

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Computo dei termini di custodia cautelare

La questione

Misure cautelari personali - Termini di durata - Quantificazione della pena - Concorso di circostanze ad effetto speciale - Aumenti e diminuzioni di pena ex art. 63 c.p. - Rilevanza (artt. 278, 300, 303 c.p.p.; art. 64 c.p.).

Alla luce del contrasto giurisprudenziale, deve rimettersi alle Sezioni unite, ex art. 618 c.p.p., il seguente quesito: se ai fini della determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari e, di conseguenza, dei relativi termini di durata, si debba tenere conto - ai sensi dell'art. 63, co. 4, c.p. - in caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, non solo della pena stabilita per la circostanza più grave ma anche dell'aumento complessivo di un terzo per tutte le altre circostanze globalmente considerate.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 22 luglio 2014, (ud. 27 giugno 2014) - FIANDANESE, *Presidente* - DI MARZIO, *Relatore* - FRATICELLI, *P.M. (diff.)* - Ventrici, *ricorrente*.

Il commento

Ancora incertezze su termini di custodia cautelare e criteri di determinazione della pena: alle Sezioni unite il compito di far chiarezza.

SOMMARIO: 1. La vicenda. - 2. Il quadro normativo ed esegetico di riferimento. - 3. Cautele e merito: autonomia o coordinamento? - 4. La proporzionalità "necessaria".

1. La vicenda.

Con l'ordinanza in commento la seconda Sezione della Suprema Corte ha riscontrato un contrasto giurisprudenziale avente ad oggetto l'applicabilità della regola di diritto secondo la quale, in presenza del concorso di circostanze ad effetto speciale, la circostanza soccombente si trasforma in circostanza facoltativa comune oltre che ai fini della determinazione del trattamento sanzionatorio, altresì ai fini della quantificazione della pena agli effetti della durata delle misure cautelari.

Nella specie, il ricorrente si era visto respingere l'istanza tesa ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del titolo custodiale per il preteso superamento dei termini di fase. La richiesta, che si era fondata sulla tesi per cui, ai fini del computo della pena massima edittale che determina la durata del termine di fase di custodia cautelare, non debba tenersi conto del possibile aumento di pena per la presenza di un'aggravante ad effetto speciale (nel caso quella del metodo mafioso). Secondo gli assunti difensivi, invero, ai fini della determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, in caso - come quello di specie - di concorso di circostanza aggravante dell'effetto

speciale, i criteri stabiliti dall'art. 278 c.p.p. avrebbero dovuto essere integrati con il disposto di cui all'art. 63, co. 4, c.p., che prevede l'applicazione della pena prevista per le circostanze più grave, salva la facoltà per il giudice di applicare l'ulteriore aumento fino a un terzo.

Di diverso avviso sono state le decisioni del giudice procedente e del tribunale della libertà adito *ex art.* 310 c.p.p., che hanno proceduto al rigetto della richiesta del prevenuto. Seguendo un costante, ma non unico, indirizzo giurisprudenziale di legittimità, il provvedimento impugnato è stato fondato sugli assunti per cui, «ai fini del computo dei termini massimi di custodia cautelare deve valutarsi il concorso delle aggravanti secondo un criterio concettuale e non formale. L'interprete perciò, prescindendo dalla collocazione in una stessa e in diverse disposizioni di legge, dovrà valutare la possibile coesistenza delle stesse indipendentemente dalla loro collocazione. Una volta stabilita l'autonomia concettuale di ciascuna aggravante, il computo dovrà essere effettuato secondo i criteri indicati dall'art. 63 c.p., e perciò nella misura massima prevista per la più grave delle aggravanti ad effetto speciale con un ulteriore aumento di un terzo per le successive complessivamente considerate¹».

