



3/2018

MOTIVAZIONE DELL'ORDINANZA DI CUSTODIA CAUTELARE E PERICOLO DI RECIDIVA: LA CORTE DI CASSAZIONE CONFERMA LE PROPRIE POSIZIONI

Nota a [Cass., Sez. III, sent. 17 novembre 2016 \(dep. 16 gennaio 2017\),
n. 1783, Pres. Rosi, Est. Gai](#)

di Damiano Giunti

Abstract. Il presente lavoro si propone di esaminare la sentenza n. 1783/2017 della Corte di Cassazione. In tale pronuncia, il Supremo Collegio ha confermato la lettura, da tempo dominante, secondo cui la L. n. 47/2015, in materia di motivazione cautelare, si sarebbe limitata a “codificare” gli arresti della passata giurisprudenza, che riconoscevano al Tribunale del riesame il potere di annullare l’ordinanza solo ove fosse affetta dalla mancanza, “formale” o “sostanziale”, del compendio argomentativo. Una simile conclusione, tuttavia, lascia irrisolte alcune problematiche, superabili solo aderendo alle posizioni della dottrina più garantista, che estende l’annullamento ai casi di motivazione incompleta, illogica o contraddittoria.

SOMMARIO: 1. La riforma delle misure cautelari: le novità in punto di pericolo di recidiva e di motivazione dell’ordinanza *de libertate*. – 2. La questione affrontata dalla Suprema Corte. – 3. L’ordinanza del Tribunale del riesame. – 4. I motivi a sostegno del ricorso per cassazione. – 5. Il *decisum* della Suprema Corte. – 5.1. Motivazione *per relationem* e gravi indizi di colpevolezza del delitto di pornografia minorile. 5.2. – Motivazione dell’ordinanza *de libertate* sui gravi indizi di colpevolezza dei delitti di spaccio e prostituzione minorile. – 5.3. Carezza di motivazione in punto di attualità e concretezza del pericolo di recidiva. – 6. Riflessioni conclusive

1. La riforma delle misure cautelari: le novità in punto di pericolo di recidiva e di motivazione dell’ordinanza *de libertate*.

Con la sentenza n. 1783/2017¹, la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi in tema di motivazione dell’ordinanza *de libertate* dopo l’entrata in vigore della legge n.

¹ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, in CED, rv. 269412.

47/2015²; intervento che ha profondamente rivoluzionato la disciplina delle misure cautelari contenuta nel codice di rito.

Tra gli obiettivi della novella vi rientra quello di arginare la prassi delle c.d. ordinanze “copia-incolla”, ovvero di quei provvedimenti solo apparentemente motivati, nei quali il giudice, attraverso delle mere formule di stile, si limita a rinviare o a recepire «*per incorporantionem*»³ la ricostruzione offerta dalla pubblica accusa, senza effettuare un’ autonoma valutazione degli elementi indicati a sostegno della richiesta.

Tale tematica ha sempre destato particolare interesse in dottrina: la motivazione dell’ordinanza cautelare, difatti, costituisce uno «snodo fondamentale»⁴ per il processo penale, giacché consente al destinatario di conoscere le ragioni a sostegno della misura, in modo da organizzare la propria difesa ed accedere consapevolmente ai mezzi di impugnazione.

L’obbligo per il giudice di motivare il provvedimento *de libertate* trova espresso riconoscimento sia nelle fonti nazionali (artt. 111, comma 6 e 13, comma 2, Cost., che lo elevano a principio di rango costituzionale, ed artt. 125, comma 3 e 292, comma 2, lett. c e c bis, c.p.p.) sia nelle fonti sovranazionali (e, in particolare, nell’art. 5, § 2, CEDU). Più in generale, l’obbligo per il giudicante di motivare le proprie statuizioni «affonda le [...] radici nell’ideologia illuminista» ed «identifica un momento fondamentale della moderna civiltà giuridica»⁵, poiché svolge la funzione di prevenire possibili arbitrii da parte del potere giudiziario, costringendo il giudice a “meditare” accuratamente la decisione e a darne conto in maniera esauriente, cosicché il destinatario possa

² L. 16 aprile 2015, n. 47, *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*, in G.U. 23 aprile 2015, n. 94. Con essa il legislatore ha profondamente modificato la disciplina delle misure cautelari personali, inserita all’interno del Libro IV, Titolo I del codice di rito. La riforma si pone sulla scia dei ripetuti interventi legislativi che hanno recentemente interessato la materia in esame, tesi a limitare il ricorso alla misura estrema allo scopo di ridurre la popolazione carceraria. Tali modifiche sono state emanate sulla spinta della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo Torreggiani contro Italia, con la quale i giudici di Strasburgo hanno condannato il nostro Paese per avere violato, in maniera sistemica e perdurante, il divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all’art. 3, CEDU a causa del sovraffollamento carcerario (v. Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, con nota di F. VIGANÒ, [Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno](#), in questa Rivista, 9 gennaio 2013).

³ E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. pen.*, 1/2014, p. 17; A. GUERRERIO, *La motivazione dell’ordinanza cautelare personale dopo la legge 16 aprile 2015, n. 47: qualcosa è cambiato?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 6/2016, p. 580.

⁴ B. GIANGIACOMO, *La struttura della motivazione nei provvedimenti giudiziari limitativi della libertà personale*, in www.associazionemagistrati.it.

⁵ F. NUZZO, *Appunti sul potere di integrare la motivazione dell’ordinanza cautelare in sede di riesame*, nota a *Cass. pen.*, sez. VI, 6 giugno 2012, n. 22327, in *Arch. nuova proc. pen.*, 6/2012, p. 658. A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 110 definisce la motivazione «la garanzia delle garanzie».

comprendere l'iter logico che la sostiene⁶. «La controllabilità della giustificazione», invero, costituisce «condizione necessaria della razionalità del risultato decisorio»⁷.

Al fine di rafforzare l'obbligo di motivazione in materia cautelare, il legislatore dapprima è intervenuto con la L. n. 332/1995⁸, la quale, prescrivendo nuovi requisiti diretti ad integrare il contenuto dell'ordinanza, ha tentato di rendere «la motivazione più puntuale, articolata e cogente»⁹, in modo da conformarla, sebbene con alcuni accorgimenti, al modello legale delineato dall'art. 546, c.p.p. per la sentenza¹⁰.

Nonostante il diverso orizzonte tracciato dal legislatore, però, parte della giurisprudenza, animata da un inconscio di matrice inquisitoria¹¹, ha continuato a prediligere un approccio meno garantista, volto a salvaguardare le ordinanze prive di adeguata motivazione oppure giustificate solo apparentemente, giacché sprovviste di un'autonoma valutazione dei presupposti applicativi della misura, o addirittura completamente "appiattite" sulla richiesta formulata dall'autorità inquirente; un'impostazione osteggiata anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹², la quale ha escluso categoricamente la possibilità di porre restrizioni alla libertà personale «sulla scorta di provvedimenti ancorati a motivazioni stereotipate»¹³.

⁶ In tema di motivazione del provvedimento giurisdizionale si vedano E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 186 ss. e F. M. IACOVIELLO, *voce Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 760 ss.; M. MASSA, *Motivazione (motivazione della sentenza)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, Treccani, 1992, p. 1 ss. Sul rapporto tra motivazione del provvedimento giurisdizionale e diritto di difesa G. VERRINA, *Sulla motivazione dell'ordinanza de libertate*, nota a Cass. pen., sez. III, n. 3576, in *Giur. it.*, 1996, p. 441; M. TARUFFO, *L'obbligo della motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1974, p. 265; A. MAZZARRA, *Sulla motivazione immediata delle ordinanze de libertate*, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 651.

⁷ E. N. LA ROCCA, *In tema di requisiti minimi per la motivazione delle decisioni cautelari*, nota a Cass. pen., sez. VI, 8 giugno 2012, n. 22327, cit., in *Giur. it.*, 2013, p. 171. Si è osservato come il codice Vassalli manifesti «una tendenza a fare dell'atto motivato il tessuto connettivo della logica al sistema». Così A. CONFALONIERI, *Requisiti essenziali della motivazione nelle decisioni del tribunale delle libertà*, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 93; in tal senso, si veda anche A. CRISTIANI, *Profili evolutivi del principio di motivazione nel nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945 - 1990. Studi in onore di G. Vassalli*, II, Milano, Giuffrè, 1992, p. 419.

⁸ L. 8 agosto 1995 n. 332, *Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari, di diritto di difesa*, in G.U. 8 agosto 1995, n. 184.

⁹ E. TURCO, *La motivazione dell'ordinanza di riesame: limiti al potere di integrazione*, in *Cass. pen.*, 11/2001, p. 3102.

¹⁰ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ed. XVII, Milano, Giuffrè, 2016, p. 456; E. N. LA ROCCA, *In tema di requisiti minimi*, cit. 173; F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 310: l'Autore definisce il modello di motivazione scelto dal codice di «grande complessità», giacché, oltre ad indicare le fonti di prova, le informazioni probatorie e i criteri di inferenza utilizzati, «opera un confronto dialettico fra le ipotesi antagoniste saggiando il relativo grado di probabilità logica».

¹¹ E. AMODIO, *Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 3, 2013, p. 2; M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti tra annullamento e integrazione dell'ordinanza cautelare genetica*, in *Proc. pen. e giust.*, 2/2016, p. 91. Si veda anche G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 55. Evidenza come «l'inconscio inquisitorio» continuasse a pervadere la gestione delle misure cautelari A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale come forma di anticipazione della pena*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, p. 58.

¹² *Ex pluris*, C. EDU, sent. 23 maggio 2006, Ceylan c. Turchia, in *Dir. pen. e processo*, 2006, p. 915; C. EDU, sent. 27 febbraio 2001, Ciek c. Turchia, *Legisl. pen.*, 2001, p. 1095.

¹³ E. N. LA ROCCA, *In tema di requisiti minimi*, cit., p. 173.

Proprio la necessità di porre un argine alle “storture” della prassi applicativa ha reso necessaria la L. n. 47/2015, il cui intento è stato quello, da un lato, di ridurre drasticamente il ricorso allo strumento cautelare, e segnatamente alla custodia in carcere¹⁴; dall’altro, di responsabilizzare il giudice chiamato ad applicare la misura, ponendo a carico del medesimo un «rinforzato onere della motivazione»¹⁵, presidiato da poteri di controllo in sede di riesame più ampi rispetto al passato¹⁶. Per conseguire tali obiettivi, innanzitutto, il legislatore è intervenuto mediante un «duplice e “simmetrico” intervento» sull’art. 274, c.p.p.¹⁷, armonizzando il testo delle lett. *b* e *c* con quello della lett. *a*¹⁸; disposizione che, già dopo la modifica ad opera della L. n. 332/1995, subordinava l’applicazione della misura cautelare all’esistenza di situazioni di «concreto e attuale pericolo per l’acquisizione o la genuinità della prova». A seguito della riforma, dunque, anche il pericolo di fuga (lett. *b*) e quello di recidiva (lett. *c*) debbono essere “concreti” ed “attuali”¹⁹; presupposto che limita profondamente «la discrezionalità del giudice nella valutazione delle esigenze cautelari»²⁰ e consente di ovviare agli abusi della prassi applicativa, recependo così le indicazioni della dottrina²¹ e della giurisprudenza più garantista²².

¹⁴ In questo senso G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3/2015, p. 1130; D. CHINNICI – D. NEGRI – E. N. LA ROCCA – F. MORELLI, *Le misure cautelari nella strategia del «minimo sacrificio necessario»* (legge 16 aprile 2015, n. 47), D. CHINNICI (a cura di), Roma, Dike Edizione giuridica, 2015, *passim*.

