

SULL'ATTUALITÀ DEL PERICOLO DI RECIDIVA A TRE ANNI DALLA RIFORMA DEL RITO CAUTELARE (*)

di Luigi Giordano

Abstract. *Nel presente contributo, a tre anni dalla riforma del rito cautelare ad opera della legge n. 47 del 2015, si esaminano gli indirizzi giurisprudenziali che si sono formati sull'attualità del pericolo di reiterazione del reato. Il contrasto sulla necessità che sussista un'occasione prossima di ricaduta nel crimine non va enfatizzato, apparendo piuttosto decisiva, ai fini della sussistenza delle esigenze di cautela, la valutazione del rapporto esistente fra la tipologia del reato e il contesto in cui possono svilupparsi le possibilità di azione dell'indagato, oltre alla considerazione delle caratteristiche soggettive dell'agente e delle specifiche modalità della sua condotta.*

SOMMARIO: 1. Gli orientamenti contrapposti sull'attualità del pericolo di recidiva. – 2. L'opzione della sentenza "Lovisi" e la giurisprudenza successiva. – 3. La motivazione del pericolo di reiterazione del reato. – 4. La misura cautelare e la distanza temporale dai fatti-reato. – 5. Il crimine come "modus vivendi" e le attività criminali compiute in modo "professionale". – 6. Un esempio tratto da una sentenza recente. – 7. Attualità delle esigenze cautelari e presunzioni di pericolosità. – 8. (segue) Presunzioni di pericolosità e riparto degli oneri probatori. – 9. (segue) Presunzioni di pericolosità e natura del reato contestato. – 10. (segue) I tentativi di delimitare l'area operativa delle presunzioni.

1. Gli orientamenti contrapposti sull'attualità del pericolo di recidiva.

A tre anni dalla legge n. 47 del 2015, appare utile una riflessione sugli orientamenti giurisprudenziali formati su uno dei profili più significativi della riforma del rito cautelare. L'art. 2 della legge n. 47 del 2015, come è noto, ha riformato l'art. 274, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., stabilendo che il pericolo della commissione di "gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede" debba essere concreto ed "attuale"¹.

(*) Il contributo costituisce il testo, con l'aggiunta di note, della relazione all'incontro di studio della Scuola Superiore della Magistratura – Struttura decentrata di Napoli, sul tema "Questioni nuove o controverse nella giurisprudenza penale della Corte di Cassazione", tenutosi a Napoli il 10 gennaio 2019.

¹ L'art. 1 della legge citata ha riformato l'art. 274, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., stabilendo che il pericolo di fuga che legittima l'applicazione di una misura cautelare, oltre ad essere "concreto", debba

Nella giurisprudenza di legittimità che si è confrontata con questa norma sono emersi due indirizzi.

Secondo una prima opzione ermeneutica, deve riconoscersi la sovrapponibilità del nuovo dato normativo rispetto a quello previgente e la sostanziale omogeneità di contenuti ed obblighi motivazionali nell'individuazione del pericolo cautelare ex art. 274 cod. proc. pen. tra la disciplina *ante* legge n. 47 del 2015 e quella successiva ad essa. Il legislatore, infatti, ha solo espressamente indicato, esplicitandolo, il riferimento al requisito dell'attualità quale contenuto necessario del giudizio cautelare rimesso al giudice, aderendo ad una interpretazione già emersa nella giurisprudenza pregressa, che rilevava la necessità di leggere il requisito della "concretezza" anche come "attualità" del pericolo, valutando le esigenze cautelari con riguardo ad entrambi i caratteri².

Il requisito dell'attualità, difatti, era già stato «recepito quale presupposto implicito della misura cautelare dalla giurisprudenza di legittimità nel vigore della precedente normativa»³. Il difetto dell'attualità della misura cautelare era già rilevabile in base alla preesistente previsione di cui all'art. 292, comma 1, lett. c), cod. proc. pen.⁴, perché «riesce difficile immaginare delle esigenze cautelari di prevenzione rispetto al rischio di recidiva che, nell'essere concrete, non siano anche attuali»⁵.

Il richiamo espresso operato dal legislatore del 2015 all'attualità, pertanto, presenta una natura "simbolica" rispetto all'osservanza di una norma già presente nel sistema⁶, secondo cui il giudizio prognostico che è sotteso all'applicazione di una misura deve fondarsi su elementi concreti, che rendano altamente probabile, qualora si presenti l'occasione, la ricaduta nel reato.

essere pure "attuale". Per effetto di queste interpolazioni, le esigenze di cautela di cui all'art. 274, comma 1, lett. b) e c), cod. proc. pen. sono state uniformate a quella di cui alla lett. a) del medesimo articolo, che già richiedeva il presupposto dell'attualità perché il pericolo di inquinamento probatorio potesse giustificare una misura cautelare. Sul tema, si veda, tra gli altri, Cfr. G. FIDELBO, V. PAZIENZA, [Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari. Relazione dell'Ufficio del Massimario del 6 maggio 2015](#), in questa *Rivista*, 7 maggio 2015; P. BORRELLI, [Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali](#), in questa *Rivista*, 3 giugno 2015; L. GIULIANI, *La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, 165; E. APRILE, F. D'ARCANGELO, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2017, 186 ss.; F. D'ARCANGELO, *Le misure cautelari personali (l. 16 aprile 2015, n. 47)*, Milano, 2015, 18 ss.; A. MACRILLÒ, *Il pericolo di reiterazione ex art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p. dopo la l. n. 47 del 2015 al vaglio della Cassazione*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2016, 4, 487; L. IANDOLO, *I rafforzati criteri per l'effettiva valutazione di pericolosità*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2017, 1, 53; E. CAMPOLI, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, in *Arch. nuova proc. pen.* 2015, 310.

² Cass. pen., Sez. 6, 27/11/2015, n. 15978, dep. 2016, in *CED Cassazione* n. 266988.

³ Cass. pen., Sez. 4, 18/06/2015, n. 28153, in *CED Cassazione* n. 264043; Cass. pen., Sez. 6, 18/09/2015, n. 42630, in *CED Cassazione* n. 264984; Cass. pen., Sez. 6, 26/11/2014, n. 52404, in *CED Cassazione* n. 261670.

⁴ Cass. pen., Sez. 5, 24/09/2015, n. 43083, in *CED Cassazione* n. 264901; Cass. Sez. 6, 5/04/2013, n. 28618, in *CED Cassazione* n. 255857; Cass. pen., Sez. 1, 3/06/2009, n. 25214, in *CED Cassazione* n. 244829.

⁵ Cass. pen., Sez. VI, 29/10/2015, n. 50027, secondo cui, tra l'altro, «Il codice continua a distinguere tra «esigenze cautelari» ed «eccezionali esigenze cautelari», a dimostrazione che l'attualità non è «nell'immediatezza».

⁶ Cass. pen., Sez. 1, 21/10/2015, n. 5787, dep. 2016, in *CED Cassazione* n. 265986.

Secondo una diversa lettura, invece, deve attribuirsi alla riforma un carattere innovativo, ancorché parziale, della disciplina precedente. L'attributo "attuale", infatti, conferisce al presupposto del pericolo dell'attributo una connotazione più pregnante che consiste nella necessità, ai fini dell'applicazione di una misura cautelare, della certezza o, quanto meno, dell'alta probabilità che all'imputato si presentino effettivamente occasioni per compiere ulteriori delitti. Tali occasioni non devono essere meramente ipotetiche o astratte, ma almeno altamente probabili nel loro vicino verificarsi⁷.

