



LA CAUTELA PERSONALE ALL'ESITO DELLE RIFORME

Roma, Mercoledì 20 febbraio 2019, Aula magna della Corte di Cassazione

REPORT

a cura della Dott.ssa Maria Cristina Amoroso, Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte

In data 20 febbraio 2019, presso l'Aula magna della Corte Suprema di Cassazione, ha avuto luogo l'incontro di studio organizzato dalla Struttura della formazione decentrata della Corte di Cassazione dal titolo "La cautela personale all'esito delle riforme"

Ha introdotto i lavori il Consigliere della Corte di Cassazione Alessandra Bassi, la quale ha evidenziato che l'incontro di studio trae origine dall'esigenza di riflettere, sotto prospettive diverse, sugli aspetti maggiormente problematici della attuale disciplina delle misure cautelari personali, a distanza di qualche anno dalla legge n. 47 del 2015, 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 situazione di gravità".

I temi, affidati alla trattazione degli illustri relatori, magistrati di legittimità e professori universitari, offrono l'occasione per fare il punto sullo stato dell'arte della dottrina e della giurisprudenza, e per verificare quali sono ad oggi le criticità interpretative per le quali vi è un ineludibile necessità di risposte.

Il Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione, dott. Domenico Carcano, ha sottolineato che anche dopo l'intervento delle Sezioni unite "Lovisi", permangono molteplici aspetti irrisolti nella giurisprudenza di legittimità in relazione alle novità introdotte dalla Riforma del 2015.

La decisione citata è stata, in taluni casi, disattesa, e nelle decisioni delle Sezioni Semplici sono ancora evidenti i contrasti interpretativi in materia di cautela.

Dopo gli interventi introduttivi, ha preso la parola la **Professoressa Paola Spagnolo**, la quale ha premesso che la nuova riforma, pur non incidendo direttamente sui poteri di controllo dei giudici di legittimità, ha offerto spunti interpretativi di interesse per superare alcune, a suo avviso

problematiche, interpretazioni giurisprudenziali in merito al controllo operato dalla Suprema Corte in ordine alle misure cautelari personali.

Per la Prof.ssa Spagnolo, infatti, il legislatore, nel ridefinire l'obbligo di motivazione del giudice della cautela e, conseguentemente, i poteri del Tribunale della libertà, ha inciso, verosimilmente in maniera involontaria, anche sulla portata del controllo di legittimità.

Per chiarire il senso di questa affermazione la Prof.ssa si premura di delineare brevemente i tratti salienti del sindacato della Corte sulla legittimità delle misure cautelari.

Evidenza che il legislatore ha dedicato al tema la sola previsione dell'art. 311 cod. proc. pen., nel quale si stabilisce che il ricorso *per saltum* è proponibile solo per violazione di legge, e che pertanto il sistema di controllo deve essere necessariamente ricostruito facendo ricorso alle norme generali che disciplinano il giudizio di Cassazione ed, evidentemente, tenendo conto dei limiti tipici del sindacato di legittimità.

Ricorda che il controllo della Corte di Cassazione è così articolato: verte sulla motivazione, quando sia in discussione il giudizio di fatto sull'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza; può estendersi alla decisione quando è in discussione il giudizio di diritto relativo alla qualificazione giuridica dei fatti e quando la Corte è chiamata a pronunciarsi, con un giudizio anche di fatto, sulle invalidità elencate dall'art. 606 lett. c).

Soffermandosi esclusivamente sul tema del controllo sulla motivazione, la Prof.ssa Spagnolo rileva che la giurisprudenza di legittimità, in materia di *ricorso per saltum*, tende a distinguere la mancanza di motivazione dalla illogicità della motivazione, ritenendo che la prima dia luogo ad una violazione di legge, denunciabile ai sensi dell'art. 311 cod. proc. pen., e la seconda ad un vizio di motivazione denunciabile solo con ricorso ordinario ai sensi dell'art. 606 lettera e).

La distinzione nasce dalla giurisprudenza delle Sezioni semplici ed è stata più volte avallata dalle Sezioni unite, che ne hanno specificato ulteriormente la portata, chiarendo che costituisce violazione di legge soltanto la motivazione inesistente o meramente apparente, e non la motivazione viziata da illogicità manifesta; aggiungendo che integra violazione di legge anche la motivazione del tutto priva dei requisiti minimi di coerenza e completezza - al punto da risultare inidonea a rendere comprensibile l'iter logico seguito dal giudice di merito - e quella le cui linee argomentative del provvedimento siano talmente scoordinate da rendere oscure le ragioni che hanno giustificato il provvedimento; chiarendo altresì che sussiste mancanza della motivazione non solo quando l'apparato giustificativo manchi in senso fisico-testuale, ma anche quando la motivazione sia apparente, semplicemente ripetitiva della formula normativa, del tutto incongrua rispetto al provvedimento che dovrebbe giustificare.

Le citate distinzioni, e le connesse conseguenze, si rinvergono anche nella successiva giurisprudenza delle Sezioni semplici.

Tuttavia, ad avviso della relatrice, non appare possibile distinguere tra livelli diversi di incongruenza di motivazione. Tale operazione ermeneutica, infatti, solleva non pochi dubbi ed induce ad interrogarsi su alcune questioni: se, alla luce dell'art. 13 della Costituzione, sia possibile distinguere tra diverse gradazioni di vizi motivazionali; se fosse davvero questa l'intenzione del legislatore costituente; come si possa, in concreto e con un accettabile margine di attendibilità, distinguere la mancanza di motivazione dal vizio di motivazione.

