

Libertà personale - MAE

Il computo delle restrizioni alla libertà personale nei rapporti di cooperazione Italia-Regno Unito: alla ricerca di una base concettuale comune

Marina Tiberi

La decisione

Libertà personale - Restrizioni subite all'estero a seguito di mandato di arresto europeo - Libertà su cauzione con obbligo di dimora - Divieto di allontanarsi dall'abitazione - Obbligo di presentazione alla p.g. e divieto di espatrio - Computabilità interna - Presupposti (C.p.p., art. 283; L. 22 aprile 2005, n. 69, artt. 31, 33).

In tema di mandato di arresto europeo, la pretesa equipollenza tra la custodia cautelare in carcere (o gli arresti domiciliari) e la libertà su cauzione con obblighi imposti dal giudice inglese è sprovvista di qualsiasi appiglio logico oltre che normativo, essendo imposte prescrizioni di condotte che rendono la cautela assimilabile, semmai, alla misura coercitiva di cui all'art. 283, co. 4, c.p.p. CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, 26 febbraio 2013 (c.c. 18 dicembre 2012) - LOMBARDI, Presidente - SARNO, Relatore - D'AMBROSIO, P.G (diff) - Dines ed altro, ricorrenti.

Il testo della decisione in commento è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. La Corte di cassazione affronta, nella pronuncia in commento, la problematica inerente la possibilità di equiparare agli arresti domiciliari, nella forma attenuata prevista dall'art. 284, co. 3, c.p.p., con la misura dell'obbligo di dimora cumulata al divieto di allontanamento notturno, all'obbligo di presentazione agli organi di polizia giudiziaria per tre volte a settimana, nonché, al divieto di espatrio con ritiro del passaporto, applicata dall'autorità inglese in sede di esecuzione del MAE emesso dall'Italia, con conseguente detraibilità del periodo di restrizione sofferto all'estero, in esecuzione del mandato di arresto, dal termine di fase e complessivo di durata della misura cautelare previsto dalla normativa interna. Nel motivare la soluzione negativa, i giudici di legittimità ripercorrono lo stesso *iter* argomentativo - facendone peraltro

proprie le motivazioni - che, già in precedenza, aveva indotto la stessa sezione della Corte¹ ad escludere detta possibilità.

Le conclusioni cui pervengono i giudici di legittimità appaiono, tuttavia, viziate per quanto concerne i presupposti, ovvero l'aver preso atto esclusivamente del *nomen iuris* della misura applicata ai soggetti destinatari del MAE a seguito del loro rilascio su cauzione, senza in alcun modo accertare la natura più o meno afflittiva degli obblighi effettivamente imposti, nonché la durata degli stessi.

Sebbene la questione prenda spunto da un problema di discrasie sistematiche tra normativa dello Stato di esecuzione e normativa dello Stato di emissione del MAE - che mettono in risalto le incertezze connesse all'adozione di strumenti processualpenalistici paneuropei non anticipati da una armonizzazione degli ordinamenti nazionali, giacché nel Regno Unito, al contrario che in Italia, è prevista la possibilità di rilascio *on conditional bail* quale misura alternativa alla carcerazione preventiva - tuttavia, la stessa va affrontata cercando di trovare una soluzione che sia conforme ai principi del nostro sistema processualpenalistico, all'interno del quale è necessario rinvenire una misura cautelare che risulti, se non identica, quanto meno equipollente a quella applicata dal Paese di esecuzione.

2. Come noto, il processo penale rappresenta la massima espressione del difficile equilibrio tra tutela delle libertà dei singoli, in particolare della libertà personale, ed esercizio della potestà punitiva riconosciuta allo Stato in ragione di difesa sociale. Per tale motivo, al fine di evitare il ripetersi di abusi che si sono perpetrati nei secoli e che, purtroppo, ancor'oggi in alcuni Paesi del mondo continuano a perpetrarsi, le costituzioni moderne, a partire dall'illuminismo (in realtà il primo riconoscimento giuridico del diritto alla libertà personale risale alla *Magna Charta Libertatum* del 1215), hanno riconosciuto il diritto alla libertà personale come limite giuridicamente vincolante rispetto all'estrinsecazione dei poteri di supremazia propri dello Stato², giungendo a prevedere, "lungo una traiettoria di progressivo affinamento degli strumenti di salvaguardia della libertà personale, intesa quale libertà da coercizioni fisiche

¹ Cass., Sez. V, 20 gennaio 2012, O'Connor ed altro, in *Arch. pen.*, 2012, 741 con nota di TIBERI, *Lo scomputo delle restrizioni patite all'estero nelle procedure di con mandato d'arresto europeo*.

