

PROPOSTE METODOLOGICHE IN MERITO AL DIBATTITO SULLE MISURE CAUTELARI

di Tomaso E. Epidendio

Abstract. *La recente sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Torreggiani, in materia di sovraffollamento carcerario, e plurime decisioni della Corte costituzionale, sull'illegittimità delle presunzioni assolute di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere ai sensi dell'art. 275, comma 3, c.p.p., hanno richiamato nuovamente l'attenzione sul tema delle misure cautelari, del resto sempre viva su ricorrenti episodi di clamore pubblico. Le frequenti polemiche, che seguono le decisioni in questo campo, e gli altalenanti interventi legislativi, che ora ne incentivano l'uso, ora lo limitano, devono ritenersi frutto non tanto di occasionali errori giudiziari o legislativi, ma di una strutturale polarità tensiva che caratterizza questa materia, espressa da due diversi atteggiamenti estremi: uno tendente all'iper-regolazione; favorevole a vincoli di ogni tipo alla discrezionalità giudiziale, sia in bonam sia in malam partem; l'altro che considera invece impossibile dominare l'imprevedibile ricchezza dei casi concreti con norme rigide e che finisce per enfatizzare a tal punto il ruolo della discrezionalità giudiziaria da sconfinare nel soggettivismo e relativismo più assoluto delle valutazioni. Il presente contributo si propone di richiamare gli operatori del diritto a interrogarsi, prima di tutto, sul problema del metodo. In questa chiave, si analizzano i limiti costituzionali interni e sovranazionali (derivanti in particolare dalla CEDU e dalla sua applicazione da parte della Corte di Strasburgo), entro i quali devono necessariamente muoversi sia il giudice, sia il legislatore, per poi analizzare le ragioni strutturali di eventuali deviazioni segnate dalle prassi. Viene proposto, quindi, di verificare l'utilità dell'approccio per principi, che non solo caratterizza l'impostazione legislativa originaria del codice di rito, quale esplicitata nell'art. 275 c.p.p., ma anche significative sentenze della Cassazione a Sezioni Unite, sul principio di proporzione e la sua applicazione alle misure cautelari personali, oltre che di singole Sezioni, relative alla sua operatività pure nel campo delle misure cautelari reali. Viene quindi richiamata l'utilità del test di proporzionalità, in quattro fasi, come modello di proceduralità argomentativa, riguardato non tanto come garanzia e controllo a posteriori delle scelte cautelari già effettuate aliunde, ma soprattutto come modello euristico che, attraverso passi motivazionali ineludibili, conduca alla scelta che più si approssima nel caso concreto a quella più adeguata (non altrimenti individuata, se non attraverso lo sviluppo argomentativo), così da funzionare come richiamo della giurisprudenza ad un metodo di rispetto sistematico di impegni argomentativi puntuali.*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la giustizia cautelare "situazionale". – 2. Gli effetti concomitanti delle misure cautelari e i rischi della prassi. – 3. Polarità tensive e metodologia cautelare: approccio "per regole" e approccio "per principi". – 4. La cornice dogmatica delle cautele: asimmetria tra procedimento cautelare e

principale. – 5. Il quadro normativo e ordinamentale in materia di scelte cautelari. – 6. Il quadro sovranazionale e la giurisprudenza di Strasburgo. – 7. L'esperienza dei precedenti: il principio di proporzione nelle cautele personali e reali. – 8. Conclusioni: “*taking principles seriously*”.

1. Introduzione: la giustizia cautelare “situazionale”

Nel processo penale la *materia cautelare* – e, più precisamente, l'aspetto concernente la *scelta* della misura applicabile in un *determinato caso* ad una *persona in particolare* – è quella che, forse più di altre o in maniera più evidente, ha manifestato le insufficienze (descrittive e normative) di un modello di *razionalità* giuridica di carattere deduttivo, di un modello, cioè, che dalla norma generale trae, per sussunzione del fatto nella fattispecie descritta in generale dalla disposizione di legge, l'effetto giuridico, rappresentato in questa sede dall'individuazione e applicazione di una determinata misura cautelare anziché, o in sostituzione, di un'altra. Nella concreta esperienza giudiziaria, invece, le scelte cautelari risultano frutto dell'esercizio di una “ragione concreta”, di quella che si è soliti chiamare “ragionevolezza” o, in altri contesti, è stata definita *ragione “situata”*¹, una ragione, cioè, che conosce l'ordinamento nella sua vitale commistione con il “*caso vivo*” e con l'*esperienza* che il giudice ha ricavato dal *trattamento di altri casi*. Questa esigenza di continua commisurazione al caso concreto, come si vedrà, è stata del resto considerata un valore tutelato dalla Costituzione ed ha portato a numerose pronunce di incostituzionalità di presunzioni assolute stabilite dal legislatore che avevano limitato in modo rigido la discrezionalità giurisdizionale sulla scelta delle misure cautelari più adeguate.² Se occorre realisticamente prendere atto di questo, altrettanto prudentemente occorre però rilevare i rischi connessi a questo dato e al modo in cui esso può essere inteso: il rischio, cioè, di ritenere che le regole contenute nelle norme di diritto positivo, o nelle specificazione che di queste ha operato la giurisprudenza di legittimità, elaborando talvolta principi di diritto di notevole complessità, in ultima analisi siano inutili e debbano essere tenute presenti solo come *base formale* per *motivare ex post* decisioni fondate su valutazioni ancorate a *ragioni sostanziali* rimaste inesprese e che sono determinate in modo pressoché esclusivo e non generalizzabile dal “*sensu di giustizia*” o, nella migliore delle ipotesi, dall'esperienza maturata dal singolo giudice nella trattazione di casi analoghi. In altre parole si può essere tentati dal ritenere che ogni tentativo di individuare limiti e

¹ D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, p. 369.

² Ci si riferisce alle sentenze della Corte costituzionale sull'art. 275, comma 3, c.p.p. depositate tra il 2010 e il 2013 (Corte cost. n.265 del 2010, n.164 del 2011, n.231 del 2011, n.110 del 2012, n.57 del 2013,, n.231 del 2013 e n.232 del 2013, quest'ultima particolarmente importante perché ribadisce la necessità dell'intervento della Corte per eliminare la presunzione in relazione ai singoli titoli di reato per i quali è prevista, trattandosi di una incostituzionalità derivata la cui dichiarazione è di competenza della Corte, e non di una questione interpretativa dell'enunciato normativo di partenza, come invece aveva ritenuto Cass., Sez. III, 20 gennaio 2012 – 1 dicembre 2012, n.4377). A tali sentenze deve poi aggiungersi la sentenza della Corte costituzionale n.331 del 2011, che ha dichiarato una analoga presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere contenuta nell'art. 12, comma 4-bis, del d.lgs. n.286 del 1998.

controlli di ragionevolezza sulle scelte cautelari sia inevitabilmente votato alla sconfitta per l'*irriducibilità dei casi* a qualsiasi utile forma di *generalizzazione teorica o normativa*, di tal che ciascun giudice, proprio per l'esperienza maturata sul campo, si sente il migliore esperto in materia. Ancora più *allarmante* risulta il fatto che, proprio per questa sua incontrollabilità e *motivazione fittizia a posteriori* della scelta, si possa dare spazio a *criteri di scelta estranei* alle valutazioni cautelari, sfruttando "effetti concomitanti" delle misure.

2. Gli effetti concomitanti delle misure cautelari e i rischi della prassi distorsive.

Lo sfruttamento degli "effetti concomitanti" delle misure, può avvenire *in malam partem*, ed è questa la parte più nota della questione e oggetto di tradizionali polemiche, ma anche *in bonam partem*, ed è questo un aspetto innovativo del problema che impone forse una maggiore attenzione per comprenderne appieno il fenomeno e poterlo valutare.

Sul versante dello sfruttamento *in malam partem* degli effetti concomitanti delle misure, si può ricordare il nesso istituito tra pericolo di *inquinamento probatorio* e sua rimozione attraverso *condotte processuali collaborative*. Il problema qui è agevolmente inquadrabile nel paradigma della *inammissibilità dello scopo* della misura e si è tradotto nell'introduzione legislativa di *divieti di prova* di talune esigenze cautelari sulla base di determinati fatti: così il divieto, introdotto nell'art. 274, comma 1, lett. a), c.p.p., in base al quale il pericolo di inquinamento probatorio non può essere provato con il rifiuto di rendere dichiarazioni o di ammettere gli addebiti. In realtà si tratta di un *divieto motivazionale* che, correttamente, enfatizza il peso che il *procedimento argomentativo* può avere sull'instaurarsi delle *prassi*, di tal che con la preclusione di argomentare la sussistenza del *periculum* fondandolo su determinate condotte (l'ammissione degli addebiti o la condotta collaborativa) si vuole evitare, o attenuare, il rischio che la misura cautelare sia applicata, revocata o attenuata allo scopo di spingere chi la subisce alla realizzazione delle condotte medesime. Si badi bene che il rischio di questo uso strumentale della misura per scopi non ammessi, si evidenzia non solo nella fase di applicazione, ma anche fase di *revoca o sostituzione*, perché, valorizzando i comportamenti collaborativi come fatti che possono fondare la motivazione di revoche o sostituzioni, si ottiene lo stesso stimolo o induzione del soggetto che subisce la misura a realizzare tali condotte che, tuttavia, non sono ritenuti argomenti ammissibili su cui fondare l'*applicazione*. Questa la ragione della parziale insoddisfazione dimostrata di fronte a un metodo, quello cioè di evitare, attraverso la *restrizione argomentativa*, che gli effetti concomitanti della misura divengano lo scopo effettivo (illecito o inammissibile) della cautela rispetto allo scopo apparente (ammissibile o lecito). Ancora più insidioso risulta il fatto che, ad una analisi superficiale, poiché la revoca o la sostituzione della misura corrispondono a prassi *in bonam partem*, si potrebbe sostenere che in relazione ad esse non vi sarebbe ragione di rischio. Così facendo, tuttavia, concentrandosi sugli effetti individuali contingenti, si trascurano gli *effetti prolettici di sistema*, cioè l'effetto che tali prassi hanno su futuri casi in relazione al

sistema delle misure cautelari. Il fatto che taluno veda la misura revocata o sostituita a seguito del comportamento collaborativo, rafforza infatti per il futuro (e a livello sistemico) l'effetto concomitante di ottenere comportamenti collaborativi a seguito dell'applicazione di misure cautelari. Conseguentemente la soluzione attuale *in bonam partem* nei confronti del singolo, può rilevarsi *in malam partem* se riguardata rispetto agli effetti futuri sul sistema dell'applicazione delle misure cautelari. Il criterio distintivo tra *bonam* e *malam partem* rischia, quindi, di essere fuorviante se applicata al metodo della restrizione argomentativa.