La necessità che il pericolo sia "attuale", quindi, comporta che può essere applicata una misura cautelare solo nei casi in cui vi sia la prova certa o l'alta probabilità che all'imputato si presenti effettivamente l'occasione per compiere ulteriori delitti.

Da queste premesse deriva la necessità fondare il giudizio prognostico su uno schema logico innovativo rispetto a quello che conduceva in precedenza all'applicazione di una misura cautelare: «Siccome è certo o comunque altamente probabile che si presenterà l'occasione del delitto, altrettanto certamente o comunque con elevato grado di probabilità la persona sottoposta alle indagini/imputata tornerà a delinquere»⁸.

2. L'opzione della sentenza "Lovisi" e la giurisprudenza successiva.

Il tema è stato affrontato dalle Sezioni unite, nella pronuncia in cui la Corte ha risolto il contrasto giurisprudenziale insorto sull'applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari con il c d. "braccialetto elettronico", nel caso di indisponibilità del congegno tecnico⁹. Questa decisione ha recepito il secondo indirizzo illustrato, affermando che l'attualità e la concretezza delle esigenze di cautela sono distinti attributi del pericolo di reiterazione. La concretezza è legata alla capacità a delinquere del reo ed impone di accertare che quel determinato indagato o imputato, avendone l'occasione, certamente reitererà il reato. L'attualità, invece, consiste nella presenza di occasioni prossime di compiere il reato. La sussistenza di tali diversi presupposti, anche se desumibile dai medesimi indici rivelatori (specifiche modalità e circostanze del fatto e personalità dell'indagato o imputato), deve essere autonomamente e

⁷ Cass. pen., Sez. 6, 19/04/2016, n. 19006, in *CED Cassazione* n. 266568.

⁸ Cass. pen., Sez. 3, 19/05/2015, n. 37087, in *CED Cassazione* n. 264688. Negli stessi termini si è orientata di recente Cass. pen., Sez. 6, 4/05/2016, n. 24476, in *CED Cassazione* n. 266999, secondo cui «l'art. 274, lett. c), cod. proc. pen., nel testo introdotto dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, richiede che il pericolo che l'imputato commetta altri delitti deve essere non solo concreto, ma anche attuale; ne deriva che non è più sufficiente ritenere altamente probabile che l'imputato torni a delinquere qualora se ne presenti l'occasione, ma è anche necessario prevedere che all'imputato si presenti effettivamente un'occasione per compiere ulteriori delitti».

⁹ Cass. pen., Sez. U, 28/04/2016, n. 20769, Lovisi, in *CED Cassazione* n. 266650.

separatamente valutata, non potendo risolversi il giudizio di concretezza in quello di attualità (o viceversa)¹⁰.

Anche dopo questa sentenza, tuttavia, il contrasto tra gli indirizzi illustrati sembra perdurare.

Secondo una impostazione, infatti, nel testo introdotto dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, l'art. 274, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. richiede che il pericolo che l'imputato commetta altri delitti debba essere attuale, essendo necessario prevedere che all'imputato si presenti effettivamente un'occasione prossima per compiere ulteriori delitti della stessa specie, mentre non basta più ritenere altamente probabile che l'imputato torni a delinquere qualora se ne presenti l'occasione¹¹.

Secondo una diversa interpretazione, invece, la valutazione prognostica del pericolo di reiterazione del reato di cui all'art. 274, comma 1, lett. c) cod. proc. pen. non richiede la previsione di una "specifica occasione" per delinquere, la quale, peraltro, esulerebbe dalle capacità predittive del giudice¹². L'attualità del pericolo presuppone solo che possa formularsi una prognosi in ordine alla continuità del *periculum libertatis* nella sua dimensione temporale, fondata sia sulla personalità dell'accusato, desumibile anche dalle modalità del fatto per cui si procede, sia sull'esame delle sue concrete condizioni di vita¹³. Ne deriva che il requisito dell'attualità del pericolo può sussistere anche quando l'indagato non disponga di effettive ed immediate opportunità di ricaduta¹⁴.

3. La motivazione del pericolo di reiterazione del reato.

Pur registrandosi la diversità degli accenti interpretativi, la distinzione tra i due orientamenti illustrati non va enfatizzata.

¹⁰ Cass. pen., Sez. U, 28/04/2016, n. 20769, Lovisi, cit.

¹¹ Cass. pen., Sez. 3, 24/04/2018, n. 34154, in *CED Cassazione* n. 273674; Cass. pen., Sez. 6, 19/04/2016, n. 19006, cit.; Cass. pen., Sez. 6, 4/05/2016, n. 24476, in *CED Cassazione* n. 266999; Cass. pen., Sez. 6, 4/05/2016, n. 24477, in *CED Cassazione* n. 267091; Cass. pen., Sez. 6, 11/05/2016, n. 21350, in *CED Cassazione* n. 266958. Il profilo dell'attualità, poi, come è ovvio, rileva anche nel caso di revoca o sostituzione di misura cautelare personale: il giudice, sollecitato ex art. 299 c.p.p., deve esaminare anche gli eventuali ulteriori elementi medio tempore acquisiti nel corso dell'istruttoria dibattimentale, al fine di valutare l'attualità del pericolo di reiterazione del reato mediante un giudizio che, per effetto delle modifiche apportate all'art. 274, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. dalla legge n. 47 del 2015, investe anche la prognosi di certezza o di alta probabilità che si riproponga l'occasione di delitto (Cass. pen., 10/11/2015, n. 50454, in *CED Cassazione* n. 265695).

¹² Cass. pen., Sez. 4, 19/07/2018, n. 39749, secondo cui il pericolo non è attuale non se non ricorre l'occasione di delinquere, ma se la condotta criminosa sia stata del tutto sporadica.

¹³ Cass. pen., Sez. 3, 30/11/2018, n. 23, dep. 2019; Cass. pen., Sez. 5, 3/05/2017, n. 33004, in *CED Cassazione* n. 271216; Cass. pen., Sez. 2, 7/09/2016, n. 47891, in *CED Cassazione* n. 268366; Cass. pen., Sez. 2, 14/12/2016, n. 11511, dep. 2017, in *CED Cassazione* n. 269684.

¹⁴ Cass. pen., Sez. 2, 13/09/2016, n. 44946, in *CED Cassazione* n. 267965.

Entrambi gli indirizzi, infatti, colgono pienamente la *ratio legis* sottesa alla riforma, esprimendo la necessità che il giudice ponga particolare cura al rispetto dell'obbligo di motivazione delle esigenze cautelari¹⁵.

Le ordinanze *de libertate*, invero, sono spesso deludenti, piuttosto che sul piano della dimostrazione della gravità indiziaria, su quello dell'illustrazione delle esigenze di cautela. In questa parte dei provvedimenti sovente non si va oltre l'impiego di formule di stile¹⁶. Concretezza, attualità e grado delle esigenze cautelari, così come il criterio di adeguatezza, tuttavia, costituiscono attuazione dei principi fondamentali di questa materia e assicurano la salvaguardia della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. e 5 CEDU nonché l'equo temperamento con la necessità della sicurezza sociale¹⁷. Questi profili, pertanto, non possono essere affrontati con formule stereotipate e generiche ovvero con riferimenti neutri o vaghi.

Alla riforma, pertanto, è sottesa l'idea secondo cui meglio è delineato il contenuto del provvedimento e più precise sono le regole di valutazione che il giudice deve impiegare, maggiormente si attenua il rischio dell'abuso delle misure cautelari¹⁸.