² Per una ricostruzione storica del riconoscimento costituzionale dei diritti di libertà, GREVI, voce, «Libertà personale», in *Enc. Scien. Soc. Treccani*, V, Roma, 1996, p. 297 ss., con ampie note di richiami, nonché LOUCAIRE, *La protection constitutionnelle des droites et des libertés*, Parigi, 1987, p. 75 ss.

*o materiali, due distinti livelli di garanzia: da un lato quello della riserva di legge, dall'altro quello della riserva di giurisdizione, in rapporto ad ogni ipotesi di restrizione della libertà personale*³.

Perfettamente in linea con tali forme di garanzia si pone la normativa costituzionale italiana in tema di libertà personale, laddove, all'art. 13 Cost., sancisce che "la libertà personale è inviolabile" (art. 13, co. 1, Cost.), che, proprio per tale motivo, "non è ammessa alcuna forma di detenzione, ispezione o perquisizione, né altre forme di privazione (della suddetta libertà) se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge" (art. 13, co. 2, Cost.) e che, anche ove detta privazione sia consentita, *sub specie* di carcerazione preventiva, la stessa deve soggiacere a limiti temporali prescritti dalla legge (art. 13, co. 5, cost).

E' di tutta evidenza che quanto proclamato all'art. 13, co. 1, Cost., lungi dal rappresentare una mera enunciazione di principio, sancisce un postulato strettamente connesso alla presunzione di non colpevolezza di cui al successivo art. 27, co. 2, della Carta costituzionale, postulato che è destinato a rimanere intangibile a meno che non ricorrano delle deroghe che possono essere esercitate solo negli stretti termini stabiliti dagli stessi costituenti.

Alle riserve di giurisdizione e di legge che, come visto, impongono stretti vincoli alla possibilità di privazione della libertà personale, il legislatore ordinario ha aggiunto altre due rilevanti previsioni che rappresentano ulteriori garanzie contro il possibile perpetrarsi di abusi, qualora si debbano porre in essere limitazioni e/o privazioni della libertà personale.

Tali previsioni trovano applicazione nella fase processuale, quando cioè vige ancora in pieno la presunzione di non colpevolezza e, pertanto, si rende ancora più necessario circoscrivere al massimo la privazione della suddetta libertà per quanto concerne sia le modalità che i tempi di durata di tali limitazioni. Sotto il primo aspetto, i codificatori, con la formulazione dell'art. 272 c.p.p., hanno, dunque, previsto che "le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelative soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo".

³ Sulla nozione di libertà personale e sulla identificazione dei suoi confini per quanto concerne la tutela apprestata dall'art. 13 Cost. ampia è la dottrina, *ex plurimis* AMATO, *Art. 13*, in *Comm. Cost. Rapporti civili*, Branca, Bologna, Roma, 1977, p. 6 ss.; CARETTI, voce «Libertà personale», in *Dig. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 234; CERRI, voce «Libertà. II. Libertà personale» (dir. Cost.), in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 10 ss.; ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 30 ss.; FERRANTE, *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2012, 587 ss.; GREVI, voce, «Libertà personale», in *Enc. Scien. Soc. Treccani*, V, Roma, 1996, 300; PACE, voce «Libertà personale», (dir. Cost.), in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 287 ss.

Ne deriva che le misure cautelari personali, al pari delle modalità e dei presupposti secondo i quali le stesse possono essere adottate, devono essere tipiche e nominate.

Oltre a dover essere tipiche e nominate, le misure cautelari devono sottostare a dei termini di durata predeterminati, poiché sarebbe inconcepibile e contrario ad uno Stato di diritto consentire privazioni e/o limitazioni della libertà personale potenzialmente idonee a protrarsi *sine die* ed *ante iudicatum*, ove la presunzione di non colpevolezza rende ancor più pregnante la portata del principio di inviolabilità della libertà personale, soprattutto in un'epoca in cui particolare attenzione è data, o dovrebbe essere data, anche a livello sovranazionale, al rispetto del principio di ragionevole durata del processo, principio che di per sé non può essere limitato alla sola fase cognitiva ma che deve necessariamente involgere anche la fase *de libertate*¹.