Dall'esame del ricorso, la Cassazione ha rilevato che – fermi restando gli orientamenti suddetti –, non può ignorarsi quello successivo fatto proprio dalle Sezioni unite, in base al quale «in caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, l'art. 63, co. 4, c.p. implica che il giudice applichi soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave; la legge affida, peraltro, al giudice il potere di valutare, a propria discrezione, se aumentare la pena derivante dall'applicazione della circostanza aggravante a effetto speciale in cui si assorbono le altre circostanze aggravanti. Sotto tale profilo viene in rilievo una significativa differenza rispetto alla disciplina del cumulo giuridico in tema di concorso di reati e di reato continuato. Mentre, infatti, in queste situazioni l'aumento di pena è obbligatorio, in presenza del concorso di circostanze ad effetto speciale la variazione di pena è facoltativa. In tale ipotesi la circostanza aggravante soccombente, che consente al giudice di infliggere un ulteriore aumento di pena, si trasforma da circostanza ad effetto speciale in circostanza facoltativa comune, atteso che il legislatore non ha predeterminato l'entità della variazione di pena che il giudice può apportare²».

Da tanto la necessità dell'intervento delle Sezioni unite, per stabilire se tale ultimo meccanismo trovi operatività o meno anche ai fini dell'individuazione della pena rilevante per stabilire la durata della custodia cautelare.

¹ V. Cass., Sez. V, 13 marzo 1997, Casile, in *Mass. Uff.*, n. 208099.

² Cfr. Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, P.G. in proc. Indelicato, in *Mass. Uff.*, n. 249664.

2. Il quadro normativo ed esegetico di riferimento.

Ai fini che qui interessano, assume portata fondamentale il dettato dell'art. 278 c.p.p., che fissa i criteri per determinare il limite massimo di pena – relativo al reato per cui si procede – per l'applicazione di una misura cautelare personale. La norma stabilisce che, ai fini della determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle cautele, deve tenersi conto della pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato, senza tener conto degli aumenti di pena derivanti dalla continuazione, dalla recidiva o dalle circostanze del reato. Fanno eccezione alla regola dell'irrilevanza, le circostanze da cui la legge fa discendere una pena di specie diversa e quelle ad effetto speciale.

Al riguardo è stato evidenziato che non tutti gli elementi della fattispecie che assumono rilievo nel giudizio di merito “giocano” nella cognizione cautelare, e se l'art. 278 c.p.p. potrebbe apparentemente svolgere una funzione pratica per un computo aritmetico quanto mai scevro da implicazioni dogmatiche di più ampio respiro, di fatto la norma assume un valore di discriminare tra gli elementi accidentali rilevanti nella fase cautelare e gli elementi che, nonostante la valenza che pure assumono nel diritto sostanziale, sono invece destinati a rimanere neutrali³.

Il riferimento agli elementi circostanziali contenuto nell'art. 278 c.p.p. ha da sempre rappresentato motivo di molteplici diatribe giurisprudenziali, stante la forte incidenza di quest'ultime – se contestate – sul limite massimo di pena stabilito per ciascun reato e, conseguentemente, sui termini massimi di durata della misura cautelare. In realtà, le difficoltà maggiori sembrano riguardare i criteri da utilizzare per il calcolo degli aumenti e delle diminuzioni di pena che conseguono al riconoscimento delle circostanze stesse, talvolta in concorso tra loro.

Ed è a tale proposito che si sono sviluppati gli orientamenti contrastanti in ordine al rilievo da assegnare, in sede cautelare, all'art. 63, co. 4, c.p.p.

Ai sensi dell'art. 63, co. 4, c.p., quando concorrono più aggravanti ad affetto speciale, si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave, ma il giudice può aumentarla (seppure fino a un terzo *ex art. 64 c.p.*). Ciò significa che gli elementi accidentali in questione vengono ad atteggiarsi come una cir-

³ Così VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Padova, 2004, 85, che fa riferimento agli elementi accidentali favorevoli, ritenendo che non può propendersi per l'irrilevanza delle attenuanti nella fase antecedente all'emanazione della sentenza di merito pur mancando qualunque indicazione normativa che consenta di ritenere che gli elementi circostanziali favorevoli all'imputato debbano in qualche modo entrare a far parte del titolo cautelare, e le attenuanti, pur non facendo parte della contestazione accusatoria, debbono valutarsi sin dall'emissione della misura, incidendo alla stregua di effetti impeditivi, modificativi o estintivi sul terreno cautelare.

costanza ad efficacia comune. Ed allora v'è da chiedersi se tali circostanze ad efficacia comune debbano ritenersi inesistenti agli effetti dell'art. 278 c.p.p., riferendosi tale ultima disposizione solo a circostanze ad efficacia speciale; ovvero se debbano essere comunque tenute in considerazione ai fini del calcolo per il computo della pena, e determinare, pertanto, un aumento complessivo della sanzione di base.

