

**LA PRESUNZIONE SEMEL MAFIOSO SEMPER MAFIOSO,
APPLICATA ALLE MISURE DI PREVENZIONE, NON È AMMISSIBILE:
OSSERVAZIONI IN ATTESA DELLE MOTIVAZIONI DELLE SEZIONI UNITE**

di Marco Cerfeda

Abstract. *Le Sezioni Unite, con una nota diffusa a seguito dell'udienza del 30 novembre 2017, hanno comunicato che al quesito "se, nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di appartenere ad una associazione di tipo mafioso, sia necessario accertare il requisito della attualità della pericolosità del proposto" deve risponderci affermativamente. Il contributo muove dall'ordinanza di rimessione per tracciare i termini del contrasto interpretativo sorto in seno alle Sezioni semplici della Corte e si interroga sulla eziologia e sulla ratio della presunzione semel mafioso semper mafioso, con i relativi risvolti in punto di motivazione. Sulla scorta delle riflessioni sviluppate nell'ordinanza dalla prima Sezione, si possono rilevare i punti deboli di quell'orientamento che applica la presunzione alle misure di prevenzione. In tale ambito non esiste una norma corrispondente all'art. 275 co. 3 cpp. e c'è l'esigenza di promuovere una lettura tassativizzante delle norme. La decisione delle Sezioni Unite si dirige, condivisibilmente, verso l'auspicato "contenimento del rischio" per le garanzie personali, grazie anche all'impulso della Corte EDU, sentenza De Tommaso c. Italia.*

SOMMARIO: 1. Il quesito e l'informazione provvisoria. — 2. Il contrasto interpretativo e le relative conseguenze pratiche. — 3. La ricognizione del fatto. — 4. La pericolosità: l'in sé del sistema di prevenzione. — 5. La diffusione della logica *semel mafioso semper mafioso*: le norme ante D.lgs. n. 159/2011 e le misure cautelari. — 6. *Semel mafioso semper mafioso* nelle misure di prevenzione, le censure dell'ordinanza e altre possibili obiezioni.

1. Il quesito e l'informazione provvisoria.

La prima sezione penale, con [ordinanza n. 48441/2017](#), rimette, in tema di misure di prevenzione¹, alle Sezioni Unite il seguente quesito: se, nel caso di

¹ T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, pp. 195 e ss.; V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. Maiello, Torino, 2015, p. 327 ss.; F. BRICOLA, *Forme di tutela ante*

inquadramento del proposto nella categoria degli appartenenti ad associazione mafiosa, sia o meno necessaria una motivazione in positivo sulla attualità della sua pericolosità sociale. L'udienza di trattazione si è tenuta il 30 novembre 2017 e la Corte, con la diffusione di un'informativa provvisoria, fa sapere che al quesito deve darsi risposta positiva², in conformità agli argomentati auspici della prima sezione³.

I rilievi critici svolti nell'ordinanza di rimessione hanno una carica persuasiva tale che era difficile immaginare un esito differente.

Dunque, per inquadrare la questione è necessario muovere dal provvedimento interlocutorio, che, nel contempo, può essere utile per tentare di immaginare quali motivazioni sorreggeranno la decisione delle Sezioni Unite.

2. Il contrasto interpretativo e le relative conseguenze pratiche.

Il giudice rimettente ravvisa un contrasto in seno alle Sezioni semplici della Corte di Cassazione e chiede alla sua massima composizione di dirimerlo.

È necessario premettere che l'irrogazione di una misura di prevenzione esige un doppio momento valutativo: da un lato, l'inquadramento del proposto in una delle categorie di destinatari, sulla base di indizi o "elementi di fatto", fase di tipo cd. "constatativo" (artt. 1 e 4 Dlgs. n. 159/2011); dall'altro, un giudizio prognostico di pericolosità sociale (art. 4 Dlgs. n. 159/2011), che presuppone quella attuale al momento della decisione di primo grado, non essendo rilevanti le pregresse manifestazioni di pericolosità se non proseguano al momento della applicazione⁴.

Tuttavia, per un primo filone interpretativo della giurisprudenza di legittimità⁵, se la misura di prevenzione va applicata ad un soggetto indiziato di appartenere ad associazione mafiosa *ex art. 4 lett. a)*, Dlgs. n. 159/2011, l'attualità della pericolosità deve considerarsi implicitamente dimostrata. L'appartenenza all'associazione di tipo

delictum e profili costituzionali della prevenzione, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno*, Milano, 1975, pp. 29 e ss.; G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penali*, Torino, 1994; G. BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2) 2017, pp. 505 e ss.; M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2) 2017, pp. 439 e ss.; F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, Milano, 2012, *passim*.

² Si veda [Cass., Sez. Un. c.c. 30 novembre 2017, Pres. Canzio, Rel. Petruzzellis, ric. Gattuso \(informazione provvisoria\)](#).

³ F. BALATO, [L'attualità della pericolosità sociale al vaglio delle Sezioni Unite: tra stereotipi di perdurante appartenenza e la possibilità per la persona di cambiare](#), in questa *Rivista*, fasc. 11/2017, pp. 45 e ss.; A. MONTAGNA, *Misure di prevenzione e pregressa appartenenza ad associazione mafiosa: la parola alle Sezioni Unite*, in *Quotidiano giuridico*, 31-10-2017; D. LA MUSCATELLA, *Rimessa alle Sezioni Unite la questione relativa all'ampiezza della motivazione delle misure di prevenzione personali in materia di criminalità organizzata*, in *Diritto & Giustizia*, (168) 2017.

⁴ F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, Milano, 2012, pp. 65 e ss.; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012, pp. 67 e ss.; descrive *funditus* le fasi logiche del giudizio di pericolosità A. MARTINI, *Essere pericolosi: giudizi soggettivi e valutazioni personali*, Torino, 2017, pp. 149 e ss.