A tal riguardo il legislatore, ampliando la portata della previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 13 Cost., ha introdotto, a livello codicistico, una serie di norme (artt. 303, 308 c.p.p.) che, in ossequio al principio di proporzionalità, sono volte proprio ad evitare che la libertà personale possa subire compressioni per periodi indeterminati, prevedendo non solo termini massimi di durata delle misure cautelari, sia custodiali che non (quindi non della sola carcerazione preventiva come previsto dalla disposizione costituzionale da ultimo richiamata), ma altresì termini di fase, la cui durata è modulata in virtù della gravità del reato e dei diversi segmenti in cui si articola il procedimento, sì da non far ricadere sul soggetto privato della propria libertà personale eventuali lungaggini processuali.

3. Questo è, pertanto, il quadro normativo di riferimento da cui appare necessario prendere le mosse per analizzare la pronuncia in commento.

Nel fare ciò è doveroso, in primo luogo, verificare se, all'interno della normativa codicistica, ove sono elencate tutte le tipologie di misure cautelari applicabili, sia rinvenibile una misura sovrapponibile a quella applicata nel caso di specie ai soggetti colpiti da MAE.

La risposta è di carattere negativo. Invero, il nostro ordinamento prevede, tra le misure cautelari, tanto l'obbligo di dimora che, in determinati casi, può essere accompagnato dalla prescrizione, quale modalità esecutiva della misura stessa, del divieto di allontanamento dall'abitazione per alcune ore del giorno,

¹ In tal senso LACCHI, *Caducazione automatica delle misure cautelari personali*, Catanzaro, 2008, p. 30 ss, con ampie note di richiami.

quanto l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria ed il divieto di espatrio, tuttavia, tali misure non possono essere tra loro assommate, neppure se la loro esecuzione cumulativa appare ipoteticamente compatibile, se non nei casi in cui il legislatore ha espressamente previsto tale possibilità, vale a dire nell'ipotesi disciplinata dall'art. 276, co. 1, c.p.p., che si realizza qualora una persona già sottoposta a misura cautelare trasgredisca alle prescrizioni impostegli, ovvero nel caso, disciplinato dall'art. 307, co. 1 *bis*, c.p.p., impropriamente richiamato dalla corte, di scarcerazione per decorrenza dei termini, quando si proceda per uno dei reati indicati dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. Fuori dai suddetti casi, in virtù del disposto di cui all'art. 272 c.p.p., appare impossibile procedere all'applicazione congiunta di più misure, sebbene tutte previste dall'ordinamento.

Infatti, scopo della disposizione di cui all'art. 272 c.p.p. è di *“ridurre a un numero chiuso” le figure di misure limitative della libertà utilizzabili in funzione cautelare nel corso di un procedimento penale (così che) non possono essere applicate misure diverse da quelle espressamente considerate* né, *“al di fuori dei casi in cui non siano espressamente consentite da singole norme processuali (non) sono ammissibili tanto l'imposizione aggiuntiva di ulteriori prescrizioni non previste dalle singole disposizioni regolanti le singole misure”*, né *“l'applicazione congiunta di due distinte misure, omogenee o eterogenee, che pure siano tra loro astrattamente compatibili...siffatta applicazione porterebbe infatti a determinare la creazione di un mixtum compositum, di una "nuova" misura non corrispondente al paradigma normativo tipico”*, pertanto, la relativa ordinanza impositiva non potrebbe altro che venire annullata⁵. Se, pertanto, l'applicazione di misure cumulative non appare consentita se non nei casi espressamente previsti dal legislatore i quali, stante il principio di tassatività, non sono suscettibili di interpretazione estensiva, appare quanto meno singolare che la corte, nella pronuncia in esame, giunga ad equiparare la misura inglese ad una misura che risulterebbe illegittima nel nostro ordinamento.

⁵ Cfr., Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, La Stella, in *Dir. giust.*, 2006, 51 con nota MACCHIA, *Provvedimenti de libertate, no al cumulo ma il nodo è l'equilibrio del sistema*; ibidem, SPANGHER, *Misure cautelari: dubbi sul no al cumulo*, 69 ss.; in senso conforme, Id., Sez. Un. 5 luglio 2000, P.M. in proc. Monforte, in *Cass. pen.*, 2001, 1158 nonché, Id., Sez. IV, 23 febbraio 2005, Pagliaro, in *Foro it.*, 2005, II, 658; Id., Sez. III, 4 maggio 2004, Mosca, in *Guida dir.*, 2004, 42, 90; *contra*, Id. Sez. VI, 30 marzo 2004, Milloni, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 744; Id., Sez. V, 14 aprile 2000, Goglia, in *Mass. Uff.*, 216543.