¹⁵ G. SPANGHER, [Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 5.

¹⁶ Si allude alla modifica che ha investito l’art. 309, comma 9, c.p.p.

¹⁷ V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari, Relazione dell'Ufficio del Massimario del 6 maggio 2015](#), in questa *Rivista*, 7 maggio 2015, p. 4.

¹⁸ 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*, nota a *Cass. pen.*, sez. III, 16 novembre 2016, n. 45512 e *Cass. pen.*, sez. III, 12 novembre 2015, n. 4528, in *Dir. pen. e processo*, 4/2016, p. 494.

¹⁹ Più nel dettaglio, l’art. 274, comma 1, lett. *c*, c.p.p. fa riferimento al pericolo che l’imputato commetta una serie di «gravi delitti» espressamente indicati dalla norma ovvero delitti «della stessa specie di quello per cui si procede». La disposizione indica, inoltre, gli elementi di cui il giudice deve tenere conto per valutare la sussistenza del *periculum*. Essi sono: «le modalità» e le «circostanze del fatto» nonché «la personalità» del soggetto, «desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali».

²⁰ C. ANDREUCCIOLI, *Nota breve del Servizio Studi del Senato sul Disegno di legge n. 1232-B: “Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche all’ordinamento penitenziario in materia di visita a persone affette da handicap grave”*, 43/2015, p. 1; P. BORRELLI, [Una prima lettura delle novità della legge 47/2015 in tema di misure cautelari personali](#), in questa *Rivista*, 3 giugno 2015, p. 2.

²¹ A sostegno di una lettura che già prima della L. n. 47 affiancava al canone della concretezza quello di attualità del pericolo di fuga e di recidiva, V. AIUTI, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale* (commento agli artt. 1 e 2, L. n. 47/2015), in [www.la legislazione penale.eu](#), 2015, p. 4. In senso analogo, P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 4. Sul punto si veda anche G. GIOSTRA, *Sul vizio di motivazione dell’ordinanza cautelare ovvero sul degrado della tecnica legislativa*, in *Cass. pen.*, fasc. 9/1995, p. 2428.

²² In giurisprudenza, prima della riforma *Cass. pen.*, sez. VI, 26 novembre 2014, n. 52404, in *CED*, rv. 261670; *Cass. pen.*, sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11633, in *ivi*, rv. 252308. In senso analogo, *Cass.*, pen., sez. II, 8 maggio 2008, n. 21564, in *ivi*, rv. 240112; *Cass. pen.*, sez. VI, 10 giugno 2009, n. 27865, in *ivi*, rv. 244417; solo incidentalmente *Cass. pen.*, sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538 in *Corr. mer.*, fasc. 1/2010, p. 76, con nota di P. PICCIALLI, *La ritardata iscrizione della “notitia criminis” e potere di retrodatazione del giudice*, e in *Giur. it.*, fasc. 6/2010, p. 1401, con nota di F. FALATO, *Gli effetti dell’inosservanza dell’obbligo di iscrizione*, in *ivi*, fasc. 10/2010,

Parallelamente, la novella ha introdotto il divieto per il giudice di desumere le situazioni di «concreto e attuale pericolo» appena descritte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede» (art. 274, comma 1, lett. *b* e *c*, c.p.p.)²³. La *ratio* dell'intervento consiste nella necessità di prevenire il rischio che la valutazione dei *pericula* venga assorbita da quella dei gravi indizi di colpevolezza; un'eventualità non remota a causa della tendenza, registrata nella preesistente prassi giudiziaria, di adottare ordinanze cautelari che «lasciavano spesso a desiderare» giacché sorrette da motivazioni apodittiche o che omettevano di considerare una serie di circostanze favorevoli all'imputato²⁴. Ciò accadeva, in particolare, con riferimento al pericolo di recidiva: in passato il giudice, animato ancora da un «inconscio inquisitorio»²⁵, si approcciava a questa esigenza cautelare «come se si trovasse di fronte un presunto colpevole», finendo per ricavare il *periculum* dalla sola sussistenza di gravi indizi di colpevolezza di un delitto grave²⁶. Cosicché, il giudice, per il solo fatto che il soggetto fosse accusato di un reato simile, finiva per considerarlo pericoloso e, dunque, meritevole di essere sottoposto a restrizione della libertà personale²⁷.

Un'altra modifica di «estremo interesse»²⁸ ha riguardato l'art. 292, comma 2, lett. *c* e *c bis* c.p.p.²⁹. La nuova disposizione prevede che l'ordinanza cautelare debba contenere, a pena di nullità³⁰, non solo «l'esposizione» ma anche «l'autonoma

p. 2167 ss., con nota di R. DEL COCO, *Tempestività nell'iscrizione della notitia criminis: il difficile bilanciamento tra poteri del P.M. e controllo giurisdizionale*, in *Riv. Dir. proc. pen.*, fasc. 1/2010, p. 425, con nota di E. GUIDO, *Disfunzioni e possibili rimedi in tema di durata delle indagini preliminari: a proposito del sindacato giurisdizionale sulla tempestività dell'iscrizione della notitia criminis*; Cass. pen., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 24478, in *CED*, rv. 263722. Con riferimento alla giurisprudenza successiva alla novella, Cass., pen., sez. VI, 4 novembre 2015, n. 44605, in *ivi*, rv. 265350; Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2016, n. 12816, in *ivi*, rv. 266515; Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2016, n. 12921, in *ivi*, rv. 266425; Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2015, n. 43083, in *ivi*, rv. 264902.

²³ Il richiamo al «titolo di reato per cui si procede» deve essere letto facendo riferimento «alla fattispecie incriminatrice astratta contestata nel procedimento». In tal senso, V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 7. Sul punto, si veda anche P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 14.

²⁴ R. BRICCHETTI R. – L. PISTORELLI, *Al pericolo concreto si aggiunge il canone della attualità*, in *Guida dir.*, 20/2015, p. 40.

²⁵ L'affermazione è presa in prestito da A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale*, cit., p. 58.

²⁶ R. BRICCHETTI R. – L. PISTORELLI, *Al pericolo concreto*, cit., p. 40.

²⁷ *Ibidem*. Per un spunto di riflessione F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 642 e 655. Secondo l'Autore, l'esigenza cautelare di cui all'art. 274, comma 1, lett. *c*, c.p.p. veniva accertata dal giudice «partendo da una presunzione di colpevolezza», come se l'indagato (o l'imputato) «fosse colpevole». Aggiunge, inoltre, che la motivazione dell'ordinanza *de libertate*, rispetto a questa esigenza cautelare, finiva per essere spesso del tutto apodittica, poiché fondata sul seguente «automatismo logico»: «il reato è un fatto comunque pericoloso, un fatto pericoloso può essere commesso da una persona pericolosa, dunque chi commette un reato è (necessariamente un soggetto) pericoloso» e, pertanto, sottoponibile a misura cautelare. Un automatismo che, tuttavia, veniva in molti casi smentito, come confermato dal fatto che la misura era poi revocata o sostituita *in melius* per via dell'attenuazione del *periculum*.

²⁸ P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 19.

²⁹ Sulla portata innovativa della modifica anche V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 19 ss. Sul punto si veda anche C. SCACCIANOCE, *Il controllo sul potere cautelare dopo la legge n. 47/2015*, in *Proc. pen. e giust.*, fasc. 3/2015, p. 141 ss.

³⁰ Si tratta di una nullità «*sui generis*», riconducibile, nonostante la rilevabilità d'ufficio, alla disciplina prevista per quelle relative (e, dunque, a tutte le regole che concernono la deducibilità e la sanatoria di cui agli artt. 181-183, c.p.p.). In tal senso, V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 20. Si veda,

valutazione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato» (art. 292, comma 2, lett. c, c.p.p.); nonché «dei motivi per cui sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa» e, «in caso di applicazione della custodia cautelare in carcere», «delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 non possono essere soddisfatte con altre misure» (art. 292, comma 2, lett. c bis, c.p.p.)³¹. Con la modifica dell'art. 292, c.p.p., il legislatore ha voluto così rafforzare la struttura dell'ordinanza cautelare, ponendo a carico del giudice un «più rigoroso» obbligo di valutazione dei presupposti applicativi della misura e di motivazione del provvedimento³². Su sollecitazione di autorevole dottrina³³, la novella ha così previsto «*per tabulas*»³⁴ il dovere del giudice di dare conto nell'ordinanza *de libertate* di avere effettuato, a fronte della richiesta proveniente dalla pubblica accusa, un'autonoma valutazione della vicenda cautelare, al fine di prevenire motivazioni «appiattite su quelle del Pubblico ministero richiedente»³⁵. Solo così, difatti, è possibile disvelare l'*iter* logico argomentativo che si cela dietro il provvedimento cautelare e

inoltre, V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. CONSO – V. GREVI – M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2014, p. 444.

³¹ Dopo l'entrata in vigore della novella, si è osservato che, dal punto di vista strutturale, la motivazione dell'ordinanza cautelare deve essere sorretta da due momenti distinti: il primo, consistente nell'esposizione degli elementi di fatto che integrano i presupposti applicativi della misura e le ragioni a sostegno della loro «specifica rilevanza probatoria»; il secondo, nel quale assume rilievo il requisito dell'«autonoma valutazione», che attiene alla riferibilità dell'*iter* logico-argomentativo, posto a sostegno del provvedimento, al giudice che lo ha emesso. L'importanza di questo secondo momento è strettamente correlata alla duplice funzione che è propria dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali: da un lato, prevenire possibili arbitrii da parte del potere giudiziario, costringendo il giudice a «meditare» accuratamente la propria decisione e a darne conto in maniera esauriente; dall'altro, mettere in condizione il destinatario del provvedimento di comprendere le ragioni su cui si fonda, in modo da organizzare consapevolmente la propria difesa, attivando i meccanismi di impugnazione. Sul punto, si veda C. TONINELLI, *L'«autonoma valutazione» nella motivazione delle ordinanze de libertate*, nota a Trib. Perugia, ord. 20 luglio 2015, n. 7647, in *Dir. pen. e processo*, 12/2015, p. 1525; F. M. IACOVELLO, *voce Motivazione della sentenza penale*, cit., p. 76. Quest'ultimo autore evidenzia, inoltre, come la motivazione sia lo strumento principe per verificare se il provvedimento è stato emesso alle condizioni che lo legittimano (c.d. «teoria della motivazione come sovrastruttura dell'atto»). In tal senso, si veda Id., *La Cassazione penale*, cit., p. 254.

³² P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 19. Si veda anche Trib. Perugia, ord. 20 luglio 2015, n. 7647, cit., p. 1517; F. M. IACOVELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 377: l'Autore sottolinea come il codice abbia posto a carico del decidente un obbligo di motivazione rafforzato, «perché vuole che il giudice in qualche modo faccia le veci della parte assente». Non sono mancate voci critiche in dottrina: taluno, in particolare, ha messo in discussione «l'effettiva necessità dell'ennesima interpolazione operata sull'art. 292, dal momento che sia la lett. c che la lett. c bis già prevedevano «l'esposizione», non solo degli elementi fattuali, ma anche dei percorsi valutativi adottati dal giudice e posti a fondamento del titolo cautelare. Così V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 22. In senso critico anche L. GIORDANO, [Sull'annullamento dell'ordinanza cautelare priva dell'autonoma valutazione degli indizi delle esigenze di cautela](#), in *questa Rivista*, 14 luglio 2015, p. 2.

³³ E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit. p. 12 ss.

³⁴ P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 19.

