

ALBERTO ALBIANI*

CONTESTAZIONI A CATENA, PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ
E ALTRE QUESTIONI (DI GIARDINAGGIO
E ORIFICERIA CAUTELARE)

Sommario: 1. *Retrodatazione delle ordinanze cautelari ex art. 297 comma 3 c.p.p.* – 2. *Proporzione ex art. 275 comma 2 c.p.p. quantitativamente intesa.* – 3. *Estensione, da parte del giudice ordinario, della potatura, via via eseguita dalla Consulta, del catalogo dei delitti a cattura quasi obbligatoria.* – 4. *Oreficeria elettronica.*

1. Retrodatazione delle ordinanze cautelari ex art. 297 comma 3 c.p.p.

Naturalmente non ne riferisco nel dettaglio, perché mi rivolgo a un uditorio qualificato, cui gli istituti sono noti. Soltanto poche coordinate di inquadramento, per allestire la cornice in cui innestare il *report* (credo si debba dire così) della recente vicenda Polcino, che ha visto il Tribunale della Libertà di Bologna doppiamente protagonista, in quanto autore prima di ordinanza annullata con rinvio dalle Sezioni unite del Supremo Collegio¹, ma poi di altra ordinanza con cui si è (lo dico naturalmente per compiacere Todaro) ribellato, armandosi della fionda di David per opporsi al colosso rappresentato dall'autorevolezza delle Sezioni unite, ossia, tecnicamente, ha sospettato la non conformità al dettato costituzionale dell'art. 309 c.p.p., in relazione appunto all'art. 297 comma 3 c.p.p., nella lettura datane per

* Presidente del Tribunale della Libertà di Bologna

¹ Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2012, n. 45246, Polcino, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1412 ss., con nota di D. CAPPUCIO, *Il giudice del riesame deve dichiarare l'inefficacia del titolo ex art. 297, comma 3, c.p.p. se tutti gli elementi per la retrodatazione risultino dall'ordinanza cautelare: un parziale mutamento di indirizzo delle Sezioni unite*, secondo cui «in tema di contestazione a catena, la retrodatazione della decorrenza del termine di custodia cautelare può essere dedotta anche in sede di riesame solo se per effetto della retrodatazione lo stesso termine sia interamente scaduto al momento della emissione del secondo provvedimento cautelare e se tutti gli elementi risultino desumibili dall'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva».

l'appunto dalle Sezioni unite della Corte nomofilattica con la sentenza che ci aveva cassati, ricevendo infine l'avallo del giudice delle leggi².

Bene: come già ricordavo, l'istituto della retrodatazione nasce e si diffonde, nel settimo decennio del secolo passato, grazie all'impegno garantista della giurisdizione ordinaria, per arginare il fenomeno dei provvedimenti di cattura sequenziali, che potevano trasformare le vicende di custodia cautelare (espressione anacronistica, posto che allora ci si esprimeva in termini di "carcerazione preventiva") in vere e proprie lunghissime pene detentive. Ho già prima accennato – e dunque non ripeto – le tappe con cui il legislatore ha via via recepito l'istituto di favore. Ricordo che l'approdo normativo del '95 lo estende dalle ordinanze emesse per il medesimo fatto, ancorché diversamente circostanziato o qualificato, da quelle per reati in rapporto di concorso formale, nonché dai casi di *aberratio ictus* plurilesiva e *aberratio delicti* con pluralità di eventi, ai casi – e si tratta di un grande balzo in avanti – di ordinanze emesse per fatti connessi ai sensi dell'art. 12 comma 1 lett. b) e c) c.p.p., limitatamente, quanto alla lett. c), all'ipotesi di reati commessi per eseguire gli altri. Si è molto censurata la formulazione della disposizione, così come novellata nel '95. La si è tacciata di mancanza di perspicuità. Ora, si può convenire che si tratti di disposizione ad alta densità tecnica, e che a una prima lettura possa riuscire di ardua interpretazione, ma a me non è mai parso che sia astrusa né che si ponga all'esegeta come un *rebus*.