Entrambi gli orientamenti illustrati affermano che, in tema di misure cautelari, deve essere superato qualsiasi automatismo applicativo, anche inconsapevole¹⁹, dovendo invece procedersi ad una valutazione complessiva del titolo di reato, delle

¹⁵ Il legislatore della riforma intendeva rinforzare l'onere di motivazione, sia del provvedimento genetico che di quello del giudice del riesame. Cfr. G. SPANGHER, [Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la legge n. 47 del 2015](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 4 ss. In particolare, è stato evidenziato che «l'aver evocato in maniera così esplicita il requisito di "attualità" del pericolo appare indicativo della volontà del legislatore di riaffermare con forza il carattere eccezionale delle misure restrittive, stigmatizzando la frequenza con la quale vi si fa ricorso», così L. PISTORELLI, *Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione*, in L. Giuliani, *La riforma delle misure cautelari*, Torino, 2015, 340.

¹⁶ Cfr. E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2012 del Primo Presidente della Corte di cassazione*, nella quale si legge che «le ordinanze cautelari e i provvedimenti di riesame continuano a essere caratterizzati da assoluto squilibrio tra la parte dedicata alla gravità indiziaria e la motivazione in punto di necessità cautelare, troppo spesso dedicando poche stereotipate parole alla valutazione d'inadeguatezza di misure attenuate, che di fatto continuano ad essere adottate in misura percentuale significativamente ridotta (in particolare per stranieri e indigenti)».

¹⁷ Sulla libertà personale cfr., *ex multis*, P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione, Lezioni*, Padova, 1967; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002; ID., *Libertà personale*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994; A. DE CARO, *Libertà personale (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, Torino, 2005, 839 ss.; ID., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000; V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009; G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, Padova, 1956.

¹⁸ R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Valutazione delle esigenze cautelari*, in *Guida dir.* 2015, 20, 39.

¹⁹ Si allude, per esempio, all'indirizzo che sovente si rinviene in provvedimenti di merito (cfr. in epoca appena successiva alla riforma, Tribunale di Bologna, II Sezione collegiale, 15 maggio 2015, in *Arch. pen.* (rivista web), fascicolo maggio-agosto 2015, con nota critica di A. GAITO, *Disorientamenti in tema di attualità del pericolo di reiterazione*) secondo cui il pericolo di reiterazione «può essere desunto anche dalla molteplicità dei fatti contestati, in quanto la stessa, considerata alla luce delle modalità della condotta concretamente tenuta, può essere indice sintomatico di una personalità proclive al delitto, indipendentemente dall'attualità di detta condotta e quindi anche nel caso in cui essa sia risalente nel tempo (Cass. pen., Sez. 3, 17/12/2013, n. 3661, in *CED Cassazione* n. 258053). Per una valutazione critica, dopo la riforma, si veda Cass. pen., Sez. 4, 28/05/2015, n. 24865.

caratteristiche della condotta criminosa²⁰, del tempo trascorso dalla sua commissione, della prognosi di reiterazione, collegata al vissuto del soggetto autore ed alla sua personalità, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali²¹.

In tale ottica, la distanza tra gli indirizzi dapprima descritti inizia a ridursi.

4. La misura cautelare e la distanza temporale dai fatti reato.

L'attenzione all'attualità ed alla concretezza delle esigenze di cautela, invero, non deve condurre all'equivoco secondo cui, per effetto della riforma in esame, la mera distanza temporale dai fatti precluderebbe, *a priori*, l'applicazione di una misura cautelare²².

L'intensità del pericolo di reiterazione del crimine, come appare ovvio, diminuisce al crescere dell'intervallo temporale che divide i fatti contestati dall'emissione dell'ordinanza cautelare²³. Il tempo trascorso dalla commissione del reato, anche alla luce della novella legislativa n. 47 del 2015, tuttavia, non esclude automaticamente l'attualità e la concretezza del pericolo di reiterazione dei reati²⁴.

Il requisito dell'attualità, in altri termini, non deve assumere significato equivalente a quello di vicinanza dei fatti ascritti e di imminenza del pericolo di commissione di un altro reato²⁵.

²⁰ Sul rilievo delle caratteristiche della condotta tenuta dall'indagato ai fini dell'indagine sull'attualità e sulla concretezza del pericolo di reiterazione del reato si segnalano, tra le altre, Cass. pen., Sez. 4, 3/05/2018, n. 27420, in *CED Cassazione* n. 273084, in tema di misure interdittive per il delitto di omicidio colposo e Cass. pen., Sez. 2, 13/02/2018, n. 11031, in *CED Cassazione* n. 272471 che, in relazione a reati consumati all'interno di "relazioni strette", come quelle familiari, ha affermato che occorre considerare la pericolosità in modo mirato, cioè rispetto alla specifica persona verso la quale si è rivolta la condotta.

²¹ Il descritto impegno motivazionale richiesto al giudicante, peraltro, non comporta necessariamente una valutazione specifica dei singoli presupposti. Grava sul giudice l'obbligo di una considerazione della concretezza e dell'attualità delle esigenze cautelari che può essere condotta secondo «una logica sintetica che tutti – gli elementi posti a sostegno della richiesta - li valuta senza procedere a frammentazioni di comodo o a separazioni per coppie dialettiche di fonti che hanno un significato unitario e complessivo» (Cass. pen., Sez. 4, 26/06/2007 n. 6717, dep. 2008), in *CED Cassazione* n. 239019).

²² Su questo aspetto del tema in esame sia consentito il rinvio a L. GIORDANO, A. PAGLIANO, *Ancora travagliate le vicende delle misure cautelari malgrado le modifiche normative*, in *Proc. pen. giust.* 2016, 2, 117.

²³ La distanza temporale tra i fatti e il momento della decisione cautelare è tendenzialmente dissonante con l'attualità e l'intensità dell'esigenza cautelare (cfr. Cass. pen., Sez. 4, 28/05/2105, n. 24865; in precedenza, Cass. pen., Sez. 6, 10/06/2009, n. 27865, in *CED Cassazione* n. 244417; Cass. pen., Sez. U, 24/09/2009, n. 40538, in *CED Cassazione* n. 244377).

²⁴ Il rilevante lasso temporale trascorso dalla commissione dei fatti oggetto di contestazione, però, non esclude automaticamente l'attualità dei rischi contemplati dall'art. 274 cod. proc. pen. e non solo la loro concretezza Cass. pen., 8/10/2013 n. 49453, in *CED Cassazione* n. 257974; Cass. pen., 24/01/2013 n. 6797, in *CED Cassazione* n. 254936; Cass. pen., 26/06/2007, n. 6717, cit., in una fattispecie in cui la Corte ha ritenuto congrua la motivazione della misura custodiale fondata sull'accertamento dell'attuale adesione del ricorrente, inquisito per reati risalenti nel tempo, ad un'associazione criminale per lo spaccio di droga.

²⁵ Cfr. Cass. pen., 29/10/2015, n. 50027, inedita, che ha sottolineato la distinzione tra "attualità" ed "immediatezza", precisando che «il codice continua a distinguere tra "esigenze cautelari" ed "eccezionali esigenze cautelari", a dimostrazione che l'attualità non è "nell'immediatezza"». In termini analoghi, Cass.

Occorre mantenere la distinzione concettuale tra attualità e concretezza delle esigenze cautelari e attualità e concretezza delle condotte criminose²⁶.