D'altro canto il trattamento delle cautele in base ai suoi effetti concomitanti può avvenire anche in *bonam partem*, come si è detto, ed è quanto sta avvenendo di recente in relazione al problema del *sovraffollamento carcerario*. Infatti, tra gli effetti concomitanti dell'applicazione delle misure e, in particolare, della misura della custodia cautelare in carcere, vi è anche l'aumento della popolazione carceraria e, in difetto di carceri adeguate, ciò può portare a difficili condizioni di vita la persona sottoposta alla misura. Il problema è divenuto cruciale in quanto, dopo la sentenza della *Corte eur. dir. uomo*, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU rilevando l'esistenza di un problema strutturale in ordine al sovraffollamento carcerario, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p., nella parte in cui, accanto alle ipotesi ivi contemplate, non prevede il rinvio facoltativo della esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità, sono state dichiarate inammissibili con monito al legislatore dalla Corte costituzionale, come risulta dal comunicato stampa della Corte costituzionale. Proprio il fatto che la Corte costituzionale abbia ritenuto la soluzione indicata dai rimettenti, e lo strumento penitenziario da questi individuato, come una fra le tante, e non l'unica costituzionalmente obbligata, per evitare il difetto sistemico rilevato dalla Corte di Strasburgo che porta a condizioni inumane di sovraffollamento carcerario in Italia, incoraggerà i singoli giudici comuni a orientare le proprie scelte cautelari, non in base ai criteri legislativi, ma appunto all'effetto indotto e contingente del sovraffollamento. Non v'è dubbio, inoltre, che simile incoraggiamento a trattare l'applicazione e la scelta delle misure cautelari in relazione ai suoi effetti concomitanti (in questo caso l'effetto di sovraffollamento), derivi direttamente dalla sentenza della Corte di Strasburgo: in particolare, dalle affermazioni contenute ai punti 94 e 95 della motivazione dove si dice: "1. *En particulier, lorsque l'État n'est pas en mesure de garantir à chaque détenu des conditions de détention conformes à l'article 3 de la Convention, la Cour l'encourage à agir de sorte à réduire le nombre de personnes incarcérées, notamment en appliquant davantage des mesures punitives non privatives de liberté (Norbert Sikorski, précité, § 158) et en réduisant au minimum le recours à la détention provisoire (entre autres, Ananyev et autres, précité, § 197). À ce dernier égard, la Cour est frappée par le fait que 40 % environ des détenus dans les prisons italiennes sont des personnes mises en détention provisoire en attente d'être jugées (paragraphe 29 ci-dessus).* 2. *Il n'appartient pas à la Cour d'indiquer aux États des dispositions concernant leurs politiques pénales et l'organisation de leur système pénitentiaire. Ces processus soulèvent un certain nombre de questions complexes d'ordre juridique et pratique qui, en principe, dépassent la fonction judiciaire de la Cour. Néanmoins, elle souhaite rappeler dans ce contexte les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe invitant les États à*

inciter les procureurs et les juges à recourir aussi largement que possible aux mesures alternatives à la détention et à réorienter leur politique pénale vers un moindre recours à l'enfermement dans le but, entre autres, de résoudre le problème de la croissance de la population carcérale (voir, notamment, les recommandations du Comité des Ministres Rec(99)22 et Rec(2006)13) ».

Tuttavia, la Corte non afferma che il problema sistemico è dovuto al sistema normativo nazionale in tema di cautele – del resto più volte scrutinato dalla Corte di Strasburgo e ritenuto conforme a Convenzione addirittura, come si vedrà, in uno dei suoi aspetti più discutibili, come quello delle presunzioni assolute di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per reati associativi di stampo mafioso – di tal che sarebbe errato trasporre il difetto strutturale del sistema carcerario italiano in relazione alla quale è stata accertata la violazione con la sentenza-pilota, al sistema cautelare. La stessa indicazione della riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere come una delle misure indicate nella sentenza per rimediare al vizio strutturale, non può essere intesa come indicazione di un criterio convenzionale di scelta delle misure cautelari. Un conto, infatti, è dire che il sovraffollamento carcerario costituisce il sintomo di un possibile difetto nelle scelte cautelari operate dai giudici nazionali e che, attraverso la correzione di un uso distorto dei criteri di applicazione e scelta delle misure, si possa eliminare o attenuare la violazione convenzionale; altro è affermare invece che il sovraffollamento rappresenti uno dei criteri in base ai quali orientare le scelte cautelari medesime, e anzi rappresenti un criterio convenzionalmente imposto.

Infatti, questo trattamento delle misure cautelari in relazione non agli scopi dichiarati, leciti e ammissibili della cautela, ma sulla base dei suoi effetti concomitanti, molto più chiaramente percepito nella sua inaccettabilità con riferimento alle sue applicazioni *in malam partem*, esibisce tuttavia la medesima erroneità metodologica in relazione alle applicazioni *in bonam partem*, come quelle volte ad evitare il sovraffollamento carcerario. Eppure i rischi di un ragionamento giuridico basato sulla medesima distorsione appare evidente ove si conduca l'argomentazione a tutte le sue conseguenze: se la ragione fondante di un'applicazione meno ampia della custodia in carcere è il sovraffollamento carcerario, allora si dovrebbe concludere che, in presenza di carceri adeguate, si dovrebbe intensificare l'applicazione della custodia in carcere. Il vero problema, allora, è quello di stabilire in quale modo le scelte cautelari possano essere ricondotte alla fisiologia, anziché alla patologia che si suppone esibita dal sovraffollamento. L'unico dato, invero, affermato dalla Corte è quello della incidenza percentuale (40%) dei detenuti in stato cautelare, ma ciò potrebbe essere determinato non da errate determinazioni in ordine alla scelta applicativa della misura, ma ai **tempi processuali** su cui incidono inevitabilmente le garanzie approntate nel procedimento principale, risultando un dato processuale ineliminabile che a maggiori garanzie corrisponda una maggiore lentezza del procedimento e che, d'altro canto, essendo il "processo sommario", per definizione, il procedimento più rapido, il conseguimento della velocità processuale mediante riduzione delle garanzie processuali risulta un procedimento estremamente pericoloso e da effettuare con estrema prudenza mediante attenti bilanciamenti dei valori costituzionali in gioco. Per questa ragione, del resto, il problema dei tempi processuali rispetto alla custodia cautelare viene impostata nel

nostro ordinamento attraverso un sistema di *termini massimi* (di fase e complessivi). L'inadeguatezza o il vizio strutturale potrebbe quindi riguardare il sistema dei termini cautelari e non quello dei criteri di scelta delle misure, a riprova che la sentenza Torreggiani costituisce più un richiamo alla riflessione cautelare, da approfondire sulla base delle caratteristiche dell'ordinamento nazionale, che non una fonte di soluzioni o di indicazioni metodologiche. La "*distanza*" del giudice di Strasburgo dagli ordinamenti nazionali e dalle loro peculiarità, infatti, rappresenta un motivo decisivo per consentire a quella giurisdizione di poter meglio vedere violazioni che la "*prossimità*" ordinamentale dei giudici nazionali può impedire a questi di vedere e rilevare: tuttavia, sul fronte della *soluzione sistemica* le indicazioni della Corte di Strasburgo necessitano comunque di essere recuperate alla luce delle conoscenze che solo la "*prossimità*" consente di avere. Non si tratta perciò di bilanciare l'imbilanciabile, qual è appunto un trattamento disumano (comunque da evitare), ma di trovare il mezzo interno più adeguato allo scopo, anche e soprattutto, nel caso delle misure cautelari, da un punto di vista metodologico. Da questo punto di vista, la sentenza Torreggiani e le scarse indicazioni sulle misure cautelari in essa contenute, può rappresentare perciò non l'approdo, ma il punto di partenza per una rilettura e una nuova riflessione sui criteri di scelta e applicazione delle misure cautelari e sui problemi delle supposte deviazioni dalla norma che si sarebbero evidenziate nella prassi, determinando l'oscillante reazione di pendolari interventi del legislatore, sia nel senso di incoraggiarne il ricorso, o di limitarne drasticamente l'uso. Occorre, cioè, risvegliarsi dal sonno dogmatico che da anni caratterizza il problema della scelta delle misure cautelari e indagare più approfonditamente le *polarità tensive* che si agitano in materia, e che periodicamente portano a contrastanti reazioni a certune applicazioni giurisprudenziali, sia nel senso di un eccessivo ricorso alle stesse, sia nel senso di una loro insufficiente adozione.

3. Polarità tensive e metodologia cautelare: approccio "per regole" e approccio "per principi"

Il problema delle supposte deviazioni delle prassi determinate dagli effetti concomitanti delle misure cautelari sono tutte collegate alla convinzione che, le *clausole generali* (*adeguatezza, gradualità-progressività, proporzione e residualità della custodia in carcere*), portino ad una sostanziale *arbitrarietà soggettiva* delle *scelte cautelari*, maturate in base alle personali convinzioni ed esperienze del giudice, in ultima analisi *incontrollabili dalle motivazioni*, spesso *apparenti* ed effettuate *a posteriori*. È indubbio, del resto, che una deriva verso la sostanziale *arbitrarietà soggettiva* di una scelta tanto delicata, quale l'applicazione e l'individuazione della misura cautelare più adeguata al caso, vanifichi tutte quelle garanzie che la Costituzione prevede a sostegno della libertà personale e della proprietà delle cose. D'altro canto, tale deriva verso l'arbitrarietà delle scelte è tutt'altro che necessitata. Infatti, affermare che le scelte cautelari non

corrispondono al *ragionamento logico-formale di tipo deduttivo* o a quello della *sussunzione sotto leggi*³ non equivale a degradare il ragionamento in questi casi ad una forma di “*pensiero debole*”⁴. Al contrario, è richiesto al giudice l’esercizio di una *ragione potenziata* e più *adeguata all’oggetto* che essa è chiamata a conoscere, una ragione cioè che si apra ai *dati della realtà* e sappia integrarli in *forme argomentative* che arricchiscono il dato normativo, esplicitando *conseguenze nascoste* nell’*astratta* configurazione della *fattispecie processuale*, di cui il giudice deve tenere conto nell’elaborazione di regole che, attraverso simile integrazione e l’esercizio “*giuris-prudenziale*” (cioè di prudenza nel senso etimologico di previdenza delle conseguenze anche implicite), diventino sempre più adeguate ad affrontare e fornire soluzione alla ricchezza dei casi vitali che si possono presentare. In altre parole è proprio da una fisiologica integrazione di *diritto scritto* e *diritto giurisprudenziale*, nella precisa consapevolezza dei limiti e del ruolo del *giudice* e del *legislatore*, che l’attività giurisdizionale di scelta delle misure cautelari può diventare più controllabile e meno arbitraria. L’individuazione di questo delicato punto di equilibrio tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale non può considerarsi frutto di una “*scienza processuale cautelare*”, che consenta di individuare “*regole*”⁵ da applicare al caso, secondo *valutazioni oppositive* di *inclusione-esclusione*, ma debba invece fare ricorso a “*principi*” processuali, la cui duttilità e gradualità ne consenta il

³ Una delle più acute e recenti disamine dei diversi modi dell’argomentare giuridico si ha in ATIENZA, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, 2006, p.163 ss., secondo il quale l’argomentazione giuridica presenterebbe tre forme generali: quella *sussuntiva* o classificatoria, quella *finalistica* (o ragionamento mezzi-fini) e quella per bilanciamento (la forma di ragionamento tipica quando si ha a che fare con *principi* giuridici)

⁴ Parla di una «debolezza dello statuto logico della ragionevolezza» SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, p. 292, il quale peraltro sostiene la tesi che se da un lato il giudizio di ragionevolezza indebolisce il testo della Costituzione, dall’altro ne potenzia la normatività. Sul punto v. però anche PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. Cost.*, 1982, p.108; LONGO, *Valori, principi e costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Dir. e Soc.*, 2002, p. 134; BIN, *Che cos’è la costituzione*, in *Quaderni cost.*, 1, 2007, p.29; più in generale sull’attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali v. LAMARQUE, *L’attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni cost.*, 2, 2008, p. 269.

