

QUESTIONI APERTE

Misure cautelari

La decisione

Misure cautelari - Esigenze cautelari - Pericolo di *reiteratio criminis* - Attualità - *Tempus commissi delicti* (C.p.p. 274, co. 1, lett. c), art. 292, co. 2, lett. c) e c-bis); L. 16 aprile 2015, n. 47, artt. 1 e 2).

Non è più sufficiente ipotizzare che la persona sottoposta alle indagini, presentandosene l'occasione, sicuramente (o con elevato grado di probabilità) continuerà a delinquere e/o a commettere i gravi reati indicati dall'art. 274, lett. c), cod. proc. pen., ma è necessario ipotizzare anche la certezza o comunque l'elevata probabilità che l'occasione del delitto si verificherà. A tanto deve aggiungersi che la ratio complessiva dell'intervento legislativo attuato con la legge n. 47 del 2015 deve essere individuata nell'avvertita necessità di richiedere al Giudice un maggior e più compiuto sforzo motivazionale, onere che assume rilievo ancora maggiore quanto più ampio sia lo spettro cronologico che divide i fatti contestati dal momento dell'adozione dell'ordinanza cautelare.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 13 giugno 2016 (ud. 4 maggio 2016) - IPPOLITO, *Presidente* - GIORDANO, *Relatore* - LOY, P.G. (diff.) - Tramaroni, *ricorrente*.

L'autonoma valutazione dell'attualità in tema di pericolo di reiterazione

1. La sentenza in commento offre lo spunto per rimeditare sulla tematica delle misure cautelari, in particolare sulla disciplina codicistica delle esigenze cautelari, così come modificata a seguito della novella operata dagli artt. 1 e 2 della legge 16 aprile 2015, n. 47, recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazioni di gravità»¹.

La riforma legislativa si inserisce nella fitta trama giuridica, spesso oscura e a tratti spezzata, del settore delle misure cautelari, che, negli ultimi anni, è stato oggetto di una serie di interventi normativi rivelatisi timide opere di *restyling*²,

¹ Per i primi organici commenti della riforma legislativa, BONZANO, *Nuove norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di BACCARI-LA REGINA-MANCUSO, Padova, 2015, 421 ss.; SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 532.

² Per un *excursus* storico, in chiave critica, della legislazione succedutasi in materia cautelare, delle prassi applicative e per una traccia delle prospettive di riforma, AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. pen.*, 2014, 0012B.

non sempre in grado di agire in modo armonico sui singoli aspetti della disciplina contenuta nel libro IV del c.p.p.

Nella prospettiva del legislatore la novella ha la finalità di arginare il male endemico del sovraffollamento carcerario, a seguito dei potenti moniti provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³, cercando di diffondere un messaggio culturale ostile alla strumentalizzazione del carcere in funzione placativa dell'allarme sociale.

In un contesto politico-normativo nel quale non può farsi a meno del ricorso alla "custodia senza processo"⁴, il legislatore ha perseguito l'obiettivo di contrastare quelle distorte prassi applicative che, di fatto, hanno contribuito a far degenerare l'utilizzo delle misure cautelari in una intollerabile anticipazione della pena⁵, favorendo un uso sempre più disinvolto del potere coercitivo della libertà personale, a dispetto del principio di *extrema ratio* e del *favor libertatis*.

Lasciandosi guidare dal principio della presunzione di non colpevolezza, che echeggia dal dato costituzionale e dalle varie norme disseminate nell'intero impianto codicistico, la novella si muove lungo quattro coordinate, perseguendo distinti obiettivi: 1) predisporre nuovi requisiti, aventi il compito di limitare il ricorso, in generale, allo strumento cautelare; 2) concedere nuova linfa vitale ai principi di adeguatezza e gradualità; 3) rafforzare la motivazione del provvedimento restrittivo; 4) incidere in maniera significativa sul giudizio di riesame.

