebvrejuffre.it), 4 settembre 2020.

¹³ Sull'anomalia del ritaglio operato dal legislatore del 2015 – che ha positivizzato la clausola di salvezza per l'intero catalogo dell'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater c.p.p.*, escludendone i soli artt. 270, 270-*bis* e

Si fissi allora il risultato, perché da esso muove tutta l'argomentazione successiva. Dopo un quindicennio di scrutinio, la presunzione assoluta di adeguatezza sopravvive per tre soli titoli associativi; per tutte le altre fattispecie – comprese quelle più contigue, come l'aggravante mafiosa e il concorso esterno – essa è caduta, e ciò che ne residua, per effetto della clausola di salvezza additiva, opera come presunzione soltanto relativa. E la giustificazione, ripetuta con formula costante, è sempre la medesima: il vincolo di appartenenza permanente. Resta da capire – ed è il cuore del problema – se quel vincolo, oggi, regga davvero il peso che gli si fa portare.

3. *Anatomia del pilastro: la pericolosità presunta e i due giunti dell'adeguatezza.* Conviene ora isolare gli elementi dell'automatismo. La presunzione contestata è correntemente designata come presunzione di pericolosità del partecipe: designazione fedele all'origine storica dell'istituto, non più al suo statuto attuale. La pericolosità – ossia la sussistenza delle esigenze cautelari – è oggetto di presunzione soltanto relativa: la legge consente di provare che quelle esigenze non sussistono e la giurisprudenza di legittimità ammette che la prova della stabile rescissione del vincolo associativo, o il decorso di un rilevante «tempo silente» accompagnato da indici di mutamento, le faccia cadere. Ciò che è sottratto al giudice non è dunque il giudizio *se* vi sia pericolo, bensì il giudizio su *come* fronteggiarlo. Che la prima presunzione sia, nella prassi, assai difficilmente superabile – la prova negativa di ogni *periculum* è

416-bis c.p. – v. MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 3-7 (lavori parlamentari, proposta Ferranti, emendamento Palma volto a espungere gli artt. 270 e 270-bis) e 9, ove si rileva che per tali fattispecie il radicamento territoriale «non pare adeguatamente accertato»; *Relazione* alla proposta di legge Ferranti ed altri, in *Atti Camera – XVII legislatura – Documenti*, C. 631, 5; VALENTINI E., *Il “doppio binario cautelare”*, cit., 1692 ss.; CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, cit., 103 (il legislatore «si è limitato a recepire pedissequamente i meri dispositivi») e 124; GIULIANI, *La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 165 ss., spec. 168 e 184; CHINNICI-NEGRI, *Una riforma carica di ambizioni ma troppo cauta negli esiti*, in *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, a cura di Chinnici, Roma, 2015, 3 ss., spec. 10; BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 giugno 2015, 12; PAZIENZA, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, Corte di cassazione, Ufficio del Massimario, Rel. n. III/03/2015, 6 maggio 2015, 13-14; *Il rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, a cura di Bene, Torino, 2015. L'esito era stato pronosticato, prima della riforma, da BONGIORNO, *La presunzione di adeguatezza*, cit., 2144, secondo cui l'associazione mafiosa e i delitti a essa collegati sarebbero rimasti le sole fattispecie in cui derogare ragionevolmente al regime ordinario, con «una sostanziale vanificazione della riforma del 2009» e il ripristino dell'assetto del 1995: previsione avveratasi, con l'ulteriore restringimento ai soli tre delitti associativi. Si noti che nel catalogo «relativizzato» figurano delitti di contesto mafioso di primaria gravità, ivi compresa, dal 2015, la fattispecie di scambio elettorale politico-mafioso ex art. 416-ter c.p., inserita dall'art. 2 L. 23 febbraio 2015, n. 19 (ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1131 ss., spec. 1141 n. 31 e 1143).

stata definita “*diabolica*” – non muta i termini del problema: aggrava, semmai, il peso che la presunzione di adeguatezza è chiamata a reggere, poiché la sola valutazione giudiziale effettivamente disponibile è quella che l’automatismo preclude¹⁴. Il vero architrave non è la pericolosità presunta: è l’adeguatezza esclusiva della sola custodia¹⁵.

¹⁴ Sul carattere, di fatto, difficilmente superabile della presunzione relativa di sussistenza delle esigenze, MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 10-11; VALENTINI E., *Il “doppio binario cautelare”*, cit., 1693-1694 e 1705 (*probatio diabolica* su tutti e tre i pericoli), nonché 1704 n. 76, per il rilievo che il pubblico ministero, ove disponesse di elementi idonei a vincere la presunzione, eviterebbe in radice la domanda cautelare: conferma che la clausola di salvezza è, in fatto, pressoché inoperante; che la giurisprudenza tenda, svincolandosi dalla lettera della norma, a circoscrivere l’oggetto della prova liberatoria alla sola pericolosità sociale è rilevato da DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 225, che vi legge un «eloquente segnale della ritrosia» dei giudici di legittimità ad applicare la regola in senso rigoroso: la mitigazione pretoria attenua in fatto la *probatio diabolica*, ma opera *contra litteram* e non tocca il *quomodo*, confermando anziché sanare l’eccentricità della norma; GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza*, cit., 711 («vera e propria *probatio diabolica*»); più radicalmente DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell’art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1, 114 ss., spec. 116, per il quale la combinazione delle due presunzioni relative «origini un vuoto cognitivo totale», tesi che qui non occorre condividere: il saggio muove dalla legittimità della presunzione di sussistenza e attacca la sola adeguatezza esclusiva; TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, cit., 47, che parla di «truffa delle etichette»; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 143-144, per il quale dietro l’apparente presunzione *iuris tantum* si cela «una insidiosa presunzione *iuris et de iure*»; già SCHELLINO, sub art. 275, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Primo Agg., Torino, 1992, 123 ss., spec. 129; ILLUMINATI, *Verso il ripristino*, cit., spec. 1141.

¹⁵ Per la qualificazione tecnicamente esatta – presunzione relativa di pericolosità e assoluta di adeguatezza –, che la designazione abbreviata richiamata nel testo tende a oscurare, v., fra le molte, Cass., Sez. II, 7 giugno 2023, n. 24515; Cass., Sez. II, 21 aprile 2017, n. 19283; Cass., Sez. V, 13 giugno 2018, n. 51742, per la quale è illegittima la sostituzione del carcere con gli arresti domiciliari con controllo elettronico motivata sulla sola sopravvenuta sproporzione della custodia rispetto alla pena irroganda. Sull’idoneità della rescissione del vincolo a superare la presunzione di pericolosità, Cass., Sez. V, 14 giugno 2018, n. 45840; l’indirizzo tradizionale esige peraltro la dimostrazione in positivo, mediante prove logiche e rappresentative, dell’irreversibile troncamento di ogni legame con il sodalizio – Cass., Sez. II, 20 settembre 2002, Di Mauro, in *Guida dir.*, 2002, 49, 93; Cass., Sez. VI, 27 marzo 2003, Durante, Rv. 226041, sull’irrelevanza di incensuratezza, custodia sofferta e attenuanti generiche –, non senza un indirizzo minoritario disposto a valorizzare specifici elementi diversi dal distacco, idonei a escludere ragionevolmente la pericolosità: Cass., Sez. I, 16 dicembre 2003, Baiamonte, Rv. 226957; Cass., Sez. VI, 28 marzo 1996, Frascati, Rv. 205030; *contra*, Cass., Sez. II, 15 dicembre 2006, Comisso, Rv. 235367. Sulla presunzione nella lettura della magistratura di legittimità, VESSICHELLI, *Sulla presunzione stabilita dall’art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2003, 3496; sul rilievo del tempo trascorso, Cass., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 25517; Cass., Sez. V, 23 ottobre 2020, n. 36891; da ultimo Cass., Sez. III, 9 luglio 2025, n. 37345. Che la presunzione operi anche nelle vicende successive, precludendo la sostituzione *ex art. 299, co. 2 c.p.p.*, è affermato da Cass., Sez. un., 10 settembre 2012, n. 34473, *Lipari*, Rv. 253186, in *Cass. Pen.*, 2013, 31 ss., con le note di CESARIS, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare ex art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 settembre 2012, e LEO, *Le Sezioni unite sulla possibilità di misure alternative dopo l’iniziale applicazione “obbligatoria” della custodia cautelare in carcere*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2012; e GAMBERINI, *Le Sezioni unite sull’operatività della presunzione di esclusiva adeguatezza della custodia in carcere nelle fasi successive a quella genetica: l’art. 275, comma 3, c.p.p. ancora alla Corte costituzionale*, in *Cass. Pen.*,

Posta così la questione nei suoi giusti termini, l'adeguatezza assoluta si rivela retta da due «giunti» argomentativi, distinti e concatenati, che la Consulta ha sempre tenuto saldati ma che la dogmatica ha il dovere di separare. Il primo giunto è empirico: esiste – si afferma – una regola di esperienza generalizzata – e si vedrà al par. 5 a quali condizioni una regola di esperienza possa dirsi tale – secondo cui al vincolo associativo mafioso corrisponde un *periculum* irriducibile, una pericolosità che non si lascia attenuare dal mutare delle circostanze personali. Il secondo giunto è strumentale: solo la custodia in carcere – e nessuna misura meno afflittiva – sarebbe idonea a recidere quel vincolo e a neutralizzare quella pericolosità, non essendo le misure «minori» sufficienti «a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza». È la saldatura dei due giunti a produrre l'automatismo: se il vincolo è irriducibile (primo giunto) e solo il carcere lo recide (secondo giunto), allora solo il carcere è adeguato, sempre e per chiunque sia partecipe¹⁶.

Si osservi ora – ed è il rilievo che orienta l'intera strategia argomentativa – dove passa esattamente il discrimine fra il partecipe e le figure per le quali la presunzione è caduta. Nell'omicidio, nel narcotraffico, nell'aggravante mafiosa, nel concorso esterno, la Corte ha negato la presunzione perché manca, o può mancare, il vincolo di appartenenza permanente: difetta cioè il primo giunto, quello empirico. Per il partecipe, invece, il primo giunto è dato per acquisito – è partecipe proprio chi quel vincolo ha – e l'intera tenuta dell'automatismo viene a poggiare sul secondo giunto: sulla proposizione per cui solo il carcere recide il vincolo. Ne discende una conseguenza metodologica che la giurisprudenza non ha mai tematizzato apertamente: per il partecipe, il punto critico non è se egli sia legato al sodalizio, ma se sia *vero* che soltanto la detenzione intramuraria possa spezzare quel legame, e che lo possa

2013, 42 ss., che legge nella rimessione la consapevolezza della maturità dei tempi per una presa di posizione del giudice delle leggi; v. anche CENTORAME, *L'obbligo di custodia cautelare in carcere*, cit., 1609. Su tale approdo, FARINELLI, *L'ambito di operatività*, cit.

¹⁶ I virgolettati sono di Corte cost., n. 265 del 2010, cit., che fonda l'adeguatezza esclusiva sull'inidoneità delle misure minori «a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza», e di Corte cost., ord. n. 136 del 2017, cit., sull'irrelevanza della graduazione dei ruoli. La scomposizione dei due giunti trova riscontro in dottrina: GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit., 115-116; ADORNO, *L'inarrestabile irragionevolezza*, cit., 2414, per il quale l'eterogeneità dei ruoli esprime «un differente modo di atteggiarsi dei pericula libertatis»; DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari*, cit., 118; CENTORAME, *L'obbligo di custodia cautelare in carcere*, cit., 1612; MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1897, che descrive il rilievo esclusivo del «tipo di vincolo» come un modello «nomologico deduttivo»; per la descrizione del vigente art. 275 come intrico di presunzioni di adeguatezza, di deroghe e di regole in deroga alle deroghe, che finisce per trattare diversamente situazioni essenzialmente simili, FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in SPANGHER, a cura di Santoriello, *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, 1 ss., spec. 73.

per chiunque rivesta quella qualifica. È sul giunto strumentale, e sulla pretesa uniformità del primo, che si decide la questione del partecipe.

4. *La distinzione an/quomodo e la sottrazione originaria del giudizio di adeguatezza.* Torniamo all'ordinanza del 1995 e alla sua premessa fondativa, perché è lì che il vizio si insedia. La Corte vi affermò che, se l'*an* della cautela esige sempre l'accertamento giudiziale, il *quomodo* – la scelta del tipo di misura – può essere predeterminato in via generale dal legislatore, non essendo «soluzione costituzionalmente obbligata» quella di affidare sempre e comunque al giudice la determinazione del punto di equilibrio fra il sacrificio della libertà personale e gli interessi collettivi antagonisti – e dunque la scelta del tipo di misura. La proposizione ha l'aria della distinzione tecnica innocua; è invece, a guardarla da vicino, la sottrazione originaria del giudizio di adeguatezza alla giurisdizione. Perché separare nettamente l'*an* dal *quomodo*, e consegnare il secondo al legislatore, significa postulare che, una volta accertata l'esistenza del pericolo, la sua misura divenga irrilevante: come se il pericolo accertato bastasse a sé stesso, e consentisse di prescindere dalla verifica della sua intensità e dei rischi concreti che ne possono derivare, e dunque dal tipo di risposta che esso reclama.

È qui che la premessa si incrina. Il giudizio cautelare è, per natura, un giudizio graduato: l'art. 275, co. 1 e 2 c.p.p. impone di scegliere la misura proporzionata e adeguata all'intensità concreta delle esigenze, secondo il modello – è la stessa Corte a chiamarlo così – della «pluralità graduata». Spezzare l'*an* dal *quomodo* e cristallizzare quest'ultimo nella legge equivale a sostituire alla graduazione un'alternativa binaria – carcere o libertà – cancellando l'intera scala intermedia. Non è una semplificazione probatoria: è lo svuotamento del giudizio di adeguatezza. E si noti la torsione logica: la Corte ha potuto cancellare la presunzione per l'omicidio osservando che il fatto omicidiario può manifestarsi nelle forme più eterogenee, ma non si è mai chiesta se anche la *partecipazione* mafiosa – dal capo-mandamento al custode delle armi del gruppo, all'autista di fiducia del capo, al prestanome che per anni conserva l'intestazione fittizia di una società di comodo¹⁷ – non si manifesti, essa pure,

¹⁷ Le tre figure sono ritenute dalla giurisprudenza di legittimità ipotesi di partecipazione, e non di concorso esterno, proprio perché il contributo, benché marginale, si inserisce stabilmente nell'organizzazione: per l'autista e guardaspalle del capo – anche se le mansioni furono svolte «per pochi mesi», rilevando la «stabile e organica compenetrazione» e non «la limitazione temporale delle condotte» – Cass., Sez. VI, 22 agosto 2024, n. 33026; per il custode di armi nell'interesse del gruppo, la cui condotta «malgrado la sua marginalità» disvela l'intraneità, Cass., Sez. VI, 7 marzo 2025, n. 9439; per l'intestazione fittizia stabile di attività imprenditoriali, Cass., Sez. I, 12 gennaio 2022,

nelle forme più eterogenee. La premessa del 1995 ha impedito perfino di porsi la domanda¹⁸.

E conviene precisare, a questo punto, di quale pericolo si stia scorrendo. L'art. 274 c.p.p. conosce un pericolo concreto e attuale, desunto da specifiche modalità e circostanze del fatto e dalla personalità dell'indagato: un pericolo, cioè, che ha una misura, e che proprio perché l'ha reclama una risposta graduata (*infra*, par. 5.4). Il pericolo che la presunzione assume è invece peri-

n. 546 (ove anche l'affermazione – da tenere a mente per il par. 5.4 – per cui, vigendo la presunzione, il giudice «non ha l'onere di dimostrare in positivo la ricorrenza della pericolosità dell'indagato»). V. inoltre, per i latori di «pizzini» con carattere continuativo e fiduciario, Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2021, n. 3595, secondo cui la distinzione fra partecipazione e concorso esterno «non ha natura meramente quantitativa» ed è partecipe chi ha «un ruolo nel sodalizio», concorrente esterno l'*extraneus* «sulla cui disponibilità il sodalizio non può stabilmente contare»; per chi mette a disposizione un terreno per gli incontri riservati e fa da tramite di messaggi, con collaborazione di «carattere non episodico», Cass., Sez. VI, 2 settembre 2020, n. 24992; per l'addetto alla riscossione e gestore della sala da biliardo divenuta sede del gruppo, Cass., Sez. I, 21 dicembre 2021, n. 46710. Il criterio è quello di Cass., Sez. un., 11 ottobre 2021, n. 36958, Modaffari, Rv. 281889: la partecipazione esige lo «stabile inserimento» nella struttura e una «messa a disposizione» seria e continuativa, nel solco di Cass., Sez. un., 20 settembre 2005, n. 33748, Mannino, Rv. 231670; il contributo occasionale può integrare, al più, il concorso esterno, che a sua volta può essere «a carattere indifferentemente occasionale o continuativo», sicché partecipazione e concorso sono «fenomeni alternativi» e «un unico percorso motivazionale non può essere fungibilmente riferito all'una o all'altra» (Cass., Sez. VI, 16 settembre 2019, n. 38256); occasionalità ed estraneità, dunque, non si sovrappongono. La marginalità del contributo non ne esclude la stabilità: è la stabilità, non l'intensità, che la qualifica di partecipe presuppone. Che il confine fra partecipazione e contiguità resti incerto lo mostrano gli annullamenti per «salto logico» nel caso della «cassiera» del sostentamento dei familiari dei detenuti (Cass., Sez. V, 3 gennaio 2025, n. 143) e in quello della moglie che riceve somme per il marito detenuto (Cass., Sez. I, 23 settembre 2016, n. 39717): un'incertezza che alimenta l'incentivo distorsivo segnalato da Daniele (*infra*, nota 33).

¹⁸ Sulla «pluralità graduata» e sui «meccanismi individualizzati» di selezione del trattamento cautelare quali corollari del minore sacrificio necessario, Corte cost., n. 265 del 2010, cit.; per la critica alla scissione *an/ quomodo* come abdicazione del giudizio di proporzionalità, MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 10-11 (la Corte ha «perso per strada» il minore sacrificio necessario); GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit. Sul principio di proporzionalità e sul criterio di necessità in materia cautelare, ZACCHÈ, *Criterio di necessità*, cit., 43 ss.; TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Padova, 2017; CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 143 ss., spec. 151; GALANTINI, *Diritti cautelari*, cit.; NEGRI, *Tecniche di riduzione della custodia in carcere ad extrema ratio*, in *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, cit., 39 ss.; AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Milano, 2014, 7 ss.; NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., 32; SPAGNOLO, *Principio di adeguatezza*, cit. Sull'adeguatezza quale regola di scelta della misura meno gravosa fra quelle idonee e sulla custodia quale *extrema ratio* in forza di una vera e propria «regola decisoria», GREVI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, 298-299; MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Digesto pen.*, VIII, Torino, 1994, 59 ss., spec. 72-73. Sul rischio che la secca alternativa carcere/libertà induca il giudice, a fronte di esigenze fronteggiabili con misure meno gravose, a rigettare la domanda cautelare – «degenerazione del sistema» anche quando tutela l'imputato –, GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza*, cit., 714, sulla scia di FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, cit., 78-79.

colo di tipo: astratto, perché ancorato a una qualifica soggettiva anziché a comportamenti, e, in quanto astratto, privo di gradi. L'alternativa binaria di cui si è detto non è allora un accidente della disciplina: è la traduzione processuale, coerente fino in fondo, di una nozione astratta del *periculum*.

La dottrina ha colto da tempo la natura del meccanismo. Cordero, per i delitti del secondo periodo, lo descrive come una custodia prescritta salva prova negativa del bisogno cautelare: «in dubio custodiatur reus; rimane libero solo chi risulti innocuo». Altri hanno parlato di formula “ipocrita” che, imponendo una *probatio diabolica*, ripristina nella sostanza la custodia obbligatoria; e chi ha ripercorso la vicenda dal 1991 ha concluso che la controriforma reintrodusse il mandato di cattura obbligatorio e consentì una surrettizia anticipazione del trattamento sanzionatorio¹⁹. L'automatismo, in questa lettura, non è una tecnica di accertamento ma una tecnica di imputazione anticipata: sottratto al giudice il giudizio di adeguatezza, la cautela cessa di essere servente al processo e diviene risposta predeterminata a uno *status*. Su questo si tornerà (*infra*, par. 9); per ora basti aver isolato il vizio nella sua sede genetica: la scissione *an/quomodo* del 1995.