L'attualità delle esigenze cautelari, allora, sta ad indicare la continuità del *periculum libertatis* nella sua dimensione temporale, che va apprezzata tanto sulla base della prossimità dei fatti in cui si è manifestata la potenzialità criminale dell'indagato, quanto sulla presenza di elementi indicativi, idonei a dar conto della effettività del pericolo di concretizzazione dei rischi che la misura cautelare è chiamata a neutralizzare²⁷.

Essa, pertanto, può essere ravvisata quando i fatti sono recenti, cioè sono espressione di uno slancio criminale non distante nel tempo, dunque suscettibile di dare luogo ad altre azioni delittuose perché non sopito; oppure, quando, nonostante il decorso di un rilevante lasso temporale dai fatti oggetto della contestazione, all'esito delle indagini, sono emersi dati, anche successivi (ma non necessariamente successivi) al fatto storico *sub iudice*, che testimoniano la perduranza del *periculum* che si intende scongiurare.

La lontananza dagli episodi criminosi, semmai, vale ad accentuare gli oneri motivazionali del giudicante, il quale, se si determina per l'applicazione della misura, deve spiegare perché, nonostante il tempo passato dalle vicende per le quali si procede, è sussistente il pericolo di recidiva. Bisogna perciò che nella motivazione del provvedimento siano evidenziati gli indici che lasciano ritenere il pericolo della concretizzazione dei rischi che la misura cautelare è chiamata a neutralizzare, sebbene le indagini abbiano dimostrato illeciti commessi consumati in un'epoca risalente²⁸.

In questa prospettiva, ai fini del giudizio sull'attualità, appare decisiva la valutazione del rapporto esistente fra la tipologia alla quale appartiene il reato contestato e il contesto ambientale in cui possono svilupparsi le possibilità di azione dell'indagato. Tale accertamento, che si deve affiancare alla considerazione delle caratteristiche soggettive dell'agente e delle specifiche modalità della sua condotta²⁹, di fatto, finisce per comprendere anche il profilo relativo al ricorrere o meno di un'occasione prossima per compiere un nuovo reato³⁰.

pen., 27/11/2015, n. 3043, in *CED Cassazione* n. 265618. In senso contrario, in dottrina, V. AIUTI, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in *La legislazione penale*, Commento alla l. 47/2015, 3.

²⁶ Cass. pen., Sez. 2, 23/02/2016, n. 9501, in *CED Cassazione* n. 267785.

²⁷ cfr. Cass. pen., 27/11/2015, n. 3043, in *CED Cassazione* n. 265618; Cass. pen., 27/11/2015, n. 15978, dep. 2016, in *CED Cassazione* n. 266988; Cass. pen., 24/09/2015, n. 43083, in *CED Cassazione* n. 264902; Cass. pen., 1/10/2015, n. 44605, in *CED Cassazione* n. 265350; Cass. pen., 27/11/2015, n. 3043, in *CED Cassazione* n. 265618.

²⁸ Cass. pen., Sez. 4, 28/05/2015, n. 24865, cit.; Cass. pen., Sez. 6, 10/06/2009, n. 27865, cit.; Cass. pen., Sez. U, 24/09/2009, n. 40538, cit.

²⁹ Le modalità della condotta e le circostanze di fatto in presenza delle quali essa si è svolta restano concreti elementi di valutazione, imprescindibili per effettuare una prognosi di probabile ricaduta del soggetto nella commissione di altri reati (Cass. pen., Sez. 3, 28/11/2018, n. 982, dep. 2019; Cass. pen., Sez. 5, 14/06/2017, n. 49038, in *CED Cassazione* n. 271522)

³⁰ In tema di misure cautelari emesse per reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ad esempio, le dimissioni dell'indagato non fanno venire meno automaticamente le esigenze di cautela. Ai fini dell'applicazione di misure cautelari personali, la prognosi sfavorevole sulla pericolosità sociale

Se l'indagato non può più agire in certi contesti ambientali o in certe condizioni in cui è maturato il reato o possono essere compiuti reati della stessa specie, le esigenze cautelari, per quanto concrete in ragione della personalità del soggetto incline a delinquere, non possono ritenersi "attuali".

Se viceversa è provato che egli può ancora operare negli ambiti in cui ha tenuto la condotta delittuosa, allora la possibilità di reiterazione del reato è concreta e attuale.

5. Il crimine come "*modus vivendi*" e le attività criminali compiute in modo "professionale".

Una situazione nella quale non sembra particolarmente utile, ai fini del giudizio prognostico sul pericolo di reiterazione del reato, l'indagine sulla sussistenza di una occasione prossima di ricaduta nel crimine, riguarda coloro per i quali è accertato che il delitto rappresenta un *modus vivendi*³¹. In genere si tratta di persone che hanno commesso più fatti illeciti, normalmente lesivi del medesimo bene giuridico, manifestando, in tal modo, una personalità particolarmente incline al reato e uno "*stile di vita criminale*".

Una ipotesi, per molti versi affine alla precedente, concerne il caso di attività criminali svolte su base "professionale", per esempio nell'ambito di strutture stabili, operanti nel tempo ed organizzate, rispetto alle quali l'agire illecito si pone come un mezzo di sostentamento, cioè una sorta di "lavoro".

In queste fattispecie, la valutazione prognostica si risolve non solo nella considerazione delle caratteristiche soggettive dell'indagato, ma anche sulla considerazione del contesto ambientale stabilmente frequentato, dei contatti acquisiti o della professionalità conseguita.

Si pensi ai procedimenti nei quali è accertata la partecipazione ad organizzazioni criminali, come quelle dedite alla cessione di droga, quando è provata la continuità delle azioni di spaccio e la consapevolezza dell'adesione ad un patto delinquenziale volto alla commissione di un numero indeterminato e, perciò, permanente nel tempo di delitti in materia di stupefacenti.

In simili condizioni, la prognosi di pericolosità non può essere ridotta alla sola considerazione dell'attuale operatività dell'associazione, ma deve essere anche fondata sulla possibile commissione di delitti che siano espressione della medesima professionalità, valutando l'inserimento della persona nei circuiti criminali di cui fa parte il gruppo di appartenenza.

dell'indagato non è di per sé impedita dalla circostanza che egli o i suoi complici abbiano dismesso la carica o esaurito l'ufficio nell'esercizio del quale avevano posto in essere la condotta addebitata, purché sussista il rischio concreto che ulteriori reati dello stesso tipo siano resi probabili da una posizione soggettiva che consenta all'agente di mantenere, pur fuori dall'ambito di funzioni o incarichi pubblici, condotte anti giuridiche dotate dello stesso rilievo ed offensive della medesima categoria di beni (Cass. pen., Sez. 2, 20/7/2017, n. 38832, in *CED Cassazione* n. 271139).

³¹ Cass. pen., 17/12/ 2013, n. 3661, dep. 2014, in *CED Cassazione* n. 258053.

In simili fattispecie, comunque, non ha particolare senso soffermarsi sull'accertamento della sussistenza di una concreta occasione di ricaduta nel reato. Quest'ultima discende direttamente dall'attività svolta dall'indagato, dalla professionalità acquisita e dal collegamento con gli specifici ambienti criminali. A questi aspetti, ovviamente, devono essere aggiunti, in un apprezzamento sintetico e complessivo, quelli relativi alle caratteristiche soggettive dell'indagato. Questo giudizio complessivo finisce per comprendere anche quello relativo alla possibile occasione per reiterare il crimine.

In tali casi, comunque, l'attualità del pericolo di recidiva non può dirsi di per sé elisa dal fatto che le indagini abbiano svelato episodi criminosi risalenti nel tempo³².