³⁵ C. ANDREUCCIOLI, *Nota breve*, cit., p. 3.

riferirlo all'unico «soggetto legittimato in via esclusiva alla sua adozione»³⁶ «in quanto [...] terzo rispetto all'accusa»³⁷. Attraverso la prescrizione di uno specifico obbligo di «autonoma valutazione», in sostanza, la novella ha imposto al decidente di motivare «secondo cadenze simili alla sentenza dibattimentale» (art. 546, c.p.p.)³⁸, rivitalizzando «il ruolo decisorio»³⁹ del giudice della cautela in modo da ostacolare la prassi delle c.d. ordinanze «copia-incolla»⁴⁰.

Strettamente correlata alla modifica appena descritta è l'inserimento del seguente periodo nell'art. 309, comma 9, c.p.p.: «il Tribunale (del riesame) annulla il 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»⁴¹, fermo restando la facoltà per il medesimo di «annullare il provvedimento impugnato o riformarlo in senso favorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati» ovvero di «confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso»⁴². Secondo la prevalente giurisprudenza e parte autorevole della dottrina⁴³, lo scopo perseguito dal legislatore sarebbe stato quello di dare alle posizioni più garantiste della Corte di Cassazione,

³⁶ R. DEL COCO, *La motivazione del provvedimento applicativo*, in T. BENE (a cura di) *Il rinnovamento delle misure cautelari (analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015)*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 68.

³⁷ M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione dell'ordinanza cautelare*, nota a Cass. pen, sez. III, 12 gennaio 2016, n. 840, in *Giur. it.*, 2016, p. 988.

³⁸ P. TONINI, *Manuale*, cit., p. 456.

³⁹ M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 988.

⁴⁰ Individua l'obiettivo della novella nel mettere «al bando le motivazioni che non contengono una rielaborazione critica» degli argomenti spesi dal P.M. o dalla P.G. F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 180.

⁴¹ L. GIORDANO, *Sull'annullamento*, cit., p. 2. Si vedano anche V. PAZIENZA – G. FIDELBO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 22, i quali sottolineano la scelta del legislatore di lasciare fuori, dall'ambito di applicazione della nuova disposizione, l'ipotesi in cui il giudice abbia omesso di valutare autonomamente l'inadeguatezza di misure meno afflittive rispetto alla custodia cautelare in carcere.

⁴² Il testo approvato in Parlamento si differenzia dalla proposta di modifica elaborata dalla Commissione Canzio, che prevedeva di eliminare il potere del Tribunale di confermare il provvedimento anche «per ragioni diverse da quelle indicate nell'ordinanza», con l'effetto di riconoscere al potere di annullamento massima espansione, sgombrando così il campo dagli equivoci generati dall'inciso contenuto nell'art. 309, comma 9, c.p.p. La scelta del legislatore di discostarsi dal progetto della Commissione ha destato diverse perplessità in dottrina. Si vedano M. CERESA - GASTALDO, *Una singolare antifrasi: i "nuovi" poteri rescindenti del tribunale della libertà*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 12, che definisce saggia e coerente la proposta della Commissione; G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del Tribunale del riesame alla luce della legge n. 47 del 2015: un primo vaglio della Suprema Corte*, nota a Cass. pen., sez. VI, 12 ottobre 2015, n. 40978, cit., in *Arc. nuova proc. pen.*, fasc. 5/2015, p. 507; M. MALERBA, *Il "nuovo" potere di annullamento del tribunale del riesame alla luce della l. 16 aprile 2015, n. 47: un'occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 11/2015, p. 4235; M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 991.

⁴³ Si vedano Cass. pen., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 40978, cit., in *Arc. nuova proc. pen.*, fasc. 5/2016, p. 502, con nota di G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit. e in *Proc. pen. e giust.*, 2016, n. 2, p. 88 ss., con nota di M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit.; Cass. pen, sez. III, 27 ottobre 2015, n. 49175, in *CED*, rv. 265365; Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 2015, n. 8323, in *ivi*, rv. 265951; Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 2015, n. 11922, in *ivi*, rv. 266428; Cass. pen., sez. VI, 1 ottobre 2015, n. 44606, in *ivi*, rv. 265055. *Contra*, Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, in *ivi*, rv. 265983.

rimaste per molto tempo minoritarie, una «più solida e univoca base normativa»⁴⁴. In questo modo, la novella avrebbe riconosciuto espressamente al Tribunale *de libertate* il potere di annullare l'ordinanza cautelare, non solo laddove manchi il segno grafico della motivazione, ma anche laddove, sebbene formalmente presente, essa sia del tutto apodittica in quanto sorretta da mere formule di stile oppure quando sia priva dell'autonoma valutazione del compendio indiziario, delle esigenze cautelari e degli elementi forniti dalla difesa, con l'effetto di restringere il potere suppletivo del riesame ai soli casi di «“insufficienza” motivazionale»⁴⁵ (e, dunque, ove ricorrano dei vizi in grado di inficiare la tenuta argomentativa della decisione senza tradursi in una sostanziale mancanza di motivazione)⁴⁶. In questo modo, il Tribunale del riesame manterrebbe «la potestà di integrare [...] il (compendio argomentativo) dell'ordinanza» ogni qual volta la motivazione sia «carente» o «insufficiente»⁴⁷.

⁴⁴ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma del quadro indiziario da parte del giudice*, in *Guida dir.*, 20/2015, p. 50. In senso analogo, M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 91; P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 26-27: l'Autore sostiene che l'indirizzo più garantista della Corte di Cassazione rappresenti «un fondamentale punto di partenza» per approcciarsi alle novità introdotte dalla novella; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, (commento all'art. 8, L. n. 47/2015), in [www.legislazionepenale.eu](#), p. 7: secondo il quale il più recente orientamento ne esce «convalidato»; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 8; V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 22.

⁴⁵ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 50.

⁴⁶ D'altra parte, non sono mancate letture più “disincantate” della riforma, molto lontane dalle posizioni offerte dalla giurisprudenza e dalle posizioni espresse dai primi commentatori. Secondo alcuni, il risultato della novella rappresenta un «complessivo» e «assai netto deterioramento della funzione di controllo critico del riesame»; un istituto che, secondo questa dottrina, già da tempo soffrirebbe di «una profonda crisi di identità», non essendo più percepito come un «effettivo presidio contro gli eccessi e gli abusi del potere cautelare», bensì come un «pericoloso strumento di supporto dell'azione cautelare, autolesionisticamente attivato dallo stesso imputato». La riforma, inserendosi in tale contesto, avrebbe definitivamente relegato il Tribunale del riesame ad un ruolo di mera «supplenza» a fronte di un'ordinanza *de libertate* non adeguatamente motivata. Ciò accadrebbe, in particolare, a causa della formulazione dell'art. 309, comma 9, c.p.p. in grado di produrre «un singolare effetto antifrastico»: da un lato, enfatizza il potere di annullamento del Tribunale per vizio della motivazione; dall'altro, però, tipizzando in modo stringente i casi di annullamento, finisce per favorire il risultato opposto, «ossia quello di ridurre pressoché a zero [...] l'ambito d'intervento della decisione rescindente», confermando il potere di integrazione del Tribunale in tutti i casi di motivazione lacunosa diversi dalla sua assenza “sostanziale” ovvero di mancanza di autonoma valutazione della vicenda cautelare. Sarebbe stato opportuno, secondo questa dottrina, recepire interamente il progetto di riforma elaborato dalla Commissione Canzio, che prevedeva «saggiamente e coerentemente» di eliminare dall'art. 309, comma 9, c.p.p. il richiamo al potere di conferma «anche per ragioni diverse da quelle indicate nell'ordinanza», in modo da attribuire al potere di annullamento del tribunale massima espansione, «sgombrando il campo dagli equivoci» che in passato l'inciso ha generato. Così M. CERESA - GASTALDO, [Una singolare antifrasi](#), cit., p. 9, 11 e 12. In senso analogo M. MALERBA, *Il “nuovo” potere di annullamento*, cit., p. 4234 ss.; *contra*, G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 506: l'Autore è piuttosto critico rispetto alle conclusioni sostenute da questa dottrina, poiché il riconoscimento del potere integrativo spettante al Tribunale del riesame, più che trovare fondamento nell'art. 309, comma 9, c.p.p., lo considera «acquisizione pacifica, mai disconosciuta, che profonda le sue radici in un incontestato orientamento giurisprudenziale».

⁴⁷ Cass. pen, sez. III, 27 ottobre 2015, n. 49175, cit.

A parere di chi scrive questa lettura non pare pienamente condivisibile. Per cogliere il «*novum*» della riforma⁴⁸, è necessario adottare un'interpretazione più rigorosa della suddetta disposizione, capace di «mutare il quadro prescrittivo assai più incisivamente [...] di quanto, con ogni probabilità, era nelle stesse intenzioni dei riformatori»⁴⁹. In tale prospettiva, si è osservato, l'art. 309, comma 9, c.p.p., riconoscendo al Tribunale del riesame il potere di annullare l'ordinanza applicativa ogni volta che difetti dell'autonoma valutazione «a norma dell'art. 292, c.p.p.», stabilisce «*a fortiori*» che il medesimo potere vada esercitato allorché il provvedimento non contenga «alcuna valutazione»⁵⁰ riferibile al «dovere di indicare gli elementi di fatto da cui sono desunti i gravi indizi e le esigenze cautelari, nonché i motivi per i quali essi assumono rilevanza [...], (al) dovere di esporre i motivi per i quali gli elementi forniti dalla difesa non sono stati ritenuti rilevanti [...]» e «(al) dovere di tenere conto degli elementi favorevoli all'imputato non provenienti da apporti difensivi»⁵¹; nonché, in generale, ogniqualvolta emerga una lacuna nel tessuto argomentativo della motivazione riferibile ai suddetti elementi⁵². In questo modo, valorizzando il rinvio all'art. 292, c.p.p., non residuerebbero spazi per l'esercizio del potere di integrazione spettante al Tribunale delle libertà ove ricorrano delle lacune nella motivazione del provvedimento cautelare⁵³. L'ordinanza dovrebbe quindi essere annullata, non solo qualora la motivazione sia assente o apparente, ma anche quando, sebbene presente e «autonoma», sia incompleta, «perché non conforme agli *standard* contenutistici pretesi dall'art. 292, c.p.p.»⁵⁴, oppure sia «palesamente illogica» o anche solo «contraddittoria»⁵⁵. «Posto che la motivazione non è solo una successione casuale di segni grafici, ma è il discorso giustificativo di una

⁴⁸ E. MARZADURI, *Verso una maggiore tutela dell'imputato nel procedimento di riesame: luci ed ombre della nuova disciplina* (commento all'art. 11, L. n. 47/2015), in www.legislazionepenale.eu, 2015, p. 11.

⁴⁹ F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 205.

⁵⁰ *Ivi*, p. 296; E. MARZADURI, *Verso una maggiore tutela*, p. 11.

⁵¹ *Ibidem*; *ivi*, p. 12. Si pone nello stesso senso, sebbene in modo più «velato», anche C. MUSIO, [Motivazione cautelare lacunosa e poteri del Tribunale del riesame: una \(probabile\) modifica legislativa](#), in *questa Rivista*, 11 maggio 2014, p. 14: secondo l'Autrice, per giungere a questa conclusione è necessario ravvisare nella formulazione «più ristretta» dell'art. 309, comma 9, c.p.p. «un intento, per così dire, «riassuntivo» dei contenuti fondamentali della motivazione dell'ordinanza (indicando «una parte per il tutto»)».