La scissione fra *an* e *quomodo* produce effetti che il sistema processuale registra in almeno tre luoghi. Sul terreno della motivazione, l'automatismo assorbe l'obbligo, sancito dall'art. 292, co. 2, lett. c) e c-*bis*) c.p.p., di esporre le ragioni per le quali le esigenze non possono essere soddisfatte con altre misure: il provvedimento restrittivo finisce per reggersi sulla sola gravità indiziaria, in una tensione con l'art. 13 Cost. che la dottrina ha definito “*ai limiti della compatibilità*”. Sul terreno della domanda cautelare, la presunzione assoluta deroga al principio di correlazione *ex art. 291 c.p.p.*: quand'anche il pubblico ministero solleciti una misura meno grave, il giudice è tenuto ad applicare il carcere, indipendentemente dal *petitum*. Sul terreno delle vicende successive, la presunzione opera anche *in itinere*, precludendo la sostituzione *ex art. 299, co. 2 c.p.p.* pur a fronte di esigenze attenuate. In tutti e tre i luoghi

¹⁹ CORDERO, *Procedura penale*⁸, Milano, 2012, 483; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*⁸, Torino, 2012, 303 (formula «di natura ipocrita»); ZAPPALÀ, *Le misure cautelari*, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 2006, 432-433; MARZADURI, *A trenta anni*, cit., 6, per la reintroduzione sostanziale del mandato di cattura obbligatorio; ILLUMINATI, *Verso il ripristino*, cit., 1141; VALENTINI E., *Il “doppio binario cautelare”*, cit., 1697, sull'analogia con la cattura obbligatoria del codice del 1930; TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, cit., 37-38; il parallelismo risale a FASSONE, *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Quest. giust.*, 1991, 116 ss., spec. 120 n. 9.

l'ordinamento generale delle cautele conosce una valutazione che il secondo periodo dell'art. 275, co. 3 esclude²⁰.

5. La regola di esperienza nella teoria della prova: statuto, condizioni di validità, controllo. Prima di verificare se la Corte abbia dimostrato la regola di esperienza su cui riposa il primo giunto, occorre intendersi su che cosa una regola di esperienza sia. La domanda non è oziosa. La Corte ha scelto di fondare l'automatismo non su un giudizio di valore – la prevalenza di un interesse sull'altro – ma su un enunciato di fatto: esiste una regolarità del fenomeno mafioso tale che, per chi ne fa parte, solo il carcere è adeguato. Un enunciato di fatto si giudica con i criteri che governano gli enunciati di fatto; e la teoria della prova, da oltre un secolo, sa che cosa sia una massima di esperienza, come nasca, a quali condizioni valga e come si controlli. È con quel metro – non con quello, più indulgente, della plausibilità – che la regola del 1995 va misurata. I paragrafi che seguono ricostruiscono lo statuto della massima nel ragionamento probatorio (5.1), le sue condizioni di validità (5.2), la sorte particolare delle massime create dalla giurisprudenza (5.3) e il regime del loro controllo, che nella materia cautelare assume un rilievo peculiare (5.4); il par. 5.5 applica quei canoni alla regola posta a fondamento dell'art. 275, co. 3, secondo periodo c.p.p.

5.1. Struttura dell'inferenza presuntiva e posto della massima. Ogni prova che non sia percezione diretta del fatto da provare ha la struttura di un'inferenza: da un fatto noto si passa a un fatto ignoto attraverso un criterio che li collega. Valutare una prova significa applicare a un'informazione un criterio di inferenza per trarne un'altra informazione; il ragionamento si articola perciò in

²⁰ Sull'attenuazione degli oneri motivazionali e sulla tensione con l'art. 13 Cost., TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, cit., 47-48, e GREVI, *Misure cautelari*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*⁶, Padova, 2012, 407; per la formula «ai limiti della compatibilità», GREVI-CERESA GASTALDO, *Misure cautelari*, cit., 344; sul co. 3-bis dell'art. 275 quale mera esplicitazione dell'art. 292, co. 2, lett. c-bis), MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 14. Sulla deroga al principio della domanda e alla correlazione cautelare, con la conseguenza che il giudice deve applicare il carcere «indipendentemente dal petitum», VALENTINI E., *La domanda cautelare*, cit., 318, e, per la necessità comunque della richiesta del pubblico ministero, *ibid.*, 315-317. Che il capoverso dell'art. 13 Cost. non sia mai stato evocato dai rimettenti è rilevato da VALENTINI E., *Il "doppio binario cautelare"*, cit., 1700-1702. Che l'esonero del giudice dal «determinare in concreto la forza del vincolo associativo e l'entità del contributo criminoso» costituisca «una chiara elusione dell'obbligo di motivazione statuito dall'art. 13, comma 2, Cost.» è il «difetto capitale» denunciato da DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari*, cit., 118, che vi aggiunge l'inutilità della presunzione – a fronte di gravi indizi di un vincolo totalizzante il carcere seguirebbe comunque dalla logica dell'accertamento – e la sua dannosità. Sull'operatività *in itinere*, Cass., Sez. un., n. 34473 del 2012, *Lipari*, cit.; CENTORAME, *L'obbligo di custodia cautelare in carcere*, cit., 1609.

tre operazioni – porre l’informazione iniziale, scegliere il criterio, dedurre il risultato – e il suo punto debole non sta nella prima né nella terza, ma nella seconda: «La vera incognita è nella scelta del criterio di inferenza». Il criterio, nella tradizione continentale, si chiama massima o regola di esperienza: la premessa maggiore, di natura probabilistica e per lo più inespressa, di un sillogismo probatorio la cui premessa minore è il fatto noto. La definizione classica la descrive come un giudizio ipotetico di contenuto generale, indipendente dal caso da decidere, tratto dall’osservazione di più casi e destinato a valere oltre di essi; la Cassazione penale, che l’ha fatta propria, aggiunge che le massime devono restare distinte dalle congetture, «insuscettibili di verifica empirica». Due tratti della massima importano qui. Il primo è che essa vive normalmente sommersa: i criteri di inferenza «Vivono una vita invisibile e inespressa», e affiorano alla superficie della motivazione soltanto quando diventano controversi. Il secondo è che la sua forza dipende dalle eccezioni che ammette: quanto meno la regola ne tollera, tanto più attendibile è la conclusione che se ne trae²¹.

La presunzione legale non sfugge a questa struttura; la incorpora. Quando il legislatore stabilisce che da un fatto si debba inferire un altro fatto, non fa che normativizzare una regola di esperienza: «basandosi su una regola di esperienza, la legge desume da un dato un altro dato e anticipa quel procedimento logico» che spetterebbe al giudice, sollevandolo dall’accertamento. La pre-

²¹ IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2023, 309 (la citazione e le tre operazioni), 310 (i criteri che «Vivono una vita invisibile e inespressa» e affiorano solo se controversi) e 310 n. 24, ove le massime sono definite premesse maggiori di natura probabilistica, «normalmente inesprese», con il richiamo all’*enthymema* aristotelico; per la struttura fatto noto–criterio di inferenza–fatto ignoto delle presunzioni *hominis*, che «non ha nulla della presunzione» ed è un argomento del giudice, *ibid.*, 543. Per la teoria generale, CARRATTA, *La prova per presunzioni semplici e il principio del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2026, 123 ss., spec. 126-129 (struttura tripartita del ragionamento presuntivo: fatto-base, massime, esplicitazione dell’*iter*), 124 (Carnelutti: la regola di esperienza non è oggetto di prova, e «quanto meno la regola ammette eccezioni» tanto più è fondata la conclusione) e 134, ove la definizione di STEIN, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, 20 ss., nella traduzione di Carnelutti («definizioni o giudizi ipotetici di contenuto generale, indipendenti dal caso concreto da decidersi nel processo e dalle sue circostanze singole»); sulla ricezione italiana (Chiovenda, Betti, Calogero, Cordero, G. Leone, Nobili, Uberris), *ibid.*, 135 nt. 45-47. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. IV, 26 agosto 2025, n. 29690, che qualifica le massime come «una particolare classe dei criteri di inferenza richiamati nell’art. 192, comma 1» e le distingue dalle «mere congetture, insuscettibili di verifica empirica» (con richiamo a Sez. V, n. 25616 del 2019, Rv. 277312, e a Sez. I, n. 16523 del 2020, dep. 2021, Rv. 281385); Cass., Sez. IV, 8 ottobre 2021, n. 36524, per la formula – costante – delle «generalizzazioni empiriche indipendenti dal caso concreto, fondate su ripetute esperienze ma autonome ad esse», che non devono risolversi «in semplici illazioni o in criteri meramente intuitivi» (con richiamo a Sez. VI, n. 1775 del 2012, dep. 2013, Ruoppolo, Rv. 254196); le medesime pronunce sono raccolte da CARRATTA, cit., 136 n. 48.

sunzione, dunque, non è un'alternativa all'inferenza, ma un'inferenza compiuta una volta per tutte e sottratta al contraddittorio del caso. Ne discende una conseguenza che la giurisprudenza costituzionale ha intuito senza svolgerla fino in fondo: la legittimità della presunzione dipende dalla qualità della regola che vi è incorporata, e il legislatore – come la Consulta che ne sindacava la ragionevolezza – si trova nella medesima posizione epistemica del giudice che sceglie un criterio di inferenza, con due differenze che aggravano, anziché alleviare, il suo onere. Il criterio scelto dal legislatore vale per una classe intera di casi e non per uno; e, se la presunzione è assoluta, esso vale senza che alcuno possa mostrare che il caso concreto è l'eccezione. È esattamente questo che la stessa Corte ha detto, in altro contesto, quando ha avvertito che le presunzioni assolute di pericolo non devono essere «irrazionali ed arbitrarie», il che accade «allorquando esse non siano collegabili all'id quod plerumque accidit»: il rinvio a ciò che accade per lo più è il rinvio a una massima di esperienza, e la massima, per collegare, deve esistere²².

5.2. *Le condizioni di validità di una massima.* Non ogni generalizzazione è una massima di esperienza. Perché lo sia, la teoria della prova pone condizioni che si possono ordinare in cinque punti.

La prima riguarda la base empirica. Una massima si forma per induzione generalizzatrice: dall'osservazione di casi simili si ricava una regola valida per i casi futuri dello stesso tipo. Ma l'induzione è corretta soltanto se vi è «la più ampia base empirica» e se in essa si osserva una regolarità senza eccezioni; e trovare casi davvero simili, facile nel mondo naturale, è difficile nel mondo umano, dove i dettagli rilevanti sono tanti e tali che la selezione del campione decide l'esito. Di qui un dilemma che non ammette scorciatoie: o si astrae dai particolari, e si ottiene una base numericamente ampia ma qualitativamente disomogenea, dalla quale la regola che si trae è inattendibile; o si tiene conto dei particolari, e i casi simili si riducono a un numero troppo esiguo per gene-

²² Il virgolettato è di FERRAIOLI, voce *Presunzione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 308, cit. in DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 94 n. 6; per la presunzione relativa come «normativizzazione di regole di esperienza», la cui tenuta costituzionale dipende «dalla ragionevolezza della massima di esperienza elevata a regola di giudizio», da verificare rispetto all'*id quod plerumque accidit*, DELLA MONICA, cit., 5-6 e 95 (v. già *supra*, nota 32, per la tesi ulteriore, qui non presupposta, che per le presunzioni assolute occorra anche un fondamento assiologico). Che nel processo penale «non c'è spazio per presunzioni legali di nessun genere» in punto di colpevolezza, e che le uniche presunzioni ammesse siano gli «argomenti del giudice», è la tesi di IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 542-543: la materia cautelare, nella quale il legislatore ha invece fatto ampio uso di presunzioni, è il terreno su cui quella tesi va messa alla prova. Il passo della Corte costituzionale è in Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, richiamato – proprio a proposito della nozione di partecipazione – da Cass., Sez. un., 11 ottobre 2021, n. 36958, Modaffari, cit.

ralizzare. Le generalizzazioni si dispongono così lungo un *continuum* di attendibilità decrescente, dalle leggi scientifiche universali alle leggi statistiche, dalle generalizzazioni empiriche alle opinioni del senso comune; e il senso comune – è opinione condivisa dai teorici della prova – assicura il grado più basso, perché convive con «generalizzazioni spurie, ed anche da pregiudizi»²³. La seconda condizione riguarda la formulazione. Una massima ha un soggetto e una frequenza: dice che *tutti*, o *la gran parte*, o *molti* si comportano in un certo modo *sempre*, o *quasi sempre*, o *di solito*. La differenza non è di stile. La regola «chi deve pagare una grossa somma non lo fa in contanti» è, per un giudice, una regola senza eccezioni e, per un altro, «poco più probabile del suo contrario», a seconda che il verbo sia retto da un «mai» o da un «non è frequente che». Le massime non hanno un testo, e il giudice le interpreta con il proprio sistema di credenze; ma una massima di cui non si sappia se dica «tutti» o «molti» non è ancora una massima, perché non si può stabilire quale conclusione autorizzi. La terza condizione è il rovescio della seconda: la generalità non deve degradare in genericità. Per immunizzare una regola dalle eccezioni il rimedio più a portata di mano è renderla vaga – trasformare il «sempre» in un «di solito» – ma il rimedio è peggiore del male, perché «il “di solito” fonda il ragionevole dubbio»: la massima perde in forza probante ciò che guadagna in resistenza alle smentite, e vale il paradosso per cui «più sono “massime”, meno provano»²⁴.

La quarta condizione riguarda il tempo. Le massime di esperienza, come le leggi scientifiche, «nascono, invecchiano e muoiono»; ma, diversamente dalle leggi scientifiche, non hanno né uno sperimentatore né una comunità che le

²³ IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 314-315 (le due condizioni dell'induzione generalizzatrice, il dilemma fra base ampia e disomogenea e base ristretta e inattendibile, la «previsione aperta a mille smentite»), 311 (il *continuum* di probabilità dalle leggi logiche alle convinzioni culturali) e 312-313 (i criteri di senso comune «ammettono numerose eccezioni»; «non c'è nulla di più controverso del senso comune»); per la distinzione fra criteri «generalisti, ma non universali», che «ammettono eccezioni», *ibid.*, 544. I quattro canoni epistemologici – senso comune, massime di esperienza, leggi scientifiche statistiche, leggi universali – e la collocazione del senso comune al grado più basso di attendibilità sono in CARRATTA, cit., 133-134 (il virgolettato è di Taruffo, *ivi* riportato, 134 n. 43); sulle leggi scientifiche che «si basano su canoni metodologici molto più solidi» delle massime, *ibid.*, 136-137.

²⁴ IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 317 (il soggetto e la frequenza della massima variano da giudice a giudice; le massime «non hanno un testo» e vengono «lavorat[e] dal sistema di credenze e valori del giudice»), 313-314 (la vaghezza come rimedio «peggiore del male»; «la generalità della massima non è altro che genericità»; «più sono “massime”, meno provano»), 327 n. 40 (le manipolazioni del criterio riguardano il soggetto, la frequenza, la quantità) e 325-326 (le tre difficoltà: riconoscere la massima, interpretarla, scegliere fra massime di segno contrario; il «principio di indeterminazione della prova»). All'estremo opposto della genericità sta la massima *ad hoc*, che incorpora tutti i dettagli del caso e perciò «Non è una massima»: *ibid.*, 320-321.

controlli: sembrano «venire al mondo per autogenesi, vivere per inerzia e morire per desuetudine». Repertori un tempo autorevoli contengono generalizzazioni che nessun giudice oggi sottoscriverebbe. Ne segue che una massima è sempre datata, e che una regola incorporata in una norma porta con sé la data della propria formazione: è questa la radice teorica dell'irragionevolezza sopravvenuta di cui si dirà al par. 8. La quinta condizione, infine, separa la massima dalla congettura. La massima poggia su dati; la congettura è un'ipotesi non fondata su ciò che accade per lo più e perciò «insuscettibile di verifica empirica». «La possibilità non è altro che una congettura»; e i criteri di normalità e di razionalità, che soccorrono il giudice quando le informazioni mancano, lo fanno «solo fino ad un certo punto», perché «La logica non è una prova»: il ragionamento indiziario esige una quantità minima di informazioni, e nessuna quantità di logica può surrogarla²⁵²⁶.

5.3. *Le massime create dalla giurisprudenza e il loro statuto di precedente.* Le massime di esperienza non nascono soltanto nella società; alcune nascono nel processo e valgono per altri processi. Il meccanismo è stato descritto con esattezza. In un dato processo si perviene, sulla base delle prove raccolte, a una certa conclusione di fatto; in altri processi, su prove autonome, si giunge alla medesima conclusione; e il susseguirsi delle decisioni fa sì che quell'affermazione – che era stata a lungo *oggetto* di prova – «ad un certo punto si trasformi impercettibilmente in criterio di prova». Da quel momento non deve più essere dimostrata: è divenuta una massima, che servirà a collegare fatti «senza prove». La questione di fatto si comporta allora come una questione di diritto, e la generalizzazione, staccata dai processi che l'hanno generata, diventa «una pianta con radici aeree». Il rischio è duplice. La regola nata da un precedente si applica ai casi successivi non per analogia dei fatti,

²⁵ IACOVELLO, *La Cassazione penale*, cit., 316-317, con l'esempio delle massime della *Psicologia giudiziaria* di Altavilla «buona parte delle quali nessun giudice del nostro tempo si azzarderebbe a condividere»; sulla mancanza, per le massime, di uno sperimentatore e di una comunità di controllo, *ibid.*, 317. Che la stessa nozione di massima d'esperienza sia stata giudicata, da chi ne ha indagato la logica, priva di «utilità concreta per la scienza processualistica» (Calogero) è ricordato da CARRATTA, cit., 135 n. 47: il rilievo, letto oggi, avverte che la massima è uno strumento fragile per definizione, e tanto più fragile quanto più a lungo la si lascia operare senza revisione.

²⁶ Cass., Sez. IV, 26 agosto 2025, n. 29690, cit. (le congetture come «ipotesi non fondate sull'id quod plerumque accidit e, quindi, insuscettibili di verifica empirica»); IACOVELLO, *La Cassazione penale*, cit., 472 (l'argomento della possibilità: «La possibilità non è altro che una congettura», irrilevante «sia quando viene prospettato dalla difesa, sia – a maggior ragione – quando viene prospettato dall'accusa»), 597 (il criterio di normalità «ci dà informazioni solo fino ad un certo punto»; lo standard è quello della «razionalità minima», non dell'autore «massimamente razionale») e 598 (§ 36: *La logica non è una prova*). Che il ragionevole dubbio sia una regola di giudizio e il *favor rei* una regola di decisione, *ibid.*, 596: la distinzione servirà al par. 12.2 per collocare correttamente l'onere di chi presume.

ma per sussunzione: il nuovo caso viene ricondotto alla regola, senza che i suoi fatti siano comparati con quelli da cui la regola fu tratta. E la regola, espunta dal fatto che l'ha prodotta, ne conserva i limiti, che nessuno più verifica. Quando poi il giudice, di fronte a un vuoto di criteri, «raschia il fondo del barile del sapere comune» e accetta false massime, il vizio che ne deriva ha un nome preciso: la petizione di principio²⁷.

La regola posta a fondamento dell'art. 275, co. 3, secondo periodo, ha esattamente questa genesi. Formulata dall'ordinanza n. 450 del 1995 come premessa di un giudizio di non manifesta infondatezza, essa è stata ereditata dalla sentenza n. 265 del 2010, che l'ha ribattezzata «regola di esperienza sufficientemente condivisa»; dalla n. 57 del 2013 e dalla n. 48 del 2015, che l'hanno usata come *tertium comparationis* per abbattere altre presunzioni; dall'ordinanza n. 136 del 2017, che vi ha rinviato per dichiarare manifestamente infondata la questione sul partecipe; dalla n. 191 del 2020, che l'ha trasferita all'associazione terroristica; e infine dalla n. 173 del 2024, che l'ha richiamata come eccezione acquisita al divieto generale di automatismi. In nessuno di questi passaggi la base della regola è stata riaperta: ciascuna pronuncia la richiama alla precedente, e la precedente alla precedente ancora, fino a un'ordinanza di trent'anni fa che non l'aveva dimostrata ma presupposta. È il ciclo descritto sopra: una conclusione che si trasforma in criterio, un criterio che si applica per sussunzione, un precedente che vale come massima. Nel senso tecnico della teoria della prova, la regola del 1995 è una massima *giurisprudenziale*, non una regola di *esperienza*: le manca precisamente il rapporto con i fatti da cui una regola di esperienza trae il proprio nome.