6. Un esempio tratto da una sentenza recente.

La fattispecie oggetto di una recente sentenza della Corte di cassazione sembra toccare proprio i profili appena illustrati³³.

Il tribunale del riesame disponeva la misura degli arresti domiciliari nei confronti dell'indagato per il reato di associazione per delinquere e per quello di estorsione. Secondo il provvedimento cautelare, egli faceva parte di un gruppo criminale dedito alle estorsioni ai danni dei proprietari terrieri di Corigliano Calabro, ai quali veniva imposta la cd. "guardiania", un servizio di protezione, apparentemente richiesto dalle vittime, ma di fatto obbligato per evitare danneggiamenti e furti nelle aziende agricole.

Avverso il provvedimento, l'indagato ha proposto ricorso per cassazione, deducendo, tra l'altro, la violazione dell'art. 274 cod. proc. pen., per aver il tribunale applicato la misura, nonostante la mancanza del presupposto del pericolo, concreto e attuale, di reiterazione del reato.

La difesa, in particolare, ha invocato l'applicazione del principio espresso dall'indirizzo della giurisprudenza di legittimità dapprima illustrato in base al quale, dopo la riforma del rito cautelare intervenuta ad opera della legge n. 47 del 2015, per ritenere "attuale" il pericolo "concreto" di reiterazione del reato, non è più sufficiente ipotizzare che la persona sottoposta alle indagini o imputata, presentandosene l'occasione, sicuramente o con elevato grado di probabilità, continuerà a delinquere o a commettere i gravi reati indicati dall'art. 274, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., ma occorre anche la certezza o, almeno, l'elevata probabilità che l'occasione del delitto si verificherà.

La Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso.

³² Secondo un indirizzo giurisprudenziale, il tempo trascorso dalla commissione del reato deve essere oggetto di valutazione, a norma dell'art. 292, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., da parte del giudice che emette ordinanza cautelare, mentre analoga valutazione non è richiesta dall'art. 299 cod. proc. pen. ai fini della revoca o della sostituzione della misura (cfr. Cass. pen., Sez. 3, 28/11/2018, n. 981, dep. 2019; Cass. pen., Sez. 2, 14/09/2016, n. 46368, in *CED Cassazione* n. 268567).

³³ Cass. pen., Sez. 2, 18/09/2018, n. 55217.

Secondo il collegio, il principio di diritto illustrato non è applicabile nelle situazioni in cui il soggetto va alla ricerca dell'occasione per compiere il reato perché questo è il suo *modus vivendi*. In tali ipotesi, la prognosi sulla recidiva, anche sotto il profilo della concretezza ed attualità, deve basarsi sulla storia personale dell'indagato, sulla natura dei reati, sulle modalità della condotta e su tutti gli altri elementi fattuali che il giudice ritiene opportuno valorizzare, piuttosto che sull'accertamento dell'esistenza dell'occasione di reiterare il reato.

L'indagato, infatti, faceva parte di un sodalizio criminale che estorceva denaro, in modo regolare e continuativo, ai proprietari terrieri di una zona della Calabria. Costoro subivano l'imposizione di un servizio di "guardiania" per evitare danneggiamenti e furti nelle campagne. In una simile situazione di fatto, esiste una "platea" di vittime potenziali (i proprietari terrieri) di cui i membri del gruppo delinquenziale vanno alla ricerca; l'attività dell'indagato, poi, consiste proprio nell'esercitare la "guardiania", ossia un'attività compresa in quella dell'associazione criminale; è certo, dunque, che la persona sottoposta alle indagini tornerà a delinquere nel caso in cui non fosse sottoposto a misura cautelare.

Nel caso di specie, pertanto, secondo la Corte, deve trovare applicazione il seguente principio di diritto: «In tema di misure cautelari, ove l'indagato sia dedito, per il suo *modus vivendi*, a commettere delitti in modo continuativo e seriale, il giudizio sul pericolo di recidiva non richiede la previsione di una specifica occasione per delinquere, ma una valutazione prognostica fondata su elementi concreti, desunti dall'analisi della personalità dell'indagato, dall'esame delle sue concrete condizioni di vita, da dati ambientali o di contesto, nonché dalle modalità del fatto per cui si procede».

A ben riflettere, però, nella specie non è in discussione la sussistenza dell'occasione per reiterare il crimine. Quest'ultima, come sostanzialmente ha rilevato la stessa Corte, è comunque insita nel modo di vivere della persona, nella "professionalità" acquisita e nel contesto ambientale in cui egli opera: è certo, infatti, che esiste una "platea" di vittime potenziali, rappresentata dai proprietari terrieri; è certo che l'indagato è stabilmente alla ricerca di tali vittime, dal momento che è stato accertato che egli fa parte di un gruppo che esercita la cd. "guardiania", la quale costituisce il suo *modus vivendi* o, meglio, la sua attività professionale.

Ricorre, dunque, il pericolo concreto e attuale di reiterazione del crimine, rispetto al quale, francamente, appare ultroneo pretendere che debba essere individuata anche una specifica occasione di ripetizione o una determinata vittima.

7. Attualità delle esigenze cautelari e presunzioni di pericolosità.

Il profilo dell'attualità del pericolo di recidiva, peraltro, presenta un altro aspetto delicato. Esso riguarda il rapporto che sussiste tra tale presupposto della

misura cautelare richiesto dall'art. 274 cod. proc. pen. e le presunzioni di pericolosità di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.³⁴

La norma appena citata, come è noto, prevede che, in presenza di gravi indizi di taluni reati elencati nella norma, operano due presunzioni. La prima di esse è sempre relativa e riguarda la sussistenza di una delle esigenze di cautela di cui all'art. 274 cod. proc. pen. La seconda, invece, riguarda l'adeguatezza della custodia cautelare in carcere rispetto a dette esigenze di cautela. Anch'essa è di regola relativa, salvo che per i reati di cui agli artt. 270, 270-bis e 416-bis cod. pen.³⁵

A distanza di tre anni dalla riforma, dall'analisi dei repertori anche su questo profilo sembrano emergere due diversi indirizzi interpretativi.

Secondo un orientamento, la presunzione si riflette sulla motivazione del provvedimento cautelare e determina la necessità non già di dar conto in positivo della ricorrenza dei "*pericula libertatis*", ma soltanto di apprezzare la sussistenza di eventuali ragioni di esclusione delle esigenze di cautela³⁶. Tali ragioni, peraltro, devono essere state evidenziate dalla parte³⁷ o devono essere direttamente evincibili dagli atti³⁸.

³⁴ Per l'evoluzione storica sul tema si veda, G. LATTANZI, *I meccanismi presuntivi nelle misure cautelari*, in *Cass. pen.* 2018, 1838 ss.