L'equiparazione della misura inglese alla libertà con obblighi *tout court* effettuata dai giudici di legittimità trova, peraltro, un ulteriore ostacolo rispetto a quello precedentemente esposto e concernente il divieto di cumulo. Invero, l'unica misura ordinamentale non custodiale che potrebbe avvicinarsi a quella comminata potrebbe essere quella di cui all'art. 283, co. 4, c.p.p., il quale attribuisce al giudice che proceda all'applicazione della misura dell'obbligo di dimora, la possibilità di prescrivere che l'indagato non si allontani dall'abitazione per alcune ore del giorno, senza che ciò pregiudichi le normali esigenze di lavoro.

Tale equiparazione, che la Corte ha ritenuto sussistente in virtù dell'operato richiamo, *per relationem*, alle motivazioni della precedente pronuncia resa in materia dalla medesima sezione della corte⁶, è in realtà frutto di una superficiale analisi della misura disciplinata dall'art. 283, co. 4, c.p.p., e di una ancor più superficiale valutazione delle restrizioni imposte dall'autorità giudiziaria di esecuzione. Invero, l'obbligo di dimora con prescrizione di non allontanarsi dall'abitazione per alcune ore del giorno non è in alcun modo sovrapponibile alla misura applicata dal giudice inglese, in quanto la stessa non costituisce misura autonoma nel nostro ordinamento, ma è prevista esclusivamente quale prescrizione accessoria all'obbligo di dimora⁷. Pertanto, a meno di non voler dar vita, anche in tale caso, ad una misura cautelare *extra ordinem* e come tale illegittima, in quanto in evidente violazione dei principi di tassatività e tipicità precedentemente ricordati, appare di tutta evidenza l'impossibilità di equiparare il divieto di allontanamento notturno imposto dalle autorità giudiziarie inglesi al divieto di dimora con prescrizione di non allontanarsi nelle ore notturne disciplinato dall'art. 283, co. 4, c.p.p.

4. La strada da seguire, pertanto, deve essere necessariamente diversa e, a questo punto, peraltro obbligata.

Muovendosi nell'ambito delle misure cautelari tipizzate dal sistema normativo, emerge chiaramente come l'unica in grado di consentire un'equiparazione tra quella in concreto applicata e quelle astrattamente previste dall'ordinamento interno, sia la misura degli arresti domiciliari con autorizzazione ad allontanarsi per alcune ore della giornata dal luogo di esecuzione; soluzione questa che risponde non solo al principio di uguaglianza sostanziale, ma altresì a quelli di legalità, tassatività e tipicità, propri delle misure caute-

⁶ Cass., Sez. V, 20 gennaio 2012, O'Connor ed altro, in *Arch. pen.*, 2012, 740.

⁷ Cfr., *Relazione preliminare al nuovo codice di procedura penale*, 74.

lari. Invero, in mancanza di una previsione normativa che ricompreda tra le misure cautelari quella del divieto di allontanamento dalla propria abitazione per un tempo circoscritto quale misura autonoma, la cui applicazione possa prescindere da una precedente o contestuale applicazione dell'obbligo di dimora, l'imposizione di tale divieto altro non può essere considerata se non una modalità di esecuzione degli arresti domiciliari.

Sebbene la giurisprudenza maggioritaria e parte della dottrina siano ferme nel ritenere che la limitazione della libertà personale circoscritta ad alcune ore della giornata non possa essere considerata una forma di arresti domiciliari⁸, tuttavia, recentemente il giudice di legittimità ha mostrato una apertura circa la possibilità di equiparare la misura dell'obbligo di dimora con divieto di allontanamento alla misura custodiale degli arresti domiciliari⁹. In particolare, è stata posta in risalto la circostanza che *“ciò che rileva è se la misura coercitiva imposta all'imputato, a dispetto della qualificazione operata dal giudice della cautela in termini di obbligo di dimora abbia contenuto di arresti domiciliari”* con tutto ciò che questo comporta in termini di computabilità del periodo di coercizione subito¹⁰.