Le soluzioni offerte dalla giurisprudenza sono state, nel tempo, disomogenee. Da una parte si è affermato che «il criterio di computo della pena di cui all'art. 63, co. 4, c.p., non possa essere utilizzato in materia cautelare, riferendosi la norma unicamente alla sanzione irrogata all'esito del giudizio. Al contrario l'art. 278 c.p.p. tende a salvaguardare esigenze di natura processuale, che sono rapportate alla gravità del reato per cui si procede. Pertanto il limite edittale di pena deve essere elevato in ragione di ciascuna delle aggravanti accertate»⁴.

Secondo altri e successivi orientamenti, «l'art. 63, co. 4, c.p. trova applicazione anche in materia cautelare, tenendo conto della pena stabilita per la circostanza più grave e dell'aumento complessivo di un terzo per tutte le altre circostanze globalmente considerate, le quali mantengono peraltro la natura di circostanze ad effetto speciale»⁵. Tale ultima opzione troverebbe un punto di forza nel fatto che l'art. 63, co. 4, c.p. delineerebbe unicamente un meccanismo di aumento della pena, senza pregiudicare la natura delle circostanze ivi previste degradandole a circostanza ad efficacia comune. Di conseguenza alle circostanze ad effetto speciale resterebbe applicabile la relativa disciplina sostanziale e processuale per tutti i profili diversi da quelli specificamente considerati nell'art. 63, co. 4, c.p.

A tale tesi si è contrapposta una diversa soluzione interpretativa, in base alla quale, «agli effetti dell'art. 278 c.p.p., non bisogna valutare quelle circostanze che, smarrendo la loro matrice di circostanze ad effetto speciale, diventano estranee al novero delle circostanze di cui la disposizione da ultimo richiamata impone di tener conto ai fini dell'applicazione della misura cautelare»⁶: se l'art. 63, 4° co., c.p. prevede un aggravio di pena facoltativo e non superiore

⁴ Così Cass., Sez. I., 21 maggio 1996, Aligi, in *Mass. Uff.*, n. 205419; Id., Sez. I., 2 aprile 1996, Mendola, *ivi*, n. 204404; Id., Sez. VI, 6 marzo 1995, Orefice, *ivi*, n. 201885.

⁵ Sul punto v. Cass., Sez. I., 31 marzo 2005, Panaro e altri, in *Mass. Uff.*, n. 233262; in precedenza Id., Sez. V, 13 marzo 1997, Casile, *ivi*, n. 208099; Id., Sez. VI, 24 ottobre 2007, Attardo, *ivi*, n. 237671 ha stabilito che, «ai fini del computo della durata complessiva della custodia cautelare in caso di contestazione del reato di promozione di associazione armata di tipo mafioso, il calcolo della pena, comprensiva delle tre circostanze aggravanti ad effetto speciale deve farsi, come richiesto dall'art. 278 c.p.p., secondo il criterio stabilito dalla norma stessa e non già secondo quello previsto dall'art. 63, co. 4, c.p.».

⁶ V. Cass., Sez. I., 27 febbraio 1996, Nicastro, in *Cass. pen.*, 1997, 148.

ad un terzo per tutte le aggravanti concorrenti con quella concretamente applicata (la più grave), è da ritenere che tali circostanze vengano considerate già dal Legislatore come aggravanti comuni, ininfluenti dunque sul calcolo del limite edittale ai sensi dell'art. 278 c.p.p.

«Argomentando diversamente si finirebbe per attribuire alle circostanze in questione una natura ancipite, considerandole comuni ai fini del giudizio e ad effetto speciale ai fini cautelari»⁷.