²⁷ IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 312 (le generalizzazioni «o nascono nella società o nascono nel processo»), 318-319 (le «regole giurisprudenziali di valutazione probatoria»; la massima sul consenso dei vertici mafiosi agli omicidi politici, con il passaggio da oggetto a criterio di prova; la questione di fatto che «si comporta come una questione di diritto»; la «pianta con radici aeree»), 320 (la «sindrome da vuoto di criteri di inferenza» che porta ad accettare false massime, e da queste alla petizione di principio; la «sindrome da sovraffollamento», che porta alla costruzione di massime *ad hoc* e all'irragionevolezza) e 328 (le massime create dal giudice come «massime della sua inesperienza»). Le stesse Sezioni unite riconoscono che i «paradigmi esperienziali» sulle mafie storiche «si fondano in gran parte su una matrice “giudiziaria”» – e annoverano fra essi proprio il «vincolo di fedeltà tendenzialmente permanente, di regola rescindibile solo attraverso una esplicita dissociazione» – e avvertono del rischio di «elevare a massima d'esperienza generalizzata una specifica realtà processuale»: Cass., Sez. un., n. 36958 del 2021, Modaffari, cit., §§ 11.1 e 12.2 del Considerato in diritto. Che la dottrina, da sempre attenta a vietare la «terza via» sulla questione di diritto, non abbia avvertito la gravità del problema quando il giudice percorre una «terza via» sulla questione di fatto attraverso gli indizi, è il rilievo di Verde riportato da CARRATTA, cit., 131 n. 37: la massima costituzionalizzata è la terza via portata al suo estremo, perché sottratta al contraddittorio non di un processo ma di tutti.

L'analogia con la prassi di legittimità è istruttiva. Si è osservato che la giurisprudenza, con il criterio di inferenza «chi commette un omicidio volontario è una persona pericolosa e quindi può rifarlo», ha trasformato «nella pratica» la custodia cautelare da facoltativa in obbligatoria; e che, per taluni reati, «è stato reintrodotta in via giurisprudenziale il mandato di cattura obbligatorio». Lo stesso autore qualifica l'art. 275, co. 3 come «una riesumazione – meno rozza – del mandato di cattura obbligatorio» realizzata dal legislatore. Le due vie convergono: ciò che la Cassazione ha fatto per l'omicidio per via interpretativa, attraverso una massima mai controllata, la Corte costituzionale ha fatto per l'associazione mafiosa per via di ragionevolezza, convalidando una massima mai controllata. La differenza è che la massima giurisprudenziale sull'omicida può essere contestata in ogni processo; quella costituzionalizzata sul partecipe non può esserlo in nessuno²⁸.

5.4. *Il controllo sulla massima e l'asimmetria del regime cautelare.* Le massime di esperienza usate dal giudice sono oggi sindacabili. L'antica insindacabilità «appartiene al passato»: la Cassazione può, «anzi, deve», controllare i criteri di inferenza adottati, e il parametro non è più la manifesta illogicità ma l'irrazionalità del criterio, secondo una «nomofilachia delle norme logiche» che affianca quella delle norme giuridiche. Il controllo presuppone che la massima sia enunciata: soltanto una regola esplicitata può essere verificata, ed è per questo che la Cassazione esige dal giudice che «identifichi ed espliciti» le massime che utilizza, per poi «calarle» nel caso concreto. La ragione è antica e vale per ogni ragionamento probatorio: occorre consentire «ad ogni uomo pensante controllare in astratto» se le massime siano state fraintese o male applicate, e se il convincimento che ne discende sia giustificato. E la regola vale, a maggior ragione, nella materia che qui interessa. La stessa Cassazione, chiamata a stabilire quando l'affiliazione rituale possa fondare la gravità indiziaria della partecipazione, ha risposto che essa può farlo soltanto «sulla base di consolidate e comprovate massime di esperienza»; ha avvertito che ricavare

²⁸ IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 318 (il criterio dell'omicida pericoloso), 711 (il mandato di cattura obbligatorio reintrodotta «in via giurisprudenziale»; ivi anche il riconoscimento che, «al fondo», nel caso dell'omicidio doloso «c'è una certa ragionevolezza», con i limiti dei falsi positivi e dei falsi negativi) e 707 n. 14 (l'art. 275, co. 3, come «riesumazione – meno rozza – del mandato di cattura obbligatorio»). L'Autore non tratta la presunzione dell'art. 275, co. 3 oltre questo cenno, e il passo di p. 711 riguarda la prassi sull'omicidio: l'accostamento alla vicenda costituzionale del partecipe è di chi scrive. Un'ulteriore massima di matrice giurisprudenziale, strutturalmente analoga a quella caduta con la terza e la quarta sopravvenienza (*infra*, parr. 8.3-8.4), è ricostruita *ivi*, 719-720: la non collaborazione trasformata nel criterio «chi non collabora per ciò stesso è pericoloso», con il quale «per dimostrare il pericolo concreto e attuale di recidiva non si prospettano fatti [...] ma una massima di esperienza».

la partecipazione dalla sola adesione formale significherebbe fondarla «su una massima di esperienza fallace, perché destinata a scontrarsi con una sostenibile ipotesi alternativa»; e ha ribadito che gli indicatori della partecipazione rilevano «sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso», dai quali dedurre l'appartenenza «senza alcun automatismo probatorio». Ecco l'asimmetria: per l'*an* – la gravità indiziaria della partecipazione – la Corte di cassazione esige massime comprovate, attendibili, immuni da automatismi; per il *quomodo* – la scelta della misura – la stessa gravità indiziaria fonda, per legge, una presunzione assoluta retta da una massima che nessuno ha mai provato²⁹.

Sul piano cautelare l'asimmetria è ancora più netta, perché la legge, in questa materia, non chiede massime: chiede informazioni. L'art. 274 c.p.p. esige che il pericolo sia «concreto e attuale» e che sia desunto da specifiche modalità e circostanze del fatto; l'art. 292, co. 2, lett. c) e c-*bis*) esige che il giudice esponga le ragioni per cui le esigenze non possono essere soddisfatte con altre misure. La concretezza impone che l'ordinanza dia informazioni, perché «concreto è il contrario di astratto» e l'astrattezza non ne dà; la specificità impone che quelle informazioni riguardino quel caso e quel soggetto. Un tempo il pericolo di fuga era desunto da una massima («è naturale che chi teme una condanna a una lunga pena tenti di sottrarsi ad essa»), della quale – è stato osservato – non si sapeva come fosse nata né quante eccezioni avesse: era un pericolo «astratto (perché basato su massime di esperienza e non informazioni) e presunto con inversione dell'onere della prova». La concretezza ha rovesciato lo schema: «Tu pubblico ministero non mi devi dare massime ma informazioni». E per la reiterazione vale il protocollo che vieta il «pericoloso automatismo» di dedurre la pericolosità attuale dal reato: «La pericolosità non

²⁹ IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 457-458 (la Cassazione «può – anzi, deve – controllare i criteri di inferenza adottati dal giudice»; l'insindacabilità delle massime «appartiene al passato»; il parametro dell'irrazionalità del criterio di inferenza; la «nomofilachia delle norme logiche»; *ibid.*, 322-323, sui criteri di senso comune che «funzionano come il notorio» e «si sottraggono alla prova e al contraddittorio», determinando «un'inversione dell'onere dell'argomentazione». L'esigenza che il giudice «identifichi ed espliciti» le massime è in Cass., Sez. IV, n. 29690 del 2025, cit. Il passo di Betti (1924) è riportato da CARRATTA, cit., 138 n. 56, con il rilievo di Cordero, *ibid.*, n. 55, per cui senza massime «il giudice non potrebbe ragionare» e la soluzione della questione di fatto «sarebbe molto simile ad un gioco d'azzardo». I virgolettati della Cassazione sono di Cass., Sez. un., 11 ottobre 2021, n. 36958, Modaffari, Rv. 281889, cit. (le «consolidate e comprovate massime di esperienza» e la «massima di esperienza fallace»), che riporta e fa proprio il passo di Cass., Sez. un., 20 settembre 2005, n. 33748, Mannino, Rv. 231670, cit., sulle «attendibili regole di esperienza» e sull'esclusione di «alcun automatismo probatorio»; nello stesso senso, in sede cautelare, Cass., Sez. I, 18 dicembre 2024, n. 46596, che esige «indicatori logici affidabili» della stabile partecipazione, e Cass., Sez. VI, 16 settembre 2019, n. 38256, cit.

si presume, si prova». Il conflitto fra esigenze cautelari e libertà «non può essere deciso in astratto – una volta per tutte – dal legislatore, perché ogni caso è diverso dall'altro»: alla tipizzazione subentra il bilanciamento, e al legislatore il giudice³⁰.

Si misuri, alla luce di questo quadro, la posizione della regola del 1995. Essa è l'unica massima del sistema cautelare che sfugge a ogni controllo. Non la controlla il giudice della cautela, che sull'adeguatezza non può motivare; non la controlla la Cassazione, che sindacava i criteri di inferenza impiegati per l'*an* ma non può toccare un *quomodo* stabilito dalla legge; non l'ha controllata, di fatto, la Corte costituzionale, che l'ha *affermata* – e per trent'anni ripetuta – senza mai *verificarla*. Il paradosso si chiude su un punto già toccato al par. 4: la teoria della prova insegna che quanto più fragile è lo strumento inferenziale impiegato, tanto maggiore deve essere lo sforzo motivazionale che lo accompagna, perché solo la motivazione rende controllabile un'inferenza. L'automatismo fa l'esatto contrario: alla massima più fragile – una generalizzazione di senso comune sul comportamento futuro di un'intera categoria di persone – associa l'onere motivazionale più basso, cioè nessuno. Il criterio che dovrebbe affiorare perché controverso è quello che la legge tiene sommerso per definizione.

5.5. La regola del 1995 al vaglio dei canoni. Si può ora sottoporre la regola alle condizioni enunciate al par. 5.2, pronuncia per pronuncia. L'operazione è semplice, perché il materiale è esiguo.

³⁰ IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 706-707 (la tipizzazione progressiva delle esigenze cautelari fino all'«osso duro» del pericolo, e i criteri-guida di concretezza, specificità, attualità, idoneità e proporzionalità), 708 (la sproporzione motivazionale fra gravi indizi ed esigenze: «dove mancano criteri di inferenza, si colma il vuoto con la precomprensione e con la retorica»), 709 (concretezza e specificità: «Un ragionamento concreto si basa su informazioni, un ragionamento astratto no»; «I gravi indizi riguardano il fatto, le esigenze cautelari la persona. Noi però abbiamo un processo penale del fatto, non della persona»), 717-718 (il pericolo di fuga «astratto» e «presunto»; «Non massime più o meno avventurose, ma informazioni», che devono riguardare «non situazioni ma comportamenti»), 721-722 (il protocollo logico e la massima per cui «La pericolosità non si presume, si prova») e 723 (il bilanciamento che subentra alla tipizzazione). Coerentemente, sul piano dello standard, la pericolosità è «una probabilità di delinquere» e «non esiste la certezza della probabilità»: *ibid.*, 821 (ove, a p. 820, il rilievo che fra procedimento penale e di prevenzione «Cambiano le fattispecie non gli standards»; la frase «più bassi di quelli operanti nel processo di prevenzione» contiene un evidente *lapsus* per «di cognizione»); il dubbio sulla prognosi «deve funzionare a favore del soggetto», *ibid.*, 822. Sulla graduazione dell'onere motivazionale in ragione della fragilità dello strumento presuntivo – che esige «uno sforzo motivazionale ben maggiore» di quanto richiesto per le prove dirette – CARRATTA, cit., 144-146, in una prospettiva civilistica che qui si richiama per la sola logica del controllo. Che la prova dell'eccezione alla regola sia, nel processo penale, un onere di allegazione e non di prova, e presupponga che l'eccezione possa essere allegata, IACOVIELLO, cit., 545-546.

Il fatto noto è la gravità indiziaria per il vincolo associativo: su questo le pronunce concordano, e nulla vi è da eccepire. Il fatto ignoto è duplice: che sussista un *periculum* e che esso non sia fronteggiabile con misure diverse dal carcere. La massima che dovrebbe collegare il primo al secondo non è però mai enunciata. L'ordinanza n. 450 del 1995 parla di una scelta legislativa non irragionevole in ragione delle «connotazioni» del delitto; la n. 265 del 2010 di una «regola di esperienza sufficientemente condivisa» e di una «congrua base statistica»; la n. 57 del 2013 e la n. 48 del 2015 di «dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit»; la n. 191 del 2020 della «normale persistenza del vincolo»; la n. 173 del 2024 dell'«eccezionale pericolosità correlata alla normale persistenza del vincolo associativo». In nessun luogo si legge di *quali* partecipi si parli – tutti? la gran parte? molti? – né *con quale frequenza* il vincolo si traduca in un pericolo che solo il carcere contiene – sempre? di regola? spesso? Il soggetto e la frequenza, che distinguono una massima da un'opinione, mancano; e mancando, non si può stabilire quale conclusione la regola autorizzi, né se autorizzi quella assoluta che la legge ne trae. La «base statistica» è nominata, non esibita: nessuna pronuncia indica un dato, una rilevazione, una serie; la «congrua base» è una premessa di cui si afferma la congruità senza mostrarne la consistenza. Si è già visto (par. 5.2) che l'induzione generalizzatrice esige la più ampia base empirica e una regolarità osservabile; qui la base non è ristretta né disomogenea: è assente.

Il vizio più grave sta però nella struttura dell'inferenza. Il *periculum* «irriducibile» è desunto dal carattere «permanente» del vincolo; ma la permanenza del vincolo è la struttura del reato associativo, una qualificazione giuridica, non un dato di esperienza sul comportamento futuro di chi ne è indiziato. La regola non collega un fatto noto a un fatto ignoto attraverso l'osservazione di ciò che accade: collega una fattispecie alla propria descrizione. È il paralogismo che la teoria della prova chiama petizione di principio, e che si consuma «trasformando l'oggetto da provare in criterio di inferenza»: ciò che si dovrebbe dimostrare – che il partecipe, in quanto tale, è pericoloso in modo che solo il carcere contiene – viene assunto come regola che dispensa dalla dimostrazione. La stessa gravità indiziaria diventa una prova *multiuso*: prova dell'*an* del reato, prova del *periculum*, prova dell'inidoneità di ogni misura minore. Si verifica «un automatismo probatorio» analogo a quello che la giurisprudenza di legittimità censura quando dalla prova dell'associazione si ricava, senza altro, la prova delle sue articolazioni: perché «non è detto che chi fa parte dell'associazione mafiosa – per ciò solo – faccia contemporaneamente parte

di tutte le sub-strutture», e allo stesso modo non è detto che chi è indiziato del vincolo sia, per ciò solo, portatore di un pericolo che nessuna misura diversa dal carcere può contenere. La prova multiuso «non di rado provoca un cortocircuito logico»; qui il cortocircuito è istituzionalizzato.

Vi è di più. La regola riduce il pericolo alla pericolosità, e la pericolosità allo *status*. Il codice chiede un pericolo attuale e concreto, cioè il rischio di un evento; la pericolosità è una qualità del soggetto, che «può durare tutta la vita» e sulla quale la misura cautelare, per sua natura provvisoria, non può agire: «Essa può agire sul pericolo non sulla pericolosità». La regola del 1995 compie la riduzione inversa: dallo *status* di partecipe alla pericolosità, dalla pericolosità al pericolo, dal pericolo all'inidoneità di ogni misura che non sia il carcere. È la catena descritta come «automatismo logico» – «il reato è un fatto comunque pericoloso, un fatto pericoloso può essere commesso solo da una persona pericolosa. Dunque, chi commette un reato è pericoloso!» – con l'aggravante che l'ultimo anello, quello sul tipo di misura, non compare neppure nella catena giurisprudenziale ordinaria. Infine, la regola è immunizzata dalle eccezioni non perché la realtà non ne offra, ma perché la legge vieta di allegarle. Fra le patologie del ragionamento probatorio vi è quella di modificare il criterio di inferenza «escludendo per esso qualsiasi eccezione»: qui l'esclusione non è opera del ragionamento, ma della norma. Una massima senza eccezioni perché nessuno può dedurle non è una massima forte: è una massima non verificabile, e una regola non verificabile non è, per definizione, una regola di esperienza.

La conclusione si impone. La regola posta a fondamento del secondo periodo dell'art. 275, co. 3 non è mai stata individuata nel suo soggetto e nella sua frequenza, non è mai stata fondata su una base empirica esibita, non è mai stata sottoposta al controllo che il sistema riserva a ogni altra massima, e ha la struttura logica di una petizione di principio: è stata assunta in via sommaria e congetturale, e come tale ereditata per trent'anni. Si obietterà che essa esprime, comunque, un'attendibile generalizzazione dei dati esperienziali, difettando soltanto nella pretesa di coprire anche i casi che fisiologicamente vi sfuggono. Ma l'attendibilità, in quelle pronunce, è postulata, non verificata: chi afferma che una massima «fisiologicamente contempla» eccezioni presuppone di conoscerne la frequenza, e una frequenza «determinata da un numero considerevole di episodi concreti» richiede che qualcuno quegli episodi li abbia contati. Nessuno lo ha fatto. La pericolosità è «una probabilità di delinquere», e «non esiste la certezza della probabilità»: una presunzione che fissa una volta per tutte l'esito di una prognosi individuale «non è una previsione

ma una scommessa. E non si scommette sui diritti». Resta da vedere – ed è l'oggetto del paragrafo che segue – se la regola, oltre a non essere mai stata dimostrata, sia oggi anche smentibile. Lo è, e agevolmente³¹.

6. *La regola di esperienza come petitio principii: la critica empirica al primo giunto.* La Corte costituzionale afferma, da trent'anni, che esiste una regola di esperienza generalizzata: il partecipe mafioso porta in sé un *periculum* tale che solo il carcere lo contiene. L'afferma senza dimostrarla: si è visto al par. 5 che quella regola non è mai stata enunciata nel suo soggetto e nella sua frequenza, né fondata su una base empirica esibita, né sottoposta al controllo cui ogni altra massima soggiace, e che la «base statistica» resta una premessa non verificata. Il rilievo non è isolato: la dottrina ha osservato che le considerazioni della Corte «rimangono sempre su di un piano di preoccupante genericità», senza alcun tentativo di indagine sugli «aspetti ricorrenti» evocati, e che la Corte utilizza come argomento ciò che dovrebbe essere dimostrato. Si tratta di una *petitio principii*: una presunzione assoluta che incide su un diritto inviolabile non può reggersi su una regola di esperienza *affermata*; deve reggersi su una regola di esperienza verificata. La diagnosi teorica sarebbe però sterile se la regola, oltre che mai dimostrata, non fosse oggi anche agevolmente smentibile: è ciò che si mostra ora, sul piano dei fatti³².

³¹ Per i testi della Corte costituzionale qui richiamati, Corte cost., ord. n. 450 del 1995, cit.; n. 265 del 2010, cit.; n. 57 del 2013, cit.; n. 48 del 2015, cit.; ord. n. 136 del 2017, cit.; n. 191 del 2020, cit., § 2.4 del Considerato in diritto; n. 173 del 2024, cit., § 5.1 del Considerato in diritto (*supra*, parr. 2 e 8.5, e note 6, 10, 58 e 61). Per le patologie del ragionamento probatorio – la petizione di principio compiuta «trasformando l'oggetto da provare in criterio di inferenza» e la modifica del criterio «escludendo per esso qualsiasi eccezione» – IACOVELLO, *La Cassazione penale*, cit., 326-327 (nn. 2 e 4 dell'elenco); per la prova *multiuso* e il «cortocircuito logico», con gli esempi dell'associazione mafiosa e dell'associazione per il traffico di stupefacenti e del reato-fine assunto a prova della partecipazione, *ibid.*, 470-472; per la distinzione fra pericolo e pericolosità e la riduzione «Sei pericoloso e quindi sei un pericolo per la collettività», che «strappa [...] il testo della legge», *ibid.*, 713-715; per l'«automatismo logico» e il passaggio «dal delinquente nato [...] al delinquente pericoloso», *ibid.*, 710-711; per la «scommessa», *ibid.*, 821 e 823 (in tema di prevenzione, ma con un rilievo che vale *a fortiori* per una prognosi sottratta al giudice). La tesi che la massima della Consulta «indubbiamente esprime un'attendibile generalizzazione dei dati esperienziali» e che il difetto stia nella sola pretesa di coprire i casi che «fisiologicamente» vi sfuggono è di DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 205 e n. 107 (da cui il virgolettato sulla frequenza «determinata da un numero considerevole di episodi concreti»); si tratta della più autorevole lettura contraria a quella qui sostenuta, che il par. 12.7 affronta *ex professo*; per i profili assiologici della medesima critica, già *supra*, note 32 e 61.