³⁵ Questa disposizione, come è noto, è il risultato di diverse riforme, che si sono susseguite nel tempo. La formulazione originaria della norma, infatti, era limitata ai soli reati di criminalità organizzata o compiuti avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis cod. pen. o per agevolare le associazioni previste da questo articolo. Essa era stata reputata compatibile con la Carta costituzionale, in quanto non costituiva un'irragionevole esercizio della discrezionalità del legislatore, né violava il principio di eguaglianza, in considerazione dell'elevato e specifico coefficiente di pericolosità per la convivenza e la sicurezza collettiva inerente a tali reati (Corte Costituzionale n. 450 del 1995). Con il decreto legge 23/02/2009 n. 11 (convertito con modificazioni nella legge 23/04/2009, n. 38, c.d. "Pacchetto sicurezza") l'area operativa della norma è stata estesa ad altri reati. La Corte Costituzionale, tuttavia, con nove sentenze che si sono susseguite tra il 2010 e il 2015, ha valutato non ragionevole la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per la gran parte di queste fattispecie delittuose, trasformandola in relativa. Secondo la Consulta, in particolare, le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono alla formula dell'*id quod plerumque accidit*. Tale, ad esempio, è stato reputato il caso dell'omicidio, il quale, sebbene indiscutibilmente reato grave, è un fatto meramente individuale e non corrisponde ad eventi che si verificano in modo generalizzato; pertanto, le connesse esigenze cautelari, ricorrendone i presupposti, possono essere soddisfatte con modalità alternative alla custodia in carcere (Corte Costituzionale n. 164 del 2011). Il legislatore, con la legge n. 47 del 2015 ha recepito le indicazioni della Corte Costituzionale. Dopo quest'ultima riforma, pertanto, l'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. continua a prevedere una doppia presunzione, relativa quanto alla sussistenza delle esigenze cautelari ed assoluta con riguardo all'adeguatezza della custodia in carcere, ma limitatamente ai reati di cui all'art. 270, 270-bis e 416-bis cod. pen.

³⁶ Cass. Sez. 3, 10/1/2018, n. 38407; Cass. pen., Sez. 5, 8/03/2016, n. 33051, in *CED Cassazione* n. 268664; in particolare, il giudice deve applicare «uno schema di prova di tipo negativo e secondo un modello che, sul piano pratico, si traduce in una marcata attenuazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti applicativi della custodia in carcere», così Cass. pen., Sez. 3, 27/11/2018, n. 17, dep. 2019; Cass. pen., Sez. 1, 21/10/2015, n. 5787, dep. 2016, in *CED Cassazione* n. 265986.

³⁷ Cfr. tra le altre, Cass. pen., Sez. 3, 4/10/2018, n. 57586, secondo cui, nel caso in cui operi la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari, l'obbligo motivazionale del giudice diviene più pregnante solo ove la difesa abbia allegato elementi disegno contrario; Cass. pen., Sez. 3, 4/10/2018, n. 53659, la presunzione relativa di sussistenza di esigenze cautelari in tema di reati sessuali non è superata "non avendo la difesa

In presenza di gravi indizi di colpevolezza del delitto di partecipazione ad un'associazione mafiosa, ad esempio, il giudice non ha un obbligo di dimostrare in positivo la ricorrenza dei "*pericula libertatis*", essendo tenuto soltanto ad apprezzare l'eventuale sussistenza di segnali di rescissione del legame del soggetto con il sodalizio criminale tali da smentire, nel caso concreto, l'effetto della presunzione, in mancanza dei quali trova applicazione in via obbligatoria la sola misura della custodia in carcere³⁹. In tali casi, la presunzione di pericolosità sociale può essere superata solo quando risulti che l'imputato abbia tagliato i vincoli che lo legavano al sodalizio criminale o, quanto meno, se ne sia irreversibilmente allontanato⁴⁰. Ne consegue che non è richiesto un giudizio di attualità delle esigenze cautelari, il quale è già insito nella disposizione speciale di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.⁴¹.

Un diverso indirizzo, invece, sostiene che, quando si procede per i reati di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., pur operando una presunzione "relativa" di adeguatezza della custodia in carcere, alla luce della riforma di cui alla legge 16 aprile 2015, n. 47, la considerevole distanza temporale dei fatti contestati deve essere espressamente considerata dal giudice ai fini della valutazione in termini di attualità delle esigenze cautelari, potendo la presunzione, così come disposto dal medesimo art. 275, cod. proc. pen., trovare contrasto in "*elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari*", desumibili anche dal tempo trascorso dai fatti addebitati⁴². Il fattore temporale, in particolare, deve essere espressamente considerato non solo alla luce della riforma di cui alla legge n. 47 del 2015, ma anche in forza di "una esegesi costituzionalmente orientata della presunzione"⁴³.

Nella stessa prospettiva è stato finanche affermato che l'art. 274, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., così come novellato dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, per il quale è necessaria la sussistenza di un pericolo di reiterazione del delitto non solo concreto ma anche attuale, va riferito anche alle ipotesi di obbligatoria custodia in carcere previste

allegato al riguardo elementi concreti suscettibili di positiva considerazione"; Cass. pen., Sez. 3, 20/09/2018, n. 53643, secondo cui il superamento della presunzione impone al giudice un particolare sforzo motivazionale da compiersi sulla base di elementi oggettivi desumibili dagli atti disponibili o da quelli offerti dalla difesa.

³⁸ Cass. pen., Sez. 5, 14/09/2017, n. 57580, in *CED Cassazione* n. 272435, in una fattispecie in cui la Corte ha precisato che, tra le ragioni di esclusione delle esigenze di cautela, la sola rescissione dei legami con il sodalizio di appartenenza ha valore determinante, mentre il fattore "tempo trascorso dai fatti" deve essere parametrato alla gravità della condotta.

³⁹ Cass. pen., Sez. 2, 3/02/2017, n. 19283, in *CED Cassazione* n. 270062.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. 5, 14/09/2017, n. 47401, in *CED Cassazione* n. 271855. In particolare, si afferma che, per vincere la presunzione, occorrono elementi idonei ad escludere la sussistenza di ragionevoli dubbi, posto che essa detta un criterio da applicarsi proprio in caso di incertezza (Cass. pen., Sez. 3, 28/11/2018, n. 981, dep. 2019, cit.).

⁴¹ Cass. pen., Sez. 5, 11/06/2018, n. 35848, in *CED Cassazione* n. 273631, in una fattispecie relativa ad un delitto aggravato ex art. 7 della legge n. 203 del 1991 in cui tra l'emissione dell'ordinanza e i fatti contestati all'indagato era trascorso un lasso di tempo di circa sette anni.

⁴² Cass. pen., Sez. 4, 27/01/2016, n. 20987, in *CED Cassazione* n. 266962; Cass. pen., Sez. 6, 11/05/2017, n. 25517, in *CED Cassazione* n. 270342; Cass. pen., Sez. 5, 13/06/2018, n. 51745.

⁴³ Cass. pen., Sez. 6, 4/05/2017, n. 29807, in *CED Cassazione* n. 270738.

dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., rispetto alle quali, quindi, la presunzione di esistenza di ragioni cautelari è vanificata qualora sia dimostrata l'inattualità di situazioni di pericolo cautelare⁴⁴.

Nonostante la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari posta dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. in tema di custodia cautelare in carcere applicata nei confronti dell'indagato per il delitto di associazione di tipo mafioso, pertanto, qualora intercorra un considerevole lasso di tempo tra l'emissione della misura e i fatti contestati in via provvisoria all'indagato, il giudice ha l'obbligo di motivare puntualmente, non solo su impulso di parte, ma anche d'ufficio, in ordine alla rilevanza del tempo trascorso sull'esistenza e sull'attualità delle esigenze cautelari, pur se non risulti una dissociazione espressa dal sodalizio⁴⁵.

8. (segue) Presunzioni di pericolosità e riparto degli oneri probatori.

La seconda impostazione illustrata, in verità, rende difficile cogliere il senso della previsione normativa di una presunzione. Non si comprenderebbe, infatti, quale semplificazione probatoria sarebbe insita nell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.