La Prof.ssa evidenzia, inoltre, che un sistema quale quello attuale in cui, di fatto, dall'una o dall'altra qualificazione discende l'ammissibilità o l'inammissibilità del ricorso per Cassazione, presenta un evidente *deficit* di chiarezza e di prevedibilità, *ex ante* delle sorti del giudizio di impugnazione.

Alla luce di tali inconvenienti suggerisce di superare la distinzione prendendo spunto dalle novità introdotte dalla Riforma che, a suo avviso, dando vita ad un diverso sistema di controllo ad opera del tribunale del riesame, discendente dall'ampliamento degli obblighi di motivazione in capo al giudice dell'ordinanza, si rifletterebbe anche sul controllo della Corte, consentendo di abbandonare del tutto la distinzione tra mancanza e vizio di motivazione per due specifiche ragioni.

In primo luogo, osserva che il legislatore del 2015 ha attribuito un significativo rilievo alla "autonomia" della motivazione, e ciò comporta che più che sulla motivazione mancante ed illogica, il sindacato di legittimità avrà quale nuovo fulcro del giudizio l'autonomia della motivazione.

In secondo luogo, la Prof.ssa evidenzia che l'ampliamento degli obblighi motivazionali da parte del legislatore del 2015, ha delineato il controllo sull'ordinanza su due livelli: il primo, sui vizi dell'ordinanza, ha ad oggetto gli obblighi di motivazione necessari di cui all'art. 292, lett. c) e c bis), cod. proc. pen., norma che ha delineato un preciso modello legale di riferimento la cui difformità dà luogo ad una invalidità che può essere fatta valere solo ai sensi dell'art. 606 lettera e); il secondo, esprimibile solo dopo il vaglio di validità dell'ordinanza, attiene ai vizi dei presupposti della misura (detto in altri termini: l'ordinanza è valida, ma la misura è ingiusta), ed è un controllo che può essere condotto solo dal giudice di merito.

Che tali siano i livelli di controllo lo si deduce dalle modalità di verifica che, dopo la riforma del 2015, è chiamato a condurre il tribunale del riesame.

Esso in primo luogo accerta la validità dell'ordinanza, verificando se sono stati rispettati gli oneri motivazionali imposti dall'art. 292 cod. proc. pen., sui "requisiti minimi" della misura, la cui mancanza ne comporta l'annullamento; in secondo luogo, accertata la validità della misura, procede a verificare la sussistenza dei presupposti cautelari (la cui carenza determina la revoca della misura, mentre il diverso vaglio in punto di adeguatezza e proporzionalità delle esigenze ne determina la modifica).

Trasponendo la distinzione fatta per il tribunale del riesame nel giudizio davanti alla Corte di Cassazione, chiarisce la Prof. ssa Spagnolo, è allora possibile delineare in questi termini il controllo della Corte: quando il vizio di motivazione attiene alla validità dell'ordinanza, la Corte annulla senza rinvio, negli altri casi annulla con rinvio.

Dunque, se il ricorrente ha dedotto l'invalidità dell'ordinanza, perché non conforme al modello dell'art. 292 cod. proc. pen. (in particolare perché priva dell'"autonoma valutazione"), ed il tribunale si è pronunciato nel merito della misura mentre avrebbe dovuto annullarla, la Corte di Cassazione annulla senza rinvio sia l'ordinanza del tribunale che l'ordinanza genetica.

Quando, invece, l'ordinanza genetica era valida, perché conforme al modello legale, oppure il ricorrente non ne ha dedotto i vizi, ed il tribunale si è pronunciato sul merito della misura, la Corte, che è legata alla motivazione esibita dal giudice di merito, se ravviserà vizi di motivazione in ordine ai presupposti della misura, annullerà con rinvio, e nel giudizio di rinvio troverà applicazione il nuovo comma 5 bis dell'art. 311 cod. proc. pen.

Va poi ricordata un'altra ipotesi di annullamento che è propria della decisione del riesame: se il tribunale non risponde alle doglianze dell'interessato per motivi eventualmente proposti o per motivi presentati in udienza, la Corte annulla con rinvio.

Quando invece sia stata impugnata *per saltum* l'ordinanza genetica della misura, l'accoglimento del ricorso potrà determinare unicamente un annullamento senza rinvio; in questo caso la Corte verifica solo il rispetto del modello di motivazione strutturato di cui all'art. 292 cod. proc. pen. e poiché annulla l'ordinanza cautelare, non opererà mai l'articolo 311, comma 5 bis, cod. proc. pen. L'annullamento sarà invece sempre con rinvio, quando ad essere annullata sia stata l'ordinanza emessa dal Tribunale in sede di appello; in questo caso il controllo sarà diverso a seconda della struttura motivazionale del provvedimento impugnato: qualora sia stato il pubblico ministero ad avere investito il tribunale dell'appello avverso il rigetto della sua richiesta cautelare, il giudice di secondo grado diventerà il giudice dell'applicazione della cautela, e quindi sarà tenuto a rispettare la griglia motivazionale di cui all'art. 292 cod. proc. pen.; ne consegue che qualsiasi deviazione motivazionale da questo modello, ivi compresa l'autonoma valutazione dei gravi indizi e delle esigenze, determinerà l'annullamento da parte della Corte di cassazione. In tutti gli altri casi, non essendo il modello di motivazione degli altri provvedimenti cautelari impugnabile ex art. 310 cod. proc. pen. strutturato come quello genetico, e non avendo il giudice dell'appello il potere di annullamento dell'ordinanza per vizi di motivazione, il controllo sarà quello usuale dell'art. 606 lett e).