Tale ultimo e condivisibile orientamento è stato solo parzialmente accolto, ormai da tempo, dalle Sezioni unite, che hanno optato per l'applicabilità dell'art. 63, co. 4, c.p. anche in sede cautelare tenendo conto della pena della pena stabilita per la circostanza più grave, aumentata di un terzo senza alterazione della natura di circostanza ad effetto speciale, che resta tale anche nel concorrere ad aggravare la medesima fattispecie⁸.

Ad oggi, se non dovrebbero sussistere dubbi⁹ circa l'applicabilità del meccanismo di computo descritto dal co. 4 dell'art. 63 c.p. ai fini della determinazione della pena per l'applicazione e la durata della custodia cautelare, non può non tenersi conto della nuova ed evoluta lettura della norma offerta da un successivo orientamento delle Sezioni unite, a tenore del quale «in caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, l'art. 63, co. 4, c.p., prevede che il giudice applichi soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave; la legge affida al giudice il potere di valutare, a propria discrezione, se aumentare la pena derivante dall'applicazione della circostanza aggravante a effetto speciale in cui si assorbono le altre circostanze aggravanti. In tale ipotesi la circostanza aggravante soccombente, che consente al giudice di applicare un ulteriore aumento di pena, si trasforma da circostanza ad effetto speciale in circostanza facoltativa comune, atteso che il legislatore non ha predeterminato l'entità della variazione di pena che il giudice può apportare»¹⁰.

Ed è su tale aspetto che il massimo Consesso dovrà intervenire a far chiarezza.

3. Cautele e merito: autonomia o coordinamento?

Il problema ha ad oggetto, ancora una volta, l'operatività, nell'incidente *de libertate*, delle regole che operano nel processo di merito.

Deve da subito rilevarsi come, alla luce dell'evoluzione che nel tempo ha subito il procedimento cautelare, nessuna perplessità dovrebbe sussistere ri-

⁷ Così sempre Cass., Sez. I, 27 febbraio 1996, Nicastro, cit.

⁸ Cfr. Cass., Sez. un., 11 giugno 1998, Vitrano, in *Cass. pen.*, 1998, 2907.

⁹ Dati gli ormai poco recenti moniti delle Sezioni unite "Vitrano".

¹⁰ V. Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, P.G. in proc. Indelicato, cit.

guardo all'operatività, in quest'ultimo, dei principi e delle garanzie che governano il processo di merito.

Già la l. 8 agosto 1995, n. 332 aveva accentuato, in linea con i precetti costituzionali di cui agli artt. 13 e 27, il carattere eccezionale dei provvedimenti limitativi della libertà personale disposti prima della condanna, con imposizione al giudice di una maggiore incisività argomentativa nella giustificazione della misura, facendogli obbligo di indicare gli elementi di fatto da cui fossero desunti gli indizi, i motivi per i quali essi assumessero rilevanza, quelli per i quali si rivelassero inconsistenti gli elementi forniti dalla difesa (art. 292, co. 2, lett. c e c-bis c.p.p.), nonché di valutare negativamente l'esistenza di condizioni legittimanti il proscioglimento ex art. 273, co. 2, c.p.p. (cause di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena) o la possibilità di ottenere, con la eventuale sentenza di condanna, il beneficio della sospensione condizionale della pena (art. 275, co. 2-bis, c.p.p.). Inoltre, sia pure con riferimento al diverso fenomeno della inutilizzabilità di prove illegittimamente acquisite (art. 191 c.p.p.), l'indirizzo ermeneutico e rigorosamente garantista della giurisprudenza di legittimità, ben prima dell'intervento del legislatore del 2001¹¹, aveva statuito la piena applicazione, anche nel procedimento cautelare, della sanzione di inutilizzabilità, considerata la diretta incidenza sull'elemento dimostrativo, indiziario o probatorio, comunque acquisito in maniera illegale¹².