5. L'orientamento da ultimo enunciato, inoltre, si pone in perfetta linea con la giurisprudenza elaborata dalla Corte e.d.u. in relazione all' art. 5 § 1 C.e.d.u., da cui si evince che, poiché non tutte le condotte che incidono sulla libertà individuale sono idonee ad integrare una violazione della norma convenzionale, facendo l'art. 5 § 1 C.e.d.u. espresso riferimento alle sole misure

⁸ Corte cost., n. 215 del 1999, in *Cass. pen.*, 1999, 2814, nonché Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2003, Bonadonna, in *Mass. Uff.*, 224705; Id., Sez. V, 11 luglio 2001, Bilancioni, *ivi*, 205667; Id., Sez. IV, 10 maggio 2000, Bassi, *ivi*, 216468; in dottrina, MAZZI, *sub art. 283 c.p.p.*, in *Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di Lattanzi, Lupo, Milano, 1998, p. 289; SPANGHER, *sub art. 283 c.p.p.*, in *Comm. C.p.p.*, Giarda, Spangher, Milano, 2001, 1600; ZAPPALÀ, *Le misure cautelari*, in *Diritto processuale penale*, a cura di Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, Milano, 2004, p. 484.

⁹ Cass., Sez. I, 30 gennaio 2012, Bonaccorsi, in *Giur. it.*, 2013, 456 con nota di MANI, *La misura cautelare dell'obbligo di dimora e la sua computabilità quale presofferto*; nonché MARZO, *I presupposti sostanziali della fungibilità tra cautela e pena: disorientamenti a proposito dell'obbligo di dimora*, in www.archiviopenale.it; nello stesso senso in dottrina, AMATO, *sub art. 283 c.p.p.*, in *Comm. nuovo c.p.p.*, Amodio, Dominioni, Milano, 1989, II, p. 85; CERQUA, *Il divieto e l'obbligo di dimora: le finalità cautelari delle misure*, in *Le misure cautelari personali*, a cura di Spangher, Santoriello, Torino, 2009, 371 e ss.; FASSONE, *sub art. 283 c.p.p.*, in *Comm. Nuovo c.p.p.*, Chiavario, Torino, 1999, 115, nonché CHIAVARIO, *Variazioni sul tema delle «misure coercitive» nel processo penale tra nuovo codice e «legge anticipatrice»*, in *Gius. pen.*, 1989; II, 4 ss.; MACCHIA, *Provvedimenti de libertate, no al cumulo ma il nodo è l'equilibrio del sistema*, in *Dir. Giust.*, 2006, 48.

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 30 gennaio 2012, Bonaccorsi, *cit.*

che comportano una “privazione” della libertà e non anche a quelle che comportano semplici “restrizioni” della libertà di circolazione, che ricadono nell’ambito di applicazione dell’art. 2 , Prot. n. 4 C.e.d.u. (secondo cui è consentita l’applicazione di misure limitative della libertà purché esse siano conformi alla legge e necessarie ad assicurare la tutela di uno dei controinteressi elencati dalla stessa norma convenzionale, al § 3), appare necessario, per qualificare una misura come “privativa della libertà” far riferimento alla situazione concreta sottoposta all’esame della Corte e non alla qualificazione giuridica di tale misura nell’ordinamento nazionale. Al fine di assicurare la massima estensione delle garanzie convenzionali ed evitare gli effetti di una possibile “frode delle etichette”, infatti, la giurisprudenza europea ha, da tempo, fatto propria una nozione autonoma di “privazione” della libertà.

Nel diritto di Strasburgo, la differenza tra privazione e semplici limitazioni della libertà personale è semplicemente “*una differenza di grado e d’intensità, non di natura o di contenuto*”. I criteri utilizzati dalla Corte e.d.u. – a partire dal *leading case* Guzzardi c. Italia del 1980 – per stabilire se ci si trovi di fronte ad una privazione (e non a una limitazione) della libertà, sono di tipo quantitativo e riguardano “*il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta*”¹¹.

6. Ulteriori conferme alla circostanza che l’applicazione del *conditional bail* non necessariamente comporta, come erroneamente ritenuto dalla corte, remissione in libertà *tout court* emerge anche da un raffronto, in termini comparatistici, con la normativa inglese in tema di “*conditional bail*” e, in particolare, dalla linee guida elaborate dal *Crown Prosecution Service* nel 2010, ove testualmente si legge: “*from the viewpoint of the defendant, bail decisions made by a Court can result in deprivation or restriction of liberty for a substantial period of time*”¹². Sebbene non sia questa la sede per una ricostruzione storica del *right to bail*, tipico del sistema anglosassone¹³, sarà tuttavia utile

¹¹ In tal senso, BEDUSCHI, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 5 § 1 cedu e art. 2 prot. n. 4 C.e.d.u.*, con ampie note di richiami alla dottrina ed alla giurisprudenza in materia, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, nonché ASHWORTH, MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, London, 2012, p. 386 ss.