⁵² In questi termini, A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma: appunti su implicazioni e prospettive* (commento all'art. 11, legge n. 47/2015), in www.legislazionepenale.eu, 2016, p. 3.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 207.

⁵⁵ A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma*, cit., p. 3. Si pone in senso parzialmente difforme F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 207: l'Autore riconosce il potere del Tribunale di annullare l'ordinanza *de libertate*, oltre che nei casi in cui la motivazione sia solo apparente o comunque priva dell'«autonoma valutazione» della vicenda cautelare, anche laddove il tessuto argomentativo appaia «incompleto» *ex art.* 292, c.p.p.; viceversa, C. ammette che il Tribunale possa avvalersi del potere di integrare la motivazione qualora, sebbene presente e completa, appaia contraddittoria o insufficiente. In senso analogo, C. MUSIO, [Motivazione](#), cit., p. 15: l'Autrice ritiene che sarebbe stato opportuno adottare una formulazione dell'art. 309, comma 9, c.p.p. in grado di estendere il potere di annullamento del Tribunale, non solo ai casi di mancanza assoluta di motivazione, ma anche alle ipotesi di motivazione solo apparente o addirittura parziale, in quanto carente rispetto ad uno dei diversi profili indicati dall'art. 292, c.p.p.

decisione che pretende perciò di essere razionale»⁵⁶, non pare ragionevole differenziare il trattamento riservato ai casi di motivazione mancante da quello previsto per i casi in cui sia incompleta, manifestamente illogica o anche solo contraddittoria, giacché in tutte queste ipotesi la lacuna nella parte motiva del provvedimento non consente al prevenuto di comprendere l'iter logico che lo sorregge, con la conseguenza di arrecare un *vulnus* alle sue garanzie difensive⁵⁷. Pertanto, ogni volta che il Tribunale delle libertà accerti un vizio di motivazione tale da determinare una delle nullità di cui all'art. 292, c.p.p., «senza (operare) distinzioni causidiche tra motivazioni inesistenti e motivazioni incomprensibili o insufficienti»⁵⁸, dovrebbe disporre l'annullamento dell'ordinanza cautelare. «In linea con i più rosei auspici garantistici della dottrina»⁵⁹, in questo modo, verrebbe finalmente chiarito «che il potere di annullamento (del Tribunale del riesame) include (necessariamente) quello di dichiarare la violazione dell'art. 292, c.p.p.»⁶⁰.

2. La questione affrontata dalla Suprema Corte

Dopo aver inquadrato le principali novità introdotte dalla legge n. 47/2015, è opportuno focalizzare l'attenzione sul *decisum* della Suprema Corte.

Con tale pronuncia gli ermellini hanno ribadito come la novella, nella parte in cui ha modificato le disposizioni in tema di motivazione dell'ordinanza cautelare, sebbene si sia limitata a recepire nel codice le posizioni della giurisprudenza più garantista, ha comunque il merito di aver formalizzato l'obbligo per il giudice di effettuare, sia nell'ordinanza genetica che in quella emessa in sede di riesame o di appello, un'autonoma e puntuale valutazione della vicenda cautelare (art. 292, comma 2, lett. c e c bis, c.p.p.). In particolare, qualora la misura abbia lo scopo di arginare il pericolo di recidiva (art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p.), il giudicante è tenuto ad «indicare nello specifico caso il convincimento in forza del quale persiste il concreto e attuale pericolo» di reiterazione del reato, «con motivazione aderente alla situazione cautelare»⁶¹. Ove difetti una simile motivazione, l'ordinanza deve essere annullata.

La pronuncia in esame, nella parte in cui disconosce la portata innovativa della novella, si pone in continuità con il prevalente orientamento di legittimità⁶², secondo cui

⁵⁶ A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 177.

⁵⁷ Nel senso di prevedere l'annullamento anche per la motivazione contraddittoria o illogica, oltre che mancante o apparente, A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma*, cit., p. 3. Sul punto, si veda anche M. CERESA - GASTALDO, *Riformare il riesame dei provvedimenti di coercizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1177 ss.

⁵⁸ A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma*, cit., p. 4.

⁵⁹ F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 207.

⁶⁰ M. CERESA - GASTALDO, *Riformare il riesame*, cit., p. 1180.

⁶¹ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 9.1.

⁶² Cass., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 40978, con nota di G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 502 - 509 e con nota di M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 88-95; Cass. pen., sez. III, 27 ottobre 2015, n. 49175, in *CED*, rv. 265365; Cass., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 40978, cit.; Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 2015, n. 8323, in *CED*, rv. 265951; Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 2015, n. 11922, in *ivi*, rv. 266428; Cass. pen., sez. VI, 1 ottobre 2015, n. 44606, in *ivi*, rv. 265055. *Contra*, Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2015, n.

il legislatore si sarebbe limitato a riconoscere una «più solida e univoca base normativa»⁶³ alle posizioni più recenti della passata giurisprudenza in punto di motivazione dell'ordinanza *de libertate* e del suo controllo in sede di riesame. Giungendo a tale conclusione, la Suprema Corte ha preferito così discostarsi dalla lettura più coraggiosa della novella proposta nella parte conclusiva del precedente paragrafo e sostenuta da autorevole dottrina⁶⁴, finendo per confermare le posizioni della giurisprudenza maggioritaria.

3. L'ordinanza del Tribunale del riesame

L'arresto della Suprema Corte trae origine dal ricorso per cassazione proposto dall'indagato, a mezzo del proprio difensore, avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame di Roma emessa in data 20 giugno 2016⁶⁵. Nel caso di specie, il G.I.P. presso il Tribunale di Roma aveva applicato nei confronti del ricorrente la misura degli arresti domiciliari, con riferimento ad una serie di reati avvinti dal vincolo della continuazione *ex art. 81, comma 2, c.p.* Si trattava, in particolare, del delitto di cui all'art. 600 *ter*, commi 1 e 3, c.p., contestato sia nel capo 1 che nel capo 2; il reato degli artt. 73 e 80, lett. *f*, D.P.R. n. 309/1990 (capo 3)⁶⁶; il delitto dell'art. 600 *bis*, c.p. (capo 4); la fattispecie prevista dagli artt. 56 e 600 *bis*, c.p. (capo 5); e, infine, il reato di cui agli artt. 81, comma 2 e 600 *bis*, c.p. (capo 6).

Il Tribunale del riesame, in parziale accoglimento dell'istanza proposta dall'indagato *ex art. 309 c.p.p.*, aveva annullato l'ordinanza cautelare con riferimento ai capi di imputazione 2, 4 e 5. Diversamente, dopo aver escluso la fattispecie del terzo comma dell'art. 600 *ter*, c.p. rispetto al capo n. 1 e ritenuta contestata in fatto la diversa aggravante dell'art. 80, lett. *a*, D.P.R. n. 309/1990 con riferimento al capo n. 6, aveva confermato per gli altri addebiti l'applicazione della misura degli arresti domiciliari.

Ad avviso del Tribunale *de libertate*, per questi reati, alla stregua degli elementi probatori raccolti dalla Procura, sussistevano sia i gravi indizi di colpevolezza che «l'esigenza cautelare del concreto pericolo di recidiva», in ragione della natura «non

5787, in *ivi*, rv. 265983: sebbene la Suprema Corte sia concorde nel ritenere che la novella abbia recepito uno dei due orientamenti giurisprudenziali preesistenti, a differenza delle altre pronunce sostiene che la riforma abbia una portata innovativa, proprio perché pone a tacere il precedente contrasto giurisprudenziale, optando per l'indirizzo più garantista.

⁶³ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 50. In senso analogo, M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 91; P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 26-27; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, cit., p. 7; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 8-9; V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 22.

⁶⁴ E. MARZADURI, *Verso una maggiore tutela*, cit.; F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit.; A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma*, cit.

⁶⁵ Trib. riesame di Roma, 1 luglio 2016.

⁶⁶ D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*, in G.U. 31.10.1990, n. 255.

occasionale delle condotte» dell'indagato nonché dell'incapacità del medesimo «di governare i propri impulsi sessuali»⁶⁷.

Con riferimento al reato di cui al primo capo, in particolare, il Giudice del riesame aveva configurato i gravi indizi di colpevolezza richiamando *per relationem* la motivazione del G.I.P., che si fondava, a sua volta, sugli esiti delle investigazioni compiute dopo la denuncia della madre della persona offesa, consacrate dagli accertamenti sul materiale sequestrato⁶⁸.

In relazione al reato di detenzione a fini di spaccio, aggravato *ex art. 80*, comma 1, lett. *a*, T.U. Stup. (capo 3), il Tribunale riteneva, invece, sussistenti i gravi indizi di colpevolezza in ragione dei molteplici reperti video e foto che ritraevano alcune persone, compreso l'indagato, mentre consumavano droga nonché alla luce delle dichiarazioni del minore a cui era stato offerto lo stupefacente⁶⁹.

Quanto al reato di prostituzione minorile di cui al capo 6, infine, il Giudice fondava i gravi indizi di colpevolezza sulle conversazioni per via telematica incorse tra l'indagato e la persona offesa, dalle quali emergeva che quest'ultimo, quale corrispettivo dell'atto sessuale, aveva ricevuto un'utilità economica, consistente in uno *smartphone*.

4. I motivi a sostegno del ricorso per cassazione

Avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale del riesame, proponeva ricorso per cassazione l'indagato a mezzo del difensore, deducendo quattro motivi di impugnazione. Con il primo motivo⁷⁰ il ricorrente lamentava, innanzitutto, l'omessa motivazione in punto di gravi indizi di colpevolezza del delitto di cui all'art. 600 *ter*, commi 1 e 2, c.p.: in particolare, il Tribunale non avrebbe addotto «valide argomentazioni» a sostegno della gravità del quadro indiziario, limitandosi a rinviare *per relationem* all'ordinanza del G.I.P. che aveva disposto la misura cautelare (art. 606, comma 1, lett. *e*, c.p.p.). Secondariamente, il medesimo censurava l'erronea applicazione della legge penale con riferimento al reato contestato (art. 606, comma 1, lett. *b*, c.p.p.): il giudice, in sostanza, avrebbe errato ad inquadrare la condotta nella fattispecie di produzione di materiale pornografico, poiché il materiale era stato realizzato dagli stessi minori, in modo consapevole ed autonomo, senza alcun contributo del ricorrente; pertanto, mancando il presupposto secondo cui l'autore della condotta deve essere soggetto diverso dalla persona offesa, non sarebbe stato possibile configurare il suddetto delitto.

Il ricorrente, inoltre, lamentava l'erronea applicazione della legge penale nella parte in cui l'ordinanza non aveva tenuto conto dell'inesistenza del concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico ad un numero indeterminato di persone: difettando tale condizione, richiesta dalla prevalente giurisprudenza per configurare la

⁶⁷ Sul punto si veda più diffusamente Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 1.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 2.1.

fattispecie di cui all'art. 600 *ter*, c.p.⁷¹, la detenzione poteva dirsi semmai destinata a rimanere nella sfera privata e, per tale motivo, doveva essere inquadrata nella fattispecie meno grave di cui all'art. 600 *quater*, c.p.

