

Il decorso del tempo nel giudizio cautelare: l'attualità del pericolo di reiterazione e l'obbligo motivazionale.

di **Filippo Lombardi**

Sommario. 1. L'attualità del pericolo di reiterazione del reato dopo la Legge 47/2015. – 2. Obbligo motivazionale e rilevanza del decorso del tempo nel giudizio cautelare. – 3. Tempo e motivazione nel caso di istanza di revoca o sostituzione della misura.

1. L'attualità del pericolo di reiterazione del reato dopo la Legge 47/2015.

Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione torna sul dibattuto tema dell'attualità del pericolo di reiterazione del reato, requisito inserito nel tessuto semantico dell'art. 274, lett. c), c.p.p. dalla L. n. 47 del 2015, al fine di richiedere all'autorità giurisdizionale un più compiuto sforzo motivazionale nel giustificare il *periculum libertatis*¹.

D'altra parte, la novella persegue indirettamente, quantomeno con riguardo al rischio di ricaduta nell'illecito, lo scopo di prevenire una deriva nella compressione della libertà personale in una materia ove particolarmente affievolita è la strumentalità rispetto al procedimento penale parallelo, avendo l'esigenza cautelare di cui alla richiamata lett. c) un fine special-preventivo oltre che di tutela sociale².

In seguito all'innesto normativo, l'art. 274 cit. impone all'interprete di ricavare il pericolo *concreto e attuale* dalla valutazione di due fattori: le specifiche modalità e circostanze del fatto nonché la personalità del soggetto interessato, desunta, quest'ultima, da comportamenti o atti concreti -esulanti dalla commissione della condotta illecita³ - o dai precedenti penali, con la precisazione che il rischio menzionato non potrà discendere dalla sola gravità del *nomen iuris*.

¹ In questi termini, 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 proc.*, 2016, 4, 487 ss.

² S. TOGNAZZI, *Contrasti sul pericolo di commissione di reati: un tentativo di sintesi*, 2018, 12, p. 1598 ss.; P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, 1936, 21; P. CORSO, *Procedura penale*, Utet, 2015, 365; A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Utet, 2008, II, 71 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2017, p. 426.

³ A. MARI, *Prime osservazioni sulla riforma in materia di misure cautelari personali (l. 16 aprile 2015, n. 47)*, in *Cass. pen.*, 2015, 7-8, p. 2538B.

Orbene, quanto alla nozione di attualità, il panorama giurisprudenziale ha visto imporsi due orientamenti principali, formatisi all'indomani della novella del 2015⁴.

Una prima impostazione ha infatti differenziato i due requisiti della concretezza e dell'attualità del pericolo di recidiva, senza tuttavia negligenza l'intima connessione: il pericolo si dice *concreto* quando, in seguito ad una valorizzazione di elementi reali, non meramente congetturali, possa ritenersi altamente probabile che l'imputato torni a delinquere qualora se ne presenti l'occasione⁵; il pericolo è invece *attuale* nel caso in cui si preveda la genesi prossima di un'occasione per delinquere⁶. Questa posizione è stata valorizzata da una pronuncia delle Sezioni unite le quali, pur decidendo una questione diversa attinente alla scelta della misura cautelare in caso di indisponibilità del braccialetto elettronico, hanno colto l'occasione per precisare che il pericolo di reiterazione è attuale quando si può fondatamente pronosticare la presenza di occasioni prossime al reato⁷.

Il legame tra i due concetti risiede nel fatto che entrambe le valutazioni traggono spunto dai medesimi indici rivelatori del pericolo, e tuttavia si tratta di giudizi autonomi, non sovrapponibili né traibili l'uno dall'altro⁸, la concretezza dipendendo dalla realtà del pericolo, agganciato a elementi fattuali (oggettivi) o personali (soggettivi) specifici, l'attualità colorandosi dell'imminenza della circostanza criminogena.