Riprendendo il tema del ricorso *per saltum*, la relatrice ha poi proposto di individuare nel rispetto o meno dell'art. 292 cod. proc. pen. il discrimine tra ricorso ammissibile o ricorso inammissibile. Questa scelta avrebbe il vantaggio di ricondurre a razionalità il sistema: quando si impugna *per saltum* l'ordinanza genetica della misura, i casi di annullamento della Corte di Cassazione sarebbero gli stessi che determinano l'annullamento da parte del tribunale della libertà. Sotto il profilo della coerenza, si avrebbe un'unica cognizione di legittimità comune a Cassazione e Tribunale; sotto il profilo del diritto alla difesa si restituirebbe all'imputato la scelta sul rimedio da esperire; sotto il profilo poi del carico della Corte, si assisterebbe ad una riduzione del carico dei ricorsi, potendo il ricorrente ottenere l'annullamento già davanti al tribunale.

Dopo l'intervento della Prof.ssa Spagnolo, ha preso la parola **il Consigliere della Corte di Cassazione Vittorio Paziienza**, con il compito di illustrare i più recenti approdi giurisprudenziali in tema di concretezza ed attualità delle esigenze cautelari.

In premessa, il Cons. Paziienza ricorda che l'art. 2 della legge n. 47 del 2015, ha riformato l'art. 274, comma 1, cod. proc. pen., intervenendo sia sulla lettera b) che sulla lettera c), introducendo, da un lato, il requisito della "attualità", che unitamente alla concretezza è volto ad indicare le connotazioni che il pericolo deve assumere per essere un valido presupposto per l'applicazione di una misura cautelare; dall'altro, inserendo nella lettera b) e c) un periodo di identico tenore in cui si prevede che "le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede".

La questione maggiormente dibattuta, all'indomani della riforma, è stata indubbiamente quella del significato da attribuire al nuovo requisito dell'"attualità" del pericolo di reiterazione, laddove un filone giurisprudenziale ha interpretato l'aggettivo "attuale" come riferito, non al pericolo, ma alla situazione di fatto posta alla base del relativo giudizio prognostico.

Più precisamente, un primo orientamento giurisprudenziale, verosimilmente per discostarsi dall'opposta interpretazione tesa a sminuire il rilievo innovativo della modifica, ha cercato di attribuire un autonomo significato precettivo alla parola "attuale", spostando però il fuoco dell'attenzione non sugli esiti del giudizio prognostico, ma sulla individuazione delle situazioni fattuali da prendere in considerazione, in quel giudizio, per potere emettere una misura cautelare.

Tale indirizzo, in realtà, altro non ha fatto che mutuare la definizione di attualità enunciata da una giurisprudenza consolidata *ante novella* che, in relazione al requisito della "concretezza" - l'unico fino a quel momento codificato -, affermava che essa non doveva identificarsi con l'attualità derivante dalla riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli per la commissione di nuovi reati, ma con l'esistenza di elementi concreti sulla cui base ritenere verosimile il verificarsi del pericolo che l'intervento cautelare è tenuto a fronteggiare.

L'indirizzo in esame, così come quello precedente a cui esso si richiama, si fonda sulla convinzione che l'attualità del pericolo implica non solo che l'indagato tornerà a delinquere semplicemente qualora se ne dovesse presentare l'occasione, ma anche che sia prevedibile, negli stessi termini di certezza o di probabilità, che all'imputato si presenti effettivamente un'occasione prossima per compiere ulteriori delitti della stessa specie, occasione non meramente ipotetica o astratta, ma almeno altamente probabile nel suo (temporalmente) vicino verificarsi.

E' evidente che tale impostazione richiede al giudice, ulteriore e non indifferente sforzo motivazionale; essa, del resto, se portata alle sue estreme conseguenze, può anche essere foriera di conseguenze paradossali.

Ha poi ricordato il Cons. Paziienza, a tale orientamento se ne è contrapposto uno contrario che, con numerose varianti interpretative, ha radicalmente escluso che, nella valutazione prognostica cui il giudice è chiamato, debba entrare anche l'ulteriore fattore delle "imminenti condizioni" agevolanti la commissione di reato.

Per tale indirizzo, il richiamo espresso operato dal legislatore del 2015 all'attualità ha, infatti, solo la funzione prevalentemente "simbolica" di far sì che il giudizio prognostico sotteso all'applicazione di una misura cautelare si fondi su elementi concreti, che rendano altamente probabile, qualora si presenti l'occasione, la ricaduta nel reato.

In tale prospettiva, assai frequente è il rilievo secondo cui il legislatore del 2015 avrebbe solo imposto al giudice un maggiore e più pregnante onere motivazionale anche sullo specifico profilo dell'attualità del pericolo; nella nuova formulazione, infatti, la norma non impone di verificare l'imminenza del pericolo, ma solo di accertare la continuità del *periculum libertatis* nella sua dimensione temporale, sulla base della vicinanza dei fatti rispetto all'intervento cautelare oppure sulla sussistenza di elementi indicativi recenti idonei a dar conto del pericolo di concretizzazione di quei rischi.

Le decisioni nelle quali si afferma che la valutazione prognostica non può estendersi alla previsione di una specifica occasione per delinquere, che esula dalle facoltà del giudice, sono numerose: in alcune decisioni ci si premura di distinguere l'attualità e la concretezza delle esigenze dall'attualità e concretezza delle condotte criminose; altre pronunce si soffermano, invece, sull'occasione del delinquere e sull'occasionalità del delinquere, ritenendo che il carattere occasionale della condotta escluda l'attualità del pericolo.