³² La struttura del test richiede, per espressa indicazione della Corte, l'individuazione della generalizzazione sottostante, la verifica della sua capacità di coprire tutte le ipotesi riconducibili alla fattispecie e l'«agevolezza» di formulare ipotesi contrarie: Corte cost., n. 265 del 2010, cit.; n. 57 del 2013, cit. I virgolettati sono di MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 12, che rileva l'assenza di «alcun tentativo di indagine» sugli «aspetti ricorrenti» evocati dalla Corte; la critica per cui la Corte «uti-

Vi è un secondo profilo. Per superare una presunzione *iuris et de iure* applicata a un'intera categoria non occorre dimostrare che le ipotesi contrarie alla generalizzazione siano prevalenti: basta – lo dice la stessa Corte con la sentenza n. 265 del 2010 – che esse siano «agevoli», cioè non infrequenti, documentabili, immaginabili senza sforzo. Il test non chiede la maggioranza: chiede la non eccezionalità della smentita. E allora il punto si rovescia in chiave processuale: chi contesta l'automatismo non deve provare che il partecipe dalla pericolosità fronteggiabile con misure gradate sia la regola; gli è sufficiente mostrare che ipotesi siffatte sono agevoli. È quanto le acquisizioni criminologiche dell'ultimo decennio consentono di fare con larghezza, lungo quattro direttrici.

6.1. *L'eterogeneità strutturale e la figura del partecipe marginale.* Il rilievo non è nuovo: la dottrina ha osservato che l'art. 416-bis c.p. descrive condotte corrispondenti a ruoli molto diversi, «suscettibili di originare esigenze cautelari di diversa entità, non tutte necessariamente contrastabili con la sola custodia in carcere». Le fonti istituzionali lo confermano. Il primo dato è l'eterogeneità. Le relazioni semestrali della Direzione investigativa antimafia descrivono, accanto alle mafie storiche ad alta strutturazione ('ndrangheta, Cosa nostra, Camorra, criminalità organizzata pugliese), una pluralità di consorterie locali – talora figlie di scissioni, talora gruppi emergenti in singoli

lizza come argomento precisamente quello che deve essere dimostrato» è di ILLUMINATI, *Ripartire dalla Costituzione*, in *Leg. pen.*, 2006, 388 e 390. Nello stesso senso VALENTINI E., *Il “doppio binario cautelare”*, cit., 1698 («ammesso e non concesso» che la base statistica sia dimostrata); GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit., 119; CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, cit., 119-120; CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, 186-188. Sulla strutturale incompatibilità delle presunzioni assolute in materia cautelare con l'art. 3 Cost. quando incidono su beni primari, MANES, *Lo “sciame di precedenti”*, cit., 458 e 460; per la tesi, ulteriore rispetto a quella qui svolta e da questa non presupposta, secondo cui il test dell'*id quod plerumque accidit* non basta e una presunzione *iuris et de iure contra reum* esige anche un fondamento assiologico – la tutela di un valore almeno equipollente alla libertà personale, che ordine pubblico e sicurezza collettiva non offrirebbero –, DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 178-181, 204-205 e 233; NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, sul deficit cognitivo del giudizio cautelare presuntivo. Sugli automatismi legislativi nel sindacato di ragionevolezza, LEO, *Automatismi sanzionatori*, cit.; TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto*, cit.; PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Napoli, 2020; LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Gruppo di Pisa*, 2018, 1; CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, a cura di Butturini-Nicolini, Napoli, 2014, 85 ss.; BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 92. Nello stesso senso, per il rilievo che la sopravvivenza della presunzione assoluta è stata motivata «con un argomento di carattere sociologico», di *ratio* «virtualmente corretta ma sicuramente incapace di denotare in modo specifico i vari tipi “cautelari” riscontrabili in concreto», DE CARO, *Il difficile sindacato del giudice del dibattimento sulle misure cautelari, anche in relazione allo statuto legale delle presunzioni per il reato di cui all'art. 416 bis*, in *Arch. pen. web*, 2023, 2, 15-17.

quartieri o segmenti di mercato – con organigrammi ridotti e leadership instabili, che adottano il metodo mafioso senza esprimere una signoria territoriale totale. La categoria del «partecipe», lungi dal designare un tipo umano omogeneo, raccoglie figure radicalmente disomogenee: dal gregario con compiti esecutivi al custode di armi, dal prestanome di una società al familiare che funge da tramite per una comunicazione, fino ai professionisti – avvocati, commercialisti, operatori finanziari – ritenuti partecipi per la messa a disposizione di competenze e reti, e non per l'esercizio della violenza³³.

Questa eterogeneità non è un dettaglio descrittivo: è la prima, agevole smentita della generalizzazione. Se il «vincolo» che la Corte pone a fondamento dell'automatismo è il medesimo per il capo-mandamento e per il prestanome, allora delle due l'una: o la parola «vincolo» ha perso ogni capacità selettiva – e nomina cose tanto diverse da non poter fondare alcuna inferenza uniforme – oppure l'automatismo tratta come identici soggetti che l'esperienza mostra profondamente differenti. È la stessa contraddizione che la Corte ha colto, per il concorso esterno, osservando che il contributo può essere meramente episodico: ma il partecipe marginale, il gregario di periferia, il prestanome che da anni si limita a conservare l'intestazione, non sono figure meno eterogenee del concorrente esterno. La differenza nominale fra intraneo ed estraneo non cancella l'identità sostanziale del problema: in entrambi i casi, la categoria è troppo larga per una regola unica.

6.2. Mafie liquide, mafie straniere, delocalizzazione: l'allentamento del nesso vincolo/territorio. Il secondo dato concerne la trasformazione del vincolo. La premessa del 2010 – il sodalizio «fortemente radicato nel territorio» – pre-

³³ Il virgolettato è di DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari*, cit., 118; nello stesso senso ADORNO, *L'inarrestabile irragionevolezza*, cit., 2414-2415; CENTORAME, *L'obbligo di custodia cautelare in carcere*, cit., 1612 (con identico ragionamento per l'art. 270-bis c.p.); già NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza*, cit., 2842-2843; MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1892 e 1900, sul partecipe «con ruolo del tutto marginale»; CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, cit., 119-120. Per la regola logica secondo cui la tenuta di una presunzione decresce con l'ampiezza delle fattispecie concrete che vi sono riconducibili, MANES, *Lo "sciame di precedenti"*, cit., 466. L'automatismo genera inoltre un incentivo distorsivo, segnalato da DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari*, cit., 118: il rischio di riscontrare «artificiosamente» i gravi indizi dell'associazione al solo fine di accedere al regime cautelare più severo, tanto più agevole quanto più incerto, allo stato degli atti, è il confine fra partecipazione, concorso esterno e delitti di contesto. Per i dati: DIA, *Relazioni semestrali al Parlamento, passim* (dal 2015); in particolare, sull'ingresso di professionisti e «colletti bianchi» nell'area della partecipazione e del concorso, DIA, *Relazione del I semestre 2022*; sulle consorterie minori e le mafie non tradizionali, DIA, *Relazioni 2021-2023*. Nella giurisprudenza di legittimità, sull'esigenza di motivazione rafforzata circa l'attualità della pericolosità del semplice partecipe a sodalizi non caratterizzati da tendenziale stabilità, Cass., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 25517, cit. V. inoltre DE CARO, *Il difficile sindacato*, cit., 17, sull'eterogeneità delle ipotesi concrete riconducibili all'art. 416-bis c.p., «non sempre e non tutte caratterizzate da un livello di pericolosità massima».

suppone un'equazione fra appartenenza e radicamento fisico che le fonti istituzionali oggi descrivono come allentata. Le relazioni DIA registrano il fenomeno dell'«inabissamento» e l'emersione di mafie reticolari, proiettate nello spazio economico-finanziario più che nel controllo capillare di un quartiere; documentano la presenza di organizzazioni straniere il cui vincolo si fonda su legami personali, etnici o comunitari più che su una signoria territoriale; attestano la proiezione delle mafie storiche al Centro-Nord attraverso strutture delocalizzate – le decine di «locali» di 'ndrangheta censite nell'Italia settentrionale – in cui il singolo partecipe può operare in un contesto sociale lontano dal territorio d'origine³⁴.

Anche qui l'inferenza è piana. Se il vincolo mafioso può esprimersi in forme reticolari, delocalizzate, fondate su relazioni personali e affaristiche a distanza, viene meno una delle premesse implicite del giunto strumentale: l'idea che sottrarre il soggetto al suo territorio – il che il carcere fa – sia *di per sé* lo strumento decisivo per recidere il legame. Per un partecipe il cui vincolo si gioca su rapporti a distanza, la detenzione intramuraria non offre necessariamente quel di più di efficacia che la presunzione le attribuisce in modo uniforme; e, all'inverso, misure come gli arresti domiciliari in luogo diverso dal territorio di radicamento, con divieto di comunicazione e controllo elettronico, possono risultare – in concreto – idonee. Ma «in concreto» è esattamente ciò che la presunzione assoluta vieta di valutare.

6.3. *La reversibilità del vincolo: collaboratori e dissociazione.* Il terzo dato attacca il presupposto più profondo: l'irriducibilità. Che il vincolo mafioso sia reversibile non è ipotesi teorica, ma fatto normativamente riconosciuto e statisticamente documentato. L'ordinamento premia da decenni la collaborazione e la dissociazione (d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. dalla L. 15 marzo 1991, n. 82; art. 4-*bis* ord. penit.; la circostanza attenuante per la collaborazione nei delitti di mafia): istituti che presuppongono, per definizione, la rescindibilità del legame. Le relazioni semestrali al Parlamento sui programmi di protezione censiscono una popolazione tutt'altro che marginale: al 31 dicembre 2023 risultavano sottoposti a misure tutorie 793 collaboratori di giustizia e 55 testimoni, con 152 fuoriuscite di collaboratori dal programma deliberate nel solo

³⁴ Sul fenomeno dell'inabissamento, sulle proiezioni extraregionali e sulle organizzazioni straniere a base personale ed etnica, DIA, *Relazioni semestrali*, 2021-2023, cit.; DNA, *Relazioni annuali*, ove si documentano altresì le strutture delocalizzate della 'ndrangheta nel Centro-Nord (le cosiddette «locali»), oggetto di plurime pronunce di merito e di legittimità sui sodalizi trapiantati.

2023, distribuiti fra tutte le mafie storiche³⁵. Lo stesso ordinamento della prevenzione, che pure opera con lo strumento della pericolosità qualificata, ha abbandonato la massima *semel mafiosus semper mafiosus*: le Sezioni unite esigono l'accertamento dell'attualità della pericolosità anche per gli indiziati di appartenenza mafiosa, ammettendo per il partecipe una presunzione soltanto semplice, verificata alla luce degli elementi di fatto. Che il giudizio cautelare sia più rigido del giudizio di prevenzione è una torsione di sistema che la dottrina ha già segnalato³⁶.

Due precisazioni delimitano l'argomento. Per un verso, la reversibilità riguarda una minoranza degli affiliati, e i dati sui collaboratori presentano limiti seri: nessuna disaggregazione per ruolo, nessun monitoraggio longitudinale sulla recidiva, revoche sanzionatorie che attestano la non sempre tenuta della rottura. Per altro verso – ed è ciò che conta ai fini del test – nulla di tutto ciò serve alla tesi qui sostenuta, che non ha bisogno di dimostrare che la rescissione sia frequente. Le è sufficiente che sia agevole: che esista, sia riconosciuta dall'ordinamento, sia documentata. E lo è. La presunzione assoluta, invece, postula l'esatto contrario – l'irriducibilità del vincolo per ogni partecipe e in ogni momento – e questo postulato è smentito dal fatto stesso che lo Stato, da trent'anni, costruisce e finanzia gli strumenti per ottenere quella rescissione.

6.4. *Il vizio nel vizio: l'assenza di dati disaggregati sui ruoli*. Si arriva così al rilievo dirimente, che capovolge in argomento ciò che potrebbe sembrare una debolezza. Le rilevazioni ufficiali disponibili non sono articolate per ruolo rivestito nel sodalizio: non è dato sapere, nemmeno per grandi categorie, quanti fra i 9.303 detenuti per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. censiti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria al 31 dicembre 2024 siano promotori, dirigenti, semplici partecipi o partecipi marginali; né esistono serie storiche consolidate sulla recidiva specifica per ruolo o sulla stabilità della re-

³⁵ Ministero dell'interno, *Relazione al Parlamento sulle speciali misure di protezione*, anni 2022-2023, cit.: al 31 dicembre 2023 risultavano sottoposti a misure tutorie 3.596 soggetti, di cui 793 collaboratori e 55 testimoni di giustizia; nel 2023 la Commissione centrale ha deliberato la fuoriuscita dal programma di 152 collaboratori. Il quadro normativo di riferimento è dato dal d.l. 8/1991, conv. dalla L. 82/1991, come modificato dalla L. 13 febbraio 2001, n. 45, e dalla L. 11 gennaio 2018, n. 6 per i testimoni. Che la reversibilità del vincolo trovi riconoscimento nella stessa sede cautelare è confermato dall'indirizzo per cui il riconoscimento dell'attenuante della collaborazione (art. 8 d.l. n. 152 del 1991) fa venir meno lo speciale regime dell'art. 275, co. 3: Cass., Sez. VI, 14 gennaio 2000, Rv. 215858; Cass., Sez. V, 10 gennaio 2000, Galliano, Rv. 215677.

³⁶ Cass., Sez. un., 4 gennaio 2018, n. 111, Rv. 271511. Sulla «torsione di sistema» rispetto al regime cautelare, MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1897; a commento, CORTESI, *La necessità di motivazione sulla attualità della pericolosità per gli indiziati di "appartenenza mafiosa" riceve l'avallo delle Sezioni unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 542 ss.; QUATTROCCHI, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni unite*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 gennaio 2018.

scissione. Ora, chi voglia difendere l'automatismo dovrà trarne la sola conclusione coerente: la «regola di esperienza» posta a fondamento della presunzione *non è misurabile*, perché mancano i dati che la renderebbero tale. E una presunzione assoluta che incide su un diritto inviolabile non può fondarsi su una base empirica lacunosa; tanto meno su una base che, per quel poco che documenta, documenta varietà e non uniformità³⁷.

Si rovesci, allora, l'onere argomentativo nei suoi giusti termini. Non spetta a chi solleva la questione provare che il partecipe non è pericoloso: spetterebbe a chi difende l'automatismo esibire la base empirica che lo giustifica. Ma quella base, allo stato delle rilevazioni pubbliche, non esiste in forma disaggregata e verificabile. Resta una generalizzazione fondata sul *tipo* – «il mafioso» – anziché su una misurazione del fenomeno nella sua articolazione reale. E una generalizzazione fondata sul tipo, e non sul fatto misurato, ha un altro nome, che si incontrerà fra poco: diritto penale d'autore (*infra*, par. 9).

7. *Il secondo giunto alla prova dell'ordinamento: la detenzione che non recide*. Smontato il primo giunto come *petitio principii*, resta il secondo – quello su cui, si è visto, riposa per intero la sorte del partecipe: la proposizione per cui *solo* la custodia in carcere recide il vincolo associativo. È una proposizione che l'ordinamento stesso smentisce con le proprie norme. L'argomento, qui, ha la forma del boomerang: ciò che la difesa dell'automatismo lancia come prova della necessità del carcere – la persistente pericolosità del mafioso detenuto – ritorna come prova del contrario, ossia che la detenzione ordinaria *non basta* a trancare i contatti.

Si consideri il regime di cui all'art. 41-*bis*, co. 2 ord. penit. Perché esiste? Perché il legislatore, lungi dal ritenere che il carcere ordinario recida i rapporti con il sodalizio, presuppone l'esatto contrario: presuppone che, in assenza di un regime speciale e fortemente restrittivo dei contatti – colloqui contingentati e videoregistrati, corrispondenza sottoposta a visto, gruppi di socialità ridotti, divieto di comunicazioni non monitorate – il detenuto mafioso possa continuare a impartire ordini e a dirigere l'organizzazione. È la stessa Corte costituzionale a definirne il perimetro funzionale: contenere la pericolosità di sin-

³⁷ Ministero della giustizia – DAP, *Detenuti presenti per tipologia di reato*, cit.: 9.303 detenuti cui è ascritto il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. La statistica ufficiale è articolata per titolo di reato e non per ruolo rivestito nel sodalizio; analoga assenza di disaggregazione per ruolo caratterizza le rilevazioni sui collaboratori di giustizia e quelle sulla recidiva. Il rilievo è decisivo ai fini del test della sent. n. 265 del 2010: l'onere di esibire una congrua base d'esperienza grava su chi predica l'automatismo. Sul rapporto fra presunzioni legali di pericolosità e strumenti di misurazione del rischio, QUATTROCOLO, *Prevedere il futuro indagando il passato. L'uso di modelli computazionali nelle decisioni cautelari*, in *Rev. Bras. Dir. Proc. Pen.*, 2021, 7, 3, 1859 ss.

goli detenuti «in particolare impedendo i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà». La *ratio* del 41-*bis* è dunque un indice normativo univoco: la detenzione comune non è, di per sé, idonea a recidere il vincolo. Ma se così è – e così è, per ammissione dell’ordinamento – allora il secondo giunto crolla nella sua pretesa di uniformità: non è vero che il carcere ordinario recida il vincolo; è vero, semmai, che a recidere i contatti dei vertici più pericolosi occorre un regime ulteriore, applicato a una minoranza selezionata all’esito di un accertamento individualizzato³⁸.

Vi è poi un secondo, più recente, indizio normativo, e questa volta inequivocabile. Nel 2020 il legislatore ha introdotto l’art. 391-*ter* c.p., che incrimina l’accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti, nonché chi li introduce o li mette a loro disposizione. Perché erigere un autonomo presidio penale? Perché il carcere – lo attestano i dati sui sequestri, è in crescita costante: 337 apparecchi rinvenuti nel 2017, circa 2.100 nel 2019, 2.252 nel solo 2024, quasi cinquemila nel triennio 2022-2024 – è divenuto teatro stabile di comunicazioni clandestine, spesso proprio nei circuiti di alta sicurezza che ospitano i detenuti per reati associativi, sicché nemmeno la detenzione intramuraria garantisce l’interruzione dei contatti. Il rovesciamento è qui compiuto: lo stesso fatto – il mafioso che comunica dal carcere – che si vorrebbe addurre a riprova della necessità del carcere, prova in realtà che il carcere *non assicura* ciò che la presunzione gli attribuisce. Il rilievo non richiede di stabilire quale sia, nel dato aggregato, la quota di comunicazioni effettivamente rivolte alla prosecuzione di attività illecite – quota che la letteratura sull’art. 391-*ter* descrive anzi come minoritaria rispetto ai contatti di natura familiare. Ne richiede meno: che la comunicazione dal carcere sia possibile e non eccezionale. È infatti la presunzione, non la sua confutazione, a dover reggere su una regola di esperienza generalizzata; alla smentita basta, per esplicita indicazione della Corte, che le ipotesi contrarie siano «agevoli»³⁹.

³⁸ Il virgolettato è di Corte cost., 5 maggio 2020, n. 97, che compendia la funzione del regime differenziato; nello stesso senso, fra le altre, Corte cost., 26 settembre 2018, n. 186, e 24 gennaio 2022, n. 18. Per la lettura del 41-*bis* quale indizio normativo dell’insufficienza della detenzione ordinaria a interrompere i collegamenti dei vertici, DELLA BELLA, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Milano, 2016. Che il distacco dal sodalizio sia oggetto di accertamento e non di presunzione è, del resto, riconosciuto dalla stessa Corte cost., n. 191 del 2020, cit., nella postilla sul «percorso di distacco» dell’imputato: v. CENTORAME, *L’obbligo di custodia cautelare in carcere*, cit., 1612-1613.