Sostanzialmente, che cosa dice il testo dell'art. 297 comma 3 c.p.p. nella versione del '95 (mi riferisco al caso dei delitti qualificatamente connessi, perché, se abbiamo riguardo alle situazioni già precedentemente recepite dal legislatore, profili di problematicità non se ne colgono)? Perché operi la retrodatazione, debbono concorrere tre condizioni: medesimezza della misura disposta *hic et illic* (salva la parificazione della cattività domestica alla

² Corte cost., sent. 6 dicembre 2013, n. 293, in *Cass. pen.*, 2014, p. 792 ss., con osservazioni di E. APRILE, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 309 c.p.p., in quanto interpretato nel senso che la deducibilità, nel procedimento di riesame, della retrodatazione della decorrenza dei termini di durata massima delle misure cautelari, prevista dall'art. 297 comma 3 del medesimo codice, sia subordinata – oltre che alla condizione che, per effetto della retrodatazione, il termine sia già scaduto al momento dell'emissione dell'ordinanza cautelare impugnata – anche a quella che tutti gli elementi per la retrodatazione risultino da detta ordinanza. In argomento, cfr. E. VALENTINI, *La Corte costituzionale boccia le Sezioni unite: il giudice del riesame può dichiarare la retrodatazione anche ove questa non risulti dal testo dell'ordinanza cautelare impugnata*, *ivi*, p. 1202 ss.

custodia carceraria); anteriorità dei fatti di cui alla seconda ordinanza rispetto all'emissione della prima; coincidenza o connessione qualificata fra i reati di cui alle due ordinanze. V'è una quarta condizione, solo eventuale: se nel primo procedimento è intervenuto il rinvio a giudizio, la retrodatazione opera se i fatti di cui alla seconda ordinanza erano desumibili anteriormente a tale rinvio. Questo l'impianto consegnatoci dalla novella n. 332 del 1995.

A quel punto cominciano, martellanti, gli interventi delle Sezioni unite. Già due anni dopo, nel '97, interviene il primo arresto della massima istanza giurisdizionale, la sentenza Atene³, ove si chiarisce che la retrodatazione opera anche rispetto a ordinanze emesse in procedimenti separati. Quando dico "si chiarisce" mi esprimo però forse impropriamente, nel senso che si era ancora a uno stadio alquanto fluido dell'interpretazione giurisprudenziale, e i contorni dell'istituto, anche con riferimento allo specifico tema allora affrontato, non presentavano un soddisfacente livello di definizione. Fu comunque una proposizione di apertura.

Occorrerà attendere la seconda pronuncia delle Sezioni unite, la sentenza Rahulia⁴, del 2005, per avere una lettura profondamente chiarificatrice. La sentenza Rahulia fa giustizia della copiosa giurisprudenza di merito (ma anche di legittimità) che pretendeva, per l'operatività della retrodatazione, condizioni ulteriori, o comunque diverse, in senso sfavorevole, rispetto a quelle che la legge (secondo me, in maniera non poi così tortuosa) detta. Si esigeva la desumibilità dei fatti di cui alla seconda ordinanza anteriormente all'emissione del primo provvedimento cautelare, addirittura identificando poi nella nozione di "fatti" (da potersi appunto precedentemente desumere) i gravi indizi giustificativi della seconda cautela. Tutto ciò la legge non dice, né vuole, e la sentenza Rahulia fu puntuale, oltre che provvida, nel fare pulizia: nessuna condizione di desumibilità, se non v'è stato rinvio a giudizio nel primo procedimento; e, se v'è stato, desumibilità anteriore a tale rinvio (e non anche alla prima ordinanza), ma dei fatti (e non anche del relativo apparato probatorio, rilevante *ex art. 273 c.p.p.*). Di fondamentale importanza (perché lasciò spiazzati quasi tutti gli interpreti, in precedenza

³ Cass. pen., sez. un., 25 giugno 1997, n. 9, Atene, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3000, con nota di M. VESSICHELLI, *Sulla decorrenza dei termini di custodia cautelare per fatti connessi oggetto di procedimenti diversi*.

⁴ Cass. pen., sez. un., 10 giugno 2005, n. 21957, Rahulia, in *Guida dir.*, 2005, fasc. 34, p. 79, con nota di R. BRICCHETTI, *Se i procedimenti sono separati serve la desumibilità dagli atti*.

adagiatisi su assunti tralatizi, ereditati dai decenni antecedenti) tale ultimo rilievo, ossia che la desumibilità attiene ai fatti (così si esprime la legge: “fatti”), semplicemente giustificativi dell’iscrizione della *notitia criminis* a carico di soggetto identificato, dal momento che la stessa avrebbe imposto la trattazione dei reati (di cui alle distinte ordinanze) all’interno dello stesso alveo processuale. La *voluntas legis* era lì, espressa nella disposizione in termini (in questo caso) limpidi: ma – come osserva Sciascia – nulla si cela meglio dell’evidenza. Contemporaneamente, la sentenza delle Sezioni unite “apre” su un fronte ulteriore, espandendo il campo d’azione dell’istituto di favore al di là del perimetro che il legislatore, ancora con la novellazione del ’95, aveva tracciato. Si afferma nella *Rahulia*, sia pure *obiter* (ma l’asserto è fondamentale, perché verrà ripreso dai *dicta* delle successive sentenze delle Sezioni unite), che la retrodatazione opera anche fra delitti non qualificatamente connessi, ma a condizioni tutt’affatto diverse, e cioè che non solo i delitti di cui alla seconda ordinanza emergessero anteriormente all’adozione della prima, ma essi fossero altresì apprezzabili (desumibili) al livello della gravità indiziaria legittimante l’imposizione della cautela.