In questo panorama variegato, una parte della giurisprudenza ha anche provato a razionalizzare il sistema, partendo dall'osservazione che lo stesso codice distingue le "esigenze cautelari" (art. 274 cod. proc. pen.) dalle "eccezionali esigenze cautelari" (art. 309, comma 10, cod. proc. pen.) e dalle "esigenze cautelari di eccezionale rilevanza" (art. 275, commi 4, 4 bis e 4 ter, cod. proc. pen., art. 89 d.P.R. 309 del 1990), e che alla luce di tale "graduazione" ha proposto di individuare la sussistenza di occasioni prossime favorevoli solo con riferimento alle esigenze eccezionali di cui all'art. 309, comma 10, cod. proc. pen.

Ha osservato il Consigliere Pazienza, nel panorama contrastante descritto sarebbe stato necessario un intervento delle Sezioni Unite.

Le Sezioni unite, invece, si sono pronunciate solo incidentalmente sul tema nella sentenza “Lovisi”, in cui la Corte ha risolto il contrasto giurisprudenziale insorto sull’applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari con il “braccialetto elettronico” nel caso di indisponibilità del congegno tecnico. In tale decisione, il Supremo Consesso ha affermato 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 separatamente valutata, non potendo risolversi il giudizio di concretezza in quello di attualità (o viceversa).

Nonostante tale decisione, il contrasto non si è risolto, anche se alcune pronunce di legittimità sembrano denotare una tendenza al superamento della descritta contrapposizione interpretativa.

AL riguardo, il Cons. Pazienza ha fatto riferimento a tre diverse pronunce della Suprema Corte.

La prima sentenza (Sez. 3, n. 28515 del 28/02/2018, Bonvicini, Rv. 273354) emessa dalla Terza Sezione (quella che per prima ha elaborato la teoria delle occasioni prossime favorevoli), ha nettamente preso le distanze da questa impostazione, ed ha anche affermato – in una fattispecie relativa all’applicazione di misure cautelari nei confronti di soggetti indagati di reato associativo – che la concretezza e l’attualità dell’esigenza cautelare di cui all’art. 274, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. non vengono meno anche nel caso in cui i beni del sodalizio siano attinti da provvedimenti di natura cautelare reale (nella specie, il sequestro preventivo aveva colpito società, siti internet, trust costituiti dall’associazione, ecc., ovvero strumenti e strutture indispensabili per la produzione di occasioni prossime favorevoli).

Nella seconda sentenza (Sez. 5, n. 12618 del 18/01/2017, Cavaliere, Rv. 269533), pur aderendo in astratto alla teoria delle occasioni prossime favorevoli, si registra l’intento di verificare se il criterio che impone la necessità di ravvisare occasioni prossime favorevoli sia sempre praticabile in concreto o se vi siano alcuni casi in cui, a causa della tipologia del reato commesso, tale criterio non riesca a svolgere una funzione selettiva e pertanto vada disatteso. Si spiega che rispetto ad alcuni reati sarebbe molto arduo distinguere quando non vi è un’occasione prossima favorevole, come nel caso dei reati contro il patrimonio in cui l’esistenza diffusa di locali commerciali offre continue occasioni prossime di delinquere. Ne risulta in misura rilevante ridimensionata la portata del principio di diritto in oggetto, e si ritiene che, in alcuni casi, l’indagine sull’attualità del pericolo deve essere necessariamente compiuta in base ai criteri segnalati dall’opposto orientamento.

Nell’ultima sentenza (Sez. 2, n. 55216 del 18/09/2018, Rv. 274085), infine, si mette in discussione che il criterio delle occasioni prossime favorevoli sia il solo applicabile nelle situazioni in cui il soggetto, per il suo *modus vivendi*, vada invece proprio “alla ricerca” dell’occasione per compiere il reato. Si tratta delle ipotesi in cui assume indubbio rilievo la personalità dell’imputato, ed in cui la prognosi sulla recidiva, anche sotto il profilo della concretezza ed attualità, deve necessariamente basarsi anche sulla sua storia personale, sulla natura dei reati, sulle modalità della condotta e su tutti gli altri elementi fattuali che il giudice ritiene opportuno valorizzare, piuttosto che sul solo accertamento dell’esistenza dell’occasione di reiterare il reato.

Queste tre decisioni costituiscono, ad avviso del Cons. Paziienza, un importante segnale che lascia presagire, in un futuro prossimo, il superamento del contrasto attualmente presente nella giurisprudenza di legittimità.

Il dott. Paziienza ha proseguito il suo intervento facendo un breve cenno al tema del pericolo di fuga, di cui all'art. 274, comma 1, lett. b) cod. proc. pen., che nel testo modificato dalla l. 16 aprile 2015, n. 47, oltre che concreto, dev'essere anche attuale.

Sull'interpretazione di tale requisito si registrano posizioni contrapposte nella giurisprudenza di legittimità.

Per un primo indirizzo interpretativo, l'attualità – costituendo un requisito autonomo, che si aggiunge a quello della concretezza – deve essere desunta da una condotta prodromica ad un incipiente trasferimento. E' necessario, quindi che vi siano elementi in più rispetto ad una valutazione prognostica di ordine generale.

Per un secondo indirizzo, invece, il requisito dell'attualità non comporta necessariamente l'esistenza di condotte materiali che rivelino l'inizio dell'allontanamento o che siano comunque espressione di fatti ad esso prodromici; sarà sufficiente accertare – in linea con l'indirizzo interpretativo affermatosi prima della novella – l'esistenza di un effettivo e prevedibilmente prossimo pericolo di allontanamento, che richieda un tempestivo intervento cautelare, attraverso un giudizio prognostico verificabile, e cioè ancorato alla concreta situazione di vita del soggetto, alle sue frequentazioni, ai precedenti penali, alle pendenze giudiziarie e, più in generale, a specifici elementi vicini nel tempo.