Anche in questo caso, però, la portata del descritto contrasto tra indirizzi giurisprudenziali va notevolmente ridimensionata.

Occorre intendersi, infatti, sul riparto degli oneri probatori.

Le presunzioni di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. semplificano l'onere dimostrativo che grava sull'accusa, ma non valgono ad invertire l'onere della prova.

Non si può ritenere che debba essere la difesa a produrre gli elementi di fatto che servono a vincere la presunzione relativa, se non altro perché, quando il giudice per le indagini preliminari applica una misura cautelare, il contraddittorio non è ancora avvenuto.

Nonostante sussista la presunzione disciplinata dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., invece, il giudice, d'ufficio, deve verificare se la presunzione non sia

⁴⁴ Cass. pen., Sez. 6, 2/03/2016, n. 12669, in *CED Cassazione* n. 266784. In senso contrario, Cass. pen., Sez. 3, 8/03/2016, n. 33051, in *CED Cassazione* n. 268664 ha affermato che la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., è prevalente, in quanto speciale, rispetto alla norma generale stabilita dall'art. 274 cod. proc. pen.; ne consegue che se il titolo cautelare riguarda i reati previsti dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. detta presunzione fa ritenere sussistente, salvo prova contraria, i caratteri di attualità e concretezza del pericolo.

⁴⁵ Cass. pen., Sez. 6, 20/03/2018, n. 16867, in *CED Cassazione* n. 272919, in una fattispecie in cui la Corte ha escluso la rilevanza del c.d. "tempo silente" in considerazione dal fatto che il ricorrente era stato già condannato in via definitiva per il reato di partecipazione ad associazione di stampo mafioso e che la misura custodiale impugnata era stata applicata in relazione ad indizi di reità relativi al successivo conseguimento da parte del ricorrente di un "grado" superiore all'interno della medesima consorterìa. In precedenza, per l'affermazione secondo cui non è necessaria una dissociazione espressa, cfr. Cass. pen., Sez. 6, 11/05/2017, n. 25517, in *CED Cassazione* n. 270342; Cass. pen., Sez. 5, 19/07/2016, n. 36569, in *CED Cassazione* n. 267995. Sul tema si veda M. INGENITO, *Presunzione relativa di esistenza delle esigenze cautelari: non è necessaria la prova contraria positiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 6, 809.

superata da elementi desumibili dallo stesso materiale prodotto dal pubblico ministero ex art. 291 cod. proc. pen. a sostegno della richiesta della misura cautelare.

Il giudice della cautela, in altri termini, è tenuto a rispettare precisi oneri nella stesura della motivazione del provvedimento con cui è applicata una misura. Egli deve dare atto che, sulla base del materiale posto a sostegno della richiesta di misura cautelare, non risultano elementi idonei a ritenere superata la presunzione di pericolosità dell'indagato.

Per questa ragione, nella motivazione, deve tener conto di alcuni dati normalmente incidenti sul pericolo di reiterazione del reato e desumibili dagli atti, come, per esempio, l'intervallo temporale che sussiste tra la richiesta della misura ed i fatti oggetto della imputazione provvisoria.

9. (segue) Presunzioni di pericolosità e natura del reato contestato.

Tra i dati che il giudice della cautela deve considerare, anche d'ufficio, anche quando ricorrono i presupposti per l'operatività della presunzione di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., tuttavia, rileva non solo il fattore cronologico descritto, ma anche la natura e le caratteristiche del reato oggetto della contestazione provvisoria.

Se il delitto è istantaneo, infatti, la distanza intercorrente tra il provvedimento cautelare e il fatto reato assume un significato maggiore nel giudizio prognostico sulla sussistenza delle esigenze di cautela. Diversa invece appare la situazione che ricorre nel caso di reato permanente e, soprattutto, di delitto di criminalità organizzata di stampo mafioso⁴⁶.

In quest'ultimo caso, occorre tener conto della regola di esperienza che afferma la tendenziale stabilità del sodalizio criminale e del relativo vincolo di appartenenza, in difetto di elementi contrari attestanti il recesso individuale o lo scioglimento del gruppo.

Dagli stessi atti trasmessi dalla pubblica accusa, infatti, il giudice può desumere, tanto il tempo trascorso dalle condotte che manifestano l'appartenenza al clan mafioso - indizio che può portare a ritenere affievolite le esigenze di cautela - tanto la tendenziale stabilità del gruppo e del vincolo associativo del singolo, che al contrario depone per la permanenza del pericolo. Per questa ragione, anche la tesi che appare più aperta a valutare l'eventuale superamento della presunzione di cui all'art. 275,

⁴⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. 5, 13/03/2018, n. 25670, in *CED Cassazione* n. 273805, secondo cui, in relazione alle esigenze cautelari per i delitti per i quali l'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. pone una presunzione di sussistenza di esigenze cautelari, un considerevole lasso temporale può incidere nel caso in cui si tratti di un reato non permanente. Sulle misure cautelari per il reato di cui all'art. 416 *bis* cod. pen., si veda *ex plurimis*, E. APRILE, *Osservazioni a C. cost., data udienza 8 marzo 2017, data deposito 12 giugno 2017, n. 136*, in *Cass. pen.* 2018, 182; W. NOCERINO, *Ancora in tema di presunzioni: per l'associazione di tipo mafioso vige il criterio di "utilità" della misura*, nota a Corte Costituzionale, 12 giugno 2017, n. 136 in *Cass. pen.* 2018, 186; G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1143.

comma 3, cod. proc. pen. in ragione del tempo trascorso dai fatti, fa comunque riferimento ad un *“considerevole lasso di tempo”* tra l'emissione della misura e i fatti contestati in via provvisoria all'indagato⁴⁷, tale da controbilanciare la perduranza nel tempo sia dell'associazione, sia dell'adesione individuale alla stessa.

Il riferimento alla regola di esperienza suddetta, peraltro, conduce a spostare il tema sul piano della gravità indiziaria. Essa, infatti, è un portato dell'accertamento della partecipazione all'associazione di cui all'art. 416-bis cod. pen.⁴⁸

A tal proposito, il principio codificato dal diritto vivente fin dalla sentenza Mannino⁴⁹ è noto: *“In tema di associazione di tipo mafioso, la condotta di partecipazione è riferibile a colui che si trovi in rapporto di stabile e organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare, più che uno “status” di appartenenza, un ruolo dinamico e funzionale, in esplicitazione del qualue) e l'interessato “prende parte” al fenomeno associativo, rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi”*.

Questa formula, tuttavia, va riempita attentamente di contenuti, individuando le specifiche condotte tenute dall'indagato, considerando che avrà implicazioni anche sul piano delle esigenze di cautela in ragione della presunzione di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.

La giurisprudenza di legittimità, invero, ha avvertito che la partecipazione può essere desunta da indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi la appartenenza, tra i quali, esemplificando, i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di "osservazione" e "prova", l'affiliazione rituale, l'investitura della qualifica di "uomo d'onore", la commissione di delitti-scopo.

Qualora però sia dimostrato che l'individuo prende parte al clan, però, tenuto conto della pericolosità del fenomeno e delle caratteristiche del sodalizio di stampo mafioso, trova applicazione anche la regola di esperienza che riconosce la tendenziale stabilità del vincolo associativo.

Occorre, di conseguenza, un *“considerevole lasso temporale”*, cioè non un anno, ma più anni, per poter prendere in considerazione il fattore tempo come elemento che indice sull'attualità delle esigenze di cautela. In alternativa, occorre ravvisare seri indizi della dissociazione del singolo o dello scioglimento dell'organizzazione.