A pochi mesi di distanza dalla sentenza *Rahulia* interviene la Corte costituzionale, con la prima delle sue pronunce *in subiecta materia*, ossia la n. 408 del 2005⁵, che, apparentemente allineandosi alle Sezioni unite in tema di reati non qualificatamente connessi, in realtà afferma che la disposizione, così come interpretata dalla *Rahulia*, non è ancora vigente nell’ordinamento: tant’è che la Consulta dichiara incostituzionale l’art. 297 comma 3 c.p.p. laddove non ammette l’operatività della retrodatazione fra ordinanze emesse per fatti non qualificatamente connessi, pur in presenza delle condizioni indicate dalla *Rahulia* (desumibilità dei gravi indizi del delitto di cui alla seconda ordinanza anteriormente all’emissione della prima). Solo da quel momento, o, meglio, soltanto dal giorno successivo alla pubblicazione dell’arresto n. 408/05 sulla Gazzetta Ufficiale, serie speciale della Corte costituzionale, la norma entra a pieno titolo nell’ordinamento processual-penalistico⁶. Siamo al cospetto di una sentenza non tanto additiva, quanto

⁵ Corte cost., sent. 3 novembre 2005, n. 408, in *Guida dir.*, 2005, fasc. 45, p. 49, con nota di R. BRICCHETTI, *I termini decorrono dalla prima ordinanza che ha accertato gli indizi di colpevolezza*.

⁶ Mette conto rilevare che la Consulta, pronunciatisi su sollecitazione di un Tribunale della Libertà, investito in sede di rinvio a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione, ebbe, fra l’altro, ad osservare testualmente: «non può

“superadditiva”, perché, oltre ad estendere il campo di operatività di un istituto (la retrodatazione, allargata ai delitti non qualificatamente connessi), lo disciplina pure, in quella sua novellamente riconosciuta maggior latitudine.

Sulla scia della sentenza della Corte costituzionale, ma – a me pare – seriamente tarpandone la portata, intervengono di nuovo le Sezioni unite: questa volta si tratta della sentenza Librato⁷, pronunciata sul finire del 2006 e depositata, quanto alla parte motiva, nella primavera successiva. Vi si dice effettivamente che la retrodatazione è istituto applicabile (anche) ai reati non qualificatamente connessi, a quelle precise condizioni già individuate dalla Rahulia e dalla sentenza n. 408 del 2005 della Consulta, nonché, a quali ulteriori condizioni?: che le ordinanze rispetto alle quali si invochi l’istituto di favore, se non emesse nel medesimo procedimento, siano state adottate in procedimenti pendenti davanti alla medesima autorità giudiziaria, e che la separatezza dei procedimenti possa essere dipesa da una scelta del pubblico ministero. A me pare che, così esprimendosi, la sentenza Librato delle Sezioni unite eluda la portata storica delle precedenti pronunce, che abbiamo appena passato in rassegna, relegandola a un dipresso nei limiti di un’affermazione di principio, destinata ad un assai angusto ambito di operatività. Quanti sono, statisticamente parlando, i casi di applicazione? La vera sfida (ma io non ho ancora rinvenuto adeguati strumenti argomentativi) starebbe forse nell’investire di nuovo la Consulta, perché verifichi la rispondenza al dettato costituzionale (quantomeno con riferimento all’art. 3 della Carta fondamentale, ma credo che sullo sfondo si stagli sempre anche l’art. 13 Cost.) di una norma che ammette la retrodatazione a quelle due condizioni aggiuntive che ho testé ricordato, escludendo gli altri casi, i molti casi, che vengono sovente all’attenzione del giudice cautelare, di procedimenti pendenti davanti ad autorità giudiziarie diverse (o anche alla stessa, ove la separatezza non dipenda da possibili strategie dell’accusa). Ovviamente, tutti ci rendiamo conto che la questione, in quanto proponibile e proposta, potrebbe avere, se accolta, una portata di non poco momento: prospettiva compren-

dirsi che l’orientamento da ultimo espresso dalle predette Sezioni unite costituisca “diritto vivente”».