Con il secondo ed il terzo motivo di ricorso (art. 606, comma 1, lett. *e*, c.p.p.)⁷², invece, l'indagato lamentava, in primo luogo, il difetto di motivazione dell'ordinanza in punto di valutazione dei gravi indizi di colpevolezza del delitto di detenzione ed offerta di sostanza stupefacente a minori: ad avviso del ricorrente, il giudice avrebbe ommesso di considerare una serie di elementi che, uniti alle dichiarazioni rese in sede interrogatorio, consentivano di escludere la fondatezza delle accuse e di giudicare le condotte addebitate «mera "millanteria"»⁷³. In secondo luogo, censurava l'omessa motivazione con riferimento alla gravità del quadro indiziario, delineato dalla pubblica accusa con riferimento al reato di prostituzione minorile: l'ordinanza, nel dettaglio, non conteneva alcuna indicazione delle circostanze che avevano spinto il giudice a ritenere sussistente il presupposto di cui all'art. 273, c.p.p., come richiesto invece a pena di nullità dall'art. 292, comma 1, lett. *c*, c.p.p.

Con l'ultimo motivo di ricorso (art. 606, comma 1, lett. *e*, c.p.p.)⁷⁴, l'indagato censurava, invece, l'omessa motivazione in ordine al pericolo di recidiva. Secondo il ricorrente, il giudice, non tenendo conto delle novità introdotte dalla novella del 2015, avrebbe desunto l'"attualità" e la "concretezza" del *periculum* dalla sola gravità dei fatti contestati, senza procedere alla ricognizione di elementi specifici tali da far presumere con certezza (o quantomeno con elevata probabilità), non solo che l'indagato, ove si fosse presentata l'occasione sarebbe tornato a delinquere, ma anche che tale opportunità si sarebbe verificata. In altri termini, veniva rimproverato al Tribunale del riesame di non essersi discostato dall'approccio di "sapore inquisitorio"⁷⁵ che il legislatore ha tentato di superare con la recente riforma; un approccio, come sottolineato nel secondo paragrafo, che finiva per riassorbire l'accertamento del pericolo di recidiva nel giudizio sulla gravità del quadro indiziario⁷⁶, come se l'indagato, per il fatto stesso di essere accusato di un reato grave, andasse considerato pericoloso e, dunque, meritevole di essere sottoposto a misura cautelare⁷⁷, con buona pace della presunzione di innocenza e del

⁷¹ Sulla necessità che ricorra un pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico per configurare il delitto di cui all'art. 600 *ter*, c.p., *ex pluris* Cass. pen., sez. III, 12 aprile 2016, n. 35295, in *CED*, rv. 267546; Cass. pen., sez. III, 12 marzo 2015, n. 16340, in *ivi*, rv. 263355; Cass. pen., sez. III, 1 dicembre 2009, n. 49604, in *ivi*, rv. 245749; Cass. pen., sez. III, 20 novembre 2007, n. 1814, in *Guida dir.*, fasc. 14/2008, p. 66, con nota di A. NATALINI, *L'applicazione dell'incriminazione più grave fa superare l'apparente conflitto di norme*; Cass. pen., sez. un, 31 maggio 2000, n. 13, in *Arc. nuova proc. pen.*, fasc. 2/2001, p. 427, con nota di G. MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la "terza via" delle sezioni unite*.

⁷² Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 2.2 e 2.3.

⁷³ *Ivi*, § 2.2.

⁷⁴ *Ivi*, § 2.4.

⁷⁵ Fa riferimento ad una prassi applicativa animata da un «inconcio inquisitorio» A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale*, cit., p. 58.

⁷⁶ Sottolineano questa "deriva" della prassi applicativa R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Al pericolo concreto*, cit., p. 40.

⁷⁷ *Ibidem*. In senso analogo, F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 642 e 655.



3/2018

principio di estrema necessità della cautela penale, che connota un sistema di natura accusatoria come il nostro⁷⁸.

Con il medesimo motivo di ricorso⁷⁹, infine, il prevenuto lamentava il carattere apodittico ed «autoreferenziale» della motivazione *de libertate* in punto di proporzionalità della misura rispetto all'entità del fatto e al *quantum* di pena che il giudice riteneva applicabile in caso di condanna.

5. Il *decisum* della Suprema Corte

All'esito del ricorso, la Corte di Cassazione ha accolto parzialmente le censure sollevate dall'indagato, dichiarando fondato l'ultimo motivo di impugnazione.

Prima di procedere ad esaminare le questioni, il Collegio ha colto l'occasione per ribadire il principio, consolidato nella propria giurisprudenza⁸⁰, secondo cui in materia di misure cautelari personali il ricorso per cassazione è ammissibile solo qualora l'interessato lamenti «la violazione di specifiche norme di legge, ovvero la manifesta illogicità della motivazione del provvedimento» alla stregua dei «canoni della logica e dei «principi di diritto»⁸¹; viceversa, l'impugnazione va dichiarata inammissibile ogniqualvolta formuli censure attinenti alla «ricostruzione dei fatti» oppure contestazioni che si risolvono «in una diversa valutazione delle circostanze esaminate dal Giudice di merito»⁸².

5.1. Motivazione per *relationem* e gravi indizi di colpevolezza del delitto di pornografia minorile

Individuate le ipotesi di ammissibilità del ricorso *ex art. 311, c.p.p.*, la Suprema Corte ha provveduto poi ad esaminare nel merito i motivi proposti, chiarendo sin da subito che l'ordinanza impugnata non presentava carenze di motivazione con riferimento ai capi di imputazione n. 1, 3 e 6: secondo il Collegio, il percorso argomentativo seguito dal giudice appariva adeguato, congruo e corretto sul piano del diritto⁸³.

Ciò premesso, i Giudici si sono soffermati in seguito più diffusamente sul primo motivo di impugnazione, nella parte in cui il ricorrente lamentava l'omessa motivazione in punto di gravi indizi di colpevolezza del delitto di cui all'art. 600 *ter*, c.p., per essersi

⁷⁸ Così P. TONINI, *Manuale*, ed. XVII, 2016, cit., p. 425: in un sistema di natura accusatoria, l'Autore considera la custodia cautelare come «un'eccezione». Si veda anche G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo*, cit., p. 54.

⁷⁹ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 2.4.

⁸⁰ Cass. pen., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 11194, in *CED*, rv. 252178; Cass. pen., sez. V, 8 ottobre 2008, in *ivi*, rv. 241997.

⁸¹ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 4.3.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ivi*, § 5.



3/2018

limitato il Tribunale del riesame a richiamare *per relationem* il contenuto dell'ordinanza genetica emessa dal G.I.P.⁸⁴.

Ad avviso della Suprema Corte, il motivo di ricorso non era meritevole di accoglimento, giacché la giurisprudenza di legittimità era oramai pacifica nel riconoscere al giudice del riesame la possibilità di adempiere all'obbligo di motivazione rinviando *per relationem* alle «argomentazioni contenute nel provvedimento impugnato»⁸⁵. In tal caso, ha precisato la Corte, l'uso della *relatio* deve avvenire nell'ambito di «una valutazione complessiva»⁸⁶ della vicenda cautelare, idonea a superare i motivi formulati dal prevenuto con il gravame (a condizione, peraltro, che gli stessi non siano tali da «disarticolare il ragionamento probatorio»⁸⁷ su cui il giudice ha fondato l'ordinanza applicativa della misura). È ovvio, d'altra parte, che, ove l'istante sollevi delle censure in grado di invalidare l'*iter* logico seguito dal decidente, la motivazione *per relationem* non è in grado, da sola, di assicurare un'adeguata risposta alle contestazioni mosse avverso il provvedimento impugnato.

Al ricorrere di tali presupposti, dunque, non può essere annullata per difetto di motivazione l'ordinanza del Tribunale del riesame che conferma in tutto o in parte il provvedimento genetico: in tal caso, difatti, «i due atti si integrano reciprocamente», sempre che «eventuali carenze» nel tessuto argomentativo dell'uno vengano necessariamente sanate dalle «argomentazioni» adottate nell'altro⁸⁸.

Secondo la Suprema Corte, tali considerazioni restano valide anche dopo l'entrata in vigore della L. n. 47/2015⁸⁹, che ha modificato l'art. 292, comma 2, lett. c e c

⁸⁴ *Ivi*, § 6.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*. Sul punto si veda *ex pluris*, Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 566, in *CED*, rv. 265765; Cass. pen., sez. VI, 6 novembre 2014, n. 48649, in *ivi*, rv. 261085; Cass. pen., sez. II, 28 novembre 2007, n. 774, in *ivi*, rv. 238903; Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 1998, n. 3678, in *ivi*, rv. 212685.

⁸⁹ Sulla portata innovativa della modifica V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 19 ss. Sul punto si veda anche C. SCACCIANOCE, *Il controllo sul potere cautelare*, cit., p. 141 ss.

bis, c.p.p. In linea con il prevalente orientamento dottrinale⁹⁰ e giurisprudenziale⁹¹, il Collegio ha ritenuto che la novella, nella parte in cui ha posto a carico del giudice un dovere di «autonoma valutazione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza», non assume «carattere innovativo»⁹²: tale inciso, in altri termini, non può essere interpretato come sinonimo del divieto di motivazione *per relationem*⁹³, bensì come espressione del dovere per il giudice di esplicitare le ragioni che giustificano la decisione. In definitiva, il legislatore, con il novellato art. 292, c.p.p., non avrebbe inteso gravare il giudicante di un onere di «originale valutazione» della vicenda cautelare⁹⁴, ma si sarebbe limitato a sottolineare l'obbligo per il medesimo di «manifestare all'esterno» in modo percepibile il «proprio» convincimento⁹⁵ qualora voglia aderire alla richiesta cautelare formulata dal Pubblico ministero (ovvero al contenuto dell'ordinanza applicativa della misura quando sia il Tribunale delle libertà a fare uso della *relatio*).

⁹⁰ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 48; P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 20; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 11; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, cit., p. 5; più velatamente E. N. LA ROCCA, *Disposizioni in materia di misure cautelari personali*, in *Arch. pen.*, 2015, II, p. 3; E. TURCO, *La riforma delle misure cautelari*, in *Proc. pen. e giust.*, fasc. 5/2015, p. 118-119. Sull'importanza della motivazione *per relationem* per il sistema, si veda F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 371 e 372. *Contra*, M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 991; M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 95; C. BONZANO, *Nuove norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, in G. M. BACCARI – K. LA REGINA – E. M. MANCUSO (cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, Cedam, 2015, p. 421 ss. Secondo questi autori, sostenitori di un'interpretazione «ferrea» della nuova disciplina, la volontà del legislatore, invece, sarebbe stata quella di mettere al bando una simile tecnica argomentativa con riferimento ai provvedimenti *de libertate*. Tale lettura, ritenuta dagli stessi la più «garantista», sarebbe coerente con il tenore letterale del novellato art. 292, c.p.p., e con la *ratio* stessa della riforma, tesa a reagire alle distorsioni della prassi delle ordinanze «copia-incolla». Senza considerare che il divieto di motivare *per relationem* sarebbe conforme al principio di rigida separazione delle funzioni del Pubblico ministero da quelle del G.I.P. in materia cautelare, il cui corollario è costituito dal principio della domanda *ex art.* 291, c.p.p., in base al quale il P.M. è tenuto esclusivamente a formulare la richiesta del provvedimento ed il giudice a valutare attentamente se ricorrono i presupposti applicativi. Secondo questa dottrina, infine, tale lettura troverebbe anche un appiglio costituzionale: innanzitutto, nella riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, Cost., giacché «in relazione a provvedimenti coercitivi più invasivi» della libertà personale, come le misure cautelari, spetta solo al giudice il potere di disporre l'applicazione; in secondo luogo, nella tutela del diritto di difesa (art. 24, Cost.), in quanto, altrimenti, il prevenuto subirebbe la restrizione di un diritto fondamentale in assenza di un provvedimento motivato; e, infine, nell'art. 111, comma 6, Cost., che annovera tra le garanzie del «giusto processo» l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali.