La diversa opzione ermeneutica⁹, cui il Collegio aderisce con la pronuncia in commento, sostiene che esula dalle facoltà del giudice ricercare la specifica opportunità o occasione di recidivanza, dovendo invece l'interprete limitarsi ad attestare, in base all'analisi di elementi indicativi recenti, la continuità del *periculum libertatis* e, così, il rischio di reiterazione¹⁰.

Osserviamo infatti che la prognosi sull'occasione per commettere un delitto richiede molto spesso la disponibilità di informazioni ed elementi esogeni

⁴ C. GATTO, *Misure cautelari. Il pericolo di reiterazione del reato può desumersi dal post su Facebook*, in *Il Penalista*, 13 marzo 2018.

⁵ Cass. sez. I, 5 novembre 1992, n. 4534 in C.E.D. Cass., n. 192651.

⁶ Cass. sez. VI, 4 maggio 2016, n. 24476, in CED Cass., n. 266999; Cass. sez. VI, 4 maggio 2016, n. 24477, in CED Cass., n. 267091; Cass. sez. III, 24 aprile 2018, n. 34154, in CED Cass., n. 273674.

⁷ Sez. un., 28 aprile 2016, n. 20769, Lovisi, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3116, con nota di BASSI, *Il braccialetto elettronico fra luci e ombre*.

⁸ L. IANDOLO, *I rafforzati criteri per l'effettiva valutazione di pericolosità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1, p. 53; L. GIULIANI, *Sull'attualità del pericolo di reiterazione del reato*, in *Cass. pen.*, 2019, 5-6, p. 1935 ss.

⁹ Cass. sez. II, 31 marzo 2016, n. 26093, in CED Cass. n. 267264; v. per un primo commento alla pronuncia, V. MARZUCCO, *Attualità del pericolo di reiterazione: superato l'indirizzo ermeneutico richiedente la specifica occasione per compiere ulteriori delitti*, in *Diritto & Giustizia*, 2020, 128, p. 7.

¹⁰ C. RIZZO, *L'attualità del pericolo di reiterazione del reato nell'art. 274 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2019, 11, p. 4033 ss.

difficilmente conoscibili e decifrabili, al fine di prefigurarsi il contesto spazio-temporale prossimo in cui l'illecito può estrinsecarsi; non si può infatti negare che il pericolo di reiterazione potrebbe di fatto incentrarsi sulla capacità e sulla propensione della persona a ricercare o generare occasioni per l'illecito, senza che queste si palesino *ex ante* all'interprete. Tanto porta a ritenere che, più che esulare dalle facoltà del giudice ricercare la specifica occasione per la commissione di ulteriori illeciti, tale profilo speculativo esorbita molto spesso dalle stesse capacità del giudice; non si vede infatti il motivo per cui, se quest'ultimo è concretamente in possesso di specifiche informazioni che delineino l'occasione per delinquere, non possa utilizzarle per il vaglio di pericolosità.

La lettura della sedimentata evoluzione giurisprudenziale¹¹, che ha preso le mosse dalle embrionali coordinate legislative sul punto, consente di richiamare una molteplicità di indici sintomatici utilizzabili ai fini del giudizio sulla esistenza del pericolo concreto ed attuale: *a)* le modalità di realizzazione della condotta criminosa; *b)* la sua reiterazione nel tempo o comunque il profilo della sua durata; *c)* il contesto di svolgimento dell'azione delittuosa; *d)* la personalità dell'indagato e le condizioni di vita di quest'ultimo quali ad esempio l'esistenza di un impiego lavorativo e la sussistenza di riferimenti spaziali certi in cui egli vive; *e)* in generale, il contesto socio-ambientale in cui l'agente si troverebbe ove non sottoposto al presidio cautelare; *f)* la gravità del fatto; *g)* la capacità di programmazione dell'illecito; *h)* l'inserimento in un più ampio contesto o in una organizzazione criminale; *i)* la spregiudicatezza e l'insensibilità al richiamo o ai provvedimenti dell'Autorità.