³⁹ L’art. 391-*ter* c.p. è stato introdotto dall’art. 9, co. 1 d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173. Per i dati: 337 apparecchi sequestrati nel 2017, 687 nel 2018 e circa 2.100 nel 2019 secondo la relazione illustrativa della p.d.l. C. 2548, XVIII legislatura; 2.252 nel 2024 secondo

Si aggiunga l'asimmetria quantitativa, che è di per sé eloquente. A fronte dei 9.303 detenuti per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., le persone sottoposte al regime differenziato – quelle, cioè, per le quali si *accerta* in concreto la perdurante capacità di collegamento con l'organizzazione – erano 742 al 29 aprile 2025, pari all'1,19% della popolazione detenuta complessiva, con una media che il Garante nazionale calcola in 731 unità nell'ultimo decennio; di esse, peraltro, solo una frazione minoritaria si trova in posizione esclusivamente cautelare. La direzione *in vinculis*, dunque, è nell'esperienza applicativa un tratto che l'ordinamento *accerta* caso per caso per meno di un decimo dei ristretti per mafia, non un attributo che possa presumersi *iuris et de iure* per l'intera categoria dei partecipi⁴⁰.

Si misuri la portata logica del rilievo. Il sostenitore dell'automatismo si trova stretto in un dilemma. O ammette che il carcere ordinario recide il vincolo – e allora non si spiegano il 41-*bis*, il 391-*ter*, i dispositivi sequestrati a migliaia. Oppure ammette che il carcere ordinario *non* recide il vincolo – e allora cade il secondo giunto, ossia l'unica premessa che, per il partecipe, regge l'adequazione esclusiva della custodia; e la scelta fra gli strumenti idonei a contenere il pericolo di contatti (carcere ordinario, carcere con prescrizioni, domiciliari in località distante con divieto di comunicazione e controllo elettronico) ridiventa quel che è sempre stata: materia di valutazione concreta, non di decreto. *Tertium non datur*. In entrambi i corni, la pretesa che solo il car-

la *Relazione del Ministero della giustizia sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2024*; 4.931 nel triennio 2022-2024 secondo i dati diffusi dal SAPPE (ottobre 2025). La concentrazione dei rinvenimenti nei circuiti di alta sicurezza è documentata da plurime operazioni di polizia giudiziaria con contestazione dell'art. 391-*ter* c.p. Sulla fattispecie, per la ricostruzione della struttura, dell'oggetto materiale e del bene giuridico, si *parva licet*, ALVARO-VIGNA, *L'accesso indebito a dispositivi di comunicazione da parte del detenuto. Art. 391-ter c.p., pena simbolica, sussidiarietà tradita e diritto all'affettività intramuraria*, in *Arch. pen. web*, 2026, 2, spec. 5-7; in giurisprudenza, per la qualificazione del bene protetto in termini di effettività della pena detentiva e della custodia cautelare, Cass., Sez. VI, 9 luglio 2025, n. 25194, Rv. 288468.

⁴⁰ Garante nazionale, *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis co. 2 o.p.*, cit.: al 27 febbraio 2023, 740 persone in regime differenziato, di cui 121 in posizione esclusivamente cautelare, con media decennale di 731 unità; Antigone, *Senza respiro*, cit.: 742 persone al 29 aprile 2025, pari all'1,19% della popolazione detenuta. Le evidenze sulla direzione dei sodalizi dal carcere sono, per la natura stessa dell'istituto, individualizzate e provvedimentali: il che conferma che si tratta di un dato da accertare, non da presumere per l'intera categoria. Emblematico, del resto, che per la giurisprudenza sulla sussistenza delle esigenze cautelari non incida neppure la circostanza che il soggetto si trovi già detenuto per altro titolo: Cass., Sez. V, 29 novembre 1999, Sinatra, Rv. 215675. Il dilemma può essere formulato anche con il criterio che la Corte ha enunciato in tema di colloqui difensivi nel regime differenziato: «non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango» (Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, § 7 del *Considerato in diritto*; v. MANES, *Lo "sciame di precedenti"*, cit., 463-464). Se il carcere ordinario non recide i contatti, all'automatismo corrisponde un sacrificio certo della libertà senza un paragonabile incremento della sicurezza.

cere, e il carcere per tutti, sia idoneo a neutralizzare il vincolo, si rivela insostenibile.

8. *L'irragionevolezza sopravvenuta: le erosioni della base del 1995.* Le pagine precedenti hanno mostrato che i due giunti della presunzione erano fragili *ab origine*. Ma vi è un argomento ulteriore, e di tecnica costituzionale più sorvegliata, che non richiede neppure di negare la legittimità originaria dell'automatismo: l'irragionevolezza sopravvenuta. Il suo fondamento teorico è stato anticipato al par. 5.2: se le massime di esperienza nascono, invecchiano e muoiono, una presunzione che ne incorpora una porta in sé la data della propria formazione, e va rivista quando il fenomeno che pretendeva di descrivere è mutato. È categoria nota al sindacato di ragionevolezza – non senza dissensi sulla sua estensione, giacché taluno la circoscrive alla sopravvenienza di un parametro o di una norma interposta, mentre altri vi ricomprendono ogni mutamento normativo, fattuale o giurisprudenziale del presupposto –: una norma, compatibile con i parametri al momento della sua introduzione, può divenire illegittima per effetto del mutamento del contesto normativo, fattuale o giurisprudenziale che ne costituiva il presupposto. È esattamente il metodo che la Consulta seguì nel 2010-2015, giustificando il nuovo sindacato con il mutamento del quadro (l'abnorme dilatazione del catalogo operata dal d.l. 11/2009) rispetto ai precedenti del 1995-1996. Si tratta di applicare lo stesso metodo, oggi, alla posizione del partecipe: perché le sopravvenienze, questa volta, non sono una, ma sei, e convergono tutte nella medesima direzione⁴¹. Delle sei, tre sono normative in senso stretto (la riscrittura dell'art. 275, co. 3 e 3-bis nel 2015, la riforma dell'art. 4-bis del 2022, la nuova presunzione relativa introdotta dalla legge sul femminicidio del 2025), una discende da una pronuncia della stessa Corte costituzionale (la disparità prodotta dalla sentenza n. 48 del 2015), una è giurisprudenziale-convenzionale, una

⁴¹ Sulla categoria, MORELLI M.R., *Incostituzionalità «sopravvenuta» (anche a «ridosso di precedenti pronunzie monitorie, per successiva inerzia del legislatore») e declaratorie di illegittimità «dal momento in cui» (ovvero anche ex nunc)*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989; per la tesi restrittiva, che riconosce la sola sopravvenienza di un parametro o di una norma interposta, PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 40 ss.; ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, in *Rivista AIC*, 2016, 1; RUOTOLO, *La modulazione degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, relazione al seminario interno della Corte costituzionale, 2024, in www.cortecostituzionale.it; DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in *Consulta OnLine*, 2016. Che il mutamento del quadro normativo giustifichi il riesame di questioni già scrutinate è affermato dalla stessa sent. n. 265 del 2010 rispetto ai precedenti del 1995-1996.

è giurisprudenziale-costituzionale (la sentenza n. 173 del 2024); tutte, comunque le si qualifichi, incidono sulla base d'esperienza che il test del 2010 pone a fondamento della presunzione, e dunque sul suo esito.

8.1. *Prima sopravvenienza: il controllo elettronico come equivalente tendenziale.* L'art. 275-*bis* c.p.p. – introdotto nel 2000 e potenziato a più riprese, da ultimo con il d.l. 29 novembre 2024, n. 178, conv. dalla L. 23 gennaio 2025, n. 4, – e soprattutto il co. 3-*bis* dell'art. 275, inserito dalla L. 47/2015, impongono oggi al giudice di motivare specificamente sull'inefficienza degli arresti domiciliari con procedure di controllo elettronico *prima* di disporre la custodia in carcere. Il che presuppone, per espressa scelta legislativa, un giudizio di equivalenza tendenziale fra le due misure, valido per ogni altro reato, financo per i più gravi: le Sezioni unite hanno chiarito che gli arresti domiciliari con braccialetto non costituiscono una misura autonoma, ma una modalità esecutiva che rafforza l'idoneità contenitiva della misura domiciliare, e che dall'indisponibilità del congegno non può discendere alcun automatismo, né in favore né in danno dell'indagato, dovendo il giudice rivalutare idoneità, necessità e proporzionalità di ciascuna misura. È una tecnologia di modulazione della risposta cautelare che, nel 1995, semplicemente non esisteva: una sopravvenienza che incide direttamente sulla base fattuale del giunto strumentale, perché amplia in modo strutturale il ventaglio degli strumenti idonei a controllare i contatti dell'indagato con l'esterno. Che la giurisprudenza di legittimità – sia pure non senza contrasti – escluda l'operatività del co. 3-*bis* per i delitti del secondo periodo non attenua il rilievo: lo conferma, documentando che l'automatismo sottrae il partecipe anche all'unico obbligo motivazionale che il legislatore del 2015 ha voluto rafforzare⁴².

8.2. *Seconda sopravvenienza: la disparità generata dalla sentenza n. 48 del 2015.* È la più acuminata, perché interna al sistema stesso delle presunzioni.

⁴² Cass., Sez. un., 19 maggio 2016, n. 20769, Lovisi, sulla natura di modalità esecutiva del controllo elettronico e sul divieto di automatismi conseguenti all'indisponibilità del dispositivo; sull'obbligo di motivazione specifica *ex art.* 275, co. 3-*bis* c.p.p., introdotto dalla L. 47/2015, v. MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 14-15, anche sulla disponibilità dei dispositivi; BORRELLI, *Una prima lettura*, cit., 12-14; BONINI, *La attenuazione degli (altri) automatismi in peius*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 149 ss.; per la regola dei domiciliari con controllo elettronico, Corte cost., n. 173 del 2024, § 4.3 del Considerato in diritto. Per l'inapplicabilità del co. 3-*bis* ai delitti del secondo periodo, Cass., Sez. II, 20 gennaio 2016, *Martinelli*, Rv. 265598; nello stesso senso è letta Cass., Sez. un., n. 20769 del 2016, Lovisi, cit., e, da ultimo, Cass., Sez. III, 28 gennaio 2025, n. 12485; *contra*, per la persistenza dell'onere motivazionale anche in regime di presunzione assoluta, Cass., Sez. IV, 14 marzo 2024, n. 15939. I limiti di efficacia del controllo elettronico rispetto al pericolo di contatti con l'ambiente criminale – evidenziati dalla giurisprudenza di legittimità – sono a loro volta frutto di valutazioni in concreto: esattamente ciò che la presunzione assoluta preclude.

Prima di essa, partecipe e concorrente esterno condividevano il medesimo regime di rigore assoluto; dopo di essa, il concorrente esterno – anche quando il suo apporto sia stato *decisivo* per la vita dell'associazione, come nei casi paradigmatici del professionista che ne assicura l'impunità o dell'imprenditore che ne ricicla stabilmente i capitali – gode della presunzione relativa, mentre il partecipe – anche quando il suo ruolo sia *marginale* e la sua condotta risalente – resta inchiodato a quella assoluta. La sentenza ha così generato una disparità che prima non esisteva, e che si appunta proprio sul crinale più fragile: nella concretezza dei fatti, il concorrente esterno con contributo qualificato può presentare un coefficiente di pericolosità ben superiore a quello del partecipe gregario. Trattare il secondo più severamente del primo, in nome di una qualifica nominale – intraneo/estraneo – che la stessa Corte fonda sul «tipo di vincolo», urta frontalmente contro l'art. 3 Cost.⁴³.

8.3. *Terza sopravvenienza: la caduta degli automatismi fondati sulla pericolosità mafiosa presunta.* La linea inaugurata dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Viola c. Italia* (n. 2) del 2019 e recepita dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 253 del 2019 e n. 32 del 2020 ha investito il cuore dello statuto punitivo antimafia: la presunzione assoluta di pericolosità dell'ergastolano «ostativo» fondata sulla mancata collaborazione è stata giudicata dalla Corte di Strasburgo contraria all'art. 3 C.E.D.U., perché preclusiva di ogni valutazione individualizzata; la Consulta ne ha tratto la caducazione della corrispondente preclusione assoluta in materia di permessi premio, sostituendola con una presunzione superabile.

8.4. *Quarta sopravvenienza: la riscrittura dell'art. 4-bis ord. penit. e la fine della preclusione assoluta per i non collaboranti.* Della terza sopravvenienza la quarta è il suggello. Con il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, conv. dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199, lo stesso legislatore ha riscritto l'art. 4-bis ord. penit., trasformando la preclusione assoluta per i condannati non collaboranti in preclusione relativa, superabile mediante allegazione e accertamento di elementi specifici. La dottrina ha subito rilevato la dissonanza fra il coraggio mo-

⁴³ Corte cost., n. 48 del 2015, cit. Sulla irragionevolezza della disparità fra partecipe marginale e concorrente esterno con apporto decisivo, GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit., secondo cui la distinzione intraneo/estraneo, per quanto empiricamente fondata, giustificherebbe al più una presunzione relativa rafforzata, non una assoluta; nello stesso senso le osservazioni di LEO, *Cade la presunzione*, cit.; GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit., 116; MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 9; CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, cit., 133. Che la declaratoria del 2015 valga anche per il «nuovo» secondo periodo, di formulazione sovrapponibile al testo previgente – sicché la disposizione è nata «già incostituzionale» nella parte in cui non distingue il concorso esterno –, è rilevato da DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 166-167, con richiamo alla giurisprudenza di legittimità che ne ha preso atto.

strato dalla Corte sulla fase esecutiva e l'arroccamento sul doppio binario cautelare, trattandosi in entrambi i casi di preclusioni al potere di accertamento giudiziale sulle peculiarità del caso singolo. Il dato sistematico è di quelli che non consentono equivoci: il binomio «appartenenza mafiosa-automatismo assoluto» è stato abbandonato, per convergente iniziativa del giudice delle leggi, del giudice convenzionale e del legislatore, perfino nella fase esecutiva, dove opera nei confronti di soggetti la cui colpevolezza è stata accertata con sentenza irrevocabile. Se cade l'automatismo *ostativo*, che colpisce il condannato, non può sopravvivere indenne l'automatismo *cautelare*, che colpisce il presunto innocente (*infra*, par. 10, per l'argomento *a fortiori*)⁴⁴.

8.5. *Quinta sopravvenienza: il divieto generale di automatismi cautelari nella giurisprudenza costituzionale più recente.* Con la sentenza n. 173 del 2024 – resa in materia di divieto di avvicinamento con controllo elettronico – la Corte ha compendiato il proprio orientamento affermando che la coercizione cautelare, in ossequio all'art. 3 e al *favor libertatis* ex art. 13 Cost., «deve rispondere ai criteri del minor sacrificio necessario e dell'individualizzazione,

⁴⁴ Corte EDU, Sez. I, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (n. 2), ric. n. 77633/16; Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, e 27 febbraio 2020, n. 32; per il seguito, Corte cost., ord. 11 maggio 2021, n. 97, e la riforma dell'art. 4-bis ord. penit. operata dal d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, conv. dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199. In dottrina, per l'estensione del metodo «da assoluta a relativa» alla materia cautelare, MORI-ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia* (n. 2) in materia di ergastolo ostativo, in *Giur. pen. web*, 2019, 6; UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2019; DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2, 925 ss.; GALLIANI-PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 4, 191 ss.; GALLIANI-PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, 4; BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in *Sist. Pen.*, 28 gennaio 2020; PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in www.sidiblog.org, 21 giugno 2019. Sulla dissonanza fra il coraggio mostrato sulla fase esecutiva e l'«arroccamento» sul doppio binario cautelare, VALENTINI E., *Il «doppio binario cautelare»*, cit., 1700-1701; CENTORAME, *L'obbligo di custodia cautelare in carcere*, cit., 1613 n. 18; MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1899-1900; per un precedente della stessa logica sull'art. 4-bis, Corte cost., 8 luglio 1994, n. 367, richiamata da GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit., 116. Che la linea esecutiva sia stata costruita anche con i materiali della giurisprudenza cautelare è del resto documentato: la Cassazione rimettente aveva invocato le sentt. n. 57 del 2013 e n. 48 del 2015 (BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità*, cit., § 3), e la stessa Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149, § 7 del *Considerato in diritto* – valorizzata dalla Corte EDU in *Viola* – aveva accostato le presunzioni assolute «nella fase di verifica del grado e dell'adeguatezza delle misure cautelari durante il processo» a quelle della fase esecutiva (v. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo*, cit.). Va riportato fedelmente che la n. 253 del 2019 non ha giudicato irragionevole la presunzione in sé, ma la sua assolutezza (BERNARDI, cit., §§ 6 e 9): è la medesima tecnica «da assoluta a relativa» del *petitum* qui prospettato.

non essendo tollerabili automatismi, né presunzioni assolute»; e ne ha tratto un'interpretazione adeguatrice che esclude ogni aggravamento automatico della misura per la non fattibilità tecnica del controllo, imponendo la rivalutazione concreta di idoneità, necessità e proporzionalità. La stessa pronuncia, nel medesimo passaggio, richiama l'ordinanza n. 136 del 2017 e la sentenza n. 191 del 2020 e dà atto che, per i tre delitti associativi, il bilanciamento legislativo è stato ritenuto non censurabile «a fronte dell'eccezionale pericolosità correlata alla normale persistenza del vincolo associativo». Non si tratta, dunque, di una sopravvenienza che disconosca l'eccezione: si tratta di una sopravvenienza che ne ribadisce la regola senza rinnovarne la base. Ed è proprio qui che il dato pesa. Nell'ordinamento risultante dalla sentenza, la non fattibilità tecnica del dispositivo non può produrre automaticamente una misura più grave per l'indagato di atti persecutori; il titolo di reato produce invece automaticamente, per il partecipe marginale, la più grave delle misure, senza che alcun giudice possa valutare alcunché sul tipo di misura. L'eccezione sopravvive per rinvio a precedenti che la Corte non riesamina, in un contesto normativo nel quale la regola generale dell'individualizzazione è stata estesa fino alle modalità esecutive di una misura minore. L'anomalia sistematica del secondo periodo dell'art. 275, co. 3, non è mai stata così isolata; e l'isolamento di un'eccezione, quando la sua base d'esperienza non è mai stata verificata, è esso stesso un elemento del giudizio di ragionevolezza⁴⁵.

8.6. *Sesta sopravvenienza: la presunzione «a banda detentiva» della legge sul femminicidio.* Da ultimo, l'art. 3, co. 1, lett. g) della L. 2 dicembre 2025, n. 181 ha inserito nell'art. 275 un nuovo co. 3.1, in vigore dal 17 dicembre 2025, per il tentato omicidio aggravato dalle circostanze di genere, per il tentato femminicidio e per una serie di delitti, consumati o tentati, di violenza contro la persona nelle ipotesi aggravate. La tecnica merita attenzione. Di fronte a fatti che occupano il vertice dell'allarme sociale – il delitto-base è punito con

⁴⁵ Corte cost., 4 novembre 2024, n. 173, § 5.1 del Considerato in diritto, donde i virgolettati, con richiamo alle sent. n. 232 del 2013 e n. 22 del 2022; §§ 5.5-5.6 per l'interpretazione adeguatrice. Per l'applicazione immediata, Cass., Sez. V, 29 gennaio 2025, n. 8379. A commento: SPAGNOLO, *La Corte costituzionale torna sugli automatismi cautelari*, in *Giur. cost.*, 2024, 6; ZAMPINI, *Un (non del tutto convincente) "tagliando" di costituzionalità per il divieto di avvicinamento con braccialetto elettronico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2025, 1, 311 ss., spec. 313, ove si rileva che nel medesimo § 5.1 la Corte ribadisce l'ammissibilità costituzionale dell'automatismo dell'art. 275, co. 3 c.p.p. in materia di criminalità organizzata; ZAMPINI, *Una pronuncia di "costituzionalità" e nuove prospettive normative per il divieto di avvicinamento con braccialetto elettronico*, in *Cass. Pen.*, 2025, 4, 1187 ss.; FARVID, nota in *Proc. pen. giust.*, 2025, 1; CAPITTA, *Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa – Corte cost., n. 173 del 2024*, in *Arch. pen. web*, 2024; BILLI, *Divieto di avvicinamento nei reati di genere, distanza minima di 500 metri e obbligo di braccialetto elettronico: la sentenza della Corte costituzionale (173/2024)*, in *Giur. pen. web*, 2024, 11.

l'ergastolo e la legge è stata approvata all'unanimità – il legislatore non ha replicato il modello del secondo periodo del co. 3: ha costruito una presunzione relativa di adeguatezza delle sole misure detentive, rimettendo al giudice la scelta fra arresti domiciliari e custodia in carcere e facendo salve tanto l'ipotesi dell'insussistenza delle esigenze quanto quella della loro soddisfacibilità con altre misure, da apprezzare anche in relazione al pericolo per la vita o per l'integrità fisica o psichica della persona offesa. Non è, si badi, una ritirata dalle presunzioni: è la codificazione del paradigma che la Corte ha imposto dal 2010, nel quale la presunzione orienta il giudizio ma non lo espropria, e il *quomodo* resta materia di valutazione. Il legislatore del 2025, potendo scegliere l'automatismo per i delitti che più laceravano la coscienza collettiva, ha scelto la valutazione; e ha persino graduato il vincolo, lasciando aperta l'alternativa fra due misure custodiali. Ne esce ulteriormente isolata la riserva di automatismo assoluto degli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis* c.p.: nell'ordinamento vigente essa non è più la punta avanzata di un sistema di presunzioni rigide, ma l'unico luogo in cui al giudice – fatti salvi i limiti esterni che i commi 4 e 4-*bis* pongono a tutela di condizioni personali – non è consentito valutare alcunché sul tipo di misura. Che il medesimo intervento abbia coordinato il co. 2-*bis*, richiamando congiuntamente i commi 3 e 3.1 senza toccare il secondo periodo, ripropone semmai l'obiezione della riconferma implicita: se ne dirà al par. 12⁴⁶.