Il Consigliere Paziienza ha concluso il suo intervento accennando all'ulteriore modifica delle lett. b) e c) dell'art. 274, relativa al divieto di desumere la concretezza ed attualità del pericolo dal titolo del reato. E' stato evidenziato che l'originaria formulazione dell'intervento aveva il chiaro intento di contrastare l'interpretazione giurisprudenziale secondo cui il pericolo di reiterazione, anche quanto alla personalità dell'indagato, può essere desunto anche dalle sole modalità e circostanze del fatto. Il testo definitivo delle modifiche ha tuttavia indotto la giurisprudenza ad affermare che il divieto in questione riguarda la sola gravità del reato astrattamente considerato, ma non anche la valutazione della gravità del fatto nelle sue concrete manifestazioni, attraverso le quali è possibile risalire alla personalità dell'agente valutando il carattere occasionale o meno della condotta criminosa, la capacità del soggetto di autolimitarsi, ecc.

Ha svolto poi il suo intervento la **Professoressa Marandola**, che ha affrontato il tema delle presunzioni di pericolosità di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.

La relatrice ha ripercorso la genesi dell'art. 275 cod. proc. pen. e dell'introduzione nel nostro ordinamento delle presunzioni, inizialmente assenti nel codice di rito e poi introdotte e modificate a più riprese dal legislatore e, in alcuni casi, finanche espunte dall'ordinamento grazie ad interventi della Corte Costituzionale.

Ed è proprio in ossequio dei numerosi *dicta* dei giudici delle leggi che - nonostante il tentativo (fallito) di eliminare del tutto dal codice di rito la presunzione di colpevolezza anche in relazione ai reati più gravi - l'intervento del legislatore della riforma ha influito sul regime della presunzione di cui all'art. 275 cod. proc. pen.

Come noto, l'attuale art. 275 cod. proc. pen., come riformulato all'esito della riforma, ha suddiviso i c.d. reati di maggior allarme sociale in una prima categoria (contenuta nel secondo periodo del

comma 3), regolata dalla presunzione relativa della sussistenza delle esigenze cautelari e dalla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere, e la seconda categoria di delitti (contenuta nel terzo periodo del comma 3) retta solo dalla presunzione relativa che attiene sia alle esigenze cautelari che alla misura della custodia cautelare.

La riforma, quindi, ha inciso sul regime della presunzione e con la trasformazione da assoluta a relativa, ha determinato uno spostamento sul piano del bilanciamento dell'onere probatorio e per certi versi, ha introdotto, quasi a completamento di un disegno già delineato dall'opera demolitrice della Consulta, un "triplice binario" di selezione della misura cautelare.

Compiuta questa premessa, la Prof.ssa affronta la problematica maggiormente dibattuta in ordine alla operatività delle presunzioni relative, precisando che, alla luce delle citate disposizioni, la presunzione abilita certamente il giudice ad applicare la misura in carcere, salvo che non sia adeguata una misura di grado inferiore.

Ricorda un punto fermo dell'elaborazione giurisprudenziale, a suo avviso censurabile, relativo all'obbligo motivazionale in caso di operatività della presunzione, secondo il quale tale obbligo "sia di segno negativo" e dunque esenti il giudice dalla necessità di motivare le ragioni per le quali applichi una misura di grado superiore, salvo che vi sia una prova contraria proveniente dal destinatario della misura cautelare. Sarebbe invece preferibile un'interpretazione che riequilibri l'onere probatorio facendolo ricadere sul giudice, che dovrà dare conto del perché non applica una misura diversa, in ossequio allo spirito generale della riforma del 2015, volta proprio a rafforzare l'onere motivazionale di quest'ultimo. Dunque, spiega, Il giudice proprio alla luce delle modifiche della riforma, deve esplicitare le motivazioni sulle ragioni per le quali, dalla lettura degli atti, non emerga la possibilità di applicare una misura diversa da quella in carcere.

In realtà la riforma è emblematica della tensione perenne tra la volontà del legislatore di predefinire l'operato del giudice e la scelta discrezionale di quest'ultimo. Il legislatore attraverso le presunzioni opera una vera e propria "destrutturazione delle regole cautelari" poiché tutti gli elementi portanti che reggono la misura cautelare risultano "scomposti" e assorbiti in tale presunzione, inibendo/riducendo la discrezionalità del giudice. Non a caso, soprattutto con riferimento alle presunzioni assolute si parla di motivazione negativa, perché il giudice deve semplicemente dimostrare che non vi sono elementi per neutralizzare la presunzione, per cui anche la motivazione rimane in qualche modo "inglobata" nella presunzione e si considera conseguentemente sussistente.

La misura cautelare fondata sulla presunzione poggia su di un solo criterio: i gravi indizi di colpevolezza, con buona pace della presunzione di non colpevolezza, e con qualche frizione di incostituzionalità rispetto all'art. 27 cost.

Ritornando ad affrontare le problematiche che interessano il piano motivazionale, la Prof.ssa ha notato che progressivamente si è sviluppata una giurisprudenza che, alla luce dell'entrata in vigore della legge 47 del 2015, ha ritenuto che le esigenze cautelari presunte dall'art. 275 implicassero un assorbimento di vari requisiti diversi.

Un orientamento, invero risalente all'immediato periodo post riforma, ha sostenuto che il giudice, dato per postulato la sussistenza della fattispecie criminosa, deve ritenere che le esigenze e quindi anche le sue connotazioni richieste dalla legge, sussistano; il giudice non deve dunque valutare il requisito della attualità.