⁵ *Ex multis*, Cass. n. 25778/2017; Cass. n. 18756/2017; Cass. n. 51735/2016; Cass. n. 8106/2016; Cass. n. 43490/2015; Cass. n. 32353/2014.

mafioso implica, *di per sé*, una latente e permanente pericolosità sociale del soggetto, con la conseguenza che, per escluderne l'attualità, occorre acquisire il recesso personale da quella organizzazione o la sua disintegrazione. Dunque, non è necessaria alcuna particolare motivazione in punto di attuale pericolosità una volta che l'appartenenza risulti adeguatamente constatata e non sussistano elementi dai quali ragionevolmente desumere che essa sia venuta meno. La motivazione della decisione, piuttosto che concentrarsi sull'esame degli indicatori della pericolosità in "positivo", richiede il superamento degli eventuali elementi "negativi", emersi od allegati dal proposto, dai quali risulti che questi non sia più pericoloso. In definitiva, la ragione di tale modifica del metodo giudiziario di accertamento si fonda sulla nota, stabile e pervasiva capacità criminale delle organizzazioni mafiose, da cui il sodale "ripete" la perdurante pericolosità, anche se i relativi indizi di appartenenza siano risalenti nel tempo: la presunzione relativa di pericolosità attuale si fonda sulla logica *semel mafioso semper mafioso*.

Per contro, un altro orientamento⁶ ritiene che le attività valutative del giudice non mutino a seconda della categoria che viene in rilievo. Dal testo del Dlgs. n. 159/2011 non si ricava nessuna norma idonea a sostenere l'esistenza di una presunzione che comporti il trasferimento sul proposto di un onere probatorio più gravoso. La valutazione del requisito di attualità della pericolosità sociale deve essere effettuata indistintamente per tutte le categorie di soggetti "destinatari", ivi compresi gli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa, con la conseguenza che è onere del giudice verificare in concreto la persistenza della pericolosità del proposto, con una motivazione "in positivo". Il dovere argomentativo del giudice si impone specie nel caso in cui sia decorso un apprezzabile periodo di tempo tra l'epoca di un eventuale accertamento in sede penale, da cui si attingono "elementi di fatto", e il momento della formulazione del giudizio sulla prevenzione, soprattutto se tra la pregressa violazione della legge penale e tale ultimo giudizio si collochi un periodo detentivo tendente alla risocializzazione o comunque esente da ulteriori condotte sintomatiche di pericolosità⁷.

La questione non è priva di risvolti pratici. Il primo è "autoevidente", volta che aderire all'una o all'altra impostazione comporta un differente approccio in ordine alla struttura motivazionale del provvedimento di prevenzione, che deriva dalla mutata ripartizione dell'*onus probandi* delle parti.

Un'altra conseguenza pratica, strettamente collegata alla prima, riguarda la possibilità di impugnare il provvedimento dinanzi alla Corte di Cassazione. A norma dell'art. 10 co. 3 del Dlgs. n. 159/2011, avverso il decreto della Corte d'Appello è ammesso ricorso per Cassazione solo per violazione di legge⁸. Questa formulazione

⁶ *Ex multis*, Cass. n. 28624/2017; Cass. n. 5267/2016; Cass. n. 51666/2016; Cass. n. 50128/2016; Cass. n. 1831/2015; Cass. n. 39057/2014; Cass. n. 23641/2014.

⁷ F. MENDITTO, [L'attualità della pericolosità sociale va accertata, senza presunzioni, anche per gli indiziati di mafia](#), in *questa Rivista*, 3 luglio 2014.

⁸ La Corte Costituzionale ha per ben due volte respinto le censure di incostituzionalità della norma (art. 10 co. 3 Dlgs. n. 159/2011) nella parte in cui limita alla sola violazione di legge la proponibilità del ricorso in Cassazione. La Corte, con sentenza n. 321/2004, in riferimento alle misure di prevenzione personali, e con

normativa esclude che il ricorrente possa dedurre il vizio di motivazione così come previsto dall'art. 606 co. 1 lett. e) cpp. Tuttavia, secondo giurisprudenza consolidata, è ammessa la sindacabilità dell'assenza di motivazione, ma la contraddittorietà e l'illogicità manifesta restano comunque escluse dal novero dei vizi deducibili in sede di legittimità. Si ritiene, infatti, che la mancanza di motivazione costituisca violazione di legge, perché si traduce nella inosservanza del generale obbligo di motivazione, imposto dall'art. 125 c.p.p., comma 3, e richiamato dall'art. 7 Dlgs. n. 159/2011. Tuttavia, si riconosce⁹ la possibilità di ricorrere per Cassazione anche nel caso in cui la motivazione si risolva (forse è più opportuno usare "dissolva") in un testo del tutto privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e logicità (motivazione apparente) o di un testo del tutto inidoneo a far comprendere l'itinerario logico seguito dal giudice, perché – anche in questo caso – non viene in rilievo un problema di congruità logica delle singole affermazioni probatorie, ma si tratta di situazioni parificabili alla violazione dell'obbligo legislativo di motivare¹⁰.

Ora, poiché le Sezioni Unite hanno escluso l'ammissibilità della presunzione, si impone l'obbligo di motivare "in positivo" sul requisito di pericolosità attuale. Se, invece, la motivazione sia resa in conformità al primo orientamento e, quindi, il giudice ritenga di non motivare la (presunta) pericolosità attuale, il provvedimento giurisdizionale sarà ricorribile per Cassazione, perché monco di motivazione (violazione di legge) rispetto ad una valutazione fondamentale ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione personale¹¹.

sentenza n. 106/2015, in riferimento alla cd. confisca di prevenzione, esclude che la scelta legislativa sia del tutto priva di giustificazione e irragionevole per disparità di trattamento con le misure di sicurezza, personali e patrimoniali (nella sentenza n. 106/2015 il termine di paragone è la confisca *ex art. 12 sexies*, D.L. n. 306/1992, qualificata dalla giurisprudenza "misura di sicurezza atipica"). Secondo la Corte non regge il confronto tra "settori direttamente non comparabili, posto che il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali". Del pari, la Corte non ravvisa un *vulnus* al diritto di difesa, costituzionalmente tutelato dall'art. 24 Cost. Infatti, per giurisprudenza costituzionale consolidata, le forme di esercizio del diritto di difesa possono essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché siano comunque assicurati lo scopo e la funzione di tale diritto.

⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. 36852/2017; Cass. n. 33706/2017; Cass. n. 25778/2017.

¹⁰ Sul controllo di legittimità della motivazione nel procedimento di prevenzione si veda C. VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, 2008, che evidenzia l'ineffettività di un controllo di legittimità fondato sull'interpretazione che la giurisprudenza offre di "violazione di legge" in relazione alla motivazione. La giurisprudenza intende, nel settore della prevenzione, la motivazione apparente solo quella che sia assolutamente inidonea a rendere comprensibile il filo logico seguito dal giudice di merito, mentre, secondo l'A., una lettura costituzionalmente orientata imporrebbe un'altra ricostruzione: "dato per acclarato che le fattispecie di prevenzione sono carenti in punto di tassatività e che, in effetti, risultano costruite attorno a concetti volutamente vaghi o densi di opzioni valutative o, ancora, schiettamente discrezionali, deve dirsi che una effettiva giurisdizionalizzazione del procedimento esige che il controllo sulla motivazione giudiziale si imponga quale verifica sui presupposti fattuali che il giudice del merito ha estrapolato dal reale a concretizzare gli spazi vuoti della norma; in altri termini, il vaglio di legittimità non può non investire anche il rapporto tra motivazione del *decisum* e atti a contenuto probatorio".

¹¹ Si legge nell'ordinanza in commento (pt. 2): "[...] con ciò si intende affermare che l'esistenza di un contrasto interpretativo circa l'esistenza e la natura di una presunzione in tema di attualità della

La sezione rimettente, come anticipato, nel porre il quesito alle Sezioni Unite, aderisce alla seconda impostazione, argomentando con dovizia la propria posizione.

Per comprendere l'importanza della questione, specie dal punto di vista della tutela del prevenuto, è utile esporre i fatti dedotti in causa.

3. La ricognizione del fatto.

La Corte d'appello di Reggio Calabria, nel 2016, conferma la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza a carico del sig. G., applicatagli un anno prima dal Tribunale. In particolare, il prevenuto veniva inquadrato nella categoria di cui all'art. 4 lett. a), Dlgs. n. 159/2011, sulla base di due fonti indizianti: una condanna, sospesa, per intestazione fittizia di beni (art. 12 quinquies L. n. 356/1992), finalizzata a favorire i traffici economici della *n'drangheta* e l'accusa, nel 2011, di far parte della stessa (art. 416 cp.), da cui veniva assolto. Nonostante l'assoluzione, la Corte territoriale ritiene l'appartenenza del sig. G. all'associazione di stampo mafioso, non essendo il giudice della prevenzione vincolato alle conclusioni raggiunte in sede di responsabilità penale. Inoltre, "appartenenza" è concetto più ampio di "partecipazione". Né all'applicazione della misura osta la norma di cui all'art. 166 co. 2 cp., non essendo, nel caso di specie, la pena sospesa unico elemento indiziante.

Argomentata l'appartenenza all'associazione, la Corte non riteneva necessaria una motivazione in positivo sulla pericolosità attuale, perché la "disponibilità" verso l'associazione, emersa dai precedenti giudiziari di ben cinque anni prima, poteva ritenersi perdurante. Secondo il Collegio, neppure un periodo di carcerazione sofferto dal proposto può recidere il legame con l'associazione e annullare la presunzione della perdurante pericolosità.

La difesa del sig. G. propone ricorso per cassazione, deducendo erronea applicazione di legge e carenza di motivazione. Il ricorrente lamenta l'erroneo apprezzamento degli esiti dei due giudizi penali correlati, perché escludevano la sussistenza del metodo mafioso nelle condotte del G., e la radicale mancanza di motivazione circa l'attualità della pericolosità.

4. La pericolosità: l'*in sé* del sistema di prevenzione.

La prima Sezione individua immediatamente la questione principale che pone il ricorso: la corretta perimetrazione dell'obbligo motivazionale lì dove il proposto sia stato inquadrato tra gli appartenenti ad associazione mafiosa e l'esistenza o meno di una presunzione di attualità, retta dalla logica *semel mafioso semper mafioso*.

pericolosità sociale determina evidenti ricadute circa l'esito dei ricorsi, posto che *l'assenza di una motivazione in positivo* su tale punto della controversia (derivante dall'adesione ad uno dei diversi orientamenti) *rientra certamente nel novero degli ipotetici vizi deducibili e rilevabili da parte dei giudici di legittimità* (ove si aderisca all'orientamento che, di contro, la postula necessaria)".

Prima di diffondersi nella trattazione del conflitto interpretativo maturato sul punto, la prima Sezione intende principiarsi da alcune notazioni di carattere sistematico, che si riveleranno utilissime per il prosieguo del ragionamento e che, nel contempo, tradiscono, immediatamente, l'orientamento del giudice relatore, perché evidenziano l'irrinunciabilità del vaglio di pericolosità attuale.

Anzitutto la Corte evidenzia che la pericolosità attuale è *l'in sé* del sistema di prevenzione. Secondo la Corte Costituzionale (tra le altre, sentenza n. 27/1959), "l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire", che può essere predisposto solo mediante previo giudizio di pericolosità sociale, ovvero una valutazione globale della personalità da cui si desuma la ragionevole probabilità della commissione di reati. La pericolosità che viene in rilievo è parzialmente diversa da quella richiesta dall'art. 202 cp. per l'applicazione di una misura di sicurezza (*post delictum*), pur essendo "due *species* di un unico *genus*"¹², perché non è necessariamente collegata ad una pregressa affermazione di colpevolezza per reato¹³. Sicuramente, poi, segna la netta differenza con il processo penale, che mira all'accertamento della responsabilità del fatto.