2. La legge n. 47 del 2015 con gli artt. 1 e 2 ha modificato l'art. 274 c.p.p. operando un duplice e simmetrico intervento sulle lettere b) (pericolo di fuga) e c) (pericolo di commissione di gravi delitti o di delitti della stessa specie), certamente ispirato dall'intento di condizionare l'applicazione delle misure

³ La necessità di attivarsi in questo senso deriva, infatti, da Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia., in *hudoc.echr.coe.int*, che ha visto l'Italia condannata per violazione dell'art. 3 CEDU, a causa delle condizioni inumane e degradanti in cui erano costretti a vivere i detenuti ricorrenti. Per tutti si veda VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese è chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁴ Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, 567, secondo il quale la custodia preventiva più che una «necessaria ingiustizia», è «il prodotto di un'inconfessata concezione inquisitoria del processo, che vuole l'imputato in condizioni di inferiorità rispetto all'accusa, immediatamente soggetto a pena esemplare e soprattutto, al di là delle virtuose proclamazioni contrarie, presunto colpevole».

⁵ Sul tema, v. FIORIO, *Misure cautelari personali e sovraffollamento carcerario: "cocci" di un'altra legislatura "sprecata"*, in *Giur. It.*, 2013, 735 ss.; PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale come forma di anticipazione della pena*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 45 ss.

cautelari ad una più rigorosa e stringente valutazione delle predette esigenze, richiedendo all'autorità giurisdizionale un maggiore e più compiuto sforzo motivazionale nel giustificare il *periculum libertatis*.

La simmetria riguarda, in primo luogo, il fatto che, per effetto della novella, è necessaria la sussistenza di un pericolo non più solo "concreto", ma anche "attuale", in perfetto allineamento alle esigenze di cautela di cui alla lett. a) (pericolo di inquinamento probatorio), che, già da un ventennio, contiene la doppia aggettivazione. Sul secondo fronte, si è sancito il divieto di desumere la sussistenza dei pericoli di fuga e di reiterazione «esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede».

Nell'*iter* motivazionale seguito dalla Corte, quest'ultima ha esaminato i capisaldi della riforma, soffermando, maggiormente, l'attenzione sull'impatto del predicato di "attualità" per il pericolo di reiterazione del reato, ricostruendo il percorso argomentativo della giurisprudenza di legittimità, anteriore e posteriore la novella legislativa.

La *quaestio iuris* sottesa alla decisione è se tale rimodulazione delle opzioni valutative del giudice abbia un contenuto di effettiva novità rispetto al passato e, in caso di risposta positiva a tale interrogativo, quali siano gli elementi di tale nuovo requisito.

La modifica dell'art. 273, co. 1, lett. c) c.p.p. agisce con intenti dichiaratamente restrittivi e assume le sembianze di una chiara reazione a quella giurisprudenza di legittimità che per anni, con convinzione, ha portato avanti un'opera di delimitazione del requisito della concretezza, che lo differenziasse da quello dell'attualità, non espressamente richiamato⁶.

Valga per tutte la sentenza Vignali, nella quale la Corte di cassazione aveva affermato che «ai fini della valutazione del pericolo che l'imputato commetta delitti della stessa specie, il requisito della concretezza non si identifica con quello dell'attualità, derivante dalla riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati, ma con quello dell'esistenza di elementi concreti sulla base dei quali è possibile affermare che l'imputato possa commettere delitti della stessa specie di quello per cui si procede, e cioè che offendano lo stesso bene giuridico»⁷.

In buona sostanza, la giurisprudenza aveva correlato la configurabilità del pericolo di reiterazione «alla sola condizione, necessaria e sufficiente, che esi-

⁶ Infatti, dal 2002 al 2013, secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale della Cassazione, il requisito della attualità rappresentava un *surplus* rispetto a quello della concretezza ed era sintetizzato nella presenza di occasioni prossime e favorevoli circa la verifica di un rischio.

⁷ Cass., Sez. VI, 5 aprile 2013, Vignali, in *Mass. Uff.*, n. 255857; in senso analogo v. Id., Sez. IV, 10 aprile 2012, Schettino, *ivz*, n. 253864; Id., Sez. I, 3 giugno 2009, Pallucchini, *ivz*, n. 244829.

stano elementi concreti, cioè non meramente congetturali, idonei a consentire una prognosi di commissione di ulteriori delitti analoghi»⁸.

In tale prospettiva, si era anche sostenuto che la concretezza del pericolo in questione «può essere desunta 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 la condotta sia risalente nel tempo»⁹.

Invero, dalla nuova disposizione deve riconoscersi come definitivamente superato tale orientamento interpretativo, rendendosi, ormai, imprescindibile un giudizio prognostico basato su una valutazione più stringente dell'effettiva pericolosità del prevenuto e, per farlo, si è ridotta la vaghezza e la genericità del concetto di “pericolo cautelare”, inserendo *expressis verbis* l'ulteriore aggettivo, nel tentativo di limitare la discrezionalità del giudice nella valutazione delle esigenze cautelari.