2. Obbligo motivazionale e rilevanza del decorso del tempo nel giudizio cautelare.

Rammenta la Corte come la solidità e l'approfondimento della struttura argomentativa debbano essere tanto più intensi ed ampi quanto maggiore sia la distanza temporale tra il fatto e il giudizio cautelare¹². Da questo

¹¹ Cass. sez. II, 14 aprile 2016, n. 18745, in CED Cass. n. 266749; Cass. sez. II, 7 settembre 2016, n. 47891, in CED Cass. n. 268366; Cass. sez. II, 8 settembre 2016, n. 53645, in CED Cass. n. 268977; Cass. sez. II, 13 settembre 2016, n. 44946, in CED Cass. n. 267965; Cass. sez. II, 19 ottobre 2016, n. 47619, in CED Cass. n. 268508; Cass. sez. II, 14 dicembre 2016 (dep. 2017), n. 11511, in CED Cass., n. 269684; Cass. sez. V, 3 maggio 2017, n. 33004, in CED Cass. n. 271216; Cass. sez. II, 18 settembre 2018, n. 55216, in CED Cass., n. 274085.

¹² L. PIRAS, *Sulla motivazione del pericolo di reiterazione di condotte criminose*, in *Dir. e giust.*, 2016, 9, p. 40; A. FERRETTI, *L'ordinanza cautelare non deve necessariamente motivare in ordine alla rilevanza del tempo trascorso dalla commissione del fatto*, in *Dir. e giust.*, 2016, 1, p. 28 ss., rammenta come tale stringente onere motivazionale non riguardi, eccezionalmente, i casi di cui all'art. 275 co. 3 c.p.p., in quanto per tali reati vale la presunzione di cui al predetto art. 275 c.p.p. che impone di ritenere sussistenti le esigenze cautelari salvo prova contraria, fermo restando che il *tempus commissi delicti* può costituire un elemento specifico dal quale

assunto, non può che dedursi la tendenziale capacità del dato cronologico di affievolire le esigenze cautelari, circostanza cui è possibile far fronte con un impianto motivazionale appropriato che rappresenti elementi vettorialmente opposti¹³; secondo alcuni commentatori, infatti, l'attualità costituisce il perno fondamentale su cui ruota la novella del 2015, e impone, laddove sia trascorso un ampio lasso di tempo dalla data di commissione del fatto, «*una particolare attenzione ed un obbligo di motivare analiticamente le eventuali ragioni per cui si ritiene che tale fattore non abbia inciso elidendo o attenuando le esigenze cautelari*»¹⁴.

D'altronde, che il tempo decorso dai fatti non sia disdegnabile si evince dall'art. 292 c.p.p., che impone al giudice che applica la misura di tenere in conto il tempo trascorso dalla commissione del reato.

Pertanto, nel momento di emissione dell'ordinanza cautelare genetica, il dettato di cui all'art. 274 lett. c.), c.p.p. e quello di cui all'art. 292 co. 2 c.p.p. parrebbero lati della stessa medaglia¹⁵, poiché rappresenterebbero la necessità per il giudice di attualizzare la verifica cautelare, andando a sondare se gli elementi concreti agganciabili a momenti antecedenti al giudizio sopravvivano al tempo e possano dirsi ancora forieri di un rischio di reiterazione di reati laddove non venga imposta la limitazione della libertà personale.

Si tratta di un vaglio che pone a confronto gli elementi a carico forniti dalla pubblica accusa con un elemento presumibilmente a scarico, quale è il fattore tempo.

La giurisprudenza più accorsata ha poi differenziato il profilo temporale nel giudizio cautelare che intervenga, successivamente, a fronte di una istanza di revoca o modifica della misura.