Di certo, però, non basta lo stato detentivo dell'indagato che, talvolta, spiega il distacco temporale tra gli episodi in cui si è manifestata l'appartenenza al clan e l'applicazione della misura. In tema di associazione per delinquere di stampo mafioso,

⁴⁷ Cass. pen., Sez. 6, 20/03/2018, n. 16867, in CED Cassazione n. 272919; Cass. pen., Sez. 4, 27/01/2016, n. 20987, in CED Cassazione n. 266962; Cass. pen., Sez. 5, 23/09/2016, n. 52628, in CED Cassazione n. 268727; Cass. pen., Sez. 6, 11/05/2017, n. 25517, in CED Cassazione n. 270342.

⁴⁸ La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 136 del 2017, ha ribadito che, ai fini della operatività della presunzione di pericolosità in discussione, «non ha rilievo la distinzione tra la posizione del partecipe e quella degli associati con ruoli apicali, perché, quali che siano le specifiche condotte dei diversi associati e i ruoli da loro ricoperti nell'organizzazione criminale, il dato che rileva, e che sotto l'aspetto cautelare li riguarda tutti ugualmente, è costituito dal tipo di vincolo che li lega nel contesto associativo».

⁴⁹ Cass. pen., Sez. U, 12/07/2005, n. 33748, Mannino, in CED Cassazione n. 231670.

infatti, il sopravvenuto stato detentivo del soggetto non determina la necessaria ed automatica cessazione della sua partecipazione al sodalizio, proprio perché la struttura è caratterizzata da complessità, forti legami tra gli aderenti e notevole spessore dei progetti delinquenziali a lungo termine e, pertanto, accetta il rischio di periodi di detenzione degli aderenti, soprattutto in ruoli apicali. Tali intervalli detentivi non solo non impediscono totalmente la partecipazione alle vicende del gruppo ed alla programmazione delle sue attività, ma soprattutto non ne fanno venir meno la disponibilità a riassumere un ruolo attivo alla cessazione del forzato impedimento⁵⁰.

10. (segue) I tentativi di delimitare l'area operativa delle presunzioni.

Un indirizzo giurisprudenziale, invero, ha affermato che, in tema di custodia cautelare in carcere disposta per il reato previsto dall'art. 416 *bis* cod. pen., ai fini del superamento della presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., occorre distinguere tra le associazioni mafiose "storiche", o comunque caratterizzate da particolare stabilità, ed associazioni mafiose non riconducibili alla categoria delle mafie "storiche". Per le prime, ai fini dell'esclusione dell'attualità del pericolo di reiterazione, è necessaria la dimostrazione del recesso dell'indagato dalla consorterìa; per le seconde, possono rilevare anche la distanza temporale tra la applicazione della misura ed i fatti contestati nonché elementi che dimostrino la instabilità o temporaneità del vincolo⁵¹.

Tale lettura, in buona sostanza, costituisce un tentativo per delimitare l'area operativa della regola di esperienza della stabilità del vincolo e, per questa via, della presunzione di pericolosità di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., nella prospettiva di una migliore salvaguardia della libertà personale. Essa, tuttavia, in un'epoca di delocalizzazione del fenomeno mafioso, ingenera la notevole difficoltà probatoria di distinguere il gruppo "storico", e perciò stabile nel tempo, da quello di nuova costituzione.

L'indirizzo giurisprudenziale contrapposto ha rilevato che la tesi illustrata crea una distinzione nel regime presuntivo delineato dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.

⁵⁰ Cass. pen., Sez. 2, 24/01/2017, n. 8461, in *CED Cassazione* n. 269121.

⁵¹ Cass. pen., Sez. 2, 21/04/2017, n. 26904, in *CED Cassazione* n. 270626; Cass. pen., Sez. 5, 27/04/2018, n. 32434. Si segnala che il medesimo indirizzo è stato espresso in tema di misure di prevenzione da Cass. pen., Sez. 2, 20/04/2017, n. 23446, in *CED Cassazione* n. 270319, secondo cui, ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di appartenenti alle "mafie storiche" (mafia, camorra, 'ndrangheta e sacra corona unita), non è necessaria una particolare motivazione del giudice in punto di attuale pericolosità sociale, non essendo la presunzione di sussistenza di siffatta pericolosità scalfita né dal tempo intercorso tra l'emersione degli indizi relativi all'affiliazione ed il momento di applicazione della misura, né dall'inattività criminale del preposto, atteso il carattere permanente dell'affiliazione, che può venir meno solo a seguito di un esplicito recesso o di un atto di chiara dissociazione, di cui tuttavia deve constare specifica prova. Il decorso del tempo, invece, acquisisce rilievo rispetto ad appartenenti a sodalizi mafiosi non caratterizzati dalla stabilità del vincolo, talché ne deriva in capo al giudice un preciso onere motivazionale circa la persistente attualità della pericolosità sociale degli stessi.

che è ignota al testo normativo, surrogando la prova di un fatto di rilievo individuale (il recesso del singolo associato) con una valutazione relativa alla stabilità della associazione, peraltro inferita presuntivamente dalla sola risalenza nel tempo del sodalizio criminale. Si afferma, pertanto, che la presunzione è superata solo a fronte della prova dell'irreversibile allontanamento dell'indagato dal sodalizio criminale, a prescindere dalla perdurante stabilità dell'associazione⁵².

Un altro tentativo di limitare la portata della regola esperienza in esame si riscontra in tema di associazione per delinquere finalizzata alla cessione di droga. Al riguardo, si afferma che, in tema di misure coercitive disposte per il reato associativo di cui all'art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, la sussistenza delle esigenze cautelari, rispetto a condotte esecutive risalenti nel tempo, deve essere desunta da specifici elementi di fatto idonei a dimostrarne l'attualità. Tale fattispecie, infatti, è qualificata unicamente dai reati fine e non postula necessariamente l'esistenza dei requisiti strutturali e delle peculiari connotazioni del vincolo associativo previste per il reato di cui all'art. 416-bis cod. pen. Ad essa, pertanto, risulta inapplicabile la regola di esperienza della tendenziale stabilità del sodalizio in difetto di elementi contrari attestanti il recesso individuale o lo scioglimento del gruppo⁵³.

In questo caso, però, più che il ricorso alla perduranza nel tempo del gruppo e del vincolo di appartenenza dell'indagato, che francamente rileva poco in particolare per le associazioni di trafficanti di stupefacenti che non nascono, come spesso accade, come "gemmazione" delle organizzazioni mafiose, sembra assumere rilievo l'acquisizione da parte del singolo della professionalità e l'inserimento in circuiti criminali per l'approvvigionamento e la cessione che, di regola, appaiono in grado di verificare la presunzioni. La prognosi di pericolosità, allora, non si deve rapportare solo all'operatività dell'associazione ex art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 o alla data ultima dei reati fine dell'associazione stessa, ma deve avere ad oggetto la possibile commissione di delitti che siano espressione della medesima professionalità e del medesimo grado di inserimento in circuiti criminali che caratterizzano l'associazione di appartenenza⁵⁴.

⁵² Cass. pen., Sez. 6, 28/03/2018, n. 15753, in *CED Cassazione* n. 272887.

⁵³ Cass. pen., Sez. 6, 28/12/2017, n. 3096, dep. 2018, in *CED Cassazione* n. 272153.

⁵⁴ Cass. pen., Sez. 2, 21/12/2017, n. 19341, dep. 2018, in *CED Cassazione* n. 273435.