Su questo punto si registrano allora due orientamenti di cui la relatrice dà conto.

Per il primo di essi, il fattore temporale non costituisce “elemento negativo” idoneo ad incidere sulla presunzione. Il tema si è proposto soprattutto per il reato associativo di cui all’art. 416 bis cod. pen., rispetto al quale si è escluso che il decorso del tempo rilevi a tal fine; e questo a differenza per esempio della “dissociazione” che, secondo le comuni massime di esperienza, può incidere sulla presunzione.

Più apprezzabile è invece secondo la Prof.ssa un diverso orientamento per il quale l’elemento temporale, insieme ad altri elementi, può incidere sul superamento della presunzione.

La giurisprudenza che non ritiene neutro il trascorrere del tempo sembra essere più in linea con lo spirito della legge del 47 del 2015 che ha valorizzato tutti i principi enunciati dalla Corte costituzionale in tema di presunzione.

Il fattore temporale, quindi, rileva sull’obbligo motivazionale del giudice ed in qualche maniera lo riscrive: il giudice deve essere in grado con una motivazione logica, effettiva e non apparente, di tener conto anche del “fattore tempo”.

Sul punto, la Corte Costituzionale n. 136 del 2017, “salvando” la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere per il reato di associazione di tipo mafioso, ad avviso della Prof.ssa Marandola, non ha fornito un apporto apprezzabile all’analisi della problematica delle presunzioni, perché nell’affermare che *«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»*, introduce nella valutazione di adeguatezza sulla base di regole di esperienza o sociologiche estranee alla norma.

La relatrice segnala che in alcune decisioni si afferma 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 associazioni mafiose storiche o comunque caratterizzate da particolare stabilità, in relazione alle quali è necessaria la dimostrazione del recesso dell’indagato dalla consorteria, ed associazioni mafiose non riconducibili alla categoria delle mafie “storiche”, per le quali possono rilevare anche la distanza temporale tra la applicazione della misura ed i fatti contestati, nonché elementi che dimostrino la instabilità o temporaneità del vincolo.

Anche tale impostazione interpretativa è criticabile, ad avviso della Prof.ssa, perché introduce nella valutazione di adeguatezza regole di esperienza o sociologiche estranee alla norma.

Maggiormente condivisibile è, a suo avviso, la posizione assunta da un’altra giurisprudenza che ha disconosciuto rilievo alla distinzione tra mafie “storiche” e formazioni di nuova costituzione, in quanto in entrambi i casi la presunzione è superata a fronte della prova dell’irreversibile allontanamento dell’indagato dal sodalizio criminale, a prescindere dalla perdurante stabilità dell’associazione stessa.

La Prof.ssa Marandola ha proseguito il suo intervento soffermandosi sul problema della motivazione in tema di braccialetto elettronico, evidenziando la tendenza diffusa dei giudici a non motivare in modo specifico sulla idoneità del braccialetto elettronico, di fatto includendo tale valutazione in quella relativa alla idoneità degli arresti domiciliari.

Ha quindi concluso la relazione facendo cenno alla necessità di evitare parallelismi tra l'associazione dedita al traffico degli stupefacenti e l'associazione di cui all'art. 416 bis cod. pen.

Ha preso la parola **l'Avvocato Generale presso la Procura Generale della Corte di Cassazione Piero Gaeta** che è intervenuto sulle più rilevanti questioni relative alla durata della misura cautelare, alle contestazioni a catena ed alla retrodatazione.

Il relatore ha innanzitutto affrontato la questione della nozione di "pena inflitta", nell'ipotesi di reato continuato, attraverso l'analisi di tre significative decisioni.

La prima di esse è la decisione delle Sezioni Unite Mammoliti del 1997, riguardante più reati unificati dalla continuazione, in cui per il reato associativo ritenuto più grave non vi era titolo cautelare, perché in precedenza annullato, e per tre dei cinque reati satelliti era stata disposta e manteneva efficacia la custodia cautelare.

In particolare, al vaglio delle Sezioni unite era stato sottoposto il quesito se, ai fini del computo dei termini di custodia cautelare per la fase di primo grado, occorresse fare riferimento, nel caso di condanna per più reati unificati dal vincolo della continuazione, alla pena complessivamente inflitta ovvero a quella relativa ai soli reati satelliti rispetto ai quali era stata disposta ed ancora efficace la misura cautelare (dunque, un problema di parametrizzazione della pena ai fini del termine massimo di fase); se, per altro verso, nel caso di custodia cautelare disposta per alcuni reati, unificati dal vincolo della continuazione riconosciuto dalla sentenza non irrevocabile di condanna, la custodia sofferta dovesse essere comparata, ai fini di quanto disposto dall'art. 300, comma 4, cod. proc. pen., alla pena inflitta per il reato continuato ovvero alle pene inflitte per i reati in continuazione rispetto ai quali fosse stata disposta e fosse ancora efficace la misura cautelare (dunque, un problema di 'presofferto' in relazione al limite normativo citato).

Le Sezioni Unite Mammoliti stabilirono che *«ai fini sia dell'articolo 303, comma primo, lett. c), cod. proc. pen., che dell'art. 300, comma 4, dello stesso codice, nel caso di condanna per più reati avvinti dalla continuazione, per alcuni dei quali soltanto (nella specie per i reati satelliti) mantenga efficacia la custodia cautelare, per "condanna" e per "pena inflitta" devono, rispettivamente, intendersi la condanna e la pena inflitte per questi ultimi reati, e non la condanna e la pena inflitte per l'intero reato continuato, in quanto l'unificazione legislativa di più reati nel reato continuato va affermata là dove vi sia una disposizione apposita in tal senso o dove la soluzione unitaria garantisca un risultato favorevole al reo, non potendo dimenticarsi che il trattamento di maggior favore per il reo è alla base della "ratio" del reato continuato»*.