⁴⁶ Art. 3, co. 1, lett. g), n. 2 L. 2 dicembre 2025, n. 181 (G.U. 2 dicembre 2025, n. 280), in vigore dal 17 dicembre 2025; il n. 1 della medesima lettera ha coordinato il co. 2-*bis*, escludendo dal divieto di custodia per prognosi di pena infratriennale i delitti indicati ai co. 3 e 3.1. Per effetto della clausola generale dell'art. 13, co. 1 della stessa legge, il femminicidio consumato (art. 577-*bis* c.p.) è attratto nel terzo periodo del co. 3, mentre le forme tentate aggravate e gli altri delitti richiamati soggiacciono al co. 3.1. Con l'art. 5 la legge ha inoltre inciso sui co. 1-*quater* e 2-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit., lasciando intatto l'assetto del co. 1 su cui *supra*, par. 8.4. I limiti esterni posti dai co. 4 e 4-*bis* dell'art. 275 c.p.p. a tutela di condizioni personali (gravidanza, prole in tenera età, età superiore ai settant'anni, malattia grave) prevalgono, per giurisprudenza costante, anche sul regime del co. 3, salvo esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, che non possono identificarsi con quelle presunte dal titolo di reato e richiedono un accertamento concreto: Cass., Sez. I, n. 1438 del 2009; Cass., Sez. II, n. 11714 del 2012; Cass., Sez. I, n. 15911 del 2015; Cass., Sez. I, n. 13111 del 2025; Cass., Sez. I, 21 marzo 2024, n. 20045. Essi operano però su un piano diverso – quello dei diritti fondamentali della persona – e non restituiscono al giudice il giudizio di adeguatezza: è la stessa Corte cost., ord. n. 450 del 1995, cit., ripresa da Corte cost., n. 191 del 2020, cit., § 2.4 del *Considerato in diritto*, a fare «salvi, ovviamente, gli istituti specificamente disposti a salvaguardia di peculiari situazioni soggettive, quali l'età, la salute e così via», collocandoli fuori dal perimetro della presunzione. Semmai, l'affidamento ai domiciliari dell'indiziato ultrasettantenne o malato, previa valutazione non presunta del pericolo, attesta che l'ordinamento già conosce, per il medesimo indiziato, una valutazione individualizzata che il giunto strumentale dichiara impossibile.

Vi è, infine, un segnale interno alla stessa giurisprudenza di legittimità che documenta la pressione crescente del principio di individualizzazione sul residuo automatismo. In tema di presunzione relativa di pericolosità, un orientamento della Cassazione – non incontrastato, giacché altre pronunce continuano a esigere, per i sodalizi storici, la prova positiva della dissociazione – ha imposto al giudice di considerare espressamente il «tempo silente» trascorso dai fatti, anche per le associazioni mafiose storiche, quale possibile elemento dimostrativo dell'insussistenza delle esigenze cautelari; e ha preteso, per i sodalizi minori privi di tendenziale stabilità, una motivazione specifica sull'attualità della pericolosità del semplice partecipe. La valutazione individualizzata, cioè, è già penetrata – per via ermeneutica costituzionalmente orientata – nell'*an* della cautela; soltanto il *quomodo* resta blindato. Ma un sistema nel quale il giudice può giungere a escludere in radice le esigenze cautelari del partecipe, e non può invece ritenerle fronteggiabili con una misura appena meno afflittiva del carcere, non è coerente: ammette il più e vieta il meno⁴⁷.

⁴⁷ Cass., Sez. VI, n. 25517 del 2017, cit.; Cass., Sez. V, n. 36891 del 2020, cit.; Cass., Sez. III, n. 37345 del 2025, cit., secondo cui il rilevante arco temporale privo di condotte sintomatiche deve essere espressamente considerato dal giudice quale possibile elemento dimostrativo dell'insussistenza delle esigenze cautelari, alla luce di un'esegesi costituzionalmente orientata della presunzione. Nello stesso senso Cass., Sez. IV, 27 gennaio 2016, Rv. 266962; Cass., Sez. III, 16 gennaio 2019, *Pianta*, Rv. 274861; da ultimo Cass., Sez. VI, 6 novembre 2025, n. 36080, secondo cui il rilevante arco temporale privo di condotte sintomatiche rientra fra gli «elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari». In senso contrario, per l'esigenza della prova positiva della dissociazione nei sodalizi storici, Cass., Sez. V, 12 luglio 2016, *Girardo*, Rv. 268413; Cass., Sez. II, 12 febbraio 2021, *Manzo*, Rv. 280889; Cass., Sez. II, 14 luglio 2021, n. 38848, per i delitti di cui all'art. 416-bis c.p. e per l'aggravante di cui all'art. 416-bis.1 c.p. L'orientamento più risalente circoscriveva del resto la rilevanza del decorso del tempo al solo caso del recesso del singolo o dello scioglimento del sodalizio, in ragione della natura

permanente del reato associativo: Cass., Sez. VI, 4 marzo 1996, *Foti*, Rv. 204912; Cass., Sez. VI, 30 aprile 1996, *Carnana*, Rv. 205759; Cass., Sez. VI, 17 settembre 2004, *Giusti*; Cass., Sez. II, 18 gennaio 2005, *Carella*: la progressione che ne risulta misura il moto del sistema verso la valutazione individualizzata. Sul contrasto, VALENTINI E., *Il "doppio binario cautelare"*, cit., 1705-1707; DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 217-218, 223-225 e 228-229, che vi legge l'inopportunità di regole che limitano la discrezionalità del giudice; GIULIANI, *Sulla attualità del pericolo di reiterazione del reato*, in *Cass. Pen.*, 2019, 1935 ss.; IASEVOLI, *Politica della sicurezza, presunzione processuale e Costituzione*, in *Crit. dir.*, 2013, 56. Per la distinzione fra il «tempo silente» della libertà e il «tempo eloquente» della custodia, e per la proposta di una continua rivedibilità della misura in luogo dell'attesa di un elemento nuovo, DE CARO, *Il difficile sindacato*, cit., 18-21. Che l'*an* sia affidato al giudice per l'intera vicenda è del resto riconosciuto dalla stessa Corte cost., n. 191 del 2020, cit., § 4.6 del *Considerato in diritto*, che, nel giustificare la compressione «peraltro solo parziale» dei poteri del giudice con il rischio di una sua «sopravalutazione» dell'adeguatezza di una misura non carceraria, tiene fermo il dovere di valutare «nella fase genetica e poi nell'intero arco della vicenda cautelare» l'effettiva sussistenza e permanenza delle esigenze: il sistema si affida al giudice per l'*an* e lo esautorata per il *quomodo*.

9. *Cautela, presunzione di non colpevolezza e diritto penale del tipo d'autore.* Si tocca ora il nervo più profondo, quello che attraversa l'intera vicenda e che la dottrina ha nominato con precisione: negli automatismi cautelari, si è scritto, «fa capolino il “tipo d'autore”, piuttosto che un connotato squisitamente cautelare», e il regime del secondo periodo è stato descritto come differenziato «per tipologie d'autore». L'automatismo cautelare, quando opera sul partecipante a prescindere da ogni valutazione concreta, non misura un *periculum*: sanziona uno *status*. Non guarda a ciò che l'indagato ha fatto e al pericolo che da quel fatto promana, ma a ciò che l'indagato è – «un mafioso» – in virtù dell'appartenenza. È il tratto saliente del diritto penale del tipo d'autore (*Täterstrafrecht*), contrapposto al diritto penale del fatto: si reagisce non al fatto, ma all'essere dell'agente. E poiché questa reazione interviene nella fase cautelare – cioè su chi è ancora presunto non colpevole ex art. 27, co. 2 Cost. – la torsione è doppia: si anticipa una pena, e la si commisura a uno *status* anziché a una condotta⁴⁸. Il contrasto con la disciplina generale è testuale: dal 2015 l'art. 274, lett. c) c.p.p. vieta di desumere il pericolo «esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede»; il secondo periodo dell'art. 275, co. 3 fa esattamente questo, e lo fa sul piano dell'adeguatezza, dove la deroga è più grave⁴⁹.

⁴⁸ I virgolettati sono di MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1888, e di CENTORAME, *Associati di mafia*, cit., 887; nello stesso senso LEO, *Automatismi sanzionatori*, cit., che parla di presunzione «costruita sull'oggetto dell'imputazione»; nonché FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, cit., 60, per il rilievo che il regime così congegnato svisciva la portata dell'art. 27, co. 2 Cost. e dei presidi sovranazionali che vietano l'assimilazione dell'imputato al condannato. Sul diritto penale del tipo d'autore nella dogmatica italiana, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna, 2019; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁷, Torino, 2018. Per la denuncia della logica di tipo d'autore sottesa al residuo automatismo cautelare, GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit., 115; VALENTINI E., *Il “doppio binario cautelare”*, cit., 1697, sulla «palpabile diffidenza verso la discrezionalità del giudice» cui il congegno va ricondotto; MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 9-11, sulla sopravvivenza, dopo le declaratorie del 2010-2015, di un nucleo di fattispecie «intoccabili»; MARZADURI, *Art. 275, in Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, III Agg., Torino, 1998, 162 ss., spec. 181, per il quale l'automatismo si giustificerebbe solo per «brevi periodi di gravissima emergenza»; MARZADURI, *A trenta anni*, cit., 14. Che gli automatismi custodiali «attribuiscono alla coercizione processuale tratti tipici della pena» e si risolvono in una «addenda punitiva anticipata» è rilevato, sulla scorta della sent. n. 232 del 2013, da MANES, *Lo “sciame di precedenti”*, cit., 460.

⁴⁹ Sulla deroga «eclatante» all'ultimo periodo dell'art. 274, lett. c) c.p.p. insita nel doppio binario, VALENTINI E., *Il “doppio binario cautelare”*, cit., 1703; MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1900-1901; DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 167 e 212 n. 126, sull'incoerenza di una riforma che, nel medesimo articolato, recide il collegamento fra titolo di reato e pericolo e conferma la predeterminazione legale del giudizio cautelare; MARZADURI, *A trenta anni*, cit., 11, sul rapporto fra attualità del pericolo e gravità del titolo.

La stessa Corte costituzionale ha avvertito il rischio. Già nella sentenza n. 265 del 2010 essa avvertì che la totale soppressione del giudizio di adeguatezza orienta lo statuto custodiale verso finalità «metacautelari» – prevenzione generale, riduzione dell’allarme sociale, anticipazione punitiva – che con la cautela processuale nulla hanno a che vedere e che ne tradiscono la natura strumentale. La cautela è legittima solo finché è servente rispetto al processo; quando diventa risposta a uno *status*, scivola nella pena anticipata. La dottrina che ha indagato la presunzione di non colpevolezza ha mostrato come l’inversione dell’onere a carico dell’indagato – gravato dell’allegazione di elementi positivi di rescissione di un vincolo che l’accusa deve ancora provare – entri in frizione con l’art. 27, co. 2 Cost.; frizione che si fa acuta quando l’indagato eserciti il diritto al silenzio, giacché la dimostrazione della rescissione finisce per esigere, di fatto, una qualche forma di abiura collaborativa, in una fase nella quale la stessa esistenza del vincolo è *res litigiosa*⁵⁰.

Si chiude così il cerchio aperto al par. 4. L’automatismo per il partecipe è il punto in cui la cautela, sottratta al giudice e ancorata a uno *status*, smette di essere strumento del processo e diventa giudizio anticipato sull’uomo. Ed è significativo che la Consulta abbia già riconosciuto, per il *condannato* alla pe-

⁵⁰ Corte cost., n. 265 del 2010, cit., sulle finalità «metacautelari»; ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, cit.; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 140 ss.; FERRUA, *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna*, in ID., *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 123 ss.; CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1982, 13-14, per il rilievo che la presunzione sovranazionale d’innocenza impone di evitare situazioni che suonino quali anticipazioni del giudizio di colpevolezza; GREVI, *Libertà personale dell’imputato*, cit., 49, per il quale l’art. 27, co. 2 Cost. conduce al ripudio di una custodia in funzione di prevenzione speciale; VASSALLI, *Libertà personale dell’imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, 1978, I, 13 ss.; MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell’art. 27, co. 2 Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 320 s.; MARZADURI, *Law in the books e law in action*, cit., 222; AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., 12-13; ILLUMINATI, *Verso il ripristino*, cit., spec. 1138; TONINI, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell’allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Le fragili garanzie della libertà personale*, cit., 72 ss., spec. 78; TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, cit., 48; VALENTINI E., *Il “doppio binario cautelare”*, cit., 1705; NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit. Sul diritto al silenzio quale «diritto cautelare», in relazione all’art. 274, lett. a) c.p.p., GALANTINI, *Diritti cautelari*, cit. Sulla tensione fra onere di allegazione della rescissione e diritto al silenzio, v. la giurisprudenza che, in assenza di elementi idonei a far ritenere rescisso il legame, applica la custodia «in via obbligatoria»: Cass., Sez. II, n. 19283 del 2017, cit. L’indirizzo tradizionale era ancor più netto, esigendo la dimostrazione in positivo dell’irreversibile rescissione del vincolo (Cass., Sez. II, 20 settembre 2002, Di Mauro, cit.) e negando alla stessa confessione forza sufficiente a vincere la presunzione (Cass., Sez. II, 9 ottobre 2003, P.M. in proc. Massimino, Rv. 227579): a chi taccia non resta, in concreto, alcuna via di superamento. Non smentisce il rilievo l’osservazione, in sé esatta, che libertà personale e presunzione di non colpevolezza tollerino un bilanciamento con la tutela della sicurezza (art. 5, § 1, lett. c), e art. 2 C.E.D.U.): DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari*, cit., 117. Il vizio denunciato non è la finalità preventiva della cautela, ma la sua conversione in una risposta automatica ancorata allo *status*, che sottrae il bilanciamento al giudice.

na perpetua, l'illegittimità di una presunzione assoluta di pericolosità ancorata a uno *status* (la mancata collaborazione), e che il legislatore l'abbia seguita: perché ciò che non si tollera per chi è stato giudicato colpevole con sentenza definitiva, lo si dovrebbe tollerare per chi è ancora presunto innocente? La domanda è il ponte verso il banco di prova convenzionale.

10. *Il banco di prova convenzionale: da Pantano all'argomento a fortiori.* Va affrontato, anzitutto, il precedente sul quale la difesa dell'automatismo principalmente si fonda: la sentenza *Pantano c. Italia* del 6 novembre 2003 (vi si tornerà nella sezione delle obiezioni). La Corte di Strasburgo, pur rilevando che una presunzione siffatta potesse apparire eccessivamente rigida e impedire al giudice di adattare la misura al caso concreto, ritenne la disciplina giustificabile alla luce della natura specifica del fenomeno mafioso e della finalità di tagliare i legami fra l'accusato e il suo ambiente criminale, valorizzando altresì il carattere ragionevole della durata della custodia in quel caso patita. La Corte aggiunse, però, un inciso che la giurisprudenza costituzionale non ha mai richiamato: una presunzione legale di pericolosità può giustificarsi «in particolare quando non è assoluta, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria» (§ 69). *Pantano*, letta per intero, è un *placet* alla presunzione relativa più che all'assoluta. Da qui l'art. 5, § 3, C.E.D.U. è entrato nel circuito argomentativo interno come parametro interposto *ex art.* 117, co. 1 Cost., e la Consulta ne ha tratto conferma della ragionevolezza della presunzione per il solo intraneo⁵¹.

⁵¹ Corte EDU, Sez. I, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, ric. n. 60851/00, spec. §§ 69-70; richiamata da Corte cost., n. 265 del 2010, cit. (unitamente a Corte EDU, *Vafiadis c. Grecia*, 2 luglio 2009, e *Lelièvre c. Belgio*, 8 novembre 2007) e da Corte cost., ord. n. 136 del 2017, cit. Sulla portata della pronuncia, MANTOVANI, *Dalla Corte europea una "legittimazione" alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Leg. pen.*, 2004, 513 ss. Il § 69 della sentenza, nel quale la giustificazione della presunzione è ancorata al suo carattere non assoluto, non è mai richiamato dalla Corte costituzionale: lo rileva MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 10 e n. 37; nello stesso senso DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 settembre 2014, per il quale da *Pantano* non discende alcun vincolo a favore della presunzione assoluta; in prospettiva monografica, DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 221-222, per il quale la lettura «epidermica e parcellizzata» della giurisprudenza di Strasburgo ha prodotto un «corto circuito» nel dialogo fra le Corti, sicché la sentenza richiamata dalla Consulta attesta semmai l'inconciliabilità delle presunzioni assolute con l'art. 5 C.E.D.U., che tollera automatismi solo se residua al giudice un margine per commisurare la misura al caso; QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni nei criteri selettivi della tutela cautelare personale. Verso il crepuscolo del giudizio di proporzionalità e di adeguatezza?*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, a cura di Gaboardi-Gargani-Morgante-Presotto-Serraino, Torino, 2013, 217 ss., spec. 220 (diffidenza di Strasburgo per le presunzioni assolute); GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit., 117; RUGGERI S., *Tutela cautelare e salvaguardia dei diritti della persona. Profili comparatistici e garanzie sovranazionali in Europa*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, cit., 189 s.; SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà, tra normativa*

Pantano, però, è un episodio dentro una giurisprudenza convenzionale il cui asse portante corre in direzione opposta, e che conviene ricostruire per intero. Tre capisaldi. Primo: già *Ilijkov c. Bulgaria* (2001) ha affermato che ogni sistema di detenzione cautelare obbligatoria è di per sé incompatibile con l'art. 5, § 3, e che le autorità nazionali non possono addossare al detenuto l'onere di dimostrare l'esistenza di ragioni per la propria liberazione: il che colpisce al cuore la struttura stessa delle presunzioni che invertono l'onere a carico dell'indagato. Secondo: proprio in un caso italiano di contesto mafioso, *Labita c. Italia* (2000), la Grande Camera ha riscontrato la violazione dell'art. 5, § 3, per una custodia fondata su dichiarazioni di collaboratori progressivamente indebolite, ribadendo che la persistenza del sospetto non basta, dopo un certo tempo, a giustificare la protrazione della custodia in assenza di motivi pertinenti e sufficienti riferiti al caso concreto. Terzo: la Grande Camera in *Buzadji c. Moldavia* (2016) ha elevato lo standard, esigendo motivi pertinenti e sufficienti fin dal primo provvedimento restrittivo – non solo «dopo un certo lasso di tempo» – e precisando che la garanzia copre ogni forma di privazione della libertà, arresti domiciliari inclusi: la valutazione individualizzata, cioè, è per Strasburgo la sostanza stessa della garanzia dell'art. 5, § 3, non un suo accessorio⁵².

In questo quadro, *Pantano* dice ciò che dice nel suo tempo: riconosce all'Italia, nel 2003, un margine di apprezzamento legato all'emergenza mafiosa e alla fisionomia del fenomeno come allora descritta; non eterna quel mar-

nazionale e normativa internazionale, Milano, 2008, 316 s.; ZACCHÈ, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2009, 283 ss., spec. 290.