Se "ciò che limita in qualche misura fonda", sarà vero anche il contrario, ovvero che ciò che fonda limita. L'applicazione di una misura di prevenzione non può ignorare la propria essenza teleologica.

La prima Sezione non ritiene superfluo richiamare Corte Costituzionale 291/2013¹⁴, la quale ha affermato che "la pericolosità sociale deve risultare attuale nel momento in cui la misura viene eseguita, giacché, in caso contrario, le limitazioni alla libertà personale, nella quale si sostanzia, rimarrebbero carenti di ogni giustificazione". Ciò induceva il giudice delle leggi a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 15 Dlgs. n. 159/2011 (già art. 12 L. n. 1423/1956) nella parte in cui non prevede l'obbligo di rivalutazione, anche d'ufficio, della persistente attualità della pericolosità nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena.

Per ultimo, ma non ultimo, è citato il dato testuale. L'importanza cruciale della pericolosità attuale è un dato su cui si sofferma espressamente e con "chiarezza" anche il dato legislativo. La Legge delega n. 136/2010, volta al riordino del sistema delle misure di prevenzione, imponeva al legislatore delegato di definire in modo organico i destinatari delle misure di prevenzione e di orientarsi secondo i seguenti criteri direttivi: l'esplicitazione del "requisito della pericolosità del soggetto" e la descrizione di "presupposti applicativi chiaramente definiti". Questa previsione normativa è poi sfociata nelle ipotesi dell'art. 4 (e 1) e nell'art. 6 del Dlgs. n. 159/2011, il cui incipit è "Alle persone indicate dall'art. 4, *quando siano pericolose per la sicurezza pubblica [...]*". Le

¹² Così Corte Costituzionale sentenza n. 419/1994 e Corte Costituzionale sentenza n. 177/1980.

¹³ F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, Milano, 2012, p. 82.

¹⁴ T. TRINCHERA, [Misure personali di prevenzione: nel caso di sospensione dell'esecuzione per lo stato di detenzione dell'interessato, la pericolosità va riverificata a sospensione esaurita](#), in *questa Rivista*, 9 dicembre 2013.

norme sembrano escludere l'esistenza di presunzioni e strutturano l'applicazione della misura in una doppia valutazione imprescindibile.

La Corte ravvisa una corrispondenza tra l'art. 6 Dlgs. n. 159/2011 e l'art. 31 della L. n. 663/1986 che modificò l'impianto applicativo delle misure di sicurezza, abrogando l'art. 204 cp., rubricato "Accertamento di pericolosità. Pericolosità sociale presunta". La norma abrogatrice, l'art. 31, L. n. 663/1986, esprimeva l'intento legislativo di liberarsi delle presunzioni e ancorare l'indagine sulla pericolosità alla concretezza del caso. Infatti, il co. 2 di tale articolo, tuttora in vigore, afferma che "tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa".

Del resto, in aggiunta alle notazioni della Corte, si può osservare che la recente novella in tema di prevenzione, la L. n. 161/2017¹⁵, inserisce un co. 2 ter all'art. 14 Dlgs. n. 159/2011, affermando l'obbligo per il tribunale di verificare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato, dopo che questi abbia espiato una pena detentiva di almeno due anni, recependo proprio le conclusioni di Corte Costituzionale n. 291/2013.

5. La diffusione della logica *semel mafioso semper mafioso*: le norme ante Dlgs. 159/2011 e le misure cautelari.

Dunque, non può esser revocata in dubbio la fondamentale importanza che la pericolosità attuale ricopre nell'applicazione della misura, con conseguente onere motivazionale per il giudice, anche perché non occorre in questa sede evidenziare la rilevanza che riveste la motivazione¹⁶ all'interno di un provvedimento restrittivo della

¹⁵ art. 4- Sorveglianza speciale

1. All'articolo 14 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, dopo il comma 2 sono aggiunti i seguenti: 2-bis [...].

2-ter. L'esecuzione della sorveglianza speciale resta sospesa durante il tempo in cui l'interessato è sottoposto a detenzione per espiazione di pena. *Dopo la cessazione dello stato di detenzione, se esso si è protratto per almeno due anni, il tribunale verifica, anche d'ufficio, sentito il pubblico ministero che ha esercitato le relative funzioni nel corso della trattazione camerale, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato, assumendo le necessarie informazioni presso l'amministrazione penitenziaria e l'autorità di pubblica sicurezza, nonché presso gli organi di polizia giudiziaria. Al relativo procedimento si applica, in quanto compatibile, il disposto dell'articolo 7. Se persiste la pericolosità sociale, il tribunale emette decreto con cui ordina l'esecuzione della misura di prevenzione, il cui termine di durata continua a decorrere dal giorno in cui il decreto stesso è comunicato all'interessato, salvo quanto stabilito dal comma 2 del presente articolo. Se invece la pericolosità sociale è cessata, il tribunale emette decreto con cui revoca il provvedimento di applicazione della misura di prevenzione. [...].*

¹⁶ Si veda Cass. n. 17932/2010: "La motivazione ha la funzione di dimostrare la corrispondenza tra la fattispecie concreta considerata dal giudice e la fattispecie astratta, che legittima il provvedimento, e di indicare i dati materiali e le ragioni che all'autorità giudiziaria hanno fatto ritenere esistente la fattispecie concreta (S.U. n. 2451 del 27 settembre 2007, Magera; S.U. 26 novembre 2003, n. 23/2004, Gatto). E se è vero che codesta funzione può, a seconda dei casi, richiedere uno svolgimento diffuso o poche parole, essa presuppone in ogni caso la indicazione chiara dei dati fattuali posti a fondamento della valutazione effettuata. Sicché un giudizio di pericolosità attuale che non consente di verificare a cosa è stato ancorato

libertà personale. Eppure, ciò non ha impedito a parte della giurisprudenza di ricostruire percorsi argomentativi “disomogenei” e alternativi sul punto. Quell’orientamento che esclude la necessità di motivare in positivo la pericolosità attuale adotta una soluzione interpretativa di rottura rispetto al testo legislativo e segna una spaccatura all’interno della giurisprudenza di legittimità.