I successivi interventi, non solo giurisprudenziali, ma anche legislativi, non hanno fatto altro che tracciare soluzioni orientate a considerare pienamente operanti le regole del processo di merito nell'incidente cautelare, stante la diretta incidenza delle decisioni *de libertate* sul giudizio preordinato ad accertare la responsabilità. Nonostante i momenti di eterogeneità, i due contesti non sono autonomi, stante l'unicità e la funzionalità del sistema, per la quale è essenziale che un grado elevato di articolazione dei procedimenti sia bilanciato da efficaci strumenti di coordinamento e di composizione di potenziali contrasti¹³. D'altronde, sarebbe assurdo negare le interferenze fra i due ambiti procedurali, giacché i fatti da accertare sono gli stessi¹⁴.

Certo, non deve essere disconosciuta la differenza tra il giudizio preordinato alla pronuncia di condanna, che presuppone l'acquisizione della certezza pro-

¹¹ Che ha introdotto la ormai nota riforma del c.d. "giusto processo". V. *infra*.

¹² Cfr. Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Monteleone, in *Mass. Uff.*, n. 204811; Id., Sez. un., 20 novembre 1996, Glicora, *ivi*, n. 206954.

¹³ V. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 280.

¹⁴ In tal senso ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2004, 146.

cessuale in ordine alla colpevolezza dell'imputato, e la delibazione funzionale all'esercizio del potere cautelare, che implica un giudizio prognostico in termini di ragionevole e alta probabilità di colpevolezza. Diverso è senz'altro, nei due accertamenti, il grado di conferma dell'ipotesi accusatoria: in quello posto a base della decisione definitiva sulla *regiudicanda*, la conclusione è sorretta da un quadro probatorio completo e non suscettibile di ulteriori aggiornamenti o variazioni, con l'effetto che ogni margine d'incertezza resta superato; nell'accertamento incidentale *de libertate*, invece, il convincimento giudiziale è esposto al flusso continuo di conoscenze potenzialmente idonee a smentirlo, a prescindere dalla scansione in fasi e gradi del processo "principale"¹⁵.

Tuttavia, oltre le suddette peculiarità distintive, attinenti alla definitività o precarietà delle statuizioni di colpevolezza, non sussistono ragioni per ritenere l'alterità delle medesime regole a seconda che ad applicarle sia il giudice della cautela o quello di merito. Impianto, struttura, cognizione e motivazione della vicenda cautelare tendono, infatti, a dilatarsi fin quasi a sovrapporsi al terreno del giudizio principale, cosicché la distinzione tra i due procedimenti permane più per la eterogeneità delle finalità che per una improponibile gerarchia¹⁶ che possa giustificare un arretramento di garanzie. Pur rientrando nella fisiologia del sistema che l'adozione di misure cautelari poggia su dati non definitivi e precari, non è mai ammesso fare degli stessi un utilizzo avulso dalle regole. Soltanto in tal modo è consentito riportare a dimensioni accettabili l'esercizio del potere coercitivo "che non può essere svincolato dalla ragionevole prognosi circa l'effettivo avverarsi della situazione finale alla cui tutela è preordinato"¹⁷.

La ormai datata riforma del giusto processo¹⁸, e l'imposizione di un "giusto processo cautelare", hanno comportato l'omologazione delle regole procedurali e decisorie, con appiattimento delle differenze prima esistenti. A tanto si è aggiunto l'operato della giurisprudenza che ha rinvenuto nel "giusto processo cautelare" l'epilogo di un cammino a varie tappe che ha visto progressivamente sfumare le tradizionali differenze tra la decisione *de libertate* e quella di merito.

E così, se ora per volontà legislativa, le statuizioni del giudice della cautela

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, P.G. in proc. Spennato, in *Giur. it.*, 2007, 2291, con nota di SANTORIELLO.

¹⁶ V. sul punto DEL COCO, *Incidente cautelare e procedimento principale*, in *Il principio di preclusione nel processo penale. Atti del convegno (Teramo 16 giugno 2011)*, a cura di Marafioti, Del Coco, Torino, 2012, 53.

¹⁷ In tal senso GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni de libertate*, in *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, a cura di Gaito, Milano, 1995, 162.

¹⁸ Ad opera della l. 1 marzo 2001, n. 63, che ha innestato il co. 1-bis nell'art. 273 c.p.p.

possono condizionare la scelta del rito da parte del p.m. (art. 453, co. 1-ter, c.p.p.), è inevitabile che le regole di rigore che governano la fase di cognizione debbano sicuramente avere cittadinanza nell'incidente cautelare¹⁹.