La pronuncia Mammoliti, precisa l'avvocato Generale, aveva, tuttavia, lasciato sospeso un rilevante interrogativo: in presenza della custodia cautelare applicata per tutti i reati in continuazione, l'art. 303, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. va riferito alla pena complessiva di cui alla sentenza di condanna o alle pene irrogate per i singoli reati della sequela di continuazione?

La questione è stata risolta dalle Sez. U, n. 23381 del 31/05/2007 - dep. 14/06/2007, Keci, Rv. 23639301 – che hanno statuito che occorre aver riguardo alla pena complessivamente inflitta per tutti i reati per i quali è in corso la misura della custodia cautelare, e quindi alla pena unitariamente quantificata a seguito dell'applicazione del cumulo materiale o giuridico per effetto del riconoscimento del vincolo della continuazione.

L'Avvocato Generale, nel passare ad analizzare l'ultima delle decisioni preannunciate, riguardante l'ipotesi di condanna non definitiva per reato continuato in fattispecie di custodia cautelare

applicata al solo reato meno grave, chiarisce che in tale ipotesi il dubbio è se, per valutare l'entità della pena ai fini di un'eventuale dichiarazione di inefficacia della custodia cautelare, occorra considerare: a) la pena concretamente inflitta come aumento ex art. 81 cpv. cod. pen. ovvero b) la pena che sarebbe stata irrogata per detto reato in assenza del vincolo di continuazione.

La risposta a questo quesito è stata offerta dalle Sezioni unite Vitale (Sez. U, n. 25956 del 26/03/2009 - dep. 22/06/2009, Vitale, Rv. 243588-01) per le quali «*in caso di condanna non definitiva per reato continuato, al fine di valutare l'eventuale perdita di efficacia (art. 300, comma quarto c.p.p.) della custodia cautelare applicata soltanto per il reato satellite, la pena alla quale occorre fare riferimento è quella inflitta come aumento per tale titolo*».

L'avvocato Generale Piero Gaeta ha proseguito il suo intervento affrontando le questioni ancora aperte in tema di contestazioni a catena, premettendo che tali sono le ipotesi in cui i delitti oggetto della ordinanza cautelare cronologicamente posteriore siano stati commessi in data anteriore a quella di emissione della ordinanza cautelare; in caso contrario, difetterebbe lo stesso spazio logico per la "contestazione a catena" e per la rilevanza della disciplina della retrodatazione della decorrenza del termine di durata massima.

Analizza, quindi, la prima questione problematica relativa all'emissione, nello stesso procedimento, di più ordinanze che dispongono nei confronti di un imputato una misura custodiale per lo stesso fatto, diversamente circostanziato o qualificato, ipotesi assimilabile, a quella in cui le plurime ordinanze applicative di misure cautelari personali abbiano ad oggetto fatti-reato diversi, e tuttavia legati tra loro da concorso formale, continuazione o da connessione teleologica (casi di connessione qualificata).

Nei casi indicati troverà applicazione la disposizione dell'art. 297, comma 3, cod. proc. pen.

In una prima ipotesi, nel caso si sia operato nella seconda ordinanza per uno stesso fatto, sebbene diversamente circostanziato o qualificato, la retrodatazione della decorrenza dei termini di durata della misura successiva opererà automaticamente, indipendentemente dalla possibilità, al momento della emissione della prima ordinanza, di desumere dagli atti l'esistenza dei fatti oggetto delle ordinanze successive.

Nella seconda ipotesi, definita una "variante della prima", in cui viene in rilievo l'accertata esistenza, tra i fatti oggetto delle plurime ordinanze cautelari, di una connessione qualificata, trova applicazione la *regula iuris* del secondo periodo dell'art. 297, comma 3, cod. proc. pen.: la retrodatazione della decorrenza dei termini di durata massima della misura successivamente adottata opererà solo se i fatti oggetto di tali provvedimenti erano desumibili dagli atti già prima del momento in cui è intervenuto il rinvio a giudizio per i fatti oggetto della prima ordinanza.

La terza ipotesi, in cui tra i fatti oggetto dei due provvedimenti cautelari non esista alcuna forma di connessione qualificata, nella triplice declinazione del concorso formale, continuazione o del nesso teleologico, merita una più articolata ricostruzione.

La situazione era in realtà estranea in origine dall'ambito applicativo dell'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., e vi è rientrata per l'addizione normativa effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 408 del 2005, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 297, comma 3, del codice di procedura penale, «nella parte in cui non si applica anche a fatti diversi non connessi, quando risulti che gli elementi per emettere la nuova ordinanza erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente ordinanza».

La sentenza additiva della Corte costituzionale risultava, tuttavia, ambigua quanto all'estensione dell'addizione. Nel suo dispositivo vi era il riferimento ai "fatti diversi non connessi", senza tuttavia specificare se essi dovessero essere oggetto dello stesso procedimento o anche possibile oggetto di procedimenti diversi.