Ha infatti sancito che il c.d. "*tempo silente*" trascorso dalla commissione del reato deve essere oggetto di valutazione, a norma dell'art. 292, comma 1, lett. c), c.p.p., da parte del giudice che emette l'ordinanza genetica, mentre analogo valutazione non è richiesta dall'art. 299 c.p.p. ai fini della revoca o della sostituzione della misura, rispetto alle quali l'unico tempo che assume rilievo è quello trascorso dall'applicazione o dall'esecuzione della misura, essendo esso qualificabile, in presenza di ulteriori elementi, come fatto sopravvenuto da cui poter desumere il venir meno ovvero l'attenuazione delle originarie esigenze cautelari¹⁶.

desumere l'insussistenza delle esigenze cautelari; in giurisprudenza, v. Cass. sez. V, 19 novembre 2018 (dep. 2019), n. 11250, in CED Cass., n. 277242.

¹³ A. MACRILLÒ, *Il pericolo di reiterazione*, cit., p. 487 ss.

¹⁴ C. DE ROBBIO, *Misure cautelari per reati commessi con violenza alla persona: conseguenze della mancata presentazione di osservazioni all'istanza di revoca della p.o.*, in *Il Penalista*, 3 dicembre 2019.

¹⁵ L. GIULIANI, *op. ult. cit.*

¹⁶ Cass. sez. II, 19 febbraio 2020, n. 12807, in CED Cass., n. 278999.

Si precisa inoltre che non può costituire “*ulteriore elemento*” di cui sopra l’assenza di trasgressioni della misura in atto, rappresentando il tempo decorso e il comportamento corretto gli sviluppi fisiologici dell’esecuzione cautelare, non attestando *ex se* la cessazione delle esigenze *ex art. 274 c.p.p.*¹⁷; occorre pertanto, ai fini della caducazione o dell’attenuazione del presidio cautelare, che il decorso del tempo e il comportamento ossequioso delle prescrizioni si aggancino ad altri elementi positivi o comunque alla corrosione degli elementi posti a base del pericolo.

Nella prassi giudiziaria, buona parte delle istanze cautelari migliorative si fonda esclusivamente sui due fattori, cronologico e comportamentale, cennati; nonostante siano insufficienti per la giurisprudenza dominante, i motivi inerenti al decorso del tempo e al comportamento corretto del soggetto sottoposto trovano una propria logica di fondo.

Sebbene il discorso vada certamente calibrato sulle diverse tipologie di misure adottabili, il decorso del tempo può consentire in diversi casi sia l’allontanamento dell’individuo da contesti criminosi (operando sul piano oggettivo), sia la sua resipiscenza (rilevando sul piano soggettivo), specie nel caso in cui costui sia privo di una pregressa storia criminale e il reato sia occasionale.

D’altronde, la capacità del tempo di stemperare l’impulso criminoso è evincibile anche da alcune norme di diritto sostanziale, in particolare dalle circostanze della premeditazione e della provocazione. Quanto alla prima, il decorso del tempo influisce sulla configurazione dell’aggravante, qualora il reo non lo abbia sfruttato per recedere dal proposito criminoso; quanto alla seconda, l’insufficienza del tempo a metabolizzare l’ingiustizia subita giustifica l’applicazione dell’attenuante¹⁸.

In entrambi i casi, assistiamo dunque ad una concezione del tempo come fattore di assopimento del moto interiore volto alla realizzazione di illeciti.

Dal punto di vista normativo, una lettura sistemica delle regole in materia cautelare consente di ricavare il generale principio informatore secondo cui il decorso del tempo è fattore da prendere in debita considerazione nel giudizio, sia al momento genetico della misura, ai sensi degli artt. 274 e 292 c.p.p., sia al momento della richiesta di revoca o modifica, ove ritorna in maniera imponente il concetto di attualità *ex art. 274 cit.*

¹⁷ Cass. sez. V, 14 giugno 2018, n. 45843, in CED Cass., n. 274133.