⁵² Corte EDU, Sez. IV, 26 luglio 2001, *Ilijkov c. Bulgaria*, ric. n. 33977/96, §§ 84-87, ove l'affermazione per cui ogni sistema di detenzione cautelare obbligatoria è di per sé incompatibile con l'art. 5, § 3, e la censura dello spostamento sull'interessato dell'onere di dimostrare le ragioni della liberazione; Corte EDU, Grande Camera, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/95, §§ 152-165; Corte EDU, Grande Camera, 5 luglio 2016, *Buzadji c. Moldavia*, ric. n. 23755/07, §§ 92-102 e 104, quest'ultimo sull'estensione della garanzia agli arresti domiciliari. Che la legittimità di una presunzione relativa sia limitata ai momenti iniziali della custodia, dovendosi poi individuare rischi concreti, è affermato da Corte EDU, 3 marzo 2009, *Hilgartner c. Polonia*: v. RUGGERI S., *Tutela cautelare*, cit., 189; GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit., 116 s.; MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali*, cit., 507 s.; per l'affievolimento dei *pericula* con il tempo, Corte EDU, 16 novembre 2000, *Vaccaro c. Italia*, § 36 s. Che gli obblighi motivazionali convenzionali valgano anche in presenza di presunzioni normative come quella dell'art. 275, co. 3, è ricavato da *Labita* da MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1905 n. 18, ove anche la giurisprudenza sulla custodia quale «soluzione estrema» (Corte EDU, 8 marzo 2018, *Pouliou c. Grecia*, § 28; 27 novembre 2014, *Koutalidis c. Grecia*, § 40). In generale, DANIELE, *Ha-beas corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Torino, 2017. Nel medesimo ordine di idee si colloca, sul piano eurounitario, la direttiva (UE) 2016/343 sulla presunzione di innocenza, attuata con d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188.

gine contro ogni sopravvenienza. E la sopravvenienza è arrivata, ed è massiccia: *Viola c. Italia* (n. 2) del 2019 segna l'orientamento della Corte europea sulle presunzioni assolute di pericolosità in materia mafiosa, giudicate incompatibili con la Convenzione proprio perché precludono ogni valutazione individualizzata. Il parametro è diverso – l'art. 3, non l'art. 5, § 3 – e l'argomento che segue è, dichiaratamente, un argomento *a fortiori* di ordine sistematico, non l'applicazione di un precedente: la Corte europea ha censurato, in materia mafiosa, una presunzione assoluta di pericolosità per la sua stessa struttura preclusiva; e il valore che la struttura preclusiva sacrifica – la valutazione individualizzata – è quello che l'art. 5, § 3 protegge nella fase cautelare con ancora maggiore intensità. È qui che si innesta l'argomento *a fortiori*, che la difesa dell'automatismo non può aggirare. Se la Corte europea non tollera una presunzione assoluta di pericolosità che colpisce il *condannato* in via definitiva – dopo l'accertamento pieno della colpevolezza e, spesso, dopo decenni di pena espiata – a maggior ragione non può tollerare una presunzione assoluta di adeguatezza che colpisce l'*indagato*, coperto dalla presunzione di innocenza, nel momento di massima incertezza sull'accusa. L'art. 5, § 3 C.E.D.U. – che esige la custodia come *extrema ratio*, sorretta da motivi pertinenti e sufficienti riferiti alla persona – si erge così a parametro interposto non più a favore, ma contro l'automatismo⁵³.

11. *La nuova questione di legittimità costituzionale: petitum, parametri e tecnica decisoria.* È tempo di tradurre la diagnosi in dispositivo. Il *petitum* che si prospetta è la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, secondo periodo c.p.p., nella parte relativa all'art. 416-bis c.p. e limitatamente alla figura del partecipe, «nella parte in cui non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti

⁵³ Per l'argomento *a fortiori* dalla fase esecutiva a quella cautelare: se la presunzione di pericolosità non può essere assoluta nei confronti del condannato definitivo, a maggior ragione non può esserlo la presunzione di adeguatezza nei confronti dell'imputato presunto innocente. La stessa Corte cost., n. 191 del 2020, cit., riconosce del resto che i criteri degli artt. 273-275 c.p.p. «corrispondono» all'interpretazione consolidata dell'art. 5 C.E.D.U. e si compendiano nel principio del minor sacrificio della libertà personale. Un identico argomento *a fortiori*, tratto dalle sentt. n. 253 del 2019 e n. 20 del 2020, è svolto da MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1899-1900; v. anche CENTORAME, *L'obbligo di custodia cautelare in carcere*, cit., 1612-1613; VALENTINI E., *Il "doppio binario cautelare"*, cit., 1700-1701. L'argomento era stato anticipato, a ridosso della riforma del 2015, da FIORIO, *Custodia cautelare e presunzione di adeguatezza*, cit., 359-360, che, rilevata l'assonanza fra l'art. 275, co. 3 e l'art. 4-bis ord. penit., ne segna la dissimetria decisiva: là la persona è condannata con sentenza irrevocabile, qui è assistita dalla presunzione di non colpevolezza e la sua imputazione, nelle indagini, corrisponde a un'ipotesi di lavoro del pubblico ministero, «parte del processo e non giudice».

che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure». È, parola per parola, la medesima clausola di salvezza che la Consulta ha aggiunto, con dispositivo costante, in tutte le declaratorie dal 2010 in poi, e che la L. 47/2015 ha trascritto nel terzo periodo per i delitti dell'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. Non si chiede di abbattere la presunzione: si chiede di trasformarla, per il partecipe, da assoluta in relativa. Né la tesi richiede di più: non si sostiene che l'associazione mafiosa non richieda, di regola, la custodia in carcere; si sostiene che il carcere non può essere l'esito *necessitato* per un'intera categoria di soggetti che l'esperienza mostra eterogenea⁵⁴.

I parametri sono quelli stessi che la Corte ha già ritenuto idonei a caducare la presunzione per tutte le figure contigue. L'art. 3 Cost., sotto un duplice profilo: l'irragionevolezza intrinseca di una generalizzazione priva di base empirica verificata e agevolmente smentita (test della sentenza n. 265 del 2010); la disparità di trattamento rispetto al concorrente esterno, che dal 2015 gode del regime relativo anche quando il suo apporto sia stato determinante. L'art. 13, co. 1 Cost., per la violazione del minore sacrificio necessario: l'automatismo impone la misura massima anche dove una misura minore basterebbe, e assorbe l'obbligo di motivazione sulla scelta della misura, svuotando la riserva di giurisdizione del suo contenuto valutativo, con gli effetti sulla motivazione, sulla domanda cautelare e sulle vicende successive già esaminati (*supra*, par. 4). L'art. 27, co. 2 Cost., perché la cautela ridotta a risposta automatica a uno *status* assume i connotati della pena anticipata e grava il presunto innocente di un onere dimostrativo strutturalmente eccentrico. L'art. 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 5, § 3, C.E.D.U., alla luce della linea *Ilijkov-Labita-Buzadji* e dell'argomento *a fortiori* tratto da *Viola*. Quanto alla rilevanza, la questione è pregiudiziale in ogni procedimento *de libertate* nel quale il giudice, non potendo escludere le esigenze cautelari, ritenga in concreto adeguata una misura diversa dal carcere e ne sia impedito dalla sola presunzione: è la situazione tipica dell'istanza di sostituzione *ex art. 299 c.p.p.*, ed è quella da cui muovevano le rimessioni del 2017 e del 2020. Quanto alla non manifesta infondatezza, essa riposa sull'intera argomentazione che precede – erosione dei due giunti, sopravvenienze convergenti, frizione convenzionale – e trova conforto nel fatto che la Corte, sulle medesime premesse, ha già deciso nel medesimo senso,

⁵⁴ La formula del *petitum* riproduce il dispositivo standard di Corte cost., nn. 164, 231 e 331 del 2011, n. 110 del 2012, nn. 57, 213 e 232 del 2013 e n. 48 del 2015, nonché il testo del terzo periodo dell'art. 275, co. 3 c.p.p. Che le declaratorie abbiano delineato «un paradigma generale, suscettibile di successive e ulteriori declinazioni» è osservato da TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, cit., 51.

nelle nove declaratorie succedutesi dal 2010 al 2015, otto delle quali sull'art. 275, co. 3, per fattispecie non meno gravi⁵⁵.

Resta l'obiezione tecnica più seria, quella sui limiti delle pronunce additive: può la Corte aggiungere essa stessa la clausola di salvezza, o si tratta di scelta riservata al legislatore? La risposta è duplice, e ciascuna metà basterebbe da sola. In primo luogo, qui la soluzione è «a rime obbligate» nel senso proprio: la rima non va composta, è già scritta – nel dispositivo della sentenza n. 48 del 2015, riferito alla stessa disposizione e allo stesso reato; nel testo vigente del terzo periodo del medesimo comma; in otto declaratorie dall'identico tenore sull'art. 275, co. 3. Non si profila alcuna pluralità di soluzioni fra cui scegliere discrezionalmente: la clausola di salvezza è l'unica soluzione che il sistema conosca, imposta dal principio del minore sacrificio necessario. In secondo luogo, quand'anche si volesse dubitarne, la più recente giurisprudenza costituzionale ha superato la rigidità del canone delle rime obbligate, ammettendo l'intervento additivo ogni volta che l'ordinamento offra «soluzioni costituzionalmente adeguate», ancorché non obbligate, tratte dalla trama normativa esistente: e qui la trama offre non una soluzione adeguata, ma la soluzione già positivizzata. Né si tratta di additiva *in malam partem*, vietata in materia penale: è additiva di garanzia, che amplia la tutela della libertà personale anziché restringerla⁵⁶.

⁵⁵ Sulla pregiudizialità della questione in ogni incidente *de libertate* relativo al partecipe, si rammenti che la presunzione assoluta di adeguatezza opera non solo al momento genetico ma in ogni vicenda successiva: Cass., Sez. un., 14 luglio 2011, n. 27919, *Ambrogio*, in *Cass. Pen.*, 2011, 4159, con nota di SPAGNOLO; Cass., Sez. un., n. 34473 del 2012, *Lipari*, cit.; e la giurisprudenza costante successiva. Che la vincibilità della prima presunzione determini, nei casi di accertata insussistenza delle esigenze, il difetto di rilevanza di ogni questione sulla seconda, è rilevato da VALENTINI E., *Il "doppio binario cautelare"*, cit., 1702; sulle rimissioni del 2017 e del 2020, entrambe scaturite da istanze di sostituzione, CENTORAME, *Associati di mafia*, cit., 887; CENTORAME, *L'obbligo di custodia cautelare in carcere*, cit., 1609.

⁵⁶ Per il canone tradizionale: Corte cost., 26 febbraio 1992, n. 84 (additiva ammessa ove la soluzione sia logicamente necessitata); Corte cost., 15 aprile 1986, n. 109, e 1 aprile 1987, n. 115 (riserva al legislatore in caso di pluralità di soluzioni). Per l'evoluzione verso le «soluzioni costituzionalmente adeguate», Corte cost., 23 novembre 2018, n. 222, e 8 marzo 2019, n. 40. Sul divieto di additive *in malam partem* in materia penale, per tutte, Corte cost., ord. 26 novembre 2007, n. 407. Sulla disponibilità, per la Corte, dello strumento della declaratoria consequenziale ex art. 27 L. 87/1953, GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit., 119 ss.; MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 8 n. 24. Che le sentenze sull'art. 275, co. 3, siano «additive di regola – ad effetto sostitutivo», nelle quali la Corte demolisce e ricrea senza che vi sia una lacuna da colmare, è osservato da TALINI, *Il tentativo del funambolo*, cit., 524, che ne trae l'impossibilità di surrogarle per via analogica e l'esigenza di un effetto *erga omnes* a tutela di un diritto inviolabile; la stessa autrice legge la n. 110 del 2012 come monito al legislatore a restituire all'automatismo la funzione di *extrema ratio* (525). Non regge, infine, il timore che la declaratoria apra un vuoto normativo difficile da colmare: l'*horror vacui* è stato indicato dalla dottrina, insieme alla «perenne emergenza» terroristica e mafiosa, fra le ragioni della resistenza della Corte a incidere sulla funzione di prevenzione speciale delle cautele (MANNA, *Pericolo di reiterazione dei reati e recidiva "presunta"*, tra

Un ultimo profilo di tecnica processuale. L'ordinanza n. 136 del 2017 non costituisce ostacolo alla riproposizione: le decisioni di manifesta infondatezza non hanno efficacia preclusiva rispetto a questioni fondate su parametri, argomenti e sopravvenienze diversi; e la questione qui delineata è diversa per costruzione – investe il giunto strumentale e la base empirica, non la sola comparazione fra ruoli – oltre che per contesto, essendo maturate dopo il 2017 quattro delle sei sopravvenienze passate in rassegna. La Corte d'appello di Torino aveva del resto già chiesto, nel 2017, che la valutazione fosse «riversitata e rimodulata» alla luce della L. 47/2015 e delle sentenze n. 57 del 2013 e n. 48 del 2015, e la dottrina ne ha giudicato convincenti i rilievi. Il giudice *a quo* dovrà darne conto; ma il materiale, come si è visto, non manca⁵⁷.

12. *Obiezioni e repliche.* Si espongano le obiezioni nella loro formulazione più forte, e le repliche.

12.1. *Prima obiezione: il nucleo duro delle mafie resilienti.* Le relazioni DIA e DNA – si dirà – descrivono le mafie storiche, e segnatamente la 'ndrangheta, come strutture altamente coese, resilienti, capaci di rigenerare le leadership e di trasmettere il vincolo per via intergenerazionale; per queste organizzazioni la stabilità dell'appartenenza resta elevatissima, e il *plurimum* di pericolosità che giustifica il trattamento differenziato non è affatto dissolto. La replica è che il rilievo è esatto, ma prova troppo poco. Che esista un nucleo di partecipi altamente pericolosi e stabilmente inseriti è fuori discussione – ed è proprio per costoro che la presunzione relativa conserverà intatta la propria forza: di fronte alla prova di un'appartenenza piena, attuale e qualificata, nessun elemento «specifico» potrà dirsi acquisito a favore di misure diverse, e il carcere seguirà come prima. Ciò che il nucleo duro non giustifica è l'estensione del medesimo rigore assoluto e uniforme all'intera, eterogenea categoria del partecipe – al gregario, al prestanome, al marginale, all'indagato per condotte risaltanti e da anni silenziose. L'esistenza dei casi forti non rende «non agevoli» i casi deboli; e il test del 2010 si appaga, come si è visto, della agevolezza della smentita. La presunzione relativa, lungi dal disarmare lo Stato, gli consente di

persona fisica e giuridica, in *Diritto di Difesa*, 2022, 2, 328 ss., spec. 342-343, con riguardo, più in generale, all'art. 274, lett. c) c.p.p.); ma la tecnica «da assoluta a relativa» non lascia vuoti: sostituisce all'automatismo la regola generale dell'art. 275, co. 1-3 c.p.p., già scritta nel terzo periodo del medesimo comma.

⁵⁷ Corte cost., ord. n. 136 del 2017, cit., resa su ordinanza della Corte d'appello di Torino del 14 giugno 2016 (r.o. n. 181 del 2016), ove è riportata la richiesta di «riversitazione» del rimettente; per la valutazione dei rilievi come «convincenti», VALENTINI E., *Il "doppio binario cautelare"*, cit., 1698; CENTORAME, *Associati di mafia*, cit., 887; MORELLI, *La legge "accerta" il grado delle esigenze cautelari*, cit., 1322 ss.

colpire duramente dove serve, e solo dove serve. Né vale la *ratio* – autorevolmente enunciata a metà degli anni Novanta – dello «scudo normativo» per i giudici esposti a condizionamenti: essa giustificerebbe, al più, un regime di emergenza temporaneo, non un automatismo che opera da trent'anni e che la stessa dottrina ha giudicato appannato dalla mutata aggressività dei sodalizi verso la magistratura⁵⁸.

12.2. *Seconda obiezione: le lacune statistiche tagliano in entrambi i sensi.* Se mancano dati disaggregati sui ruoli e serie storiche sulla recidiva – si dirà – allora non è possibile dimostrare né che la generalizzazione regge né che cade; e nel dubbio, trattandosi di mafia, prudenza impone di mantenere il presidio più rigoroso. Qui si annida un'inversione dell'onere argomentativo. Le presunzioni assolute che incidono su diritti inviolabili non si presumono legittime nel dubbio: è la loro legittimità a dover essere sorretta da una congrua base empirica, e l'onere di esibirla grava su chi predica l'automatismo, non su chi lo contesta. L'assenza di dati disaggregati non è, dunque, una difficoltà simmetrica: è essa stessa il vizio, perché documenta che la «regola di esperienza» non è mai stata misurata. Il riparto discende dalla struttura stessa dell'inferenza presuntiva (par. 5): chi *presume* deve esibire la massima – il suo soggetto, la sua frequenza, la sua base – perché è lui a servirsene per dispensarsi dalla prova; chi *contesta* non deve dimostrare la regola contraria, ma soltanto mostrare che le eccezioni non sono eccezionali. E nella materia cautelare la legge non ammette neppure che l'accusa si difenda con massime: «non mi devi dare massime ma informazioni». E il poco che le fonti documentano – eterogeneità, marginalità, reversibilità – depone per la varietà, non per l'uniformità. Nel dubbio sulla base empirica di una presunzione *iuris et de iure* che incide sulla libertà personale, il *favor libertatis* non consente la conservazione: impone la relativizzazione, che è la soluzione meno invasiva e perciò costituzionalmente obbligata⁵⁹.

⁵⁸ Sulla persistenza di un nucleo di mafie altamente strutturate e resilienti, DIA e DNA, *Relazioni*, cit.; nella giurisprudenza di legittimità, sulla necessità di effettiva esteriorizzazione del metodo mafioso quale presidio contro le letture espansive dell'art. 416-bis c.p., v. l'orientamento consolidato in tema di mafie non tradizionali e delocalizzate. La *ratio* dello «scudo normativo» per i giudici «maggiormente impegnati nei procedimenti contro la peggiore delinquenza» è di GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, 1 ss., spec. 10; per il suo appannamento, CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, cit., 121-122; per la sua tenuta solo in «breve periodi di gravissima emergenza», MARZADURI, *Art. 275*, cit., 181; sull'automatismo «operante anche al di fuori di una situazione emergenziale», MARZADURI, *A trenta anni*, cit., 14.

⁵⁹ È la stessa Corte cost., n. 265 del 2010, cit., a esigere una «congrua base statistica» da chi introduce la presunzione; sull'onere che ne deriva, CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, cit., 119-120;

12.3. *Terza obiezione: Pantano e la specificità mafiosa avallata da Strasburgo.* La Corte europea – si dirà – ha già ritenuto la presunzione compatibile con l'art. 5 C.E.D.U., riconoscendo la natura peculiare del fenomeno mafioso e la funzione di recidere i legami con l'ambiente criminale. Si è già detto (par. 10): *Pantano* è del 2003 e va letto per ciò che dice e nel tempo in cui lo dice. Riconosce un margine di apprezzamento allora ragionevole; non lo eterna. La stessa Corte di Strasburgo aveva del resto ammesso, in quella pronuncia, che la presunzione poteva apparire eccessivamente rigida, e ne aveva ancorato la giustificazione al carattere non assoluto (§ 69): era un *placet* condizionato, non un salvacondotto perpetuo⁶⁰. E ciò che è sopravvenuto – *Buzadji* sul piano dei principi generali, *Viola* sul piano specificamente mafioso – retrodata *Pantano* a documento del suo tempo. Ciò che era tollerabile nel 2003, quando l'ordinamento interno conosceva ancora la presunzione assoluta per un vasto catalogo di reati, va riletto in un ordinamento che l'ha smantellata ovunque tranne che in tre caselle.

12.4. *Quarta obiezione: l'ordinanza n. 136 del 2017 ha già detto no.* La Corte costituzionale – si dirà – ha già dichiarato manifestamente infondata, nel 2017, proprio la questione relativa al partecipe, statuendo che la graduazione dei ruoli non incide sulle esigenze cautelari. Tre ragioni tolgono all'ordinanza del 2017 la forza di precedente ostativo. La prima è di tecnica: una declaratoria di manifesta infondatezza non è giudicato sul merito e non preclude una nuova questione fondata su parametri e argomenti diversi. La seconda è cronologica: la n. 136 del 2017 è anteriore al pieno dispiegarsi della linea *Violan*. 253 del 2019/n. 32 del 2020, alla riforma dell'art. 4-*bis* del 2022 e alla sentenza n. 173 del 2024 – ed è esattamente questo genere di mutamento del quadro a fondare l'irragionevolezza *sopravvenuta*. La terza è di contenuto: l'ordinanza del 2017 ragiona ancora nell'orizzonte del «tipo di vincolo» uniforme, senza misurarsi con la base empirica – eterogeneità, marginalità, mafie liquide, reversibilità – e senza farsi carico degli indici normativi contrari (41-*bis*, art. 391-*ter*, asimmetria quantitativa). La nuova questione non chiede alla Corte di rinnegarsi: le chiede di applicare al partecipe, alla luce di ciò che è sopravvenuto, il metodo che essa stessa ha già usato per il concorrente ester-

MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 12; ILLUMINATI, *Ripartire dalla Costituzione*, cit., 390. Sul riparto, *supra*, par. 5.4 e note 29-30; la citazione è di IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 717.