⁵ Sulla distinzione tra norme-regole e norme-principio esiste una copiosa bibliografia: v. almeno i saggi fondamentali di DWORKIN, *Taking Rights seriously*, London, 1972; ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Iuris*, 2000 – 13, 294 ss.; ID, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi*, 2002 - 7, p. 131 ss.; NINO, *A philosophical Reconstruction of Judicial Review*, in *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspectives* (a cura di ROSENFELD), Durham, 1994; MC CORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit.; LOMBARDI VALLAURI, *Giurisprudenza 1) Teoria Generale*, in *Enciclopedia giuridica*, XV, 1989; MODUGNO, *Principi e norme. La funzione imitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID, *Esperienze giuridiche del ‘900*, Milano, 2000, p.85 ss... In particolare risulta discussa dai vari autori la natura cosiddetta forte o debole della distinzione - se esistono cioè delle disposizioni che hanno tutte le caratteristiche del principio e disposizioni che hanno tutti i caratteri della regola (tesi della distinzione forte), o se le disposizioni concrete condividano invece un po’ delle caratteristiche del principio e un po’ delle caratteristiche della regola, che rappresentano perciò solo un modello di riferimento (tesi della distinzione debole). Per una panoramica delle varie posizioni v. anche BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma – Bari, 2005; PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, p. 52 ss.

*bilanciamento*⁶ nel singolo caso, secondo valutazioni di un'arte, che si avvantaggia dell'esperienza per cogliere gli elementi rilevanti del caso concreto, senza tuttavia essere arbitraria o incontrollabile. L'esercizio di questa "arte cautelare" non è meccanico ed è quindi assai più facile che l'inesperienza o la superficialità conduca ad errori. Può accadere, perciò, che a seguito del fallimento, in singoli casi, di questo esercizio di ragionevolezza, vi siano reazioni estreme che possono considerarsi espressione di una tendenza considerare superiore e maggiormente affidabile una razionalità formale e deduttiva, che consenta al giudice ragionamenti sussuntivi e non bilanciamenti, ciò che spinge verso un culto delle regole, viste come tranquillizzante strumento che si traduce, da parte del legislatore, nel introdurre norme che escludano forme di discrezionalità valutativa (attraverso presunzioni, automatismi o limitazioni) e da parte del giudice, attraverso il ricorso a disposizioni costruite non come norme di principio ovvero come clausole generali da adattare e specificare nel caso vivo, ma come fattispecie da integrare secondo regole non gradualistiche di esclusione o inclusione.

Espressione di questa tendenza legislativo a introdurre meccanismi rigidi di esclusione-inclusione può considerarsi il recente intervento contenuto nel cd. "decreto svuota-carceri" (decreto-legge 1 luglio 2013, n.78, convertito con mod., dalla legge 9

⁶ Sulla argomentazione per bilanciamento v. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; più di recente v., anche per l'attenzione all'applicazione pratica dei concetti esposti, PINO, *Diritti e Interpretazione*, cit., in particolare in riferimento al ruolo del principio di proporzione in Italia. Cfr. anche la dottrina citata alla nota che precede. Il rischio di tale approccio argomentativo è quello di arrivare, attraverso il cd. "neocostituzionalismo" ad una sorta di "pancostituzionalizzazione" del diritto. Sul punto cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 115 ss.; BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. Tomo I: la Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Napoli, 2008, p. 367; MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, p.51; TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Pen., 2009; VIOLA – ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999; ; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008; in chiave critica GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in Giur. Cost., 2007, p.1373. Una utile distinzione è quella operata tra bilanciamenti cd. *ad hoc* - effettuati cioè caso per caso nelle singole vicende processuali, come quando si dichiara la prevalenza o l'equivalenza di circostanze attenuanti e aggravanti - e bilanciamenti definitivi, con i quali il giudice crea espressamente una regola di soluzione del conflitto suscettibile di applicazione futura, attraverso l'estrazione dal caso concreto degli elementi che si ritengono necessari per risolvere in tal modo il conflitto tra diritti o tra interessi contrapposti. Sul punto cfr. NIMMER, *The Right to Speak from Time to Time, First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, cit.: peraltro, mentre nell'originaria distinzione delle due tipologie di bilanciamento si riteneva che il bilanciamento "ad hoc" non fosse mai applicazione di una regola applicabile a casi future, ma operative solo nel singolo caso considerato, più recentemente si è osservato che ciò significherebbe consegnare questa forma di bilanciamento all'irrazionalità, sostenendosi quindi che nel bilanciamento "ad hoc" si produce pur sempre una regola di soluzione del conflitto, secondo una criterio che per essere razionale e coerente deve poter essere applicato anche nei casi futuri, ma questa regola è costruita in maniera instabile, esse cioè non è formulata in modo esplicito ma è ricavabile solo implicitamente ed è defettibile, cioè suscettibile di eccezioni che ne blocchino l'applicazione in presenza di ulteriori specifici elementi che assumano rilevanza nei nuovi casi (cfr. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 188 ss).

agosto 2013, n.94. Il legislatore ha, infatti, innalzato a *cinque anni* il limite inferiore massimo della pena edittale che consente, ai sensi dell'art. 280, comma 2, c.p.p., l'applicazione della custodia cautelare in carcere, apponendo però immediatamente due deroghe (a riprova dei rischi connessi alla generalizzazione regolativa: da un lato si consente eccezionalmente la custodia in carcere per i reati di *illecito finanziamento ai partiti* ai sensi dell'art. 7 della legge n.195 del 1974; dall'altro, si aumenta la pena massima per il cd. *stalking* (art. 612-bis c.p.), che altrimenti sarebbe fuori uscito dall'elenco dei reati per i quali è ammissibile la custodia in carcere. Ancora, nel quadro di un intervento normativo asseritamente volto a contenere il ricorso alla custodia in carcere, sull'onda del clamore pubblico suscitato da alcune decisioni cautelari, si è introdotto il *comma 1-bis all'art. 284 c.p.p.*, imponendo al giudice di tenere conto, in sede di applicazione degli arresti domiciliari, delle "prioritarie esigenze di tutela della persona offesa dal reato". Si tratta di interventi sempre estremamente delicati perché intervengono in un sistema che deve tenere conto dei reciproci rimandi normativi. Infatti le condizioni di applicabilità delle misure cautelari sono articolate attraverso la delimitazione indiretta dei *titoli di reato* mediante l'individuazione dei *limiti edittali di pena* (reati puniti con la "pena non inferiore nel massimo a ...") diversificati per le misure cautelari personali in genere (art. 280, comma 1, c.p.p.) o per la custodia in carcere (art. 280, comma 2, c.p.p.), stabilendo tuttavia per determinate esigenze autonomi limiti edittali (ad esempio art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p., infatti contestualmente modificato con l'intervento normativo di cui sopra) e deroghe ex art. 391, comma 5, c.p.p. in ordine ai casi di convalida di arresto o fermo per i reati di cui all'art. 381, comma 2, c.p.p.. Inoltre, il sistema deve tenere conto dei limiti speciali previsti per la prova di determinate esigenze cautelari (art. 274, comma 1, lett. a) c.p.p., secondo cui il pericolo di inquinamento probatorio non è desumibile dal rifiuto di rendere dichiarazioni o dalla mancata ammissione degli addebiti), incompatibilità in relazione a condizioni personali contemplate dall'art. 275, comma 4, c.p.p. per *maternità* (da coordinare con la disposizione di cui all'art. 285-bis c.p.p. in relazione agli *istituti a custodia attenuata, anzianità e salute* (da coordinare con le disposizioni di cui agli artt. 286 e 286-bis c.p.p.)). Ogni intervento di questa natura pone poi delicati problemi di *diritto transitorio* che, ad esempio, in riferimento alla novellazione dell'art. 275, comma 3, c.p.p. in materia di presunzioni assolute di adeguatezza della sola custodia in carcere ha portato all'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, n.27919, Ambrogio, che ha ritenuto impossibile aggravare la misura cautelare in atto nei confronti di un indagato o imputato in forza della modifica legislativa delle presunzioni suddette, in quanto "*la norma vigente al momento del compimento di ciascun atto, ne segna le condizioni di legittimità, ne costituisce lo statuto regolativo*", ritenuta compiere un *overruling* rispetto alle precedenti Sezioni Unite, nel caso Di Marco). In realtà i dubbi di carattere intertemporale su disposizioni *in malam* e *in bonam partem*, sembrano facilmente risolvibile in base ad una piana applicazione dell'art. 299 c.p.p. che al comma 1 prevede la revoca della misura quando per qualsiasi ragione ne vengono meno le condizioni di applicazione, e al comma 4, prevede invece la sostituzione con altra più grave solo quando le esigenze cautelari si sono effettivamente aggravate, in

termini che, del resto, risultano puntualmente richiamati dalla citata Sez. unite nel caso Ambrogio.

In ordine alla tendenza del giudice a cercare norme-regole che consentano una applicazione rigida e non modulata dei principi, si può pensare, ad esempio, al ricorso alla disposizione di cui *all'art. 304, comma 6, c.p.p.*, in materia di *termini massimi di custodia cautelare*, per specificare il principio di *proporzione della misura cautelare rispetto alla entità della sanzione*, codificato *all'art. 275, comma 2, c.p.p.*, così da trarne la regola secondo cui la misura sarebbe sproporzionata quando il periodo trascorso in custodia cautelare in carcere sia pari ai due terzi dell'irroganda pena. Il punto verrà più ampiamente trattato al successivo §5.

Per potere ragionevolmente esercitare questa *arte giurisprudenziale*, senza sconfinare nell'arbitrarietà soggettiva, occorre avere una precisa consapevolezza, prima di tutto, della *cornice dogmatica* degli istituti, poi del *quadro legislativo e ordinamentale* e poi dell'*esperienza offerta dai precedenti*.

4. La cornice dogmatica delle cautele: asimmetria del rapporto tra procedimento cautelare e principale

Il primo passo è, quindi, proprio quello del recupero della cornice dogmatica degli istituti di cui si parla. Molto è stato scritto – e talvolta molto si è dimenticato – sull'individuazione dei *caratteri essenziali* che connotano in generale tutte le *cautele processuali* e di cui consentono di individuare i limiti (ontologici e costituzionali), che valgono sia per il legislatore, sia per il giudice.