Fornire interpretazioni applicative divergenti di una medesima regola non potrebbe che minare in radice la *ratio* di assimilazione tra cautela e merito, e cioè assicurare le medesime garanzie e gli stessi diritti in due procedimenti – quello incidentale e quello principale – che, seppure seguano strade parallele, finiscono per avere inevitabili punti di contatto.

La restrizione della libertà, invero, è un fatto unico che assume un'oggettiva duplice valenza; può, infatti, essere legittimata a titolo di misura cautelare o a titolo di sanzione: l'applicazione della misura cautelare è giustificabile 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.

Le conseguenze a trarsene sono assai ovvie: il giudizio di computo del livello di pena richiesto per l'applicazione della cautela deve effettuarsi tenendo conto delle medesime regole applicabili in sede di decisione di merito. L'imputazione cautelare, quale attribuzione ad un soggetto determinato di un fatto penalmente significativo, accompagnato da elementi circostanziali, è idonea a produrre, alla stregua del sottosistema cautelare, effetti immediati di regolamento della fattispecie in vista dell'accertamento in sede di merito. Di conseguenza, se l'art. 278 c.p.p. impone di tenere conto degli elementi circostanziali ai fini del computo della pena alla stregua di quanto accade in sede di comminatoria della sanzione, i criteri da utilizzare tracciati dalle norme sostanziali non possono che avere la medesima portata applicativa sia ai fini del giudizio, che ai fini cautelari. E tanto vale ancor di più nei casi, come quello rimesso al prudente apprezzamento delle Sezioni unite, in cui l'operatività della norma serva ad evitare che la cautela si trasformi in espiazione anticipata della pena. Detto altrimenti si assisterebbe ad un inquietante *revirement* proteso a ridimensionare il principio costituzionale del *favor libertatis* – secondo cui, in presenza di plurime interpretazioni astrattamente possibili di una disposizione di legge, è da prediligersi quella comportante il minor sacrificio possibile della libertà personale – giungendo a cristallizzare un bilanciamento poco equilibrato degli opposti interessi in gioco.

¹⁹ V. Cass, Sez. un. 30 maggio 2006, P.G. in proc. Spennato, cit., 2291.

4. La proporzionalità “necessaria”.

Quando si discorre di privazione della libertà *ante* giudizio non può mai perdersi di vista il principio di proporzionalità che, se da un lato postula la corrispondenza, in fase genetica, tra la misura adottanda, l'entità del fatto e la sanzione che si ritiene possa essere irrogata (art. 275, co. 2, c.p.p.), dall'altro impone che la misura stessa non si protragga per un lasso di tempo tale da violare quei medesimi criteri.

I parametri di riferimento sul punto possono individuarsi nelle norme: si pensi all'art. 304, co. 6, c.p.p., che pone, come sbarramento estremo della custodia, il limite dei due terzi del massimo edittale comminato per il reato per cui si procede: previsione dalla quale sembra emergere una tendenziale indicazione di volontà, intesa appunto ad evitare scompensi del necessario equilibrio quantitativo fra coercizione preventiva ed espiazione della pena, verso la non superabilità, in ogni caso, in sede cautelare, di quella determinata parte di sanzione astrattamente raggiungibile²⁰.

Sono noti ormai i moniti della Corte costituzionale in punto di proporzionalità della cautela²¹: tanto l'applicazione quanto il mantenimento delle misure cautelari personali non può in nessun caso fondarsi esclusivamente su una prognosi di colpevolezza, né mirare a soddisfare le finalità tipiche della pena – pur nelle sue ben note connotazioni di polifunzionalità – né, infine, essere o risultare in itinere priva di un suo specifico e circoscritto “scopo”, cronologicamente e funzionalmente correlato allo svolgimento del processo. Il necessario raccordo che deve sussistere tra la misura e la funzione cautelare che le è propria, comporta, poi – sul versante del *quomodo* attraverso il quale si realizza la compressione della libertà personale – che questa abbia luogo secondo un paradigma di rigorosa gradualità, così da riservare alla più intensa limitazione della libertà, attuata mediante le misure di tipo custodiale – “fisicamente” simmetriche rispetto alle pene detentive, e, dunque, da tenere nettamente distinte sul piano funzionale – il carattere residuale di *extrema ratio*²².