⁶⁰ MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 10 n. 37; DANIELE, *Il palliativo*, cit.; QUATTROCOLO, *Aporie e presunzioni*, cit., 220.

no⁶¹. Né vale opporre che autorevole dottrina, all'indomani della riforma, abbia indicato nella riduzione della presunzione alla sola associazione mafiosa la soluzione minima corretta, in quanto «espressamente legittimata» dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea: quella valutazione, formulata nel 2015, precede cinque delle sei sopravvenienze passate in rassegna, e si presta anzi a essere letta al contrario, come fotografia della base di legittimazione che le sopravvenienze hanno eroso. Del resto, l'argomento della continuità con il 1995 è già stato smentito una volta: alla vigilia della sentenza n. 57 del 2013 si pronosticava in dottrina che la Corte avrebbe avuto buon gioco a ripetere le considerazioni dell'ordinanza di quasi vent'anni prima, e la Corte accolse invece la questione. Né la riconferma può trarsi dal silenzio serbato dal legislatore del 2025, che nel coniare il co. 3.1 ha lasciato intatto il secondo periodo: quel silenzio, reso nel contesto di una legge che per i delitti di massimo allarme ha optato per la presunzione vincibile, attesta semmai l'eccentricità dell'automatismo residuo; e una conferma *per relationem*, ieri come oggi, non rinnova la base d'esperienza che il test del 2010 esige.

12.5. *Quinta obiezione: la sentenza n. 191 del 2020 ha appena riaffermato l'automatismo per un reato associativo.* Si dirà: nel 2020 la Corte, lungi dal proseguire l'erosione, ha convalidato la presunzione assoluta per l'associazione terroristica, valorizzando proprio l'impossibilità pratica di impedire i contatti con misure extramurarie; l'argomento varrebbe, a maggior ragione, per la mafia. Il commento adesivo alla pronuncia ne ha tratto conferma della ragionevolezza del modello; e la stessa Corte d'assise rimettente, nel circoscrivere il dubbio all'art. 270-*bis*, aveva concesso che per l'associazione di tipo mafioso la presunzione potesse giustificarsi, in ragione

⁶¹ La stessa sent. n. 265 del 2010, cit., riesaminò questioni già respinte nel 1995-1996 in ragione del mutato quadro normativo: v. MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 2; VALENTINI E., *Il "doppio binario cautelare"*, cit., 1687. Per l'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Torino e per la valutazione dei suoi rilievi come «convincenti», VALENTINI E., *Il "doppio binario cautelare"*, cit., 1698; CENTORAME, *Associati di mafia*, cit., 887; MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1897, sul paradosso per cui il fatto concreto rileva per la pena ma non per la cautela. Per la critica agli argomenti dell'ordinanza del 2017, giudicati «non dirimenti», DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 203-205, che censura tanto lo scrutinio condotto sul solo *id quod plerumque accidit*, senza comparazione fra i valori in gioco, quanto la pretesa che la massima di esperienza copra anche i casi che fisiologicamente vi sfuggono – gli indiziati di partecipazione «non particolarmente pericolosi» – e ne trae il rischio di un *vulnus* agli artt. 13 e 27, co. 2 Cost.; sulla graduabilità dei contributi partecipativi e sulla labilità del confine con il concorso esterno, *ibid.*, 203 e 220-221. La posizione richiamata è di ILLUMINATI, *Verso il ripristino*, cit., 1143, donde il virgolettato. Il pronostico secondo cui la Corte avrebbe «buon gioco a ripetere le considerazioni già espresse quasi vent'anni orsono» è in FARINELLI, *L'ambito di operatività*, cit., § 4. La conferma dell'automatismo operata dal § 5.1 della sent. n. 173 del 2024 è registrata anche da ZAMPINI, *Un (non del tutto convincente) "tagliando"*, cit., 313.

della forza intimidatrice del vincolo, della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva e del radicamento territoriale. La replica corre su due piani. Sul piano della *ratio*, la n. 191 del 2020 è costruita su misura del fenomeno terroristico contemporaneo: reti fluide, radicalizzazione telematica, capacità di attivazione individuale mediante il solo collante ideologico, per le quali la Corte ha ritenuto che perfino i domiciliari non impedirebbero la ripresa dei contatti *via* internet. Ma per il 416-*bis* la premessa giustificativa della presunzione è, nella giurisprudenza costituzionale, l'esatto opposto: non la fluidità, bensì il radicamento territoriale e la stabilità organizzativa del sodalizio. Le due *rationes* non sono sovrapponibili, e l'una non può prestare all'altra la propria base d'esperienza. Sul piano logico, poi, l'argomento dei contatti extramurari prova troppo: se il rischio di comunicazioni clandestine bastasse a fondare l'adeguatezza esclusiva del carcere, la crescita esponenziale delle comunicazioni clandestine dal carcere (par. 7) dovrebbe condurre a negare l'adeguatezza anche di quello. In realtà quel rischio – dentro e fuori le mura – si governa con prescrizioni, controlli e, al limite, con l'aggravamento *ex art. 276 c.p.p.*: cioè con valutazioni concrete, non con presunzioni assolute; e la dottrina ha rilevato che anche per il terrorismo la base d'esperienza evocata è «meno sicura», perché le massime di esperienza evocabili sono molteplici: il che, nei termini del par. 5.2, significa che nessuna di esse è stata formulata con la determinatezza che una massima richiede⁶². Quanto alla con-

⁶² Corte cost., n. 191 del 2020, cit., spec. sul rilievo delle strutture «fluide» e della radicalizzazione telematica; a commento, CATANEO, *Legittima la presunzione assoluta*, cit., che segnala la difficoltà di enucleare una regola di esperienza valida per tutte le declinazioni criminologiche del fenomeno terroristico; CENTORAME, *L'obbligo di custodia cautelare in carcere*, cit., 1610-1612, per la lettura della pronuncia come interpretativa di rigetto mascherata e per l'eterogeneità dei ruoli nel 270-*bis*; MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1898-1899, donde il virgolettato, sul vincolo del terrorista «assai più sfrangiato»; MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere*, cit., 8-9; DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari*, cit., 118-119, per il quale gli artt. 270 e 270-*bis* c.p. indicano gli obiettivi delle associazioni ma «omettono di delineare il metodo operativo seguito», sicché non si distinguono dalle fattispecie associative per le quali l'automatismo è stato espunto e la presunzione vi si rivela «una finzione». In senso opposto MANES, *Lo «sciame di precedenti»*, cit., 466, che indica proprio nei reati con finalità di terrorismo (artt. 270-*bis*, 270-*quater* e 270-*quinqies* c.p.) «forse l'unica costellazione di fattispecie capace di superare la «prova di resistenza empirica»», in ragione della natura umbratile e transnazionale della rete; per la giustificazione dell'automatismo con la «matrice ideologica» dei delitti in questione, BORRELLI, *Una prima lettura*, cit., 12. Che la ragione addotta dalla Consulta appaia riferibile al solo delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. e non alle altre fattispecie associative, dotate di autonome caratteristiche strutturali e criminologiche, e che l'equiparazione dell'associazione terroristica o eversiva a quella mafiosa non persuada, è sostenuto anche da DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 220 e 233, il quale rileva altresì che del dato statistico valorizzato dalla sent. n. 191 del 2020 «resta indimostrata l'assolutezza» (*ibid.*, 195 n. 85). La stessa Corte ha peraltro ritenuto che il pericolo di contatti non sia «efficacemente neutralizzabile mediante la semplice imposizione dei corrispondenti divieti»: il rilievo non smentisce la replica svolta nel testo, perché l'efficacia dei divieti e dei controlli è, appunto, giudizio da compiere in

cessione del giudice rimettente, essa vale come ritaglio del *thema decidendum*, non come accertamento: distinguere l'associazione terroristica da quella mafiosa serviva a circoscrivere il dubbio; e l'ordinanza – del 18 novembre 2019 – precede la sentenza n. 253 del 2019, la riforma del 2022, la sentenza n. 173 del 2024 e la L. n. 181 del 2025, cioè le sopravvenienze sulle quali la nuova questione si fonda.

12.6. *Sesta obiezione: il rimedio corretto riguarderebbe il solo segmento dinamico.* Si è proposto, da parte di chi condivide la critica all'automatismo, di distinguere il momento genetico dell'applicazione della misura da quello successivo, limitando la presunzione assoluta al primo e restituendo al giudice, nel prosieguo della vicenda cautelare, il potere di sostituire la misura inframuraria; e si è indicata nell'intervento legislativo la sede propria di quella distinzione. L'obiezione ha il pregio di muovere dalla stessa diagnosi qui accolta, e va presa sul serio. Non regge però il peso che le si vorrebbe far portare. Sul piano del diritto positivo, è lo stesso autore della proposta a riconoscere che l'interpretazione «sembra [...] collidere con la lettera dell'art. 275 comma 3 c.p.p.», e che allo stato il giudice può soltanto considerare la cessazione delle condizioni poste a fondamento della misura: il che riconduce al rimedio costituzionale, non lo evita. Sul piano sistematico, la distinzione presuppone che l'automatismo genetico sia in sé giustificato, e cioè proprio ciò che la base d'esperienza del partecipe non consente di affermare: se il primo giunto è una generalizzazione mai verificata, esso non regge né all'inizio né dopo. Vi è infine una ragione di coerenza interna: le Sezioni unite hanno esteso la presunzione all'intera vicenda cautelare valorizzando l'argomento letterale e quello sistematico, sicché scindere i due momenti *in via interpretativa* significherebbe rovesciare per via ermeneutica un approdo che il legislatore del 2015 non ha smentito. L'additiva qui proposta opera invece dove il vizio si è insediato – la scelta del tipo di misura – e produce, per necessaria conseguenza, anche l'effetto che quella proposta persegue nel segmento dinamico⁶³.

concreto e non da presumere per l'intera categoria. La divergenza fra autori di pari autorevolezza conferma che, per il terrorismo, la base d'esperienza è controversa in dottrina prima ancora che nella giurisprudenza; e l'ipotesi di Manes, costruita sulla fluidità della rete, non è comunque trasferibile al 416-bis, la cui *ratio* presuntiva poggia sul tratto opposto del radicamento territoriale (v. nel testo). Commento adesivo alla pronuncia, con espresso rilievo della concessione del giudice rimettente circa la giustificabilità della presunzione per l'associazione di tipo mafioso, in MINUTILLO TURTUR, *Associazioni con finalità di terrorismo*, cit.

⁶³ La proposta è di DE CARO, *Il difficile sindacato*, cit., 18-19 e 21. Sull'operatività della presunzione per l'intera vicenda cautelare, Cass., Sez. un., n. 34473 del 2012, Lipari, cit.; FARINELLI, *L'ambito di operatività*, cit. La scissione fra momento genetico e vicende successive era stata sostenuta da un indirizzo minoritario di legittimità (Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 25167, Gargiulo, Rv. 247595; Cass., Sez.

12.7. *Settima obiezione: la massima è comunque attendibile.* Si dirà – ed è la posizione della dottrina più attenta alla teoria delle presunzioni cautelari – che la regola di esperienza posta a fondamento dell’automatismo esprime «indubbiamente» un’attendibile generalizzazione dei dati esperienziali, e che il difetto non sta nella massima, ma nella pretesa di coprire con essa anche i casi che fisiologicamente vi sfuggono: il rimedio sarebbe la relativizzazione, non la messa in discussione della regola. La replica è che la conclusione è condivisa, la premessa no. Che la massima sia attendibile è, nelle pronunce che l’hanno affermata, un postulato: nessuna ne indica la base empirica, nessuna la formula con un soggetto e una frequenza, nessuna la sottopone al controllo che la stessa Cassazione esige per le massime che reggono la gravità indiziaria della partecipazione (parr. 5.4-5.5). Dire che la massima «fisiologicamente contempla» eccezioni presuppone che ne sia nota la frequenza; ma una frequenza «determinata da un numero considerevole di episodi concreti» richiede che qualcuno quegli episodi li abbia contati, e nessuno lo ha fatto (par. 6.4). Né soccorre il criterio di normalità, che colma i vuoti informativi «solo fino ad un certo punto» e non può sostituire il dato: «La logica non è una prova». L’obiezione, dunque, prova meno di quanto sembri: se la massima fosse attendibile, la relativizzazione sarebbe il rimedio adeguato; poiché è soltanto affermata, la relativizzazione è il *minimo* che il *favor libertatis* impone, non il *massimo* che la teoria della prova consenta. E prova, per altro verso, esattamente ciò che qui interessa: che perfino chi difende l’attendibilità della regola ne riconosce l’inidoneità a fondare un automatismo assoluto⁶⁴.

13. *Conclusioni: restituire al giudice la scelta, senza disarmare lo Stato.* Si tiri la somma. La presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere, per il partecipe ad associazione mafiosa, poggia su due giunti che la dogmatica, separandoli, ha mostrato fragili: un giunto empirico che è una regola di esperienza mai formulata secondo i canoni che ne governano l’uso – senza soggetto, senza frequenza, senza base esibita, sottratta a ogni controllo – e perciò una *petitio principii* mai dimostrata e oggi falsificabile (eterogeneità

VI, 20 ottobre 2010, n. 4424, D’Angelo, Rv. 249188), che le Sezioni unite hanno disatteso: v. la ricostruzione di GAMBERINI, *Le Sezioni unite sull’operatività*, cit., 44-45, e DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 219 n. 144.

⁶⁴ DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, cit., 205 e n. 107 (i virgolettati); nello stesso senso la critica «assiologica» dell’Autore, *ibid.*, 178-181 e 233, già *supra*, nn. 32 e 61. Sul criterio di normalità e sulla logica che «non è una prova», IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 597-598; sulla genericità come prezzo dell’immunità dalle eccezioni, *ibid.*, 314. Che il difetto di dati disaggregati gravi su chi presume e non su chi contesta è argomentato *supra*, parr. 5.4 e 12.2.

delle formazioni e dei ruoli, mafie liquide e delocalizzate, reversibilità del vincolo, e l'assenza di dati disaggregati nelle rilevazioni pubbliche); e un giunto strumentale che l'ordinamento smentisce con le proprie norme (la *ratio* del 41-*bis*, l'introduzione dell'art. 391-*ter* c.p., i sequestri di dispositivi a migliaia, l'asimmetria fra i novemilatrecento ristretti per mafia e i settecentoquaranta sottoposti al regime differenziato). A ciò si aggiunge l'irragionevolezza sopravvenuta, prodotta da mutamenti che la base del 1995 non conosceva: il controllo elettronico come equivalente tendenziale; la disparità, prima inesistente, con il concorrente esterno relativizzato nel 2015; la caduta degli automatismi fondati sulla pericolosità mafiosa presunta lungo la linea *Viola*/n. 253 del 2019, suggellata dal legislatore del 2022; il divieto generale di automatismi cautelari riaffermato dalla sentenza n. 173 del 2024; la scelta del legislatore del 2025, per i delitti di massimo allarme, di una presunzione soltanto relativa e graduata. Il tutto sotto la cifra di una cautela che, ridotta a risposta automatica a uno *status*, scivola nella pena anticipata, in frizione con gli artt. 13 e 27, co. 2 Cost. e con l'art. 5, § 3 C.E.D.U..

La conseguenza non è eversiva, ed è anzi di misura: si tratta di restituire al giudice la facoltà di scegliere la misura applicabile, quantomeno per il ritenuto partecipe di un'ipotizzata associazione *ex art. 416-bis* c.p. Nulla di più; ma nulla di meno. Si obietterà che ciò indebolisce la risposta dello Stato. È il contrario, per una ragione che attiene alla struttura stessa del sistema cautelare: le misure cautelari hanno natura dinamica. La scelta restituita al giudice non è una scommessa irrevocabile, ma una decisione reversibile e auto-correttiva, iscritta in un congegno che il codice già prevede. Da un lato, l'art. 276 c.p.p. impone la sostituzione o il cumulo con misura più grave in caso di trasgressione alle prescrizioni, e per la violazione dei domiciliari commina, di regola, la revoca e la sostituzione con la custodia in carcere: se il partecipe ammesso ai domiciliari con controllo elettronico viola i divieti o riprende i contatti, il carcere segue. Dall'altro, l'art. 299, co. 4 c.p.p. impone l'adeguamento *in itinere* al mutare delle esigenze: la misura meno afflittiva non è mai un punto di non ritorno, ma una stazione rivedibile in ogni momento, su impulso del pubblico ministero oltre che d'ufficio nei casi previsti⁶⁵.

⁶⁵ Art. 276, co. 1 c.p.p. (sostituzione o cumulo con misura più grave in caso di trasgressione); art. 276, co. 1-*ter* c.p.p. (revoca e sostituzione con la custodia in carcere per la violazione del divieto di allontanamento dai domiciliari, salvo fatto di lieve entità); art. 299, co. 4 c.p.p. (sostituzione con misura più grave o applicazione con modalità più gravose al mutare delle esigenze). Sulla persistente operatività della presunzione anche nelle vicende successive, Cass., Sez. un., n. 27919 del 2011, cit. Che, fuori della presunzione, proporzionalità e adeguatezza operino «tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso», imponendo una costante ve-

È questo, in definitiva, il punto che la prosa può fissare e che il dispositivo può tradurre: relativizzare la presunzione non significa aprire le porte del carcere, ma riconsegnare al giudice una chiave – sotto il controllo costante dell’aggravamento e dell’adeguamento. Lo Stato non perde un’arma: ne guadagna una più fine, capace di colpire con il carcere dove la pericolosità è reale e attuale, e di modulare la risposta dove non lo è. La presunzione relativa resta la regola di partenza; si restituisce soltanto al giudice il potere – e il dovere – di valutare in concreto. È una risposta statale che non rinuncia a essere incisiva, ma che cessa di essere assoluta; ancorata alla Costituzione e alla sistematica generale del sistema penale e cautelare, e non più a una logica emergenziale che ha cristallizzato, in un automatismo del 1995, un’immagine del fenomeno mafioso che le stesse fonti istituzionali oggi descrivono come assai più varia, mobile e – in non pochi casi – reversibile di quanto quel decreto, travestito da natura delle cose, abbia mai voluto ammettere⁶⁶.

rifica della perdurante idoneità della misura, è affermato da Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, n. 16085, *Khalil*, Rv. 249324, in *Cass. Pen.*, 2011, 3713, con osservazioni di Santalucia: la dinamicità è la regola, la cristallizzazione l’eccezione. Sul rapporto fra l’art. 276 c.p.p. e il principio della domanda, VALENTINI E., *La domanda cautelare*, cit., 316-318; sull’automatismo dell’art. 276, co. 1-ter e sulla sua attenuazione nel 2015, TODARO, *Custodia cautelare e presunzioni*, cit., 52-54; Corte cost., ord. 6 marzo 2002, n. 40, e MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1891. Il varco della sostituzione è stato del resto già saggiato, e chiuso, in sede di legittimità: Cass., Sez. VI, 26 gennaio 2005, n. 20447, Marino, Rv. 231451, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata sull’art. 299, co. 2.

⁶⁶ In questo senso, con accenti diversi, MARZADURI, *A trenta anni*, cit., 14 («pare davvero lontana la Corte dal percepire l’inevitabile contrasto» fra la presunzione assoluta, operante fuori dall’emergenza, e l’inviolabilità della libertà personale); MARZADURI, *Art. 275*, cit., 181; MACCHIA, *Cautela penale e principi costituzionali*, cit., 1900; VALENTINI E., *Il “doppio binario cautelare”*, cit., 1697, per il quale l’automatismo si presta a fungere da anticipazione della pena «esattamente come avveniva con la cattura obbligatoria». Per la categoria della «perenne emergenza» quale matrice delle tendenze autoritarie del sistema penale, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*², Napoli, 2000; sul rilievo che la dottrina garantista abbia «perso la battaglia» sulla funzione delle cautele proprio a causa dell’emergenza terroristica e poi di quella mafiosa, MANNA, *Pericolo di reiterazione*, cit., 347-348.