A tal proposito occorre quindi ricordare che, nell'ambito della tutela giurisdizionale (sia essa civilistica o penalistica), il concetto di “azione cautelare” si definisce come quell'azione volta ad evitare il verificarsi di situazioni che compromettano la *effettività della tutela giurisdizionale* medesima, durante il *tempo* occorrente per ottenerla⁷. In altre parole si individua una finalità principale al cui soddisfacimento il procedimento giurisdizionale è orientato, e si prevedono poi azioni “cautelari” volte ad assicurarne la fruttuosità contro i *pericoli* che la possano pregiudicare. In questa generale accezione processuale l'azione cautelare è necessariamente “*accessoria*”, in quanto accede sempre ad un procedimento principale senza il quale non avrebbe significato, e “*dipendente*”, nel senso che l'azione cautelare dipende da quella principale che intende assicurare, con l'ulteriore corollario che, una volta conseguito il risultato a cui è finalizzato il predetto procedimento principale, non ha più senso assicurare alcuna cautela. Quando il *procedimento cautelare* può essere promosso solo in pendenza del *procedimento principale* assume carattere “*incidentale*”, nel senso che costituisce un “*subprocedimento*” eventuale nell'ambito del procedimento principale, articolato con questo secondo una “*connessione asimmetrica*” tra i due

⁷Per una lucida ma rigorosa introduzione istituzionale al tema cfr., *ex plurimis*, MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 1985.

procedimenti: il procedimento incidentale non vincola gli esiti del procedimento principale ma gli esiti del procedimento principale vincolano quelli del procedimento incidentale⁸.

Sembrano perciò infrangere i limiti ontologici, derivanti dalla struttura essenziale della cautela connotata dalla sua accessorietà e dipendenza dal procedimento principale, quegli interventi legislativi che *rovesciano il senso di quell'asimmetria*, ciò che può avvenire, ed è avvenuto, sia *in bonam partem* con l'istituto della cd. "*archiviazione cautelare*"⁹, sia *in malam partem* con il cd. "*immediato cautelare*".¹⁰

L'azione cautelare, sia essa incidentale o preventiva, non presenta peraltro autonomi caratteri strutturali, nel senso che essa si risolve sempre in un'attività assimilabile a quella di *cognizione* e a quella di *esecuzione*: a quella di cognizione nella parte in cui è volta ad accertare l'esistenza dell'esigenza di tutela e dei pericoli che la minacciano, a quella di esecuzione nella parte in cui attua in concreto sul piano materiale le misure di cautela,¹¹ ed è nel punto di incrocio di queste due attività giurisdizionali (cognizione ed esecuzione) che si situa il problema della *scelta della misura*.

La dottrina (dapprima processualcivilistica)¹² ha quindi individuato dei presupposti generali fondanti la *struttura cognitiva dell'azione cautelare* intesa quale *diritto alla tutela giurisdizionale mediante cautela*. Tali presupposti generali sono rappresentati in particolare dall'accertamento della situazione di pericolo al quale il ritardo nello svolgimento del procedimento principale espone il diritto da tutelare ("*periculum in mora*") e da una valutazione prognostica di sussistenza del diritto oggetto di tutela: i criteri e gli *standards* di giudizio richiesti per simile valutazione non possono coincidere con le modalità e i criteri valutativi stabiliti per l'accertamento nel procedimento principale (che altrimenti duplicherebbe *in toto* senza consentire alcun risparmio di tempo e frustrando così di fatto ogni esigenza di cautela), ma devono consentire di fondare un giudizio probabilistico, circa il futuro esito del procedimento principale, sufficientemente attendibile per giustificare l'intervento cautelare ("*fumus boni iuris*").

L'impostazione processualcivilistica è stata ripresa anche in materia penale, ma più per sottolineare che la custodia in carcere applicata prima dell'accertamento di

⁸ Sul concetto di "subcautela" v. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, Milano 2001.

⁹ Il riferimento è all'art. 405, comma 1-bis, c.p.p. (comma introdotto dall'art. 3 della legge 20 febbraio 2006, n.46), secondo cui il pubblico ministero richiede l'archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata in ordine all'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza ai sensi dell'art. 273 c.p.p.. La disposizione è stata dichiarata illegittima della Corte costituzionale con la sentenza n. 121 del 2009.

¹⁰ Il riferimento è all'art. 453, comma 1-bis e 1-ter, c.p.p. (commi introdotti dal decreto-legge 23 maggio 2008, n.92, convertito dalla legge 24 luglio 2008, n.125, secondo cui entro centottanta giorni dall'esecuzione della misura della custodia cautelare in carcere e dopo la definizione del procedimento di riesame ovvero dopo la scadenza dei termini per la proposizione del ricorso *ex art.* 309 c.p.p., il pubblico ministero richiede il giudizio immediato.

¹¹ Resta fondamentale sul punto LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv.dir.proc.* 1954.

¹² In particolare, fra gli interventi classici e insuperati in materia, cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 193.

responsabilità doveva essere ricondotta a una funzione cautelare ed essere sottratta alla funzione originaria di strumento per ottenere la confessione che storicamente aveva avuto nei processi di tipo inquisitorio.¹³

Nel processo penale, infatti, la tutela giurisdizionale alla quale è improntato il procedimento principale è, dal punto di vista della struttura cognitiva, l'accertamento dei fatti fondanti la pena (o più in generale la sanzione) e, da un punto di vista della struttura esecutiva, l'esecuzione della pena (o della sanzione) medesima. La cautela penale si caratterizza quindi per evitare che nelle more del procedimento principale si vanifichi l'effetto sanzionatorio: ciò può avvenire per eventi che impediscano lo svolgimento regolare dell'accertamento nel procedimento principale (come nel caso dell'inquinamento probatorio), oppure per eventi che impediscano l'esecuzione della pena (come nel caso della fuga), ovvero ancora per eventi che frustrino in tutto o in parte la funzione sanzionatoria cui il procedimento penale tende, prima fra queste l'effetto preventivo.

Da quanto sopra osservato si rileva immediatamente come l'aspetto più delicato sia rappresentato quindi dal pericolo di commissione di nuovi fatti ai quali l'ordinamento connette sanzioni.

Detta finalità infatti può essere fatta oggetto di immediata e autonoma tutela giurisdizionale nel senso che il procedimento può essere istituito direttamente per l'applicazione di misure che intendano prevenire tale rischio (come nel nostro ordinamento penale classico, avviene per le misure di prevenzione e per le misure di sicurezza) oppure detta finalità può essere perseguita in relazione ad un procedimento principale volto all'applicazione della sanzione. In quest'ultimo caso, poiché tra le funzioni della sanzione viene ricompresa anche la funzione preventiva, al fine di evitare che detta funzione venga frustrata nelle more dell'accertamento di

¹³ L'importanza e l'attenzione che nel sistema processuale penale ha rivestito la restrizione in carcere e l'utilizzo storico di forme di coercizione preventiva a fini di acquisizione probatoria, ha fatto sì che tuttora le discussioni in materia cautelare penale e la stessa retorica d'udienza siano costruite più su tale distinzione di funzione (di cautela e non di acquisizione della prova) che non sui caratteri dell'azione cautelare nel processo penale, di talché la maggiore preoccupazione, anche da parte della dottrina più attenta ai modelli teorici di riferimento (*in primis* cfr. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, Milano 2001), è quella di ricostruire e ribadire il distacco storico con i modelli inquisitoriali e il ripudio di tale funzione acquisitiva della prova mediante coercizione personale che ha da tempo caratterizzato i modelli di "common law", promuovendo il processo penale "adversary" di tali sistemi quale modello di riferimento. Tale impostazione peraltro, in uno con il richiamo a forme di "criptopena" (v. ad es. CORDERO, *Procedura Penale*, cit.), rischia di creare confusione tra l'utilizzo della coercizione come strumento acquisitivo della prova, e l'uso della coercizione a fini cautelari: è chiaro infatti che una volta adottato il principio secondo cui la coercizione preventiva (nel senso di anteriore all'accertamento di responsabilità) possa avere solo scopo cautelare, ogni finalità di acquisizione della prova risulta immediatamente ripudiata, trattandosi di funzioni affatto diverse tra le quali ormai il legislatore storico e la stessa cultura giuridica ha ormai da tempo espresso la propria opzione: l'unica residua misura preventiva con finalità di acquisizione probatoria e non cautelare viene ritenuta persistente nel nostro ordinamento non in riferimento alle persone ma alle cose: si tratta del sequestro probatorio. Per tale ricostruzione è la dottrina tradizionale e anche la giurisprudenza (in particolare, Cass. sez. un. Ferazzi), tuttavia per una ricostruzione alternativa del sequestro probatorio quale misura cautelare v. BASSI-EPIDENDIO, *Guida alle impugnazioni dinanzi al Tribunale del riesame*, II edizione, Milano, 2004).

responsabilità attraverso la reiterazione di condotte criminose, la cautela risulta preordinata a garantire la fruttuosità della tutela giurisdizionale principale assicurata nel procedimento principale. In tale ultimo caso si tratta cioè di una cautela in senso stretto, accessoria dipendente e incidentale.

5. Il quadro normativo e ordinamentale in materia di scelte cautelari

L'oggettiva¹⁴ duplice valenza dello stesso fatto (restrizione della libertà personale) che può essere giustificato a titolo di misura cautelare o di sanzione, pongono il delicato problema della copertura costituzionale del *"divieto di anticipazione della pena in via cautelare"* e in generale, dei *limiti costituzionali* vigenti nel nostro ordinamento a questo riguardo.

Evidenti i fondamenti di detta copertura costituzionale del divieto. Un primo ordine di ragioni è quello secondo cui ammettere una sorta di *"sostanziale duplice punizione"* prima a titolo cautelare e poi a titolo punitivo porterebbe a una *irrazionalità* della disciplina, censurabile ex art.3 Cost. Tale preoccupazione risulta peraltro superata dal legislatore attraverso specifiche norme sulla *fungibilità*, nel senso che il ove il contenuto della sanzione coincida con quello della misura cautelare, deve scompularsi quest'ultima dalla prima.