⁷ Cass. pen., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535, Librato, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1008 ss., con nota di A. ESPOSITO, *Note in tema di contestazioni a catena e retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare*.

sibilmente suscitatrice di possibili resistenze legate a ragioni di politica criminale. Però, sul piano della sostanza, giustificare in termini di ragionevolezza il senso dell'accennata discriminazione non parrebbe semplice. Ma un conto è la sostanza, ed un conto è la tecnica: si tratta di vedere se, appunto a rigor di tecnica, si danno gli estremi per strutturare una questione di legittimità costituzionale solida e lineare. Non lo so: forse non si otterrebbe la stessa risposta che si è registrata con la sentenza Polcino (la nostra, che, oltre a produrre effetti decisamente meno dirompenti, era, almeno dal nostro punto di vista, pressoché scontata), ma si provocherebbe la Corte costituzionale a fare chiarezza, fornendo una spiegazione ragionevole – che forse non manca – dell'obiettivo sperequazione.

Dopo la sentenza Librato, ulteriore arresto (il quarto), rappresentato dalla sentenza Gurgone⁸ (del 2008, depositata nel 2009), dichiarativa dell'innammissibilità del ricorso difensivo e non massimata, che nulla aggiunge, sul piano della chiarificazione, alle linee fondamentali già tratteggiate dalle precedenti (compiendo anzi un passo indietro rispetto ai risultati della Rahulia, posto che, per la retrodatazione di ordinanze emesse per fatti qualificatamente connessi, sembra richiedere, anteriormente al rinvio a giudizio nel primo procedimento, la desumibilità non dei semplici fatti oggetto della seconda ordinanza, ma dei gravi indizi dei medesimi).

Si arriva così alla quinta sentenza delle Sezioni unite, la Iaccarino⁹, che, accogliendo l'indirizzo maggioritario delle Sezioni semplici, assume che la retrodatazione non opera se, nel momento dell'emissione della seconda ordinanza, il procedimento nel quale era stata adottata la prima era già stato definito con sentenza irrevocabile: così affidando la fruibilità o non dell'istituto di favore ad un elemento assolutamente aleatorio, quale il momento del passaggio in giudicato di una sentenza. Non l'avevamo condivisa, ma non la condivise neppure un Collegio della I Sezione della stessa Corte nomofilattica, che, con ordinanza di promovimento¹⁰ redatta dal Consigliere Iannelli, rimise l'art. 297 comma 3 c.p.p., così come in-

⁸ Cass. pen., sez. un., 27 novembre 2008, n. 1154, Gurgone, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 12, p. 59 ss., con nota di G. ROMEO, *Su contestazioni a catena e giudicato un altro "sbandamento" delle Sezioni unite*.

⁹ Cass. pen., sez. un., 23 aprile 2008, n. 20780, Iaccarino, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 31, p. 77 ss., con nota di G. ROMEO, *Sulla retrodatazione dei termini di custodia la soluzione continua a non convincere*.

¹⁰ Cass. pen., sez. I., ord. 28 ottobre 2010, n. 42017, in *C.E.D. Cass.*, n. 248938.

terpretato dalla sentenza Iaccarino, al vaglio del giudice delle leggi. Il risultato era, dal mio modesto punto di vista, intuitivo: la Corte costituzionale¹¹ dichiarò l'illegittimità della norma risultante dalla lettura di diritto vivente fornita dalla giurisprudenza di legittimità, quale espressa dalla Corte Suprema, nella sua composizione estesa. Da quel momento, della retrodatazione tornarono a potersi avvantaggiare anche gli indagati per i quali la sentenza pronunciata nel primo procedimento fosse già divenuta irrevocabile all'atto della sottoposizione alla seconda cautela. Vi faccio osservare, *en passant*, per offrire un'idea della diversità di vedute in punto di garanzie, che, prima della pronuncia della Corte costituzionale, la Corte di cassazione, a Sezioni semplici, era talora pervenuta¹² a escludere la tecnica praticabilità della retrodatazione anche se, al momento dell'emanazione della seconda ordinanza, la sentenza del primo procedimento non fosse ancora divenuta irrevocabile, purché il giudicato fosse però sopravvenuto prima dell'istanza di applicazione dell'istituto di favore: opzione interpretativa che amplificava il profilo di aleatorietà già insito nella lettura delle Sezioni unite. Ma la Corte costituzionale rimette le cose a posto.