²⁰ La direttiva n. 59 della legge delega per l'emanazione del codice di procedura penale prescriveva al legislatore delegato di prevedere «la sostituzione o la revoca della misura della custodia in carcere, qualora l'ulteriore protrarsi di questa risulti non proporzionato alla entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata».

²¹ V. ampiamente Corte cost., n. 265 del 2010. Successivamente Id., n. 164 del 2011; Id., n. 231 del 2011; Id., 78 del 2012; Id., n. 110 del 2012; Id., n. 57 del 2013; Id., n. 231 del 2013; Id., n. 232 del 2013.

²² Da ultimo in tal senso Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, P.M. in proc. Khalil, in *Mass. Uff.*, n. 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

Questo principio è stato affermato, in termini netti, anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, «in riferimento alla previsione dell'art. 5, § 3, della Convenzione, la carcerazione preventiva deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti»²³. Da qui, «la logica che sostiene i principi enunciati nella direttiva n. 59 legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, sul nuovo codice di procedura penale, ed il recepimento, all'interno del sistema delle cautele, del duplice e concorrente canone della adeguatezza, in forza del quale il giudice deve parametrare la specifica idoneità della misura a fronteggiare le esigenze cautelari che si ravvisano nel caso concreto, secondo il paradigma di gradualità di cui si è detto, ed il criterio di proporzionalità, per il quale “ogni” misura deve essere proporzionata “all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata”»²⁴.

L'origine storica del principio di proporzionalità tradisce il suo intimo raccordo con l'istituto della carcerazione preventiva e con la finalità di impedire che la custodia *ante iudicium* possa comunque rivelarsi *inutiliter data*, alla luce della non eseguibilità della condanna, o quando risulti aver integralmente consumato la quantità di pena irrogabile o irrogata. La funzione del principio risulta valorizzata dalla corposa gamma di presidi che mirano, appunto, ad impedire una “sproporzionata” applicazione o mantenimento della misura in rapporto alla condanna che si prevede possa essere inflitta²⁵.

Tali aspetti qualificanti, che caratterizzano il sistema appena delineato, lo rendono conforme a Costituzione. Il riferimento alla sanzione irrogabile in sede di giudizio di merito rappresenta un portato della proporzionalità.

Di conseguenza, in attesa del giudizio delle Sezioni unite, la conclusione è scontata: solo una soluzione che affidi al giudice della misura il compito di determinare la pena rilevante agli effetti della applicazione della misura in base ai medesimi parametri utilizzabili in sede di cognizione – e, in particolare, l'art. 63, co. 4, c.p., alla luce dell'interpretazione dello stesso fornita dalle Sezioni unite “Indelicato” – può essere conforme, oltre che alla *ratio* di coordinamento, a volte necessario, tra cautela e merito, al principio di proporzionalità nella dimensione poco sopra considerata. Nessuna obiezione, invero, po-

valutazione della persistenza e della consistenza delle esigenze cautelari che ne avevano originariamente giustificato l'applicazione». La massima in realtà non rende giustizia alla motivazione che risulta ben più ricca di contenuti e linee-guida per il giudice della cautela.

²³ V. Corte eur. dir. uomo, 2 luglio 2009, Vafiadis c. Grecia; Id., 8 novembre 2007, Lelièvre c. Belgio.

²⁴ Così nel testo della motivazione di Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, P.M. in proc. Khalil, cit.

²⁵ Quali quelli delineati dagli artt. 273, co. 2, 275, co. 2-bis, 280, co. 2, 299, co. 2, 300 c.p.p.

trebbe muoversi ad una soluzione in grado di imporre una uniforme portata applicativa al disposto dell'art. 63, co. 4, c.p., a prescindere dalla fase in cui trovi operatività.

E. NADIA LA ROCCA