L’idea che il collegamento con un’organizzazione mafiosa giustifichi *ex se* lo stato di perdurante pericolosità del proposto, essendo “nota, stabile e pervasiva la capacità criminale delle organizzazioni mafiose”, trae, forse, vigore da un argomento di taglio storico e dalla disciplina in tema di misure cautelari¹⁷, con la relativa interpretazione delle Alte Corti, nazionali e sovranazionali, che hanno legittimato la logica del *semel mafioso semper mafioso*.

Prima dell’avvento del Codice Antimafia, la pericolosità attuale del soggetto proposto era espressamente richiesta solo dall’art. 3, co. 1, della L. n. 1423/1956 (categorie di pericolosità generica) e non anche dagli artt. 1 e 2 della L. n. 575/1965 (che per la prima volta introduce “Disposizioni contro la mafia”), i quali si limitavano a prevedere l’applicabilità delle misure semplicemente a chi fosse indiziato di appartenenza alle associazioni mafiose. L’automatismo presuntivo, propugnato ancora oggi da parte della giurisprudenza, potrebbe essere una sorta di retaggio culturale che deriva dalla disciplina previgente, che corroborava quella soluzione^{18 19}.

La conferma che si tratti di un’idea fortemente radicata nella giurisprudenza la si ha guardando la disciplina delle misure cautelari.

Nelle misure cautelari, è affidato al giudice un rilevante potere discrezionale in relazione all’*an* e al *quomodo*. In presenza di gravi indizi di colpevolezza e di esigenze cautelari, il giudice può applicare la misura che ritenga più appropriata al caso concreto, scegliendo nell’ampio ventaglio delle possibili alternative (artt. 280-290 cpp.).

manca dei requisiti minimi di riconoscibilità del discorso giustificativo. *Né può dubitarsi che a tali principi debba essere ispirato anche il controllo di legittimità sui provvedimenti del giudice della prevenzione*. La motivazione serve al controllo sulla (correttezza della) decisione sia all’interno del processo sia all’esterno. In un sistema che accoglie la figura del giudice professionale e che lo rende autore responsabile della decisione (che deve giustificare), una motivazione che non lascia comprendere i “fatti” è ben peggio di una “giustizia segreta”, che sfugge al controllo del pubblico; perché elude anche il controllo endoprocessuale sulla correttezza dell’applicazione della legge al caso concreto”.

¹⁷ A. BALSAMO, voce *Codice antimafia*, in *Digesto delle discipline penalistiche-aggiornamento*, Torino, 2014, rileva che “sul piano dell’interpretazione del materiale probatorio, va comunque evidenziato che la stretta correlazione tra pericolosità sociale ed appartenenza al sodalizio mafioso trova un preciso riscontro in una consolidata regola di esperienza, che ricevuto esplicito riconoscimento legislativo nell’art. 275 co. 3 cpp.”. Del resto, c’è chi, in dottrina, accomuna sotto un’unica categoria concettuale misure cautelari e misure di prevenzione (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, pp. 824 e ss., afferma: “Chiamerò dunque misure di polizia tutte le sanzioni o misure di difesa e controllo sociale diverse dalle pene e tuttavia restrittive della libertà personale o di altri diritti fondamentali [...]. Entro questo insieme includerò: a) la custodia cautelare; b) le misure di sicurezza; c) le misure di prevenzione; d) le misure cautelari di polizia giudiziaria; e) le misure di ordine pubblico.”).

¹⁸ F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, Milano, 2012, p. 119; A. BALSAMO, voce *Codice antimafia*, in *Digesto delle discipline penalistiche-aggiornamento*, Torino, 2014.

¹⁹ Va, tuttavia, evidenziato che, anche ben prima del 2011, la questione era discussa: P. V. MOLINARI, *Alcune brevi riflessioni sulle misure di prevenzione. Nota a Cassazione, sez. IV, n. 275/1999*, in *Cassazione penale*, 11 (1999), pp. 3235 e ss.

Il sistema cautelare è ispirato al principio di gradualità, così che la scelta del giudice possa orientarsi secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, in vista del minor sacrificio possibile per la libertà dell'indagato/imputato ed, infatti, la custodia cautelare costituisce l'*extrema ratio*. Tuttavia, questo complesso normativo è oggi "costellato da presunzioni di adeguatezza, di deroghe a questa e di regole in deroga alle deroghe"²⁰. Il D.L. n. 152/1991, convertito con L. n. 203/1991, ha introdotto, in relazione all'art. 416 bis, una presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari (tra cui figura il pericolo di reiterazione di delitti, art. 274 co. 1 lett. c) cpp.) e, insieme, una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere (art. 275 co. 3 cpp.).

La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 450/1995, si è occupata della legittimità costituzionale di tale automatismo, ma ne ha respinto le censure di irragionevolezza²¹. Secondo il giudice delle leggi, la "delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso [...] rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato".

Dello stesso avviso è la Corte EDU. Nel caso Pantano c. Italia²², il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 5 paragrafo 3 CEDU, ritenendo che la durata della custodia cautelare da egli sofferta fosse eccessiva. La Corte EDU, nell'affrontare il caso, trova l'occasione di commentare la presunzione di adeguatezza di cui all'art. 275 co. 3, affermando che, normalmente, una presunzione rischia di impedire al giudice di adattare la misura cautelare alle esigenze di ogni caso di specie e potrebbe quindi apparire eccessivamente rigida, ma bisogna tenere conto del fatto che l'automatismo in commento riguarda delitti legati alla criminalità di stampo mafioso. Quindi, "la lotta contro questo flagello può portare all'adozione di misure che giustificano una deroga alla norma fissata dall'articolo 5, che mira a tutelare, prima di tutto, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché a prevenire la commissione di altri reati penali gravi. In questo contesto, una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata, in particolare quando non è assoluta, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria". La Corte EDU avalla la presunzione in ragione della intrinseca e perdurante pericolosità delle organizzazioni criminali.