¹² Cfr., *Bail: Legal Guidance*, in www.cps.gov.uk.

¹³ Per un’analisi, anche in chiave comparatistica, del *right to bail* nei vari ordinamenti europei, *Suspect in Europe. Procedural Rights at the investigative stage of the criminal process in the Europe Union*, a cura di Cape-Hodgson-Prakken-Spronken, Oxford, 2007, nonché DE VITA, voce «bail» in *Dig. Pen.*, II, Torino, 1987, p. 412; FACCHIOTTI, *La custodia cautelare in U.S.A.*, in *Dir. pen proc.*, 1996, 381; TO-

ricordare che nel sistema inglese il *Bail Act* 1976 stabilisce un generale diritto ad essere rilasciati su cauzione per soggetti non condannati ed in attesa di essere giudicati, diritto direttamente connesso alla presunzione di innocenza. Uniche eccezioni a tale diritto sono rappresentate dal fatto che ci siano ragionevoli motivi per ritenere che l'indagato:

- a) non si presenterà al processo;
- b) possa commettere un reato mentre si trova *on bail*;
- c) possa in qualche modo interferire con l'andamento del processo;
- d) la Corte ritenga che la custodia cautelare possa costituire una salvaguardia per lo stesso imputato;
- e) l'imputato si trovi già ristretto in esecuzione di una condanna;
- f) la corte necessiti di maggior tempo per acquisire le informazioni necessarie alla concessione del *bail*;
- g) infine, qualora l'indagato, rilasciato su cauzione, sia stato arrestato per violazione delle condizioni imposte con la precedente concessione del *bail*. Accertato che non sussistono cause ostative, l'autorità giudiziaria deve concedere all'imputato in attesa di essere giudicato, quale misura sostitutiva alla carcerazione preventiva, la libertà provvisoria (*right to bail*) eventualmente subordinandola al rispetto di determinate condizioni (*conditional bail*). Il *Bail Act* stabilisce (*art. 5, section 3*) le condizioni che possono essere imposte a seguito della concessione della libertà provvisoria, le quali sono costituite dalla prestazione di garanzie; dall'obbligo di presentazione alle competenti autorità di polizia; dall'obbligo di dimora o dal coprifuoco in determinate ore del giorno, ossia dal divieto di allontanarsi dalla propria abitazione per il numero di ore stabilito dalla stessa autorità giudiziaria. Qualora tra le condizioni imposte vi sia, come nel caso che ci interessa, il divieto di allontanamento dalla propria residenza si pone il problema della computabilità di tale periodo di privazione della libertà personale dalla pena eventualmente inflitta a seguito di sentenza di condanna ovvero, in caso di cooperazione giudiziaria con Stati, quali l'Italia, che prevedono termini massimi di carcerazione preventiva, di computo di tale periodo anche nella fase *de libertate*. In caso di coprifuoco, la giurisprudenza inglese ha affermato che, poiché la privazione della libertà di cui all'art. 5. § 1 C.e.d.u può assumere una varietà di forme oltre alla classica detenzione carceraria, spetta all'autorità giudiziaria individuare, caso per caso, se ci si trovi dinanzi ad una privazione della libertà ovvero ad una semplice re-

NELLI, *Principali aspetti comparatistici tra custodia cautelare italiana e preventive detention statunitense*, in *Cass. pen.*, 1999, 2734.

strizione. Nel fare ciò, l'autorità giudiziaria dovrà prendere in considerazione un'ampia gamma di parametri, tra cui il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura, al fine di valutarne l'impatto sulla vita del soggetto e della sua famiglia¹⁴.

Inoltre, in virtù del disposto di cui alla sezione 240 A del *Criminal Justice Act* 2003, come modificato dalla Sez. 21 del *Criminal Justice and Immigration Act* 2008, l'autorità giudiziaria può detrarre il periodo in cui l'imputato è stato assoggettato a coprifuoco per nove o più ore al giorno (*curfew condition*) ovvero il periodo in cui lo stesso è stato sottoposto a controllo elettronico (*electronic monitoring condition*) dalla pena eventualmente inflitta con sentenza; in particolare, per ciascun giorno viene operato uno scomputo dalla pena finale pari a mezza giornata di carcerazione preventiva. Peraltro, anche qualora non dovesse trovare applicazione la normativa sopra richiamata, la corte può procedere ad ulteriori scomputi in virtù del tempo in cui l'imputato, poi condannato, abbia subito una parziale privazione della libertà nella fase pre-processuale¹⁵.