Ed ecco il punto. Nel corso di questo primo anno dalla entrata in vigore della riforma, i giudici ermellini si sono orientati in senso non univoco sulla sua operatività, determinando una evidente discrasia interpretativa.

L'orientamento minoritario privilegia la sostanziale continuità normativa tra vecchie e nuove previsioni normative, pur constatando il mutato dato semantico: invero, il legislatore avrebbe solo espressamente indicato, esplicitandolo, il riferimento al requisito dell'attualità quale contenuto necessario del giudizio cautelare rimesso al giudice, aderendo a quella opzione che, già emersa nella giurisprudenza pregressa, rilevava la necessità di leggere il requisito della “concretezza” anche come “attualità” del pericolo, valutando l'esigenza cautelare specificamente con riguardo ad entrambi i caratteri. In tale ottica, la novella del 2015 avrebbe solo normativizzato un principio giurisprudenziale, già enucleabile dal precedente assetto normativo, considerando “l'attualità” come un requisito avente una natura simbolica, che, in aggiunta a quello della concretezza, si configura come una mera endiadi¹⁰.

Parallelamente all'indirizzo sopra esaminato, si è fatto strada l'orientamento maggioritario, ormai acquisito dalla Suprema Corte, da cui anche questo Collegio non ha ragione di discostarsi, che ritiene più significativo il dato di novità

⁸ Cass., Sez. V, 11 maggio 2014, n. 24051, Lorenzini, in *Mass. Uff.*, n. 260143; in senso analogo v. Id., Sez. I, 20 gennaio 2004, Catanzaro, *ivi*, n. 227227.

⁹ Cass., Sez. III, 17 dicembre 2013, Tipicchio, in *Mass. Uff.*, n. 258053.

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 21 ottobre 2015, Calandrino, in *Mass. Uff.*, n. 265985; in senso analogo; Id., Sez. IV, 18 giugno 2015, Cassano, *ivi*, n. 264043; Id., Sez. V, 24 settembre 2015, Maio, *ivi*, n. 264902; Id., Sez. VI, 1 ottobre 2015, De Lucia, *ivi*, n. 265350.

introdotto nell'art. 274, lett. c) c.p.p., sottolineando la necessità di leggere il requisito "attuale" in chiave di nuovo obbligo motivazionale previsto per il giudice, il quale dovrà, d'ora in avanti, rilevare la concreta possibilità che un'ulteriore occasione per compiere reati possa verificarsi non più secondo un solo astratto giudizio ipotetico - qualora se ne ripresentasse l'occasione - ma sulla base di una valutazione di vicina probabilità di verifica.

In questo senso sembra orientata la Corte la quale, richiamando e condividendo precedenti giurisprudenziali, ritiene che l'espressa previsione dell'attualità del pericolo di reiterazione non è da intendersi come una mera enclisi rispetto alla previsione della concretezza di tale pericolo, in quanto, mentre la concretezza richiama la necessaria esistenza di elementi reali dai quali si possa dedurre il pericolo¹¹, il requisito dell'attualità implica l'obbligo di motivare anche da parte del Tribunale del riesame, sia in ordinanza applicativa che confermativa della misura, specificamente al riguardo, segnalando la «riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati. Occasioni, quindi, non meramente ipotetiche ed astratte, ma probabili nel loro vicino verificarsi»¹².

"Concretezza" ed "attualità" sono, pertanto, due concetti distinti, ma destinati, inevitabilmente, ad intrecciarsi tra di loro.

L'uno (la concretezza) è legato alla capacità di delinquere del reo, l'altro (l'attualità) alla presenza di occasioni prossime al reato, la cui sussistenza, anche se desumibile dai medesimi indici rivelatori - specifiche modalità e circostanze del fatto e personalità dell'indagato/imputato - deve essere autonomamente e separatamente valutata, non risolvendosi il giudizio di concretezza in quello di attualità, e viceversa¹³.