La Corte Costituzionale ha deciso diversamente rispetto a medesime presunzioni di adeguatezza che riguardavano altri reati, accogliendo i profili di censura del 275 co. 3 cpp. e degradando la presunzione da assoluta a relativa, ma ha sempre confermato il proprio indirizzo in relazione all'art. 416 bis cp.

Più in particolare, giova precisare che il meccanismo presuntivo, inaugurato con riferimento al reato di cui all'art. 416 bis cp., è stato poi esteso ad una più ampia ed eterogenea "costellazione" di reati. La dottrina ha evidenziato che le deroghe al

²⁰ S. FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in *Misure cautelari personali*, a cura di G. Spangher e C. Santoriello, Torino, 2009, p. 73.

²¹ Per un commento critico della decisione si veda D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere nell'art. 275 co. 3 cpp.*, in *Cassazione penale*, (10) 1996, pp. 2835 e ss.

²² Corte EDU, *Pantano c. Italia*, ricorso n. 60851/00.

principio di adeguatezza sono state spinte dalla volontà legislativa di placare l'allarme sociale che di volta in volta si è addensato su determinati reati²³, ma il prezzo da pagare è stata la sostanziale "distorsione" della logica cautelare. D'altronde, il settore cautelare è sempre stato gravato da forti implicazioni politiche, così come quello delle misure di prevenzione. Tuttavia uno "sciame"²⁴ di sentenze della Corte Costituzionale ha, di fatto, "smantellato" l'art. 275 co. 3 cpp., lasciando intatta la presunzione assoluta solo in riferimento ai reati associativi di stampo mafioso e orientati alla finalità di terrorismo. Con L. n. 47/2015, il legislatore ha preso atto delle conclusioni della Corte, riformulando il co. 3 dell'art. 275 cpp. Oggi la presunzione assoluta di adeguatezza resta in piedi solo per i reati di cui agli artt. 270, 270 bis e 416 bis cp.; per le altre ipotesi è relativa²⁵.

Nei giudizi di accoglimento della Corte Costituzionale, la fattispecie di cui all'art. 416 bis cp. è utilizzata come *tertium comparationis*: la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia è tollerabile solo in casi eccezionali, come quello della condotta associativa mafiosa, in cui le massime di esperienza, *l'id quod plerumque accidit*, inducono a ritenere che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte dalla sola custodia carceraria. La presunzione di adeguatezza non può giustificarsi razionalmente sulla sola base della gravità del reato o dell'interesse tutelato, ma trova una sua base razionale solo quando non sia agevole smentirla formulando ipotesi di accadimenti reali ad essa contrari²⁶.

²³ O. MAZZA, F. VIGANÒ, *Introduzione*, in Il "pacchetto sicurezza" 2009 (commento al d.l. 23 febbraio 2009 n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94), a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009, p. VII e ss.

²⁴ V. MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Diritto penale e processo*, (4) 2014, pp. 457 e ss. Si veda anche P. TONINI, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Diritto penale e processo*, (3) 2014, pp. 261 e ss.; F. GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giurisprudenza Italiana*, 3 (2013); C. IASEVOLI, *Politica della sicurezza, presunzione processuale e Costituzione*, in *Critica del diritto*, 2013, pp. 56 e ss.

²⁵ AA. VV., *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, Torino, 2015, pp. 101 e ss.

²⁶ Va rimarcato che, con sentenze n. 57/2013 e n. 48/2015, la Corte Costituzionale ha ritenuto che, secondo dati di esperienza generalizzati, nei casi di reati aggravati dal metodo mafioso e di concorso esterno in associazione mafiosa, non sussista una congrua base statistica che sorregga la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare, perché non basta che la condotta si collochi in un contesto mafioso, ma ci vuole necessariamente l'"appartenenza" (da intendersi qui, evidentemente, come partecipazione). Si legge nella sentenza n. 48 del 2015: "se il soggetto che delinque con metodo mafioso o per agevolare l'attività di una associazione mafiosa (ipotesi considerata dalla citata sentenza n. 57 del 2013) può, a seconda dei casi, appartenere o meno all'associazione stessa, il concorrente esterno è, per definizione, un soggetto che non fa parte del sodalizio: diversamente, perderebbe tale qualifica, trasformandosi in un «associato». Nei confronti del concorrente esterno non è, quindi, in nessun caso ravvisabile quel vincolo di «adesione permanente» al gruppo criminale che – secondo la giurisprudenza di questa Corte – è in grado di legittimare, sul piano «empirico-sociologico», il ricorso in via esclusiva alla misura carceraria, quale unico strumento idoneo a recidere i rapporti dell'indiziato con l'ambiente delinquenziale di appartenenza e a neutralizzarne la pericolosità".

Da ultimo, la Corte Costituzionale, con ordinanza n. 136/2017²⁷, ha ribadito la sua posizione, tornando sulla legittimità costituzionale della presunzione assoluta di adeguatezza con riguardo specificamente ai reati di cui all'art. 416 bis cp. Il giudice delle leggi respinge le censure di incostituzionalità avanzate dal giudice *a quo*, la Corte d'appello di Torino, che sollecitava un mutamento di orientamento alla luce delle innovazioni apportate dalla L. 47/2015 e delle numerose declaratorie di incostituzionalità che hanno investito l'art. 275 co. 3 cpp. La Corte risponde riprendendo considerazioni già rassegnate in precedenza (sentenza n. 265/2010): "l'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso implica, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, un'esigenza cautelare che può essere soddisfatta solo con la custodia in carcere, non essendo le misure «minori» sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza in modo da neutralizzarne la pericolosità".

6. *Semel mafioso semper mafioso* nelle misure di prevenzione, le censure dell'ordinanza e altre possibili obiezioni.