Ciò dimostra, che la il *bail*, soprattutto quando lo stesso è subordinato al rispetto di condizioni particolarmente onerose, determina una compressione della libertà dell'imputato di cui deve necessariamente tenersi conto in sede di computo finale della pena¹⁶.

7. Se queste sono le premesse normative e giurisprudenziali, sia interne che sovranazionali, tutte più o meno concordi nel ritenere che ciò che conta ai fini della deducibilità della misura cautelare subita dalla pena inflitta con sentenza definitiva non è il *nomen iuris* della misura applicata, bensì l'effettiva capacità della stessa di determinare una privazione della libertà personale, valutabile in base alla natura, all'incidenza sulla vita del soggetto e alla durata della stessa, appare evidente che il cumulo di misure in esame, protrattosi per oltre due anni, non può non assumere i connotati di vera e propria misura

¹⁴ Per una rassegna della giurisprudenza in materia, ASHWORTH, MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, London, 2012, p. 386 ss.

¹⁵ *R v Sheriff* [2009] 2Cr.app. R. (S)33 (modalità di citazioni di sentenze anglosassoni non ci sono alter forme).

¹⁶ Va peraltro evidenziato, a sostegno della natura di misura privativa della libertà personale del *conditional bail* che, qualora le condizioni imposte siano tali da essere ritenute *onerous*, alcuni ordinamenti, seppur diversi da quello inglese, quale quello del *New South Wales* si sono espressi nel ritenere il tempo trascorso *on conditional bail* scomputabile dalla pena definitivamente inflitta, per una rassegna della normativa e della giurisprudenza in tal senso, Hadaway, *Pre-sentence Custody and other constraints on liberty*, in www.judcom.nsw.gov.au.

custodiale, con conseguente computabilità della stessa ai fini sia della durata della misura cautelare, sia della fungibilità in sede esecutiva, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 303, co. 4, 304, 308, 657 c.p.p., ed art. 33, L. n. 69 del 2005, nella misura in cui riconosce l'equivalenza tra la custodia cautelare subita in Italia e le restrizioni cautelari subite all'estero in forza di mandato di arresto europeo.

Peraltro, anche ove a tali imposizioni non dovesse riconoscersi natura custodiale, le stesse, determinando comunque una compressione della libertà personale dovrebbero, in ogni caso, poter essere calcolate, giacché diversamente ritenendo, il sacrificio umano sarebbe del tutto illegittimo.

Argomentazioni a sostegno della possibilità di scomputo della misura, sia essa considerata custodiale o meno, sono peraltro ricavabili dal dato letterale dell'art. 33, L. n. 69 del 2005, da cui emerge molto chiaramente che lo stesso, nel prevedere lo scomputo della custodia cautelare subita all'estero in esecuzione del MAE, fa riferimento alla custodia cautelare *tout court*, al pari del disposto dell'art. 657 c.p.p., senza alcuna distinzione in ordine alle modalità o i luoghi di esecuzione della stessa. Ciò comporta, in applicazione del disposto di cui all'art. 12, Disp. prel. c.c., in virtù del quale alla norma non può attribuirsi altro significato se non quello reso evidente dal dato letterale, secondo la connessione delle parole e la volontà legislativa, che il mancato distinguo, ai fini dello scomputo del presofferto, tra misure cautelari custodiali e non, determina che entrambe le tipologie debbano essere prese in considerazione per la determinazione della pena da espiare in concreto, attribuendo, eventualmente, alle stesse un diverso valore in sede di conversione¹⁷.

Tale soluzione trova un riscontro normativo anche nelle disposizioni della Decisione Quadro sul mandato di arresto europeo il cui art. 26, nello stabilire che *“lo Stato membro emittente deduce il periodo complessivo di custodia che risulta dall'esecuzione di un mandato...”*, *“costituisce una manifestazione specifica del principio generale di proporzionalità ed equità nel diritto penale, in forza del quale la durata della privazione della libertà personale in pendenza del processo va, dunque, sempre dedotta da quella della detenzione inflitta con la sentenza definitiva”*¹⁸; anche in tale caso il riferimento è alla custodia cautelare *generaliter*, senza specificazione alcuna né del tipo di misure caute-

¹⁷ In tal senso, FASSONE, *sub art. 283 c.p.p.*, in *Comm. nuovo c.p.p.*, Chiavario, Torino, 1999, 115; BENENATI, *Quali limiti alla fungibilità con la pena delle misure coercitive non custodiali?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1029.