Un secondo ordine di problemi è invece quello secondo cui, giacché la cautela viene applicata (per definizione) prima della conclusione del processo di accertamento del fatto, si perverrebbe ad una sostanziale applicazione della *"pena senza giusto processo"* (art. 111 Cost.) e senza che il fatto possa considerarsi accertato: si punirebbe cioè taluno in assenza dell'attribuzione di un fatto previsto dalla legge come idoneo a sostenere la sanzione, con conseguente violazione dei principi costituzionali della *"responsabilità penale personale"* e della *"presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva"* (art. 27 Cost.) e del *"divieto di punire taluno per un fatto non previsto dalla legge come reato"* (art. 25 Cost.). Tuttavia, ove l'istituto applicato in via provvisoria abbia effettivamente un *contenuto cautelare* la compatibilità di una sua applicazione prima dell'accertamento definitivo del fatto deve essere riconosciuta, in quanto ciò che conta, non è tanto la struttura o il contenuto della misura cautelare (che può essere anche identico a quello di una sanzione), ma i *presupposti di applicazione* della medesima misura cautelare e il fatto che siano rispettati i limiti desumibili dall'art. 13 Cost. in materia di *inviolabilità della libertà personale: tipicità, riserva di legge e di giurisdizione e limitazioni temporali*. Detti presupposti devono cioè essere previsti in modo che garantiscano, in termini di ragionevolezza, una proporzione tra il sacrificio imposto dalla cautela e il risultato da garantire, ciò sotto due profili: la *natura "accessoria" della cautela*, in quanto volta a garantire il risultato di un procedimento principale al quale essa accede provvisoriamente come incidente, comporta che in tanto si possa

¹⁴ Tale da prescindere perciò dal fatto che essa sia stata esplicitamente dichiarata dal legislatore, ma insita nella disciplina dell'istituto in sé.

giustificare l'applicazione della misura cautelare in quanto sia prevedibile il conseguimento del risultato da garantire nel procedimento principale e sussistano valide ragioni per ottenere una tutela provvisoria anticipata; la *natura "strumentale" della cautela*, in quanto subordinata a un risultato di importanza predominante che con la medesima si vuole garantire, comporta che *in via di cautela non possa infliggersi o imporsi di più di quanto possa infliggersi o imporsi nel procedimento principale*.¹⁵

In ordine alla giurisprudenza del giudice delle leggi, va rilevato che sin dalla sentenza n. 64 del 1970 la Corte costituzionale aveva rilevato che l'applicazione delle misure cautelari non può essere legittimata in alcun caso esclusivamente da un *giudizio anticipato di colpevolezza*, né corrispondere – direttamente o indirettamente – a *finalità proprie della sanzione penale*, né restare indifferente ad un preciso scopo (cosiddetto *"vuoto dei fini"*). Il legislatore ordinario è infatti tenuto, nella *tipizzazione dei casi* e dei *modi* di privazione della libertà, ad individuare – soprattutto all'interno del procedimento e talora anche all'esterno (sentenza n. 1 del 1980) – esigenze diverse da quelle di anticipazione della pena e che debbano essere soddisfatte – entro *tempi predeterminati* (art. 13, quinto comma, Cost.) – durante il corso del procedimento stesso, tali da giustificare, nel *bilanciamento di interessi meritevoli di tutela*, il *temporaneo sacrificio della libertà personale* di chi non è stato ancora giudicato colpevole in via definitiva. Ulteriore indefettibile corollario dei principi costituzionali di riferimento è che la disciplina della materia debba essere ispirata al *criterio del "minore sacrificio necessario"* (sentenza n. 299 del 2005): la compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato va contenuta, cioè, entro i *limiti minimi indispensabili* a soddisfare le *esigenze cautelari* riconoscibili nel *caso concreto*. Più precisamente, secondo la citata sentenza n.299 del 2005 "le considerazioni svolte nella sentenza n. 292 del 1998 e nelle successive ordinanze (...) circa il rispetto dei principi di *adeguatezza* e di *proporzionalità*, operanti anche in relazione ai limiti che deve incontrare la durata della custodia cautelare, discendono direttamente dalla *natura servente* che la Costituzione assegna alla carcerazione preventiva rispetto al perseguimento delle finalità del processo, da un lato, e alle esigenze di tutela della collettività, dall'altro, tali da giustificare, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il *temporaneo sacrificio della libertà personale* di chi non e' ancora stato giudicato colpevole in via definitiva.

Il quadro più aggiornato dei limiti costituzionali operanti nel campo cautelare, è però offerto dal quel vero e proprio *corpus* di sentenze, con le quali la Corte costituzionale ha letteralmente "smantellato" la rete di *presunzioni assolute di adeguatezza della sola custodia in carcere*, con le quali si era ampliata l'originaria previsione contenuta *nell'art. 275, comma 3, c.p.p.*

La norma denunciata è stata oggetto di plurime dichiarazioni di illegittimità costituzionale della Corte, nella parte in cui prefigura una *presunzione assoluta* – anziché soltanto *relativa* – di *adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere* a soddisfare le

¹⁵ Sul punto v. anche quanto affermato dalla Corte Costituzionale in merito al reato di cui all'art.14 della cd. legge Bossi – Fini D. Lvo n.286/98 come modificato dalla L. n.189/2002: Corte Cost. sent. n.223/2004; v. pure sulla strumentalità tra privazione provvisoria della libertà personale e procedimento penale principale Corte Cost. sent. n.173/1971; Corte Cost. sent. n.305/1996.

esigenze cautelari nei confronti della persona raggiunta da gravi indizi di colpevolezza per una serie di delitti. Ciò è avvenuto, in particolare, con riguardo ai delitti a sfondo sessuale di cui agli artt. 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater cod. pen. (sentenza n. 265 del 2010); all'omicidio volontario (sentenza n. 164 del 2011); alla fattispecie associativa di cui all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (sentenza n. 231 del 2011); all'associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei delitti previsti dagli artt. 473 e 474 cod. pen. (sentenza n. 110 del 2012). Ad analoga declaratoria di illegittimità costituzionale la Corte è pervenuta, altresì, con riguardo ai procedimenti per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dal medesimo articolo (sentenza n. 57 del 2013). Del resto già era stata dichiarata costituzionalmente illegittima, nei medesimi termini, l'omologa presunzione assoluta sancita dall'art. 12, comma 4-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico sull'immigrazione), nei confronti della persona gravemente indiziata di taluno dei delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, previsti dal comma 3 del medesimo art. 12 (sentenza n. 331 del 2011). Con la sentenza n.213 del 2013 (Gallo, Frigo) è stata dichiarata l'illegittimità della presunzione assoluta anche per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 c.p. Alla sentenza n.213 del 2013 ha fatto seguito la n. 232 del 2013 (Gallo, Lattanzi) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 275, comma 3, terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'articolo 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'articolo 609-octies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Importantissima la precisazione preliminare di questa decisione, in base alla quale la Corte ha ritenuto la correttezza della tesi del rimettente che *esclude la praticabilità, nel caso in esame, di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma sospettata di illegittimità costituzionale*. Infatti, questa Corte ha più volte affermato che «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (sentenza n. 78 del 2012) e, a proposito della presunzione assoluta dettata dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., ha già ritenuto che le parziali declaratorie di *illegittimità costituzionale della norma impugnata, relative esclusivamente ai reati oggetto delle varie pronunce, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate* (sentenza n. 110 del 2012), come pure era invece avvenuto proprio con riferimento a questo reato anche con sentenze del giudice di legittimità (cfr. Cass., Sez. III, Sentenza n.4377 ud. 20/01/2012 – deposito del 01/02/2012).

Il percorso delle predette decisioni passa dal rilievo secondo cui, alla luce dei principi costituzionali di riferimento – segnatamente, il principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e la presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost.) – la disciplina delle misure cautelari debba essere

ispirata al *criterio del «minore sacrificio necessario»*: la compressione della libertà personale va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le *esigenze cautelari del caso concreto*. Ciò impegna il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo il *modello della «pluralità graduata»*, predisponendo una gamma di misure alternative, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra, a prefigurare *criteri per scelte «individualizzanti» del trattamento cautelare*, parametrate sulle esigenze configurabili nelle singole situazioni concrete. Canoni ai quali non contraddice la disciplina generale del codice di procedura penale, basata sulla tipizzazione di un «ventaglio» di misure di gravità crescente (artt. 281-285) e sulla correlata enunciazione del principio di «adeguatezza» (art. 274, comma 1), alla luce del quale il giudice è tenuto a scegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a soddisfare le esigenze cautelari ravvisabili nel caso concreto e, conseguentemente, a far ricorso alla misura “massima” (la custodia in carcere) solo quando ogni altra misura risulti inadeguata (art. 275, comma 3, primo periodo). La Corte costituzionale nota, però, come il legislatore si sia da ultimo discostato in modo marcato da tale regime, con il novellato art. 275, comma 3, cod. proc. pen. che sottrae al giudice ogni potere di scelta, vincolandolo a disporre la misura maggiormente rigorosa, senza alcuna possibile alternativa, allorché la gravità indiziaria attenga a determinate fattispecie di reato. Siffatta soluzione normativa si traduce in una valutazione legale di idoneità della sola custodia carceraria a fronteggiare le esigenze cautelari (presunte, a loro volta, *iuris tantum*). A tale proposito, la Corte ha, peraltro, ribadito che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un *diritto fondamentale della persona*, violano il principio di eguaglianza, se sono *arbitrarie e irrazionali*, cioè se non rispondono a *dati di esperienza generalizzati*, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa». L'evenienza ora indicata è stata ritenuta puntualmente riscontrabile in rapporto alla presunzione assoluta in questione, nella parte in cui risultava riferita ai delitti dianzi elencati. A dette figure delittuose non poteva, infatti, estendersi la *ratio* giustificativa del regime derogatorio, precedentemente ravvisata dalla Corte in rapporto ai delitti di mafia (considerati dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. prima della novella del 2009 e i soli ad essere scrutinati come legittimi presupposti di una presunzione assoluta di adeguatezza sia dalla Corte costituzionale, ordinanza n. 450 del 1995, sia dalla Corte di Strasburgo, Corte eur. dir. uomo, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, R-60851/00): ossia che dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche – legate alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice – deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza generalmente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure “minori” sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità). Connotazioni analoghe non erano riscontrabili in

rapporto alle figure criminose sopra elencate. Pur nella loro indubbia gravità e riprovevolezza – destinata a pesare opportunamente nella determinazione della pena inflitta all'autore, quanto ne sia riconosciuta in via definitiva la colpevolezza – i suddetti *delitti* abbracciano, infatti, *ipotesi concrete marcatamente eterogenee* tra loro e suscettibili soprattutto di proporre, in un *numero non marginale di casi*, esigenze cautelari *adeguatamente fronteggiabili con misure diverse* e meno afflittive di quella carceraria, in quanto *la fattispecie criminosa cui la presunzione è riferita* può assumere le più *disparate connotazioni concrete*. Ciò che è stato ritenuto vulnerare i valori costituzionali *non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto*, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del «minore sacrificio necessario». Di contro, la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria – atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario – non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tal verso non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso (sentenze n. 57 del 2013, n. 110 del 2012, n. 331, n. 231 e n. 164 del 2011, n. 265 del 2010).

In altre parole, nel predetto bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti, secondo la Corte costituzionale i limiti rappresentati dalla *presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva ex art. 27*, secondo comma, Cost. e dalla *tipicità, riserva di legge* e di *giurisdizione* e dalla *limitazione temporale* della restrizione della libertà personale, comporta obblighi legislativi, riassumibili in tre punti, circa la conformazione del sistema cautelare: adozione del modello della “*pluralità graduata*” delle misure; rispetto del principio del “*minore sacrificio necessario*”; garanzia di “*scelte individualizzanti del trattamento cautelare*”.