Arriviamo così all'ultima sentenza delle Sezioni unite *in subiecta materia* (anche se, in realtà, dovrei dire alle ultime, perché abbiamo a che fare con due sentenze coeve, promananti dal medesimo Collegio): mi riferisco alla sentenza Polcino¹³, suscitata da un'ordinanza del Tribunale della Libertà di Bologna (la seconda sentenza, di pari data e dello stesso segno, non massimata, fu emessa su ricorso avverso provvedimento del Tribunale della Libertà di Venezia). Le Sezioni unite annullano con rinvio un'ordinanza del mio Ufficio, che, in sede di riesame *ex art. 309 c.p.p.*, aveva applicato l'istituto della retrodatazione, scarcerando il ricorrente, sul rilievo che, sussistendo i presupposti di cui all'art. 297 comma 3 c.p.p., ed essendo il termine di fase *ex art. 303 comma 1 lett. a) n. 3)*, c.p.p. – calcolato facendolo decorrere dall'esecuzione della prima ordinanza cautelare – ormai scaduto al momento dell'emissione del secondo provvedimento coercitivo, ossia

¹¹ Cfr. Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 233, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 33-34, p. 64 ss., con nota di C. MELZI D'ERIL, *Salvi i principi di uguaglianza e durata massima quando si verificano "contestazioni a catena"*.

¹² Cfr. Cass. pen., sez. I, 18 dicembre 2009, n. 5469, in *C.E.D. Cass.*, n. 245911, nonché Cass. pen., sez. I, 16 marzo 2010, n. 12551, in *C.E.D. Cass.*, n. 246704.

¹³ Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2012, n. 45246, Polcino cit.

quello dal Collegio della mia Sezione riesaminato, l'indagato non sarebbe stato cautelabile. Così ragionando, ossia verificando che il termine di fase fosse – per effetto della retroattività della decorrenza – già perento all'atto dell'adozione dell'ordinanza riesaminata, il Tribunale della Libertà ritenne di poter fare applicazione dell'istituto anche in sede di riesame, ovvero di gravame deputato al vaglio dei vizi genetici del provvedimento cautelare, e non anche delle cause di sua sopravvenuta inefficacia (quale ordinariamente è la scadenza di un termine nella scansione dell'art. 303 c.p.p.), proprio perché la già intervenuta consumazione del termine veniva escludendo una delle condizioni di legittimità del provvedimento oggetto di riesame, il quale ultimo, in effetti, appariva equiparabile a un'ordinanza cautelare che venga nuovamente emessa a carico dello scarcerato *ex art.* 307 c.p.p., fuori dai casi nei quali soltanto, ai sensi appunto di tale disposizione, l'indagato già affrancato dalla custodia può esservi riassoggettato. Già prima, il Tribunale della Libertà di Bologna veniva da anni così ragionando: perché, lo ripeto, l'ormai intervenuta perenzione del termine di custodia configura una situazione di illegittimità della cautela da ultimo adottata. Contro la nostra ordinanza liberatoria, ricorre per cassazione il pubblico ministero (di Rimini, per l'appunto), il quale non si duole che il Collegio abbia applicato l'art. 297 comma 3 c.p.p. in sede di riesame, ma assume che il Tribunale della Libertà abbia fatto malgoverno della disciplina del nostro istituto. La Sezione della Corte Suprema che ne viene investita, in questo caso la IV, non prende in considerazione per il momento le doglianze del pubblico ministero, ma rileva che il Tribunale ha appunto applicato la retrodatazione in sede di riesame. Dà conto perciò che v'è sul punto un contrasto giurisprudenziale in atto fra le Sezioni semplici del Supremo Collegio e rimette la questione alle Sezioni unite, le quali, non occupandosi a loro volta del ricorso del pubblico ministero, dirimono la questione stessa, nel senso dell'applicabilità della retrodatazione anche in sede di riesame, ma ponendo due condizioni di operatività, nella quali si sostanziano le due *regulae iuris* dettate dalla sentenza: la prima, già da noi – come ho accennato – condivisa, secondo cui il termine di fase invocato dev'essere già scaduto nel momento genetico della seconda coercizione; e la seconda, giusta la quale occorre anche che tutti gli elementi giustificativi della retrodatazione emergano dall'ordinanza riesaminata. La nostra prima ordinanza viene su queste basi annullata con rinvio, in vista della verifica della compresenza anche di detta seconda condizione. Noi, in composizione completamente diversa rispetto alla precedente (questa volta io presiedo e sono altresì relatore), ci troviamo ad affrontare il giudizio di rinvio sotto il vincolo, oltre che della prima, anche della seconda, per noi (ma, in realtà, per tutti) nuova, *regula iuris*. Non abbiamo alternativa al pro-

movimento di questione di legittimità costituzionale¹⁴, a pena di applicare,

¹⁴ Viene in rilievo, in proposito, il seguente passo dell'ordinanza di promovimento:

«sulla rilevabilità delle questioni di legittimità costituzionale in sede di rinvio:

– il problema – come noto – discende dall'obbligo dell'organo del giudizio rescissorio di uniformarsi al principio di diritto enunciato dal giudice di legittimità;

– si pone la questione degli eventuali limiti di tale obbligo;

– ora, si è da lungo tempo venuto chiarendo che non è censurabile davanti al giudice delle leggi, per contrasto con l'art. 24 della Costituzione, l'art. 627 c.p.p., nella parte in cui prevede che non possono rilevarsi nel giudizio di rinvio vizi maturati nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari, e in particolare, “vizi del precedente procedimento di cassazione conclusosi con la sentenza di annullamento”, giacché “la pronuncia di annullamento con rinvio, come ogni altra sentenza della Corte di cassazione, costituisce atto di valore definitivo, che opera quindi la sanatoria di tutte le nullità verificatesi fino a quel momento. Tanto deriva dal sistema adottato dalla Costituzione di porre, con l'art. 111, la Corte di cassazione a vertice di ogni autorità giudiziaria, collocazione organica di cui l'inoppugnabilità delle decisioni è necessario corollario” (Cassazione, Sez. 6^a, sent. n. 1395 del 7/4/1995 - dep. 2/5/1995 - Pres. Suriano);

– anzi, si è precisato che quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 627 del codice di rito è espressione del più generale principio – munito di copertura costituzionale – di inoppugnabilità della sentenza della Corte di cassazione, dal quale discende la formazione del cosiddetto *giudicato progressivo* per le questioni non dedotte: di guisa che, quantunque l'art. 627, comma 4, c.p.p., faccia espresso riferimento alle sole nullità ed inammissibilità, tuttavia “l'omessa menzione delle cause di inutilizzabilità non implica che le stesse restino rilevabili oltre i limiti segnati dalla decisione di annullamento” (cfr., in particolare, Cassazione, Sez. 5^a, sent. n. 36769 del 3/10/2006 - dep. 7/11/2006 - Pres. Calabrese);

– diversa però la questione dell'eventuale conflitto con precetti costituzionali della norma da applicarsi da parte del giudice del rinvio, nella vincolante lettura datane dall'organo del giudizio rescindente;

– è ben vero che la Corte nomofilattica, ancora nel 2004 (cfr. Sez. 5^a, sent. n. 26649 del 7/5/2004 - dep. 14/6/2004 - Pres. Marrone), aveva affermato (sulla scia del precedente arresto n. 1992/93 della Sezione 6^a) che “la questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto la norma che il giudice di rinvio è tenuto ad applicare ed ha applicato sulla base del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, è irrilevante, in quanto l'eventuale annullamento della norma denunciata non sarebbe, comunque, in grado di produrre effetti nel giudizio *a quo*, non potendosi più porre in discussione un punto della sentenza in ordine al quale si è formato il giudicato”;

– sennonché, tale linea interpretativa veniva a confliggere con un’ormai anosa – e sempre tenuta ferma – elaborazione giurisprudenziale del giudice delle leggi, secondo cui “il giudice del rinvio può sollevare dubbi di legittimità costituzionale concernenti l’interpretazione normativa risultante dal “principio di diritto” enunciato dalla Corte di cassazione, dovendo la norma trovare ancora applicazione nella fase di rinvio” (così la sentenza n. 321/95 che si richiamava ai precedenti arresti della Consulta nn. 30/90, nonché 58/95, 257/94, 130/93, 2/87, 21/82, 11/81 e 138/77);

– ed in effetti, la stessa Corte di legittimità, con la sentenza della 6^a Sezione n. 4546 del 9/1/2009 - dep. 3/2/2009 - Pres. Lattanzi, ha poi – nel ribadire che il giudice del rinvio “deve conformarsi” al principio di diritto dettato dalla Corte suprema, inteso come lettura della norma fornita all’esito del giudizio rescindente, “senza che questo possa dare causa ad un vizio deducibile *ex art. 606 c.p.p.*, o possa determinare, in sede di nuovo ricorso per cassazione, la rimessione delle vicende alle Sezioni unite” – fatto salvo tuttavia il caso che il giudice del rinvio “prospetti una questione di costituzionalità della norma applicata dalla Corte di cassazione con la statuizione del principio di diritto, nella interpretazione dalla stessa data”;