⁹¹ Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, cit.; Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 47233, in *CED*, rv. 265337; Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 2015, n. 11922, in *ivi*, rv. 266428; Cass. pen., sez. II, 29 gennaio 2016, n. 5497, in *ivi*, rv. 266336; Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2016, n. 1850, in *ivi*, rv. 266938; Cass. pen., sez. III, 14 aprile 2016, n. 35296, in *ivi*, rv. 268113; Cass. pen., sez. III, 11 maggio 2016, n. 28979, in *ivi*, rv. 267350.

⁹² Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.

⁹³ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 48. In senso analogo, P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 20; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 11; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, cit., p. 5; più velatamente E. N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 3; E. TURCO, *La riforma*, cit., p. 118-119. *Contra*, M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 991; M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 95.

⁹⁴ In tal senso, nel contesto di un primo commento alla riforma da R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 49; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), p. 11.

⁹⁵ Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, cit.

La Corte di Cassazione ha così confermato nuovamente l'ammissibilità della motivazione *per relationem* in materia cautelare anche dopo la novella del 2015, a condizione che il giudice rielabori criticamente i contenuti valutativi dell'atto richiamato e non si avvalga di «mere formule di stile»⁹⁶. A tal riguardo, restano validi pertanto i criteri individuati dalla sentenza Primavera delle Sezioni Unite: il giudice deve dimostrare di aver preso cognizione, in modo sostanziale, degli argomenti a sostegno del provvedimento di riferimento (che può essere esclusivamente un atto legittimo del procedimento), deve averli meditati accuratamente e ritenuti coerenti con la propria decisione; e, infine, è necessario che questo atto, qualora non sia riportato nell'ordinanza, sia conosciuto dall'interessato o che almeno sia ostensibile nel momento in cui decida di avvalersi delle facoltà difensive⁹⁷.

Ad avviso della Corte, nel caso di specie il Tribunale aveva fatto buon governo di tali principi, giacché aveva «ben argomentato, in risposta alle censure difensive, le ragioni per le quali le stesse erano infondate in fatto e in diritto», in modo da ricostruire accuratamente la vicenda alla base della richiesta cautelare. In particolare, dalla denuncia della madre della vittima nonché dagli esiti degli accertamenti tecnici sui supporti informatici sequestrati, il giudice del riesame aveva ritenuto provato che l'indagato avesse intrattenuto rapporti con dei minori, i quali, dietro la promessa o la dazione di denaro, regalie ed offerte di stupefacenti, gli avevano inviato materiale pornografico⁹⁸. Sul punto, ha precisato la Corte, il tessuto argomentativo della motivazione appariva «congruo, puntuale» e logico, ed «il richiamo *per relationem* al provvedimento genetico» poteva dirsi pertanto «pienamente legittimo»; dunque, «in presenza di una convergenza dei due provvedimenti», l'uso della *relatio* era insindacabile in sede di legittimità⁹⁹.

La Corte, infine, ha escluso l'accoglimento del primo motivo di ricorso anche nella parte in cui veniva contestata la violazione di legge con riferimento al delitto dell'art. 600 *ter*, c.p.¹⁰⁰. Secondo gli ermellini, il Tribunale, nell'inquadrare la fattispecie nel reato di produzione di materiale pornografico mediante l'impiego di minori, aveva deciso in modo corretto sul rilievo che il presupposto dell'«utilizzo», contestato all'indagato, andasse interpretato alla stregua della prevalente giurisprudenza, ovvero come vera e propria «degradazione del minore oggetto di manipolazione»; contegno rispetto al quale non è possibile riconoscere valore esimente al consenso eventualmente prestato dalla vittima¹⁰¹. Più nello specifico, ha rilevato la Corte, il Tribunale aveva opportunamente dedotto la prova dell'«utilizzazione» dalle risultanze investigative, che confermavano la circostanza secondo cui i minori avevano inviato il materiale pornografico al prevenuto esclusivamente perché indotti dall'offerta di denaro e di

⁹⁶ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.

⁹⁷ Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 2016, n. 840, cit., con nota di M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 985 ss.

⁹⁸ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.1.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ivi*, § 6.2.

¹⁰¹ Cass. pen., sez. III, 16 aprile 2013, n. 41776, in *CED*, rv. 256899. In senso analogo, Cass. pen., sez. III, 11 marzo 2010, n. 17178, in *ivi*, rv. 246982; Cass. pen., sez. III, 5 giugno 2007, n. 27252, in *ivi*, rv. 237204.

regalie proveniente da quest'ultimo. Ad avviso del Supremo Collegio, dunque, la motivazione sul punto appariva «aderente al dato probatorio e corretta sul piano del diritto»¹⁰².

La Corte ha ritenuto parimenti condivisibile la scelta del Tribunale di non applicare, nel caso di specie, i principi sanciti dalla recente sentenza n. 11675/2016¹⁰³, nella quale i Giudici hanno escluso la configurabilità del delitto in esame in un caso in cui il minore aveva inviato dei "selfie" al prevenuto, scattati in modo autonomo e volontario. Nell'ipotesi *de qua*, d'altra parte, era stato lo stesso indagato ad indurre le vittime a produrre le immagini ed a inviargliele telematicamente in cambio di denaro, circostanza da sola sufficiente per considerare provata la condotta induttiva¹⁰⁴.

A parere della Suprema Corte, infine, il Tribunale non aveva neppure errato, come sostenuto dal ricorrente, nel reputare esistente il pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico, presupposto richiesto dalle Sezioni Unite per configurare il delitto dell'art. 600 *ter*, c.p.¹⁰⁵. Il giudice aveva correttamente ancorato tale pericolosità, mediante una motivazione «congrua e puntuale», alla particolare idoneità diffusiva degli strumenti impiegati per la produzione e l'archiviazione delle immagini (ovvero un telefono cellulare ed un computer *Mac pro*) nonché all'esito della consulenza tecnica che aveva messo in luce la presenza di due immagini dall'esplicito contenuto sessuale in un meccanismo di memorizzazione automatica del *computer*, che faceva legittimamente presumere che le stesse fossero state inviate ad altre persone¹⁰⁶. Con riferimento a queste immagini, peraltro, la Corte di Cassazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa del ricorrente, ha escluso che il Tribunale fosse incorso in un travisamento della prova per averle considerate rilevanti ai fini della configurazione del reato di cui al capo 1, rispetto al quale ha confermato l'ordinanza genetica, e, contestualmente, irrilevanti per la condotta di cui ai capi 2 e 4, per i quali, invece, ha annullato il provvedimento¹⁰⁷.

5.2. Motivazione dell'ordinanza de libertate sui gravi indizi di colpevolezza dei delitti di spaccio e prostituzione minorile

Dopo aver respinto le censure sollevate con riferimento al delitto di pornografia minorile, la Corte di Cassazione ha rapidamente illustrato le ragioni a sostegno dell'infondatezza del secondo e del terzo motivo di ricorso.

Ad avviso della Corte, il secondo motivo, che investiva l'ordinanza nella parte in cui aveva confermato gli arresti domiciliari rispetto al delitto di offerta e spaccio di

¹⁰² Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.2.

¹⁰³ Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 2016, n. 11675, in *Cass. pen.*, fasc. 7-8/2016, sez. 4.1, p. 2871, con nota di B. ROSSI, *Offerta o cessione di materiale pornografico realizzato con autoscatto dal minore consenziente e in questa Rivista*, 15 maggio 2016, con nota di F. PICCICHÈ, [Cessione di selfie pedopornografici: la Cassazione esclude la configurabilità del reato di cui all'art. 600 *ter*, comma 4, c.p.](#)

¹⁰⁴ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.2.

¹⁰⁵ Cass. pen., sez. un, 31 maggio 2000, n. 13, cit., con nota di G. MARRA, *La nozione*, cit.

¹⁰⁶ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.2.

¹⁰⁷ *Ivi*, § 6.3.

stupefacenti (capo 3), non era meritevole di accoglimento poiché era teso a riproporre «una versione alternativa» dei fatti che il Tribunale *de libertate* aveva già vagliato e disatteso¹⁰⁸. Invero, il sindacato sul vizio di motivazione in materia cautelare è diretto esclusivamente a verificare se il compendio argomentativo rispetta i «canoni della logica ed i principi di diritto», non potendo investire, invece, profili che concernono «la ricostruzione dei fatti» ovvero che si risolvono in «una diversa valutazione delle circostanze esaminate dal Giudice di merito»¹⁰⁹; e, in via generale, è sempre preclusa alla Suprema Corte la possibilità di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella del Giudice *a quo*¹¹⁰.

Anche il terzo motivo di impugnazione, con il quale il ricorrente lamentava l'omessa motivazione in punto di gravità della situazione indiziaria del reato di prostituzione minorile (capo 6), è stato dichiarato infondato: ad avviso del Collegio, difatti, la motivazione dell'ordinanza appariva «congrua» e «adeguata», tesa ad individuare i gravi indizi di colpevolezza dalle conversazioni virtuali intrattenute dall'indagato col minore, le quali non lasciavano dubbi sulla circostanza che i due avessero intrattenuto un rapporto sessuale dietro pagamento di un corrispettivo¹¹¹.

5.3. Carenza di motivazione in punto di attualità e concretezza del pericolo di recidiva

La Suprema Corte ha invece ritenuto meritevole di accoglimento il quarto motivo di ricorso, con il quale il prevenuto lamentava il difetto di motivazione dell'ordinanza di riesame in punto di valutazione delle esigenze cautelari. Secondo il ricorrente, in sostanza, il Tribunale si era limitato a desumere l'«attualità» e «concretezza» del pericolo di recidiva dalla mera gravità dei fatti contestati (art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p.); censure che la Suprema Corte ha condiviso pienamente. Ad avviso del Collegio, se, da un lato, poteva dirsi corretta la decisione del giudice nella parte in cui poneva in correlazione la prova del pericolo di recidiva con la natura non occasionale della condotta (orientata a costituire per l'indagato un vero e proprio «stile di vita»); dall'altro, il compendio argomentativo pareva del tutto carente con riferimento alla valutazione dell'«attualità e concretezza del pericolo di reiterazione» dell'azione criminosa, condizioni entrambe richieste per applicare la misura dopo la modifica dell'art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p.¹¹² e al cui accertamento consegue per il giudice un «rinforzato onere della motivazione»¹¹³.

Nell'effettuare tali considerazioni, i Giudici hanno colto l'occasione per dare nuova linfa al prevalente indirizzo giurisprudenziale, che esclude la possibilità di riconoscere alla suddetta disposizione, nella parte in cui affianca al canone di

¹⁰⁸ *Ivi*, § 7.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Cass. pen., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 11194, cit.; Cass. pen., sez. V, 8 ottobre 2008, n. 46124, cit.

¹¹¹ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 8.

¹¹² *Ivi*, § 9.

¹¹³ Per il virgolettato G. SPANGHER, [Brevi riflessioni](#), cit. p. 3. Sul punto si veda E. N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 2.

“concretezza” quello di “attualità” del pericolo, «carattere innovativo»¹¹⁴: il legislatore, in definitiva, si sarebbe limitato a «normativizzare» la giurisprudenza ante riforma più garantista, secondo la quale il pericolo di recidiva per dirsi “concreto” doveva essere anche “attuale”, con l’effetto di rendere “concretezza” ed “attualità” condizioni entrambe indispensabili per accogliere la richiesta cautelare¹¹⁵.