6. Il quadro sovranazionale e la giurisprudenza di Strasburgo

A livello CEDU la compatibilità convenzionale delle misure cautelari è riportata fondamentalmente e più direttamente al rispetto delle disposizioni di cui *all'art. 5, §1 (misure privative della libertà personale)*, ovvero di cui *all'art. 2, Protocollo n.4 della Convenzione (misure restrittive della libertà di circolazione)*¹⁶ e solo indirettamente al rispetto di altri parametri (come l'art. 3, nel già visto caso Torreggiani).

Le misure sono considerate privative quando, dal punto di vista oggettivo, determinano “un confinamento in uno spazio ristretto” e, dal punto di vista soggettivo, non sono acconsentito da chi le subisce¹⁷. Le ragioni per le quali tassativamente si può essere privati della libertà personale sono riconducibili a: condanna (lett. a); adempimento di un obbligo giuridico (lett. b); traduzione dinanzi all'A.G. (lett. c);

¹⁶ È chiaro che, come già si è visto al §1, determinate condotte o determinate condizioni dei luoghi di privazione o restrizione possono chiamare in causa la violazione di altri diritti convenzionali, come appunto l'art. 3, sui **trattamenti disumani** e sulla **tortura**.

¹⁷ Cfr. Corte eur. dir. uomo nei casi Storck c. Germania (2005) e Guzzardi c. Italia (1980).

esigenze educative di un minore o sua traduzione dinanzi all'A.G. (lett. e); difesa sociale (lett. e); espulsione di uno straniero (lett.f).

Le altre misure sono considerate restrittive della libera circolazione e devono essere previste dalla legge e necessarie ai seguenti fini: sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, ordine pubblico, prevenzione di reati, protezione della salute o della morale, protezione di diritti o libertà altrui.

Come è stato osservato¹⁸, la distinzione tra misure privative e misure meramente restrittive della libertà personale è *cruciale* quando si tratta di misure di prevenzione *ante delictum*, in quanto la Convenzione consente la privazione della libertà personale in funzione di difesa sociale solo nei confronti di determinate categorie di soggetti, più precisamente di una persona capace di diffondere una malattia contagiosa, di un pazzo, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo (art. 5 § 1, lett. e); e se si tratta di impedire a una persona di entrare nel territorio clandestinamente o se si tratta di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione (art. 5 § 1, lett. f) . Conseguentemente violerebbe automaticamente l'art. 5 § 1 CedU l'imposizione di misure di prevenzione *ante delictum* nei confronti di soggetti diversi da quelli espressamente menzionati dalla norma convenzionale, qualora – in base alle circostanze del caso concreto – si debba ritenere che la misura ordinata comporti una vera e propria privazione della libertà del sottoposto e non una “semplice” restrizione della libertà di circolazione.

In generale, nella giurisprudenza applicativa della Corte di Strasburgo¹⁹, perché la privazione o restrizione della libertà personale per essere “legittima”, deve osservare i requisiti di cui *all'art. 7 CEDU*, cioè avere una “base legale” nell'ordinamento, *non arbitraria, accessibile* (nel senso di sufficientemente *precisa e prevedibile*), *proporzionata ad uno scopo legittimo*²⁰.

Le esigenze cautelari indicate dall'art. 274 c.p.p. sono state considerate dalla Corte di Strasburgo integrare uno scopo legittimo, di tal che il punto problematico è sempre rappresentato dalla valutazione della *proporzione in concreto*, cioè in relazione a due principali parametri: quello del “*real risk*”, che implica la necessità di una motivazione specifica e individualizzante, che tenga conto delle caratteristiche della persone e delle circostanze del caso concreto; quello della “*durata*”, in base al quale il

¹⁸ L. Beduschi, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2011, p.255 ss..

¹⁹ Con riguardo all'Italia i principali punti di riferimento sono rappresentati da Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 17 febbraio 2005, Sardinias c. Italia, R-56271/00; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, R-60851/00; Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 6 aprile 2000, Labita c. Italia, R-26772/95. Sulla durata (ancorché riferite la divieto di residenza per il fallito) cfr. Corte eur. dir. uomo, 17 luglio 2003, Luardo c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 17 luglio 2003, Bottaro c. Italia.

²⁰ Da ultimo cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 19 febbraio 2009, A e altri R-3455/05; v. anche Corte eur. dir. uomo, 23 settembre 1998, Steel c. Gran Bretagna, R-67/1997/851/1058.

progressivo passare del tempo attenua le esigenze e renderebbe illegittimo un automatico prolungamento della restrizione o privazione dopo un certo periodo²¹.

In altri casi poi la proporzione è stata ricondotta all'esigenza di una *ragionevole connessione tra le modalità di internamento e lo scopo di controllo o riduzione della pericolosità*.²²

Come può rilevarsi, pertanto, l'impianto dei principi interni in materia di misure cautelari e loro scelta non evidenzia problemi strutturali di compatibilità convenzionale, esibendo solo applicazioni contrastanti. In realtà le uniche norme che sembrano esibire tale inconveniente potrebbe essere posto solo dalla novellazione, in particolare dalle norme di cui ai commi 1-bis e 2-ter dell'art. 275, c.p.p., almeno se intesi nel senso che impongono all'esito della condanna un più agevole ricorso alle misure cautelari, contraddicendo il principio convenzionale in base al quale, tanto maggiore è il tempo trascorso, quanto meno intense risulteranno le esigenze cautelari e sproporzionate le misure applicate. Tuttavia, proprio lo scarso impatto pratico di simili disposizioni non risulta aver determinato interventi della Corte di Strasburgo.

7. L'esperienza dei precedenti . il principio di proporzione nelle cautele personali e reali

Secondo l'impostazione che si è seguita, i *precedenti di Cassazione* riguardo alla materia cautelare dovrebbero essere riguardati come un *patrimonio di esperienza* nella declinazione dei *principi* sopra visti e nella loro *applicazione* nei casi concreti, in modo da migliorare quell'arte cautelare rimessa a ciascuno dei giudici di merito. In questa sede non è possibile procedere ad una analisi esaustiva della giurisprudenza, ma, nel tempo a disposizione, sembra utile concentrare l'attenzione su quelle sentenze in cui si sono date *indicazioni metodologiche* sul *modo* in cui i principi cautelari e, in particolare, quello di *proporzione* devono essere applicati, nonché su quelle sentenze che si sono occupate del problema dell'*estensione* del principio di proporzione.

In quest'ottica una sentenza fondamentale è rappresentata da Cass., Sez. Un. 31 marzo 2011 – 22 aprile 2011, n. 16085, Pm in c. Khalil, RV 249323.

La sentenza risulta così massimata: *“È illegittimo il provvedimento di revoca della custodia cautelare motivato esclusivamente in riferimento alla sopravvenuta carenza di proporzionalità della misura in ragione della corrispondenza della durata della stessa ad una percentuale, rigidamente predeterminata ricorrendo ad un criterio aritmetico, della pena irroganda nel giudizio di merito e prescindendo da ogni valutazione della persistenza e della consistenza delle esigenze cautelari che ne avevano originariamente giustificato l'applicazione”*.

La massima è corretta è tuttavia la motivazione risulta ben più ricca di fecondi spunti per il giudice di merito.

²¹ Sul principio di proporzione della privazione della libertà personale rispetto allo scopo legittimo perseguito con la medesima, cfr. B. Emmerson-A. Ashworth- A. Macdonald, *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007, pp. 243-244; G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009, pp. 97 ss..

²² A partire, in particolare, da Corte eur. dir. uomo, 24 ottobre 1979, Winterwerp c. Paesi Bassi R-6301/73.

In primo luogo in essa si chiarisce che, nonostante la poca perspicua formulazione dell'art. 299, comma 2, c.p.p. il principio di proporzione *non interessa solo la "fase genetica" di applicazione della misura, ma anche l' "aspetto funzionale della protrazione del trattamento cautelare"*, del resto in consonanza con i già ricordati principi affermati dalla Corte costituzionale, da quella di Strasburgo e desumibili invero dalla stessa direttiva n. 59 della legge delega sul "nuovo" codice di procedura penale (legge 16 febbraio 1987, n.81).

In secondo luogo si ribadisce l'esigenza di una *"valutazione globale complessiva"* della vicenda cautelare, secondo *"parametri di apprezzamento di natura sia oggettiva sia soggettiva"*.

La *"valutazione dinamica" del caso concreto* viene ritenuta essere caratterizzata da una *"flessibilità con connotazioni bidirezionali"*, che devono andare cioè sia nel senso dell'aggravamento della misura sia nel senso della sua attenuazione o revoca.

Tale valutazione dinamica deve essere effettuata in concreto, secondo un *"giudizio triadico"*, che ha riguardo a: *tipo di misura* in atto; *gravità qualitativa e quantitativa del fatto*; *grado di intensità delle esigenze* contemplate dall'art. 274 c.p.p..

La natura concreta del giudizio triadico e la delimitazione degli elementi di valutazione consente, per esempio, di ritenere illegittime valutazioni che traggano conclusioni cautelari dalla mera *fattispecie astratta di reato*, posto che in tal modo il giudice si sovrapporrebbe alle valutazioni del legislatore effettuate negli artt. 280, comma 1 e 2, in relazione all'applicabilità di tipologie di misure per tipologie di reati sulla base della pena massima edittale. D'altro canto sarebbe altrettanto illegittima una considerazione di *esigenze diverse da quelle contemplate dall'art. 274 c.p.p.*, come ad esempio quelle in materia di *sovraffollamento carcerario*.

Il *tempo*, invece, è la tipica circostanza flessibile e concreta che assume rilevanza seppure non in termini di decadenza automatica, posto che si verificherebbe una inammissibile sovrapposizione con la disciplina sui termini di custodia cautelare.

Così si esprime la Cassazione sul punto specifico: *"Eccentricamente [il giudice fa ricorso] il criterio dei due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza, di cui al comma 6 dell'art. 304 cod. proc. pen. La proporzionalità, come parametro di apprezzamento, è, infatti, principio tendenziale, che non sopporta automatismi aritmetici, sia perché, ove così fosse, sarebbe chiamato ad operare soltanto in chiave di durata della misura (surrogando, contra ius, la disciplina dei termini di cui agli artt. 303 e 304 cod. proc. pen.) e non anche in fase di prima applicazione, sia perché, concettualmente, il sindacato sulla "proporzione" non può non refluire sulle esigenze cautelari e viceversa. Se, per disposto costituzionale, al legislatore è fatto obbligo di prevedere dei termini di durata massima dei provvedimenti che limitano la libertà personale, è del tutto evidente che ove si ravvisino (in ipotesi anche al massimo grado) le condizioni e le esigenze che impongono il permanere della misura cautelare, risulterebbe addirittura contraddittorio rispetto alla garanzia costituzionale circa i limiti massimi di durata, un sistema che consentisse provvedimenti liberatori automatici anticipati (e senza "causa" cautelare) rispetto al relativo spirare. Sotto altro profilo, non è neppure senza significato la circostanza che la Corte costituzionale, nel dichiarare la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 304, comma 6, cod. proc. pen., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 13 Cost., nella parte in cui tale*

norma non prevede che la durata massima della custodia cautelare non possa comunque superare i due terzi della pena concretamente irrogata, allorché questa risulti non modificabile in peius, ha osservato come, nella specie, la richiesta del giudice a quo fosse orientata ad ottenere una sentenza manipolativa che avrebbe mutato "completamente il significato del limite finale dei due terzi della pena, trasformandolo in un correttivo verso il basso dei termini di fase complessivi, svincolato da ogni evento "anomalo" di "sfondamento", e tale da comportare, in concreto, un drastico abbattimento dei termini stessi» (v. la ordinanza n. 397 del 2000. "Se da un lato, quindi, il tempo non può determinare automatismi caducatori al di fuori della perenzione dei termini di custodia, le stesse Sezioni Unite, in perfetta consonanza con la giurisprudenza di Strasburgo, hanno rilevato un *onere motivazionale* del giudice sul mantenimento della misura in relazione al tempo decorso, in quanto "alla *maggiore distanza temporale* dei fatti corrisponde normalmente un *affievolimento delle esigenze*", in un caso di distanza temporale di tre anni (Cass., Sez. Un., 24 settembre 2009 – 20 ottobre 2009, n.40538, Lattanzi, RV 244377). Anche qui, nessun automatismo, ma l'esigenza di uno sforzo argomentativo che, in assenza di dati a sostegno, comporta la reiezione della richiesta cautelare ovvero la revoca.