La massima di esperienza giustifica il principio per cui la pericolosità è una qualità intrinseca del sodale, che può essere recisa solo dalla cautela detentiva. Del pari, nell'ambito della prevenzione, questa massima di esperienza giustifica la presunzione di pericolosità attuale, esonerando il giudice dal motivare in positivo, ed è superabile solo se è il proposto a provare di aver risolto ogni rapporto con l'associazione mafiosa.

Tuttavia, questa ricostruzione non può essere condivisa per molteplici motivi.

Come evidenziato dall'ordinanza, la logica *semel mafioso semper mafioso* nelle misure di prevenzione non può avere questo effetto, perché non è rinvenibile una norma analoga all'art. 275 co. 3 cpp. Dalle norme non può ricavarsi l'esistenza di una presunzione legale, che è la sola a comportare l'esonero del giudicante dall'obbligo di motivazione. Nelle presunzioni legali il legislatore riconosce per assodato che dal fatto noto "x" si possa desumere il fatto ignoto "y". Nel sistema di prevenzione, *semel mafioso semper mafioso* è una massima di esperienza che può costituire solamente una presunzione semplice; in quest'ultima il passaggio logico dal noto all'ignoto non è avallato dalla norma e va argomentato dal giudice²⁸.

La giurisprudenza non può far assurgere una massima di esperienza, per quanto diffusamente condivisa, da presunzione semplice a presunzione legale, perché eluderebbe una lettura tassativizzante delle norme, che va valorizzata, specie dopo la

²⁷ C. TRAPUZZANO, *Associazione mafiosa: l'esigenza cautelare può essere soddisfatta solo con la custodia in carcere*, in *Quotidiano giuridico*, 15-6-2017.

²⁸ Cfr. in campo amministrativo AP 7/2013, in campo civile Cass. n. 1735/2008, in campo tributario Cass. ord. 101/2015.

sentenza De Tommaso della Corte EDU²⁹, che ha dato un forte impulso (“valenza di stimolo”) in tal senso.

Inoltre, la più recente giurisprudenza costituzionale, nel dichiarare incostituzionale l’art. 275 co. 3 cpp., non ha confermato la regola di esperienza della spiccata pericolosità sociale insita nelle condotte che operano in un “contesto mafioso” (come quelle del sig. G., di cui si evidenzia la “disponibilità a farsi interprete di esigenze dell’organizzazione”), ma che non implicano lo stabile inserimento nella consorterìa: reati aggravati dal metodo mafioso *ex art. 7 D.L. 152/1991* (sentenza n. 57/2013) e il concorso esterno in associazione mafiosa (sentenza n. 48/2015). Il concorso esterno, secondo la giurisprudenza prevalente, di cui l’ordinanza dà conto e condivide³⁰, rientra nella nozione di “appartenenza” *ex art. 4 co. 1 lett. a), Dlgs. n. 159/2011*, più ampia di quella di “partecipazione”. A questo punto, si può ritenere che, rispetto alla condotta di concorso esterno, la regola di esperienza debba considerarsi minata anche nell’ambito delle misure di prevenzione. Il ragionamento di fondo, portato avanti dalla Corte Costituzionale e che può qui essere replicato, è che, mancando il vincolo di adesione permanente, verrebbe meno anche l’alta probabilità della perdurante pericolosità.

Peraltro, nel caso di specie, la Corte territoriale decideva sulla base delle risultanze istruttorie dei precedenti giudiziari. Applicare la misura sulla base della presunzione di pericolosità attuale viola il “dovere supplementare di argomentazione”, che discende dalla libertà di valutazione di cui gode il giudice della prevenzione. L’ordinanza sottolinea che, quando il tipo di destinatario *ex art. 4* evoca condotte penalmente rilevanti, il giudice della prevenzione deve confrontarsi con l’esistenza di eventuali pronunce giurisdizionali sui corrispondenti reati³¹. L’intento è meritevole, perché tende a dare consistenza probatoria alle incerte categorie concettuali di “elementi di fatto” e “indizi”. Dunque, sussiste una sorta di interferenza (unidirezionale), ma non può in nessun caso ipotizzarsi l’esistenza di un vincolo di conformazione tra le due procedure, essendo queste ultime in rapporti di assoluta autonomia funzionale e strutturale. Il giudice della prevenzione è libero di valutare le emergenze probatorie processuali, purché sia cosciente del “dovere supplementare di argomentazione” nel caso in cui queste siano ritenute idonee ai fini della prevenzione,

²⁹ F. VIGANÒ, [La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali](#), in questa Rivista, fasc. 3/2017, pp. 370 e ss.; A. M. MAUGERI, [Misure di prevenzione e fattispecie a personalità generica: la Corte Europea condanna l’Italia per la mancanza della qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera](#), in questa Rivista, fasc. 3/2017, pp. 15 e ss.; F. MENDITTO, [La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità costituzionale del sistema della prevenzione](#), in questa Rivista, fasc. 4/2017, pp. 127 e ss.; D. PULITANÒ, [Misure di prevenzione e modelli sanzionatori](#), in *Giurisprudenza penale web*, (10) 2017; G. BIONDI, [Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75 co. 2 Dlgs. N. 159/2011: luci e ombre di una sentenza attesa](#), in questa Rivista, fasc. 10/2017, pp. 163 e ss.; F. VIGANÒ, [Ancora sull’indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte Costituzionale](#), in questa Rivista, fasc. 10/2017, pp. 272 e ss.

³⁰ Si rinvia a Cass. n. 3941/2016, ric. Gaglianò e altri.

³¹ R. MAGI, [Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità](#), in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (2) 2017, pag. 490 e ss.

ma non siano state sufficienti per accertare la responsabilità.