Ha aggiunto inoltre il Collegio che, sebbene il legislatore abbia deciso di non innovare in punto di motivazione dell’ordinanza cautelare, la novella avrebbe comunque formalizzato l’obbligo per il giudice *de libertate* di effettuare una specifica ed autonoma valutazione dei requisiti di “attualità” e “concretezza” con riferimento al momento dell’adozione della misura, tenuto conto sia del «tempo trascorso dal fatto» che delle «peculiarità della (specifica) vicenda»¹¹⁶; un obbligo che opera, peraltro, non solo rispetto all’ordinanza applicativa della misura, ma anche rispetto a quelle emesse in sede di riesame e di appello. Tali provvedimenti, pertanto, devono avere «un chiaro contenuto» valutativo della vicenda cautelare, dal quale deve emergere, in relazione al caso specifico, «il convincimento in forza del quale persiste il concreto e attuale pericolo di recidiva con motivazione aderente alla situazione cautelare»¹¹⁷.

Non ravvisando una simile motivazione nel caso di specie, la Suprema Corte ha annullato l’ordinanza con rinvio al Tribunale di Roma per effettuare una nuova valutazione delle esigenze cautelari.

6. Riflessioni conclusive

Dopo aver analizzato nel dettaglio il *decisum* della Corte, si rende opportuno svolgere alcune riflessioni sulle questioni di maggior interesse che sono state affrontate, con particolare riferimento alle novità in tema di “attualità” del pericolo di recidiva nonché di motivazione dell’ordinanza cautelare e del suo controllo in sede di riesame.

Come evidenziato nel ripercorrere i passaggi più salienti della sentenza, il Collegio, con riferimento alla prima questione, ha riproposto la lettura dell’art. 274, c.p.p. sostenuta dall’indirizzo prevalente¹¹⁸, secondo cui il legislatore, novellando detta disposizione, avrebbe deciso di “cristallizzare” nel codice di rito gli approdi più garantisti della passata giurisprudenza, così da porre fine all’orientamento maggioritario che escludeva la possibilità di interpretare il requisito di “concretezza” del pericolo, di cui alle lett. *b* e *c*, in modo tale da ricomprendervi quello più stringente di

¹¹⁴ Cass., pen, sez. VI, 4 novembre 2015, n. 44605, cit.; Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2016, n. 12816, cit.; Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2016, n. 12921 cit.

¹¹⁵ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 9.1.

¹¹⁶ *Ibidem*. Sul punto la Corte richiama Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2015, n. 43083, cit.

¹¹⁷ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 9.2.

¹¹⁸ Cass., pen, sez. VI, 4 novembre 2015, n. 44605, cit.; Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2016, n. 12816, cit.; Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2016, n. 12921 cit.

“attualità” (con l’effetto di considerare sufficiente un pericolo “concreto”, sebbene non “attuale”, per concedere la misura)¹¹⁹.

A parere di chi scrive, l’indirizzo ripreso dalla pronuncia in esame, pur partendo da un assunto condivisibile (ovvero che il legislatore, nel ridisegnare la disciplina di cui all’art. 274, c.p.p., ha consapevolmente attinto dagli arresti più garantisti della giurisprudenza¹²⁰), giunge ad una conclusione difficilmente sostenibile: vale a dire che la riforma non assume carattere innovativo.

Ebbene, la scelta della Suprema Corte di riproporre tale conclusione rappresenta uno dei profili critici della sentenza *de qua*¹²¹. Infatti, anche se il ruolo della novella, sul punto, è stato quello di codificare un preesistente indirizzo giurisprudenziale, ciò non toglie che abbia un’evidente portata innovativa, giacché mette a tacere l’indirizzo meno garantista che per molto tempo si è imposto come maggioritario: in definitiva, il fatto stesso che in passato esistessero diverse letture della disposizione e che la novella abbia imposto quella più rigorosa, rendendo insostenibile l’altra, costituisce di per sé una novità, specialmente se si tiene conto della «centralità della materia che si agita sullo sfondo, vale a dire la libertà personale»¹²². Senza considerare che il legislatore, recependo l’opzione più garantista, è riuscito a costruire un solido argine contro gli arbitrii della prassi applicativa, gravando il giudice del dovere di effettuare un accertamento più rigoroso dei presupposti applicativi della misura, da cui consegue per lo stesso un onere della motivazione «rinforzato»¹²³: dall’ordinanza cautelare, «contenitore trasparente» del percorso argomentativo alla base della decisione¹²⁴, deve trasparire, infatti, la scelta del medesimo di ancorare il provvedimento ad un pericolo che, oltre ad essere “concreto”, sia anche imminente (e, dunque, “attuale”), a prescindere dal tipo di esigenza cautelare emersa nel caso di specie¹²⁵. In questa chiave di lettura, la modifica dell’art. 274, comma 1, c.p.p. rappresenta il primo tassello nel quadro di un complessivo potenziamento della motivazione *de libertate*, nel quale si inseriscono, a completamento,

¹¹⁹ In relazione al pericolo di fuga, Cass. pen., sez. II, 5 dicembre 2013, n. 51436, in *CED*, rv. 257981; Cass. pen., sez. IV, 27 giugno 2006, n. 29998, in *ivi*, rv. 234819; Cass. pen., sez. IV, 25 maggio 2007, n. 42683, in *ivi*, rv. 238299; Cass. pen., sez. V, 7 giugno 2010, n. 25926, in *ivi*, rv. 248121. Con riferimento al pericolo di recidiva, Cass. pen., sez. VI, 5 aprile 2013, n. 28618, in *ivi*, rv. 255857; Cass. pen., sez. IV, 10 aprile 2012, n. 18851, in *ivi*, rv. 253864; Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2009, n. 25214, in *ivi*, rv. 244829; Cass., pen., sez. V, 9 giugno 2014, n. 24051, in *Giur. it.*, fasc. 1/2015, p. 208, con nota di A. TRIPODI, *La bancarotta fraudolenta per distribuzione di denaro di provenienza delittuosa*; Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 2013, n. 15667, in *ivi*, rv. 255350. Per un inquadramento complessivo degli orientamenti giurisprudenziali sul pericolo di recidiva, si veda G. CONSO – G. ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2015, p. 1038 ss. Sul punto, con riferimento al pericolo di recidiva, si veda anche S. FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in G. SPANCHER – C. SANTORIELLO (a cura di), *Le misure cautelari personali*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 66-73.

¹²⁰ A tal riguardo, si veda C. ANDREUCCIOLI, *Nota breve*, cit. p. 1, il quale ritiene che la *ratio* sia quella di «limitare la discrezionalità del giudice nella valutazione delle esigenze cautelari». In senso analogo, P. BORRELLI, *Una prima lettura*, cit., p. 2.

¹²¹ Si veda, in proposito, Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 9.1.

¹²² Il virgolettato è tratto da G. TODARO, *Motivazione dell’ordinanza cautelare*, cit., p. 505.

¹²³ In tal senso, E. N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 2.

¹²⁴ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Al pericolo concreto*, cit., p. 39.

¹²⁵ *Ibidem*; A. MACRILLÒ, *Il pericolo di reiterazione*, cit., p. 495-496.

l'interpolazione dell'art. 292, comma 1, lett. *c* e *c bis*, c.p.p., con riferimento alla previsione espressa dell'obbligo di autonoma valutazione della vicenda cautelare, e, infine, la modifica dell'art. 309, comma 9, c.p.p., nella parte in cui sono stati ampliati i casi di annullamento in sede di riesame dell'ordinanza per difetto di motivazione.

Oltretutto, è innegabile che la modifica operata dal legislatore appaia innovativa anche sotto un diverso sguardo prospettico: la scelta di riscrivere le lett. *b* e *c* dell'art. 274, c.p.p. ha assicurato il definitivo «riallineamento»¹²⁶ del pericolo di recidiva (e con esso del pericolo di fuga) a quello di inquinamento probatorio, superando quell'irragionevole differenziazione, ereditata dalla L. n. 332/1995, che in passato ha costretto autorevole dottrina a ricercare letture "ortopediche" della disposizione, che consentissero, a prescindere dall'esigenza cautelare emersa nel caso di specie, di subordinare l'applicazione della misura *de libertate* ad «una valutazione aggiornata (del *periculum*) rispetto al *tempus commissi delicti*»¹²⁷.

Considerazioni analoghe valgono con riferimento ai passaggi della sentenza che hanno affrontato il tema della motivazione dell'ordinanza cautelare *e*, di riflesso, la problematica della corretta perimetrazione dei controlli attivabili in sede di riesame: se, da un lato, appaiono condivisibili le conclusioni prospettate in merito all'ammissibilità della *relatio* in materia cautelare; dall'altro, pare criticabile la lettura, che emerge tra le righe della sentenza, tesa a depotenziare la portata innovativa delle modifiche concernenti gli artt. 292 e 309, comma 9, c.p.p..

Con riferimento all'impiego della *relatio* in questa materia, tecnica che in passato aveva destato una serie di perplessità a causa della prassi delle c.d. ordinanza "copia e incolla", la Corte di Cassazione, opportunamente, ha confermato la lettura oramai consolidata, secondo cui la novella, nella parte in cui ha introdotto l'obbligo di effettuare una valutazione giudiziale «autonoma» della vicenda cautelare, non ha imposto al decidente di offrire un giudizio che, allo stesso tempo, sia anche «originale»¹²⁸. Egli può, dunque, avvalersi della motivazione *per relationem* purché prenda cognizione sostanziale dell'atto richiamato ed espliciti «le ragioni che giustificano la decisione»¹²⁹, in linea con gli insegnamenti della famosa sentenza Primavera¹³⁰.

A parere di chi scrive, la scelta della Suprema Corte di ribadire l'ammissibilità della motivazione *per relationem*, anche dopo la novella, appare assolutamente corretta. L'uso della *relatio*, difatti, non rappresenta una tecnica argomentativa "minore" (o, ad ogni modo, diversa) in grado di incidere sulla formulazione dell'*iter* logico argomentativo sotteso alla decisione. Essa, semmai, costituisce una modalità "semplificata" di «redazione del testo linguistico» in cui si estrinseca il provvedimento, che funge da «valvola di sfogo (per) un sistema processuale (come il nostro) in cui la motivazione è obbligatoria»: in tale contesto, «la motivazione richiede tempo ed energie», che non devono andare sprecate in nome di un rigido formalismo, che non

¹²⁶ V. AIUTI, *Esigenze cautelari*, cit., p. 2.

¹²⁷ P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 4.

¹²⁸ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 49; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 11.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, cit.

consentirebbe peraltro di aumentare «la giustizia del sistema»¹³¹. La motivazione non è un «totem» da tutelare in sé, ma è un valore da proteggere «nella misura in cui (rappresenti) l'indizio grave e univoco della decisione»; ciò che interessa, in altri termini, è che il giudice decida bene e non misurare «quanta fatica intellettuale» abbia fatto per giungere alla pronuncia¹³².

Trattandosi di una mera tecnica di integrazione del testo linguistico, incapace di incidere sul contenuto sostanziale del provvedimento, la mancanza di motivazione non dipende mai dalla *relatio* in sé, bensì «dalla mancanza del discorso argomentativo», che si verifica allorquando il decidente recepisce in modo acritico il contenuto dell'atto di riferimento, senza prendere cognizione sostanziale del medesimo e senza verificare la coerenza con la decisione che vuole adottare¹³³. Di conseguenza, l'uso di questa tecnica in materia cautelare è legittimo nella misura in cui l'ordinanza non si appiattisca sulla richiesta formulata dal Pubblico ministero (ovvero sul provvedimento impugnato in caso di riesame o di appello) e contenga una rielaborazione critica dei contenuti valutativi dell'atto richiamato, senza avvalersi di «mere formule di stile»¹³⁴. In sede di riesame, pertanto, l'impiego della motivazione *per relationem* deve avvenire nell'ambito di «una valutazione complessiva»¹³⁵ della vicenda cautelare, che sia tale da superare le censure introdotte con il gravame (a condizione, peraltro, che le stesse non siano tali da «disarticolare il ragionamento probatorio»¹³⁶ sotteso all'ordinanza genetica). In quest'ultimo caso, difatti, l'impiego della suddetta tecnica, da solo, non consente di replicare adeguatamente ai motivi di impugnazione.