¹⁸ Per un’analisi degli elementi strutturali di entrambe le circostanze, e dei rapporti tra le medesime, si consenta il rinvio a F. LOMBARDI, *L’attenuante della provocazione: elementi strutturali e rilevanza del decorso del tempo*, in *Cass. pen.*, 2015, 4, p. 1461 e ss.

3. Tempo e motivazione nel caso di istanza di revoca o sostituzione della misura.

Nel caso di istanza migliorativa ai sensi dell'art. 299 c.p.p., vige il principio per cui l'indagato ha l'onere di specificare le ragioni per le quali la misura cautelare deve essere revocata o modificata e di indicare la nuova situazione di fatto o di diritto che può giustificare la revoca o la modifica¹⁹.

Consegue che, se l'istanza viene esclusivamente fondata sul tempo trascorso e sul corretto comportamento tenuto, essa appare *prima facie* inidonea a sortire l'effetto favorevole sperato.

Pare comunque opportuno, ai fini della migliore tenuta argomentativa, che il giudice – nel caso di rigetto – motivi in ordine alla sussistenza dei fattori opposti, originari o sopravvenuti, che siano in grado di slatentizzare la pericolosità del soggetto cui afferiscono; e cioè riferisca i motivi per cui gli originari elementi posti a sostegno della ordinanza genetica vadano riconfermati, o dia atto, eventualmente, di fattori sopravvenuti che li suffragano.

Infatti, una parte della giurisprudenza, antecedente alla novella del 2015, ha sancito che, «a fronte di una richiesta di sostituzione della misura in essere che si richiami alla lontananza nel tempo dei fatti-reato, va autonomamente apprezzato se tale fattore abbia assunto una sinergica incidenza in senso attenuante della pericolosità sociale del prevenuto. Né può ritenersi che la valutazione già compiuta dal giudice che ha emesso il provvedimento ed eventualmente anche dal Tribunale del riesame che quello ha confermato consegna tale elemento ad una definitiva irrilevanza; poiché è palese che la lontananza nel tempo del fatto-reato può assumere valore esplicativo progressivamente maggiore man mano che anche il periodo di carcerazione subita vada ampliandosi, potendo dare dimostrazione dell'insorgenza di mutamenti delle scelte personali del prevenuto che devono trovare corrispondenza nel regime cautelare»²⁰.

In linea con questo filone giurisprudenziale, il profilo della intrinseca rilevanza del decorso del tempo, agganciato alle possibilità di avulsione del soggetto dal contesto criminale e alle sue capacità di resipiscenza, potrebbe essere recuperato, se non sul piano della diretta incidenza sulla cessazione/attenuazione delle esigenze cautelari (negata dalla giurisprudenza dominante), sul versante motivazionale²¹, per cui il giudice

¹⁹ Cass. sez. I, 19 maggio 1994, n. 2378, in CED Cass.. n. 198893.

²⁰ Cass. sez. IV, 21 novembre 2013, n. 49112, in CED Cass., n. 257880.

²¹ I. CIRINO GROCCIA, *Misure cautelari personali e obbligo di motivazione sul concreto e attuale pericolo di recidiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 9, p. 1173 ss.; Cass., Sez. VI, 26 novembre 2014, n. 52404, in CED, n. 261670; Cass. Sez. III, 15 dicembre 1997, Di Giorgio, in *Cass. pen.*, 1999, p. 587, con nota di D. POTETTI, *Aspetti rilevanti del «fattore tempo» nell'ambito delle misure cautelari personali*; M. SBEZZI, *Il valore probatorio del "passare del tempo" nella scelta della misura cautelare*, in *Il Penalista*, 19 febbraio 2016.

non potrebbe limitarsi a dare atto dell'assenza di *nova* propugnati nell'istanza cautelare, ma dovrebbe realizzare uno sforzo argomentativo maggiore riattualizzando gli elementi posti a base della misura e/o rinvenendone di ulteriori.