La necessaria delimitazione 'spaziale' della regola, in uno con la sua enunciazione sistematica, fu, quindi, opera delle Sezioni Unite Librato, decisione in cui si affermò il principio secondo cui « *quando in differenti procedimenti, non legati da connessione qualificata, vengono emesse più ordinanze cautelari per fatti diversi e gli elementi giustificativi della seconda erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della prima, è da ritenere che i termini della seconda ordinanza debbano decorrere dal giorno in cui è stata eseguita o notificata la prima, se i due procedimenti sono in corso davanti alla stessa autorità giudiziaria e la loro separazione può essere frutto di una scelta del pubblico ministero*».

Dunque, all'esito dell'intervento additivo della Corte Costituzionale e della sentenza delle Sezioni unite Librato, nel caso di successive ordinanze cautelari per fatti privi di connessione qualificata possono ricorrere due diverse situazioni: se le ordinanze sono state emesse nello stesso procedimento, la retrodatazione opera solo se al momento della emissione della prima ordinanza esistevano elementi idonei a giustificare la misura adottata con la seconda ordinanza; se i provvedimenti custodiali sono emessi in procedimenti formalmente differenti, perché operi l'effetto di retrodatazione sul modello dell'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., occorrono le seguenti condizioni: che i due procedimenti siano in corso dinanzi alla stessa autorità giudiziaria; che la separazione possa essere stata il frutto di una scelta del pubblico ministero; che al momento della emissione della prima ordinanza vi fossero gli elementi idonei a giustificare l'applicazione della misura disposta con la seconda ordinanza.

Dopo quest'inquadramento l'Avvocato generale ha proceduto ad analizzare ulteriori ipotesi problematiche.

In primo luogo, ha affrontato la questione dell'individuazione della "medesimezza del fatto", ancorché diversamente qualificato. Tema in cui vengono in rilievo il significativo contrasto inerente il rapporto tra più reati associativi contestati in sequenza, l'esatta lettura della c.d. regola dell'antecedenza, la problematica della contestazione 'aperta' elevata dal pubblico ministero e dei poteri riconosciuti al giudice di legittimità in proposito.

Nell'affrontare la problematica delle contestazioni di ipotesi associative in sequenza, ha evidenziato l'esistenza di letture disomogenee che vedono da un lato Cass., Sez. 5, Sentenza n. 3098 del 14/12/2005 Cc. (dep. 25/01/2006), Lanzino, Rv. 233746 -01 in forza della quale, in tema di c.d. contestazione a catena di plurimi reati associativi, non opera la disposizione dell'art. 297, comma terzo, cod. proc. pen., in riferimento a fatti successivi all'applicazione della prima misura cautelare tutte le volte in cui esiste (ed è contestata) anche una sola condotta di partecipazione successiva, da sola idonea ad integrare (autonomamente) l'ipotesi di cui all'art. 416-bis cod. pen.; dall'altro l'affermazione di segno esattamente opposto Sez. 6, Sentenza n. 25161 del 07/02/2008 Cc. (dep. 19/06/2008), Mucaj, Rv. 240319 - 01

L'avvocato generale si è altresì soffermato sul concetto di "desumibilità" di cui all'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., e sulle interpretazioni date dalla giurisprudenza in proposito.

Ha fatto cenno anche alla problematica della retrodatazione in sede di incidente cautelare, facendo riferimento alla pronuncia della Corte Costituzionale (sent. n. 293 del 2013), con la quale

è stata dichiarata *«l'illegittimità costituzionale dell'art. 309 del codice di procedura penale, in quanto interpretato nel senso che la deducibilità, nel procedimento di riesame, della retrodatazione della decorrenza dei termini di durata massima delle misure cautelari, prevista dall'art.297, comma 3, del medesimo codice, sia subordinata – oltre che alla condizione che, per effetto della retrodatazione, il termine sia già scaduto al momento dell'emissione dell'ordinanza cautelare impugnata – anche a quella che tutti gli elementi per la retrodatazione risultino da detta ordinanza»* ed al contenuto della giurisprudenza successiva che si è adeguata ai *dicta* del Giudice delle leggi.

Ha infine affrontato la tematica dei criteri di calcolo della retrodatazione soffermandosi in particolare sulla attualissima questione della fase processuale 'computabile' ai fini della sua applicazione.

Ha evidenziato che è ancora discussione se, in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, di cui all'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., debba essere effettuata frazionando la durata globale della custodia cautelare ed imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee. Problema rimasto irrisolto nonostante la pronuncia delle S.U. del 19 luglio 2018, n. 48109, Giorgi, che hanno infatti dichiarato inammissibile il ricorso, sulla base della constatazione che nella fattispecie in esame non potesse prospettarsi un problema di retrodatazione, anche in ragione del fatto che, per una diversa determinazione della data di cessazione della permanenza, venivano in rilievo apprezzamenti fattuali tali da eccedere la funzione propria del giudice di legittimità, cui non spetta alcun compito di riqualificazione del tempo del commesso reato.

L'avvocato Generale ha concluso il suo intervento, dopo aver dato brevemente conto delle opposte letture, sottolineando che i termini del contrasto rimangono attuali e che molti dei futuri indirizzi giurisprudenziali in tema di contestazioni a catena e retrodatazione dipenderanno dalla futura decisione che si riterrà di adottare in merito a questa problematica, che rappresenta ben più che un semplice questione di diritto, per le valenze di sistema e di valori coinvolti.

Ha concluso i lavori il **Consigliere della Corte di Cassazione Antonio Corbo**, il quale ha evidenziato che dagli interventi degli illustri relatori è emersa la chiara volontà del legislatore di rendere maggiormente effettivo l'onere motivazionale del giudice in relazione a tutti i profili rilevanti per l'applicazione di una misura cautelare, al fine di promuovere le soluzioni più attente ai principi costituzionali e, in particolare, al valore primario della libertà personale.