¹⁸ Cfr., Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2009, G.I.F., in *Mass. Uff.*, 242432.

lari da considerarsi ai fini del calcolo né dei diversi modi in cui può effettivamente realizzarsi la custodia cautelare stessa¹⁹.

L'interpretazione restrittiva, fatta propria dalla corte, determina, peraltro, ulteriori conseguenze in tema di determinazione dei termini massimi e di fase della misura cautelare non custodiale inflitta nell'ambito della procedura di consegna conseguente all'emissione di un mandato di arresto europeo che, difficilmente, possono considerarsi conformi ai parametri costituzionali. Infatti, poiché a parere della corte, la misura degli obblighi cumulati non sarebbe inquadrabile nell'alveo delle misure custodiali, non opererebbe il principio sancito dall'art. 33, L. n. 69 del 2005, con l'ulteriore conseguenza che la misura stessa verrebbe ad avere una durata del tutto indeterminata, giacché non potrebbe mai trovare applicazione quanto previsto dall'art. 31 della stessa legge di esecuzione della decisione quadro, il quale prescrive che il mandato di arresto europeo perde efficacia quando il provvedimento restrittivo in base al quale è stato emesso è stato revocato, annullato o divenuto inefficace. Poiché la maggior parte delle ordinanze impositive delle misure cautelari diventa inefficace per il decorso dei termini stabiliti dal legislatore a salvaguardia dell'inviolabilità della privazione della libertà, nel caso di impossibilità di calcolare la limitazione di tale privazione (indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito al titolo) subita all'estero, il provvedimento restrittivo non perderà mai efficacia e continuerà ad essere fondamento per la permanenza dell'efficacia anche del mandato di arresto europeo che dal primo dipende.

Tutto ciò, oltre a determinare un'evidente ed irragionevole disparità di trattamento tra coloro che subiscono la privazione della libertà in forza di mandato di arresto europeo rispetto a soggetti colpiti dalla stessa tipologia di misura in ambito nazionale, nei cui confronti, inevitabilmente, trova applicazione il disposto di cui all'art. 308 c.p.p., con conseguente riacquisto della libertà qualora siano trascorsi i termini di legge, seppure raddoppiati rispetto a quelli previsti dall'art. 303 c.p.p., mal si concilia con le finalità proprie della Decisione Quadro 584 del 2002 che tra gli scopi dichiarati ha quello di ridurre al massimo i tempi di privazione della coercizione dei soggetti colpiti da mandato di arresto rispetto anche alla disciplina estradizionale.

Pertanto, in mancanza di un'interpretazione del quadro normativo costituzionalmente orientata o, comunque, conforme agli scopi della decisione quadro,

¹⁹ In tal senso, in dottrina, MANI, *La misura cautelare dell'obbligo di dimora e la sua computabilità quale presofferto*, cit., 458; in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2009, G.I.F., in *Mass. Uff.*, 242432; Id., VI, 17 settembre 2004, Iute, in *Riv. pen.*, 2007, 1, 118.

sarebbe stato doveroso, non solo perché giudice di ultima istanza, che la corte, così come richiesta, rimettesse gli atti alla Corte di giustizia europea affinché, nell'esercizio della funzione nomofilattica alla essa attribuita dall'art. 267 TFUE, fornisse, in sede di rinvio pregiudiziale, una corretta interpretazione della normativa europea - in particolare dell'art. 26 della Decisione quadro sul mandato di arresto europeo, in relazione all'art. 5 C.e.d.u - e dirimesse ogni dubbio circa la compatibilità con il paradigma europeo di una normativa, quale quella prevista dall'art. 33 L. n. 69 del 2005, nell'interpretazione fornita dalla corte nazionale, che, nel consentire lo scomputo dei soli periodi di custodia cautelare subiti nell'ambito della procedura di consegna in esecuzione del mandato di arresto europeo (intendendo quest'ultima come riferita alle sole misure custodiali) consenta, di fatto, privazioni della libertà personale *sine die* e delle quali non si terrà in alcun modo conto, neppure in ipotesi di condanna a pena detentiva. Indubbiamente un'occasione perduta per uniformare il diritto interno ai canoni europei.