Messa in questi termini, l'attualità pare, prima che un connotato del pericolo, il complemento temporale della concretezza²², nella misura in cui assume il predominante ruolo di *attualizzare* gli elementi di fatto da cui traspare, concretamente, il rischio di recidiva, in particolare nel caso di giudizio cautelare innescato dopo lungo tempo dall'emissione della primigenia ordinanza applicativa; ad ogni modo, rischia – come ben notato da alcuni commentatori²³ – di costituire una superfetazione della intrinseca nozione di pericolo, che già suggerisce etimologicamente l'imminenza, o una ripetizione pleonastica del criterio temporale già evincibile dall'art. 292 c.p.p.

Per meglio dire, l'attualità è espressione del giudizio di persistenza degli elementi concreti che inducono l'applicazione o il mantenimento del presidio cautelare, secondo un giudizio controfattuale che si svolge mediante l'eliminazione mentale del limite alla libertà onde verificarne le possibili conseguenze.

Nel giudizio cautelare successivo, teso alla revoca o modifica della misura, come può accadere una volta giunti in dibattimento a fronte di un presidio cautelare istituito in sede di indagini, il momento dell'attualizzazione è particolarmente complesso, in quanto, a distanza di tempo dalla genesi della misura, e ancor di più dalla commissione del fatto illecito, occorrerà verificare la *persistenza* degli elementi giustificativi dell'ordinanza cautelare originaria, e in particolare la loro capacità di innescare, ancora, il pericolo di reiterazione senza essere neutralizzati da elementi sopravvenuti; ciò a fronte di istanze cautelari che, per la maggior parte, fanno leva sulla autonomia funzionale del decorso del tempo.

È evidente che, a distanza dai fatti e dall'ordinanza applicativa, la scelta della nozione di *attualità del pericolo* appare foriera di importanti conseguenze per il vaglio giudiziale.

Se si aderisce all'orientamento che invoca l'incipienza di una vera e propria occasione per delinquere, il giudizio volgerà più agevolmente verso la revoca

²² C. CARVELLI, *Criteri di scelta delle misure custodiali dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 47 del 2015*, in *Cass. pen.*, 2016, 2, p. 627.

²³ L. GIULIANI, *Sull'attualità del pericolo*, cit., p.; in giurisprudenza, Cass., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, in C.E.D. Cass., n. 265985; Cass. sez. VI, 15 settembre 2015, n. 40978, *ivi*, n. 264657; Cass. sez. VI, 1 ottobre 2015, n. 44605, *ivi*, n. 265350; Cass. sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 50027, in *Guida dir.*, 2016, n. 9, p. 65. In dottrina si è sostenuto che un pericolo non attuale non può essere concreto, e pertanto attualità e concretezza costituirebbero una diade per certi versi osmotica, v. A. GASPARI, voce *Misure cautelari personali*, in *Dig. pen.*, 2000, p. 471; E.N. LA ROCCA, *Misure cautelari (profili innovativi)*, in *Dig. pen.*, IX Agg., Giuffrè, 2016, p. 466.



o la modifica della misura, salvo che al momento della ricezione dell'istanza cautelare si palesino contesti propizi per la reiterazione del crimine.

Se invece si aderisce al diverso orientamento che si accontenta della persistenza del *periculum libertatis*, il giudizio cautelare, nella prassi, dimostrerà una maggiore resistenza all'accoglimento della richiesta migliorativa, essendo il controllo del giudice volto essenzialmente a sondare la sopravvivenza degli elementi concreti che avevano giustificato l'adozione della misura e la sopravvenienza di elementi nuovi che elidano le condizioni soggettive e oggettive poste dal primo giudice a fondamento della misura. In presenza dei primi e in difetto dei secondi, il profilo del decorso del tempo sarà argomento recessivo, superabile dall'apparato motivazionale.