– ora, avvicinandosi al caso in esame, mette conto ricordare come l’ordinanza della Corte costituzionale n. 314/96 abbia messo a fuoco che, se il giudice del rinvio può e, ricorrendone le condizioni, deve promuovere l’incidente di costituzionalità, “una simile regola, operante anche nel caso in cui il principio di diritto enunciato dalla Cassazione costituisca la conseguenza di una linea ermeneutica del tutto isolata, risulta, a maggior ragione, riferibile al caso in cui il detto principio rappresenti l’adeguamento all’indirizzo interpretativo delle Sezioni unite, alle quali spetta il compito, ai sensi dell’art. 618 c.p.p. e dell’art. 173 comma 3 disp. att. c.p.p., di assicurare l’uniforme interpretazione della legge, quando vi sia contrasto tra le Sezioni della stessa Corte”;

– ebbene, altrettanto è a dirsi, ed *a fortiori*, nel caso in attenzione, per via di questa duplice peculiarità:

il principio di diritto promana direttamente dalle Sezioni unite del supremo Collegio;

la questione affrontata attiene alla disciplina della retrodatazione delle ordinanze cautelari: istituto che, essendo di creazione giurisprudenziale ed essendo poi stato fatto oggetto, in tempi diversi (sotto il vigore del precedente e dell’attuale codice di rito), di recepimento normativo, non ha mancato di cadere ripetutamente sotto la specola delle Sezioni unite (ben sette gli arresti del più alto Collegio giurisdizionale, dopo la fondamentale novellazione apportata con la l. n. 332/95), espressesi con interventi esegetici che, stante il ridotto livello di definizione dell’ordine legislativo, hanno assunto per forza di cose marcata impronta nomopoietica;

– si deve ancora aggiungere che, essendo il giudice del rinvio appunto vinco-

altrimenti, una *regula iuris* (la seconda) che a noi pareva irrazionale, nel senso che sembrava introducesse nella disciplina dell'istituto, e più precisamente, nella sua disciplina per così dire esterna (ovvero relativa agli strumenti processuali con cui far valere la fruibilità dell'istituto stesso) un elemento di irrazionalità, sotto vari profili contrastante con specifici dettami della Carta fondamentale. Ne individuammo sei¹⁵. Com'è intuibile, innanzitutto, un profilo di contrasto con l'art. 3 Cost., perché si veniva a creare una discriminazione non ragionevolmente giustificata fra coloro che abbiano avuto la fortuna di essere sottoposti a cautela da un giudice per le indagini preliminari che, sia pure per disapplicarla, aveva compiutamente discettato sulle condizioni di applicabilità della retrodatazione (il che è piuttosto raro, perché se non la riconosce operante, il giudice cautelare di prime cure tendenzialmente si astiene dal farvi riferimento) e coloro che tale fortuna invece avuto non abbiano. Ancora, inconciliabilità con l'art. 13 comma 5 Cost., là dove impone la predefinizione di termini certi di custodia. La seconda *regula iuris* ci parve ancora confliggere con l'art. 24 comma 2 Cost. (diritto di difesa in ogni stato e grado del giudizio) e con l'art. 25 comma 1 Cost. (che fissa il principio del giudice naturale precostituito per legge, dal quale

lato dal principio di diritto enunciato dalla Corte nomofilattica, resta per lo stesso esclusa la ricerca di una lettura alternativa della norma, che risulti costituzionalmente orientata (ricerca cui invece, negli altri casi, il giudice che intenda sollevare incidente di costituzionalità è – secondo l'insistito insegnamento del medesimo giudice delle leggi – previamente tenuto): “[...] il giudice di tale fase, essendo vincolato al detto principio di diritto, non ha possibilità diversa, per contestare le “*regula iuris*” dettata dalla Cassazione, che quella di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma che sarebbe tenuto ad applicare, proprio perché così interpretata” (cfr. ancora ord. n. 314/96 della Corte costituzionale);

– è, dunque, questo Tribunale della Libertà legittimato a sollevare, e, ricorrendone le condizioni, tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale della *regula iuris* secondo cui l'applicazione, in sede di riesame, dell'istituto della retrodatazione, è subordinata (anche) alla condizione che i presupposti di applicabilità emergano nella loro interezza dall'ordinanza riesaminata».