Affidandosi alla presunzione, il giudice non tiene conto del notevole lasso di tempo che può intercorrere tra l'emersione di indizi e la decisione di prevenzione, specie ove *medio tempore* si collochi un periodo detentivo tendente alla risocializzazione o comunque esente da ulteriori condotte sintomatiche di pericolosità. Con sentenza n. 239/2013, la Corte Costituzionale ha rimarcato che "in linea generale il decorso di un lungo lasso di tempo incrementa la possibilità che intervengano modifiche nell'atteggiamento del soggetto nei confronti dei valori della convivenza civile: ma a maggior ragione ciò vale quando si discuta di persona che, durante tale lasso temporale, è sottoposta ad un trattamento specificamente volto alla sua risocializzazione. Se è vero, in effetti, che non può darsi per scontato a priori l'esito positivo di detto trattamento, per quanto lungo esso sia, meno ancora può giustificarsi, sul fronte opposto, una presunzione – sia pure solo *iuris tantum* – di persistenza della pericolosità malgrado il trattamento, che equivale alla negazione della sua stessa funzione"³².

Non si comprende neppure come, senza valutare la pericolosità attuale nella sua concretezza, il giudice possa individuare la misura da irrogare sia nel *quomodo* sia nel *quantum*. Anche le misure di prevenzione rispondono ai principi di gradualità, adeguatezza e proporzionalità. La durata della misura di prevenzione personale può oscillare da uno a cinque anni. Se è applicata la misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, il giudice può aggiungervi, "ove le circostanze del caso lo richiedano", il divieto di soggiorno. In *extrema ratio*, "se le altre misure non sono ritenute idonee alla tutela della sicurezza pubblica", può imporre l'obbligo di soggiorno. Senza contare la facoltà di imporre "quelle prescrizioni che ravvisi necessarie". Sono scelte che non possono prescindere dalla valutazione concreta di attuale pericolosità.

In un contesto culturale-giuridico in cui si lamenta unanimemente l'indeterminatezza e l'incertezza dei presupposti applicativi delle misure di prevenzione, occorre riflettere sulla inaccettabile conseguenza che la presunzione comporta rispetto ai diritti e alle garanzie del proposto, perché elide un potenziale presidio di garanzia, ruolo che al giudizio di pericolosità attuale sembra riconosciuto dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 239/2013)³³. Il margine di apprezzamento del giudice è annichilito e gli indizi, già concetto precario di per sé³⁴, si allungano a coprire

³² Evidenzia questo aspetto F. BALATO, [L'attualità della pericolosità sociale al vaglio delle Sezioni Unite: tra stereotipi di perdurante appartenenza e la possibilità per la persona di cambiare](#), in questa Rivista, fasc. 11/2017, pp. 45 e ss.

³³ Contra T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, p. 277, che rispetto al giudizio prognostico di pericolosità afferma che si tratta di "foglio in bianco" consegnato al giudice: i diritti del proposto sarebbero affidati alla "bontà umana del giudice", unica garanzia possibile; critico sulla pretesa funzione di garanzia è anche A. MARTINI, *Il mito della pericolosità. Alla ricerca di un senso compiuto nel sistema della prevenzione personale*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, (2) 2017, pp. 536 e ss.

³⁴ La dottrina ritiene che si collochi in una sorta di "zona grigia", indistinta e anodina, tra il mero sospetto e la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio o di quella cautelare (F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, Milano, 2012). Basandosi sul solo dato normativo, l'indizio della prevenzione è concetto frutto di

automaticamente l'attuale pericolosità, tramutando la presunzione in immotivato sospetto.

Tuttavia, secondo la Corte Costituzionale, le misure di prevenzione "non possono essere adottate sul fondamento del mero sospetto", essendo piuttosto necessaria una valutazione dei fatti in modo da "escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica misure di prevenzione"³⁵.

Nella questione rimessa alle Sezioni Unite è, dunque, tangibile la divaricazione tra l'essere e il dover essere. Non motivare in positivo la pericolosità attuale del proposto, in virtù di una massima di esperienza che non costituisce presunzione legale, vuol dire violare il principio di tassatività e, nel contempo, contravvenire al monito della Corte Costituzionale: si aggrava inopinatamente l'incertezza dei presupposti applicativi, con sacrificio della tutela del proposto.

È del tutto condivisibile la scelta della prima Sezione di rimettere la questione alle Sezioni Unite, perché ha fornito l'occasione per dirimere stabilmente un contrasto interpretativo nella direzione di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente conforme.

In dottrina c'è chi invoca "la delegittimazione totale del sistema della prevenzione *praeter delictum*, che maschererebbe mere pene del sospetto", ma si può, anzi si deve, *rebus sic stantibus*, più realisticamente, "affrontare il tema delle misure di prevenzione nella prospettiva di contenimento del rischio entro il sistema delle garanzie penali"³⁶.

A seguito della informativa provvisoria, si può dire che sia questa la strada imboccata dalle Sezioni Unite ed è, dunque, una scelta che va salutata con favore.

un'operazione ermeneutica "a levare", è definibile solo in negativo e non è, quindi, ben chiaro quale consistenza debba avere (T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, pp. 267 e ss). Infatti, da un lato, non deve essere grave, preciso e concordante, perché altrimenti si avrebbe a disposizione il materiale probatorio sufficiente per sostenere l'accusa in giudizio, essendo integrati i requisiti probatori di cui all'art. 192 cpp. Non è neppure richiesta la sussistenza di "gravi indizi di colpevolezza", che sorreggono le misure cautelari (art. 273 cpp). L'unica cosa assodata è che debba trattarsi di un fatto certo, ma sulla cui consistenza probatoria non possiamo dire nulla di preciso. Il rischio di "regredire fatalmente verso l'area del sospetto" è concreto. *Contra* E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XII, 1996, che esclude l'identità concettuale tra sospetto ed indizio, "spesso invece affermata in dottrina".

³⁵ Tra le altre, Corte Costituzionale sentenza n. 23/1964 e sentenza n. 177/1980.

³⁶ M. PELISSERO, *La "fattispecie di pericolosità": i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive. I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (2) 2017, pag. 439 e ss.