Del resto, vi sono numerosi segnali di una più *puntuale applicazione del principio di proporzione-adequatezza* con riferimento al giudizio triadico rimesso al giudice cautelare.

In primo luogo deve rammentarsi la decisione di Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013 – 12 marzo 2013, n.11806, Musitano, RV 255720, in base alla quale è illegittima, per violazione del principio di proporzionalità, l'applicazione al pubblico ufficiale autore di delitti contro la P.A. della misura cautelare del divieto di dimorare ed accedere nel comune nel quale svolge la propria attività lavorativa, laddove essa sia esclusivamente diretta a fronteggiare il pericolo di reiterazione di reati della stessa specie ed abbia la funzione di vietarne l'ingresso in alcuni specifici edifici, trattandosi di finalità cautelare al cui soddisfacimento sono già preordinate le misure interdittive previste dagli art. 289 e 290 cod. proc. pen., affermazione relativa ad una fattispecie di misura adottata per reati commessi dal dipendente di un'Asl all'interno dei locali di questa. Tuttavia, ancor più perspicui ed interessanti risultano i passaggi di altra decisione della medesima sezione riguardante addirittura un caso di presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere: Cass., Sez. VI, 27 giugno 2013 – 24 luglio 2013, n. 32412, Cosentino, RV 255751 ha, infatti, affermato che, seppure la presunzione di pericolosità circa la sussistenza delle esigenze cautelari trovi applicazione anche per il concorso esterno in associazione mafiosa, secondo quanto ritenuto dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (Sez. VI, 8 luglio 2011, n. 27685, Mancini; Sez. VI, 21 ottobre 2010, n. 42922, Lo Cicero; Sez. II, 18 novembre 2004, n. 48444, Cozza; Sez. VI, 20 ottobre 1995, n. 3722, Masselli) e da ultimo riconosciuto, indirettamente, anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 57 del 2013, tuttavia non veniva ritenuta condivisibile la motivazione con cui il Tribunale aveva giustificato la sussistenza del concreto pericolo di reiterazione per il reato di concorso esterno in associazione. Infatti, nei confronti di un indagato per un reato associativo di tipo mafioso la presunzione di pericolosità sociale, che a norma dell'art. 275, comma 3, c.p.p. impone la misura della custodia cautelare in carcere, può essere superata soltanto quando risulti dimostrato

che l'associato ha stabilmente rescisso i suoi legami con l'organizzazione criminosa ovvero quando il venir meno della presunzione legale di pericolosità derivi da elementi concreti e specifici che, seppure non rivelino una vera e propria rescissione del rapporto associativo, tuttavia dimostrino in concreto un consistente allontanamento rispetto all'associazione. Invece, diversa è la valutazione che deve essere compiuta nell'ambito operativo della presunzione di cui al citato art. 275 comma 3 c.p.p. in riferimento alla posizione del concorrente esterno nel reato associativo, nel senso che gli elementi che si richiedono per superare la presunzione *iuris tantum* non possono coincidere con quelli del partecipe. In quest'ultimo caso vi è un *affectio societatis* da rescindere, che non caratterizza il rapporto che lega il semplice concorrente all'associazione, per il quale la dissociazione non può essere considerata un elemento in grado di superare la presunzione Stessa. Infatti, quale che sia il tipo di relazione che lega il concorrente esterno al sodalizio, sia esso una relazione che si manifesta con condotte occasionali ovvero con contributi sintomatici di una più stretta vicinanza al gruppo, deve comunque riconoscersi che l'indagato resta estraneo all'organizzazione, per cui diversi devono essere gli elementi idonei a superare la presunzione di pericolosità. In particolare, si tratterà di elementi diretti a sostenere l'impossibilità o l'elevata improbabilità che il concorrente esterno possa ancora fornire un contributo alla cosca, ovvero volti ad evidenziare il venir meno degli interessi comuni con l'associazione o, ancora, la perdita di quegli strumenti che assicuravano di poter contribuire alla sopravvivenza del gruppo criminale. (...) In sostanza, per il concorrente esterno i parametri per superare la presunzione non coincidono con la rescissione definitiva del vincolo associativo, ma comportano una prognosi in ordine alla "ripetibilità o meno della situazione che ha dato luogo al contributo *dell'extraneus alla vita della consorteria*".

Altro filone da riguardare con interesse è quello volto a recuperare piena operatività al *principio di proporzione* anche in riferimento alle *misure cautelari reali*, escluso da un precedente orientamento.²³ La conclusione, invero ovvia se si considera il principio di proporzione come espressione del principio di ragionevolezza, ha invece richiesto uno sforzo argomentativo²⁴ che dimostra quanto in questo campo occorra cambiare l'atteggiamento di fondo, . Così Cass., Sez. V, 16 gennaio 2013 – 20 febbraio 2013, n.8382, Caruso, RV 254712, ha affermato che i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'art. 275 c.p.p. per le misure cautelari personali, devono ritenersi applicabili anche alle misure cautelari reali e devono costituire oggetto di valutazione preventiva e non eludibile da parte del giudice nell'applicazione delle cautele reali, al fine di evitare un'esasperata compressione del diritto di proprietà

²³ Cass., Sez. III, 11 febbraio 2009, n.20147 e Cass., Sez. III, 16 gennaio 2007, n.16818 RV 236490 hanno infatti escluso che in relazione all'art. 321 c.p.p. potesse trovare applicazione il principio di proporzione, in quanto l'astratta configurabilità del reato e la libera disponibilità della cosa sarebbe stata sufficiente a configurare un pericolo di aggravamento delle conseguenze del reato medesimo.

²⁴ Si è così fatto riferimento ad una interpretazione dell'art. 321 c.p.p. costituzionalmente orientata ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., quale integrato dal parametro interposto dell'art. 6 CEDU, così come applicato dalla giurisprudenza di Strasburgo.

e di libera iniziativa economica privata. Da ciò la Cassazione trae la conseguenza che, qualora detta misura trovi applicazione, il giudice deve motivare adeguatamente sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato ricorrendo ad altri e meno invasivi strumenti cautelari ovvero modulando quello disposto - qualora ciò sia possibile - in maniera tale da non compromettere la funzionalità del bene sottoposto a vincolo anche oltre le effettive necessità dettate dall'esigenza cautelare che si intende arginare. Interessante è poi l'applicazione del principio al caso concreto. Il S.C. ha infatti osservato che una volta individuata nella sola esigenza di evitare la circolazione del bene la base giustificativa dell'intervento cautelare, qualora oggetto di sequestro sia un bene immobile, tale esigenza si traduce tendenzialmente nella necessità di impedire il trasferimento del diritto di proprietà sulla cosa o la costituzione di altri diritti reali sulla medesima. In tale contesto può dunque risultare sufficiente limitare l'apposizione del vincolo sul bene in modo da neutralizzare la facoltà del proprietario di disporre giuridicamente, senza necessariamente comprimere eventuali ulteriori diritti esercitati su di esso dal medesimo o da altri. E sempre la peculiare natura del bene consente di applicare la misura con modalità tali da evitare che essa produca effetti esorbitanti l'effettiva esigenza di cautela individuata, ad esempio disponendo che alla sua esecuzione si proceda esclusivamente attraverso la trascrizione del titolo cautelare nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 104 disp. att. c.p.p., senza privare il possessore della disponibilità materiale del bene. Questa sentenza bene esprime le potenzialità di garanzia ed efficienza dell'applicazione di una normazione per principi ai casi vivi, fornendo un ottimo esempio di quella giurisprudenza situazionale, che esercita cioè una *ragione "situata" e non per questo arbitraria o incontrollabile*. In una interessante decisione (Cass., Sez. III, 16 maggio 2012 – 7 giugno 2012, n.21931, Pm. in c. Iacono, RV 253143) è stata puntualmente disegnato il percorso argomentativo in tre passaggi che il giudice deve seguire, osservandosi che i profili della proporzionalità, adeguatezza e gradualità della misura comportano la necessità di verificare: a) se l'aggravamento o la protrazione delle conseguenze del reato possono essere evitati senza privare l'avente diritto della disponibilità della cosa; b) se il sequestro preventivo è sufficiente a garantire tale risultato; c) se tale risultato può essere conseguito con misure meno invasive, e ciò, in base alla stessa interpretazione dell'art. 321 c.p.p., comma 1, senza la necessità di ricorrere all'applicazione analogica del disposto dell'art. 275 c.p.p., riferito alle sole misure cautelari personali.

8. Conclusioni: *"taking principles seriously"*

Dall'intera esposizione che precede sembra potersi ricavare la conclusione che il defatigante e sterile "pendolarismo" tra atteggiamenti di sfavore nei confronti delle misure cautelari e atteggiamenti di incentivo all'uso automatico delle più rigorose, oltre che espressione di reazioni emotive o ideologiche a determinati casi, sia più profondamente frutto di quella che potremo chiamare *cultura delle "norme-regole"*, con tutti i suoi corollari sul favore per l'introduzione di automatismi e di presunzioni, la sfiducia verso la valutazione discrezionale del fatto e nei confronti della giurisdizione

in generale, la svalutazione di forme di ragionamento e argomentazione non riconducibili alla pratica della sussunzione sotto leggi, con il conseguente insistere e rimodulare continuamente, per essere vinti ogni volta dall'inesauribile varietà e ricchezza dei casi concreti, *condizioni di applicazione* delle misure. In questa direzione sembrano muoversi quelle indicazioni che, anche se più attente (e meritoriamente attente) ai dati concreti provenienti dalla quotidiana esperienza giurisdizionale, si propongono di modificare l'art.73 del d.P.R. n. 309/90, attraverso la previsione di una autonoma figura di reato per l'ipotesi di cui al 5 comma (concernente fatti lieve entità in materia di stupefacenti) per la quale sia prevista la pena massima di tre anni e senza facoltà di arresto.²⁵ Il medesimo rilievo potrebbe anche farsi in relazione ad una ipotizzabile abrogazione del secondo periodo del comma 5 dell'art. 391 c.p.p. che consente di applicare, in caso di arresto, la misura custodiale per reati che non la consentirebbero.²⁶). Ancor peggio sembra essere il continuo ricorso all'*indulto* che, per quanto in larga parte inevitabile, non solo risente necessariamente, nelle scelte di esclusione di determinati reati dal beneficio, della mutabile impostazione ideologico-politica di ciascuno, ma è strumento intrinsecamente inidoneo, proprio per la sua contingenza e occasionalità, a rappresentare un rimedio a difetti strutturali, più legati all'insufficienza carceraria che all'uso delle misure cautelari:

Per uscire dalle secche di questa vera e propria trappola culturale che, più o meno inconsapevolmente è alla base di questi continui interventi altalenanti tra favore e disfavore verso le misure cautelari, occorre cambiare metodo e riscoprire tutte le potenzialità di quell'approccio "per principi" che, adattandosi alla imprevedibile ricchezza e disparità dei casi concreti, consente ugualmente di dominarli e rendere controllabili le scelte fatte in questo campo.