Approfittando di tali considerazioni, la cassazione precisa il principio che per ritenere attuale il pericolo concreto di reiterazione del reato non è più sufficiente ipotizzare che la persona sottoposta alle indagini/imputata, presentandosi l'occasione, sicuramente (o con elevato grado di probabilità) continuerà a delinquere e/o a commettere i gravi reati indicati nello stesso art. 274, co. 1, lett. c) c.p.p., ma è necessario ipotizzare anche la certezza o comunque l'elevata probabilità che l'occasione del delitto si verificherà.

Ne consegue che «il giudizio prognostico non può più fondarsi sul seguente schema: se si presente l'occasione sicuramente o molto probabilmente, la persona sottoposta alle indagini/imputata reitererà il *delitto, ma dovrà seguire*

¹¹ Cass., Sez. II, 3 dicembre 2015, Capparelli, in *Mass. Uff.*, n. 265395.

¹² Cass., Sez. III, 27 ottobre 2015, Barone, in *Mass. Uff.*, n. 265623.

¹³ Cfr. Cass., Sez. Un., 19 maggio 2016, Lovisi, con osservazioni a prima lettura di MORLACCHINI, in questa *Rivista web*, 2016.

la seguente e diversa impostazione: 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»¹⁴.

3. Un'altra novità di estremo interesse, introdotta dalla legge n. 47 del 2015, è quella che riguarda le interpolazioni alle lett. c) e *c-bis*) dell'art. 292 c.p.p., che ritoccano ulteriormente la previsione circa la struttura dell'ordinanza cautelare, rendendo più rigoroso l'obbligo valutativo e motivazionale dell'estensore del provvedimento.

Nel contesto della riforma, animata dal duplice intento di rafforzare le garanzie individuali e contrastare il sovraffollamento carcerario, il legislatore è intervenuto sul testo di questo articolo prescrivendo, oltre all'esposizione, anche l'autonoma valutazione delle specifiche esigenze cautelari, degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, dei motivi per i quali non sono ritenuti rilevanti gli elementi forniti dalla difesa e, in caso di applicazione della custodia cautelare in carcere, delle concrete e specifiche ragioni per cui tali esigenze di cautela non possono essere soddisfatte con una diversa misura.

Alla stregua degli altri requisiti, "l'autonoma valutazione" è prevista a pena di nullità, rilevabile anche d'ufficio, attraverso l'espresso riconoscimento, ad opera dell'art. 309, co. 9, c.p.p., del potere conferito al Tribunale del riesame di annullamento del provvedimento impugnato «se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'art. 292 c.p.p., delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa».

Una precisazione di non poco momento, consideranti i molteplici dubbi che hanno riguardato i poteri decisori del giudice del riesame al cospetto di vizi di motivazione; infatti, l'effettiva rilevanza dell'innovazione legislativa si coglie, più che sul piano dell'arricchimento della struttura motivazione¹⁵, sul fronte della limitazione dei poteri di supplenza del tribunale in presenza di carenze dell'apparato giustificativo.

È evidente che il legislatore è intervenuto a fronte delle ricorrenti questioni in tema di motivazione apparente delle ordinanze cautelari, laddove il giudice faccia un uso improprio degli atti delle indagini o della richiesta del pubblico ministero.

¹⁴ Cass., Sez. III, 19 maggio 2015, Marino, in *Mass. Uff.*, n. 264688.

¹⁵ LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, in *Arch. pen. (web)*, 2015, 1 ss., secondo la quale la modifica dell'art. 292 c.p.p. non rappresenta altro che «la presa di coscienza, questa volta da parte del legislatore, della superficialità con la quale la stessa venga elusa nella prassi».

Lo spirito della riforma risulta, dunque, orientato alla repressione di «prassi che davvero vanificano l'obbligo costituzionale di motivazione»¹⁶, sancito in via generale dall'art. 111, co. 6, Cost.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte, nella sentenza qui commentata, sottolinea che l'art. 274, co. 1, lett. c) c.p.p. ha comportato un rafforzamento dell'obbligo motivazionale del giudice, assumendo un rilievo ancora maggiore quanto più ampio sia lo spettro cronologico che divide i fatti contestati dall'ordinanza cautelare.

In particolare, la cassazione osserva come una valutazione della recidiva rapportata al *tempus commissi delicti*, fosse già richiesta dall'art. 292, co. 2, lett. c) c.p.p.¹⁷ Questa disposizione, infatti, già prima della riforma attuata con la legge n. 47 del 2015 imponeva al giudice *de libertate* di motivare circa la rilevanza degli elementi di fatto da cui avesse desunto il *periculum* presupposto ed i motivi della loro reputata rilevanza, «tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del fatto».