Ebbene, tali condizioni vengono pienamente assicurate qualora il giudice della cautela faccia buon governo dei principi sanciti nella nota sentenza Primavera: è necessario che la motivazione faccia riferimento, «recettizio o di semplice rinvio», esclusivamente ad un atto legittimo del procedimento, la cui parte motiva sia congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria dell'ordinanza *de libertate* (tenuto conto, con riferimento all'ipotesi di riesame, che il Tribunale deve dare adeguata risposta alle censure proposte con il gravame); dalla motivazione deve emergere che il giudice ha preso cognizione sostanziale «delle ragioni del provvedimento di riferimento», che le abbia accuratamente meditate e ritenute coerenti con la propria decisione; infine, l'atto richiamato, qualora non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, deve essere necessariamente «conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile» allorquando «si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione»¹³⁷. Qualora il giudice rispetti tali condizioni, è in grado di offrire,

¹³¹ F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 371-372. Così anche R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 48.

¹³² F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 375.

¹³³ *Ivi*, p. 371.

¹³⁴ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, cit., con nota di G. MARRA, *La nozione*, cit.

anche attraverso l'uso della *relatio*, una motivazione logica ed esauriente, che contiene una valutazione "ragionata" e compiuta dell'intera vicenda cautelare.

Sebbene le posizioni offerte dalla Corte sul punto siano corrette, ciò che appare non condivisibile, come anticipato, è il messaggio, che traspare in diversi passi della sentenza, secondo cui la riforma, nella parte in cui ha novellato la disciplina della motivazione *de libertate*, non avrebbe carattere innovativo. In realtà, gli aspetti che maggiormente hanno trasformato il sistema della cautela penale concernono proprio l'art. 292, c.p.p.; modifiche che costituiscono, altresì, la base di partenza per offrire una lettura più coraggiosa, sebbene minoritaria, dell'art. 309, comma 9, c.p.p., tesa ad ampliare i poteri di annullamento del Tribunale del riesame ove ravvisi una lacuna nel compendio argomentativo del provvedimento impugnato. Per converso, la Suprema Corte finisce, invece, per avallare le posizioni prevalenti in dottrina¹³⁸ e giurisprudenza¹³⁹, che offrono una lettura più "conservatrice" della disposizione.

Come detto, la lettura maggioritaria, che muove da un approccio teso complessivamente a disconoscere la portata innovativa della riforma in punto di motivazione *de libertate* e dei controlli in sede di riesame, sostiene che l'art. 309, comma 9, c.p.p. abbia come unico scopo quello di garantire una «più solida e univoca base normativa»¹⁴⁰ all'indirizzo giurisprudenziale preesistente, secondo cui il Tribunale del riesame avrebbe il potere di annullare l'ordinanza cautelare solo al ricorrere di due ipotesi: ove manchi il segno grafico della motivazione ovvero qualora essa, sebbene formalmente presente, sia del tutto apodittica in quanto sorretta da mere formule di stile oppure quando sia priva dell'autonoma valutazione del compendio indiziario, delle esigenze cautelari e degli elementi forniti dalla difesa; all'infuori di queste ipotesi, il Tribunale può emendare le carenze del compendio argomentativo, integrando la motivazione. In definitiva, il potere suppletivo del Tribunale potrebbe operare ogni volta che, in sede di riesame, vengano riscontrati dei vizi in grado di inficiare la tenuta argomentativa dell'ordinanza che non si traducono in una mancanza sostanziale di motivazione¹⁴¹.

Ebbene, anche se la Suprema Corte non si è pronunciata *apertis verbis* sulla corretta interpretazione di quest'ultima disposizione, l'adesione all'orientamento maggioritario, oltre a trasparire da un complessivo atteggiamento di chiusura rispetto a

¹³⁸ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 50. In senso analogo, M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 91; P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 26-27; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, cit., p. 7; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 8-9; V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 22.

¹³⁹ Cass., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 40978, cit., con nota di G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit. e con nota di M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit.; Cass. pen., sez. III, 27 ottobre 2015, n. 49175, cit.; Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 2015, n. 8323, cit.; Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 2015, n. 11922, cit.; Cass. pen., sez. VI, 1 ottobre 2015, n. 44606, cit.. *Contra*, Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, cit.

¹⁴⁰ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 50. In senso analogo, M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 91; P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 26-27: l'Autore sostiene che l'indirizzo della Corte di Cassazione rappresenti «un fondamentale punto di partenza» per approcciarsi alle novità introdotte dalla novella; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, cit., p. 7: secondo il quale il più recente orientamento ne esce «convalidato»; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 8-9; V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 22.

¹⁴¹ V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 23.

letture innovative dell'art. 292, c.p.p. (presupposto indefettibile per attribuire un peso maggiore al potere di annullamento in sede di riesame), trova altresì conferma in alcuni passi della sentenza e, segnatamente, nella parte in cui il Collegio ha rigettato il primo motivo di ricorso, con cui il prevenuto lamentava un uso scorretto della motivazione *per relationem* in punto di gravi indizi di colpevolezza del delitto di cui all'art. 600 *ter*, c.p. Rigettando tali censure, la Corte di Cassazione ha chiarito che tutte le volte in cui il Tribunale delle libertà faccia corretto uso della *relatio* (e, dunque, essa si inserisce all'interno di una valutazione complessiva della vicenda cautelare e sempre che i motivi di gravame non siano tali da disarticolare la tenuta del provvedimento impugnato), non è affetta da un vizio della motivazione l'ordinanza con cui conferma in tutto o in parte quella genetica «recepandone le argomentazioni», giacché, «in tal caso i due atti si integrano reciprocamente» e le «eventuali carenze di motivazione» dell'atto impugnato possono essere sanate «dalle argomentazioni utilizzate» dal giudice del gravame¹⁴². In questo passo della sentenza, la Corte di Cassazione lascia così intendere che il Tribunale del riesame, potendo supplire con la propria motivazione alle lacune del provvedimento originario, è tenuto ad annullare l'ordinanza genetica solo quando accerti la mancanza sostanziale di motivazione; per converso, qualora il compendio argomentativo sia incompleto, contraddittorio o addirittura illogico, deve provvedere a correggerlo. Tale lettura si ricollega all'immagine del riesame come gravame «puro»¹⁴³ che investe il Tribunale *de libertate* dell'intera vicenda cautelare su cui si è pronunciato il primo giudice¹⁴⁴ e all'esito del quale decide con un'ordinanza complementare rispetto a quella genetica, correggendone eventuali carenze del compendio argomentativo¹⁴⁵; un'impostazione da cui deriva la tesi dogmatica che concepisce la vicenda cautelare come una «fattispecie a formazione (eventualmente) progressiva»¹⁴⁶, nella quale il titolo *de libertate* si forma solo all'esito della combinazione tra il provvedimento originario e la successiva pronuncia del Tribunale¹⁴⁷.

Una conclusione, quella della Corte, che rischia tuttavia di riproporre il pericolo che il giudice, «nel bilanciamento tra annullare il provvedimento e far passare per motivata una ordinanza più che stringata», faccia prevalere sempre quest'ultima soluzione, salvando, in molti casi, provvedimenti cautelari non adeguatamente

¹⁴² Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.

¹⁴³ M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 988; G. ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in V. GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*, Giuffrè, Milano 1996, p. 106. *Contra* F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza*, cit., p. 189.

¹⁴⁴ Per un approfondimento sul punto si veda anche E. N. LA ROCCA, *Riesame delle misure cautelari personali*, Milano, Ipsa, 2012, cit.

¹⁴⁵ Cass. pen., sez. un., 17 aprile 1996, n. 7, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3284, in *Arc. nuova proc. pen.*, fasc. 4/1996, p. 558, in *Giur. it.*, fasc. 5/1997, II, p. 275 con nota di A. CONFALONIERI, *Sul deposito differito della motivazione nelle decisioni de libertate*. In senso analogo, Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2006, n. 3255, in *CED*, rv. 236036.

¹⁴⁶ V. GREVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in Id. (a cura di), *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bologna, Zanichelli, 1983, p. 32; C. MUSIO, [Motivazione](#), cit., p. 5.

¹⁴⁷ C. MUSIO, [Motivazione](#), cit., p. 5; E. APRILE, *I procedimenti*, cit., p. 161; V. GRAVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali*, cit., p. 32.

motivati¹⁴⁸; un pericolo che diviene più che concreto se si tiene conto della difficoltà di scindere i casi di mancanza “sostanziale” di motivazione dalle altre carenze del compendio argomentativo.

In considerazione di quanto detto, dunque, è possibile concludere osservando come la Corte di Cassazione abbia preferito nuovamente non aderire alle posizioni più garantiste della dottrina richiamate nella parte conclusiva del secondo paragrafo, in base alle quali, attraverso una lettura dell’art. 309, comma 9, c.p.p. che valorizza il rinvio al novellato art. 292, c.p.p., l’ordinanza cautelare andrebbe annullata, non solo qualora la motivazione sia assente o apparente, ma anche quando, sebbene presente e “autonoma”, sia incompleta, «perché non conforme agli *standard* contenutistici pretesi dall’art. 292, c.p.p.»¹⁴⁹, oppure sia «palesamente illogica» o anche solo «contraddittoria»¹⁵⁰. In questo modo, il potere di annullamento del Tribunale del riesame coinciderebbe con quello di «dichiarare la violazione dell’art. 292, c.p.p.»¹⁵¹.

A parere di chi scrive, la Suprema Corte avrebbe dovuto cogliere l’occasione per aderire a questa lettura, poiché è l’unica in grado di cogliere il «novum» della riforma¹⁵² senza snaturarne il contenuto e, allo stesso tempo, l’unica capace di dare voce all’*animus* garantista che ha guidato il legislatore nel ridisegnare l’assetto della cautela penale.

Per ovviare all’incapacità della giurisprudenza di fare propria questa interpretazione sarebbe auspicabile, *de iure condendo*, un intervento del legislatore diretto a cristallizzarla nel codice, riformulando l’art. 309, comma 9, c.p.p. nel senso di imporre l’annullamento dell’ordinanza da parte del Tribunale del riesame anche nei casi di motivazione incompleta, contraddittoria o illogica, oltre che nei casi di sostanziale mancanza della motivazione ovvero di assenza di un’autonoma valutazione della vicenda cautelare¹⁵³.

¹⁴⁸ L. GIULIANI, *Motivazione “autonoma” dell’ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una “storica” riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 372. Sul punto si veda anche G. TODARO, *Motivazione dell’ordinanza cautelare*, cit., p. 505.

¹⁴⁹ F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 207.

¹⁵⁰ A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma*, cit., p. 3. Si pone in senso parzialmente difforme F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 207. In senso analogo, C. MUSIO, *Motivazione*, cit., p. 15.

¹⁵¹ M. CERESA - GASTALDO, *Riformare il riesame*, cit., p. 1180.

¹⁵² E. MARZADURI, *Verso una maggiore tutela*, cit., p. 11.

¹⁵³ Auspicava una diversa formulazione dell’art. 309, comma 9, c.p.p. C. MUSIO, *Motivazione*, cit., p. 15.