Da questo punto di vista, come si è visto, in realtà è possibile reperire molteplici spunti dalle applicazioni giurisprudenziali, a partire dalle sentenze della Corte costituzionale sulle presunzioni assolute dell'art. 275, comma 4, c.p.p. e dal loro relativo richiamo all'insopprimibile confronto con il caso concreto che deve connotare le scelte cautelari, alle sentenze dei giudici di legittimità che hanno stigmatizzato il tentativo di irrigidire il principio di proporzionalità trasformandola da principio in regola e, soprattutto, a quelle sentenze in cui si è tentato di individuare i passi argomentativi ineludibili sottesi all'applicazione del principio, in particolare, quello di proporzione al caso concreto.

L'attenzione della dottrina penalistica e processuale si è già appuntata sul principio di proporzione, ma prevalentemente in relazione alle scelte sanzionatorie e al

²⁵ Il rischio, oltre tutto, potrebbe essere quello di spostare la discrezionalità sulla misura, alla discrezionalità sulla qualificazione del fatto (lieve entità), a meno che non si intenda riformulare la fattispecie di cui all'art. 73, comma 5, cit. in modo più drastico, così da renderla più determinata, tendenza manifestata ad esempio dalle Sezioni Unite della Cassazione in sede di applicazione giurisprudenziale dell'aggravante della ingente quantità.

²⁶ In tal modo si otterrebbe sicuramente una conseguente riduzione dei detenuti cautelari, ma al prezzo del rischio di nuovi interventi legislativi in senso opposto, non appena casi di clamore pubblico evidenzino senso di insicurezza della collettività in relazione a delitti comuni.

controllo di legittimità costituzionale.²⁷ Proprio partendo dai numerosi spunti giurisprudenziali che si sono sopra illustrati si potrebbe applicare alle misure cautelari il test quadripartito²⁸ di “proporzionalità in senso ampio”²⁹ come modello argomentativo della scelta cautelare. Si tratta, cioè di richiedere - sulla linea del resto già delineata dallo schema di principi dell’art. 275 c.p.p., ma sfruttando il successo applicativo del modulo della proporzionalità (in ambito costituzionale e amministrativo), così da mutuarne i relativi approfondimenti teorici³⁰ - l’adempimento da parte del giudice di precisi e determinati oneri motivazionali divisi in passaggi che devono necessariamente rispettati: lo scopo della cautela è *ammissibile*, nel senso che i possibili effetti concomitanti dell’applicazione della misura non hanno alcun valore determinante la decisione, fondata esclusivamente sulle esigenze ammissibili di cui all’art. 274 c.p.p.; la sua applicazione è *idonea* a conseguire lo scopo, nel senso che rispetto all’esigenza alla cui salvaguardia la cautela tende, la misura può in concreto salvaguardarla (variante: sussiste una connessione razionale tra tipo di misura e scopo cautelare); la cautela è *necessaria*, nel senso che tra le misure idonee quella applicata impone il minor sacrificio

²⁷ Cfr. PULITANÒ, *Il Giudizio di fatto nel controllo di costituzionalità delle norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss.; SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *dir. pen. contemporaneo*, 2010; MANES, , *Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, Libro dell’anno del Diritto 2013

²⁸ Più diffuso è il test tripartito (idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto) su cui v. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 205 ss.; MANES, , *Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, Libro dell’anno del Diritto 2013. Una certa variabilità nell’individuazione delle fasi del test di proporzionalità è evidenziata da alcune ricerche comparative sulla giurisprudenza costituzionale di vari Paesi (cfr. COHN, *Three Aspect of Proportionality*, in *Atti dell’VIII Congresso mondiale dell’ “International Association of Constitutional Law”*, Mexico City, 2010): in Germania, idoneità, necessità, adeguatezza; in Canada, obiettivo sufficientemente importante, connessione razionale con l’obiettivo, mezzo meno drastico, effetto proporzionale; in Israele, connessione razionale con l’obiettivo, mezzo meno drastico, effetto proporzionale; in Zimbabwe: obiettivo sufficientemente importante, connessione razionale con l’obiettivo, necessità.

²⁹ In cui, cioè, la proporzionalità in senso stretto, qual è appunto quella di cui all’art. 275, comma 2, c.p.p. costituisce uno degli elementi della nozione più ampia di proporzionalità in senso lato, definita proprio dal test quadrifase, o in taluni casi trifase che di seguito si illustra.

³⁰ Oltre agli autori citati alla nota 5 e 27, cfr. i fondamentali contributi di LUTHER, *Ragionevolezza e ‘Verhältnismäßigkeit’ nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Diritto e Società*, 1993, 307 ss.; BARNES, , *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, in *Revista de Administración Pública*, 135, 1994, 495 ss; SANDULLI, , *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998; HOFFMANN, *The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law*, in ELLIS, edited by, *The principle of proportionality*, Oxford, 1999, 107 ss.; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2005; SCACCIA, , *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *L’ordinamento europeo*, a cura di MANGIAMELI, Milano, 2006; ROSENFELD, *Judicial balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War and Terror*, in *Cardozo Law Review*, 27, 2006, 2079 ss.; STONE SWEET - MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 73; VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010; BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, in *ECLR*, n. 1, 2011, 34 ss; EMILIOU, *The principle of Proportionality in European Law*, London, 1996; GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in RENNA - SAIITA, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 389 ss.; SCHLINK, *Proportionality*, in ROSENFELD - SAJO, edited by, *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*, Oxford, 2012, 718 ss; A. BARAK, *Proportionality*, Cambridge University Press, 2012.

necessario al conseguimento dello scopo cautelare; la cautela è *proporzionata in senso stretto*, nel senso che il peso dell'esigenza di soddisfazione dello scopo cautelare è maggiore (variante: è accettabile), in rapporto alla gravità qualitativa e quantitativa del fatto³¹, rispetto al sacrificio imposto.

Proprio alcune delle sentenze sopra ricordate si segnalano per esigere dal giudice di merito un puntuale rispetto di tutti i passaggi argomentativi di un giudizio di proporzionalità della misura in senso lato. In altre parole, la *proceduralità argomentativa*, attraverso l'espressione puntuale degli *impegni motivazionali* che l'applicazione dei principi al caso vivo comporta, non solo garantisce dalle derive dell'arbitrio soggettivo, ma costituisce anche la garanzia della correttezza della conclusione, a cui si deve però necessariamente giungere *a posteriori*, condotti appunto dai passi dell'argomentazione. Sembra strano che, in un momento in cui in ambito filosofico e scientifico si sta riscoprendo l'importanza decisiva dell'argomentazione³², attribuendo grande importanza al modello giurisprudenziale³³, si debba richiamare l'importanza dell'argomentazione per principi in ambito giuridico. Forse i giuristi e gli operatori del diritto, talvolta assumono la ragionevolezza solo come una forma di razionalità limitata e contestuale, vista cioè come scelta di mezzi che con ogni probabilità produrranno gli effetti prefissi apoditticamente come fine, o vedono in essa solo un deposito di certezze del senso comune, insuscettibile di essere verificato o falsificato, di tal che rinunciano a vedere nell'argomentazione alcun valore eristico, ma solo uno strumento retorico per perseguire fini soggettivi. Al contrario, sembra doversi intendere la ragionevolezza come "ragione pratica", vale a dire come un sapere che orienta all'agire (nel senso della *fronesis* aristotelica), distinto sia dal sapere della procedura metodica che sussume il caso particolare nella legge generale (*episteme* aristotelica), sia dalla tecnica che sa scegliere i mezzi più adeguati al fine (*tekne* aristotelica). Recuperando invece il procedimento del sapere pratico come il

³¹ In questa relazione possono assumere rilievo i **dati contestuali e contingenti** (perciò variabili nel tempo), quali la particolare incidenza e il conseguente allarme di una determinata tipologia di reati, **valorizzabile** solo attraverso **indici obiettivi**, quali le **valutazioni legislative** in termini di previsioni edittali di pena, o introduzione di aggravanti, o di nuove fattispecie di reato più gravi, rispetto a condotte già rientranti in fattispecie più lievi, o anche **dati statistici** pubblicati e verificabili o indicazioni provenienti dalla **giurisprudenza sovranazionale**, così da salvaguardare la possibilità di contraddire.

³² Per un ampio panorama del dibattito internazionale sul punto in filosofia v. CANTÙ – TESTA, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Milano, 2006

³³ Cfr. TOULMIN, *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958; VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953, trad. it., *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962; PERELMAN – OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958; BARTH – KRABBE, *From Axiom to Dialogue. A philosophical Study of Logics and Argumentation*, Berlin-New York, 1982; MC CORMICK, *Legal Theory and Legal Reasoning*, Oxford, 1978; ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt, 1991, trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica. Teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998; HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurs-theorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992, trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996; WALTON – KRABBE, *Commiment in Dialogue. Basic Concept of Interpersonal Reasoning*, Albany, 1995; HINTIKKA, *Is logic the Key to All Good Reasoning?*, in *Argumentation*, XV, 1, 2001, p. 35 ss.; WALTON, *Relevance in Argumentation*, Mahwah, 2004..

procedimento (*ermeneutico*) che attraverso l'interpretazione applica la legge al caso vivo, si può scoprire l'insostituibile ruolo delle norme-principio, in campi come quello cautelare.

Parafrasando una famosa espressione di Dworkin, la vera sfida culturale lanciata dalla questione delle misure cautelari in sede penale può, quindi, riassumersi nel motto "*taking principles seriously*", occorre, cioè, che sia il legislatore, sia i giudici, ma anche la stessa dottrina, inizi a prendere sul serio una normazione per principi, sfuggendo alle trappole della normazione per regole e dell'argomentazione sussuntiva che, in questa materia, ha dimostrato negli anni di essere fallimentare, come può desumersi dagli esempi sopra illustrati.