Ciò significa che, già nel sistema previgente, la valutazione delle esigenze cautelari andava modulata in ragione del tempo in cui la decisione interveniva, il che equivale a ritenere che il giudice, nel percorso decisionale che lo conduceva alla scelta dell'*an* della misura cautelare, avesse tanto più la necessità di attualizzare la valutazione dei rischi che la giustificavano, quanto maggiore fosse la distanza temporale dell'ordinanza rispetto al momento in cui l'illecito era stato commesso¹⁸.

Il fatto che la previsione fosse collocata nella sola disciplina concernente la motivazione dell'ordinanza cautelare, senza che vi fosse un eguale precetto nella sede deputata all'elencazione dei presupposti della cautela, ha comportato che la disposizione dell'art. 292 c.p.p. restasse, spesso, priva di applicazione.

Osservazioni che, a detta della Corte, sono da confermare con ancor maggior rigore nell'attuale assetto normativo, imponendo al giudice un compiuto sforzo motivazionale in materia di misure cautelari personali e di loro graduazione tanto più stringente e puntuale, quanto più lontani sono i fatti indagati.

¹⁶ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, cit., 0012B.

¹⁷ Sulla valenza di tale disposizione, GIOSTRA, *Sul vizio di motivazione dell'ordinanza cautelare ovvero sul degrado della tecnica legislativa*, in *Cass. pen.*, 1995, 2428.

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 25 settembre 2009, Lattanzi, in *Mass. Uff.*, n. 244377; di seguito, Id., Sez. IV, 12 marzo 2015, Palermo, in *ivi*, n. 263722, secondo la quale in tema di misure coercitive, la distanza temporale tra i fatti e il momento della decisione cautelare, giacché tendenzialmente dissonante con l'attualità e l'intensità dell'esigenza cautelare, comporta un rigoroso obbligo di motivazione sia in relazione a detta attualità sia in relazione alla scelta della misura.

4. Orbene, sulla base di tale analisi, la Corte osserva, con riferimento al caso di specie, che il Tribunale del riesame, pur pronunciandosi in epoca abbondantemente successiva alla novella di cui alla legge n. 47 del 2015, non ha fatto un buon governo dei principi sopra menzionati, dal momento che l'ordinanza impugnata risulta del tutto carente quanto alla individuazione delle esigenze cautelari, in particolare sul piano dell'autonoma valutazione del carattere dell'attualità del pericolo di reiterazione di reati della stessa indole, quando, invece, il Collegio di merito avrebbe dovuto rafforzare la motivazione alla luce dello iato temporale che divide i reati contestati dalla misura confermata. La Corte ha, pertanto, disposto l'annullamento con rinvio al Tribunale del Riesame di Roma.

Invero, la cassazione nella sentenza qui in commento si limita a sviluppare il contenuto di principi già enunciati in precedenti pronunce con l'obiettivo di prevenire e arginare una pericolosa prassi attuata da giudici di merito che, piegando il prodotto legislativo ai propri criteri ermeneutici, rischiano di eludere lo spirito della riforma.

«Ogni qualvolta il legislatore effettua modifiche normative in nome di un processo legale è necessario che tutti gli interpreti ne colgano lo spirito e ne offrano applicazione conforme, senza resistenze *contra tenorem rationis*»¹⁹.

In realtà, se le parole hanno un senso e se vale ancora quel principio insormontabile per il quale «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore» (art. 12 disp. prel. c.c.), l'innovata disciplina delle misure cautelari richiede anche per gli arresti domiciliari un fondamento motivazionale solido e vicino nel tempo.

Il principio di fondo è quello del minor sacrificio possibile dei diritti fondamentali e, nella specie, del minor sacrificio necessario della libertà dell'indagato in sede cautelare, con l'obiettivo di riaffermare al contempo la distinzione tra la "logica della cautela" e la "logica della pena", mediante la verifica empirica dei presupposti che aprono la strada ad una punizione pre-sofferta in spregio alla presunzione di non colpevolezza, finendo col confondere, molto spesso, piani che vanno tenuti distinti.

Eleonora Addante

¹⁹ GAITO, *Disorientamenti in tema di attualità del pericolo di reiterazione*, in *Arch. Pen. (web)*, 2015, 1.

ARCHIVIO PENALE 2016, n. 2