¹⁵ Che motivatamente enunciavamo nel brano dell'ordinanza dedicato alla non manifesta infondatezza della questione, dopo avere, in punto di rilevanza, osservato che, all'esito della (verificanda) sussistenza dei presupposti della cautela, già apprezzati dal giudice per le indagini preliminari, poiché il termine di fase – se retrodatato al momento dell'esecuzione della prima ordinanza – risultava già scaduto all'atto dell'emissione del provvedimento riesaminato, allora all'esame della retrodatabilità non ostava se non la seconda *regula iuris* dettata dal giudice di legittimità.

nessuno può essere distolto), dal momento che, nel nostro ordinamento, il Tribunale del Riesame, proprio quando siede *ex art. 309 c.p.p.*, è per l'appunto il giudice naturale del pronto intervento di controllo sulle questioni *de libertate* (mentre la seconda *regula iuris*, sospettata di incostituzionalità, nella più parte dei casi lo esautorerebbe – distogliendo il cautelato dalla sua giurisdizione – da tale primaria funzione di intervento immediato e risolutivo). Cogliemmo ancora un profilo di incompatibilità con l'art. 111 Cost., che, al comma 3, garantisce la facoltà dell'accusato di ottenere, fra l'altro, «l'acquisizione di ogni [...] mezzo di prova a suo favore». Ma il profilo (sesto ed ultimo) di ritenuto contrasto con il dettato costituzionale, almeno dal nostro punto di vista, più interessante, era quello che riguardava l'art. 117 comma 1 Cost., là dove interpone le disposizioni pattizie, ed in particolare (con specifico riferimento alla nostra questione) quella posta dall'art. 5 paragrafo 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che – anche così come interpretato da giurisprudenza della Corte di Strasburgo da noi citata nell'ordinanza di promovimento – vuole l'intervento immediato e virtualmente decisivo di un giudice (non necessariamente collegiale, ma in Italia lo è) che, «in breve tempo» (questa la traduzione italiana del testo pattizio), decida sulla situazione di colui che è stato assoggettato a una misura privata o limitativa della libertà personale¹⁶.

¹⁶ Questo, testualmente riprodotto per esteso, il passo dell'ordinanza in cui esponevamo i dubbi di non conformità alla Costituzione:

«sulla non manifesta infondatezza della questione:

– contrasto con l'art. 3, comma 1, della Costituzione:

- obiettivamente, la *regula iuris* della cui conformità alla Costituzione si dubita crea una disparità di trattamento fra sottoposti a custodia cautelare, ricorrenti davanti al Tribunale, potendo in effetti beneficiare della retrodatazione soltanto quelli, fra essi, che siano stati assoggettati a coercizione in forza di ordinanza contenente in sé tutti gli elementi per valutare se l'istituto in questione sia applicabile;

- né – sia detto con tutto il rispetto, non soltanto formale, dovuto ad un provvedimento promanante dal più alto Collegio giurisdizionale italiano, ed esclusivamente nell'ottica dell'incidente di costituzionalità (ché, altrimenti, non competerebbe a questo giudice di merito prendere posizione rispetto al *dictum* del più autorevole degli interpreti) – paiono fondare la differenza, sulla base di quella ragionevolezza che sola può giustificare la disparità di trattamento, gli argomenti svolti nel ricordato paragrafo 14 della sentenza di annullamento con rinvio:

- non la mancanza di poteri istruttori del Tribunale del Riesame, che, indipendentemente dall'esercizio di tali preclusi poteri, ben può disporre, ricavandoli dagli atti trasmessi dall'autorità procedente *ex art. 309 comma 5 c.p.p.*, ovvero da

quelli, nuovi ed ulteriori, prodotti dalle parti sino all'udienza, *ex art.* 309 comma 9 c.p.p. di tutti gli elementi incontrovertibilmente giustificativi della retrodatazione: elementi nel primo caso eventualmente, e nel secondo (produzioni delle parti) necessariamente non riportati nell'ordinanza gravata;

- ancora, non la fallibilità del giudice del riesame, esasperata dalla ristrettezza dei tempi propri della procedura *ex art.* 309 c.p.p.: al di là del carattere assolutamente generale ed indiscriminato della fallibilità dei giudizi umani, non solo nelle aule di giustizia, fatto si è che al Tribunale del Riesame sono ordinariamente affidate, nei tempi strettissimi di quella procedura, questioni sovente di estrema complessità e delicatezza, che si vuole siano affrontate, anche a rischio di errore, in ossequio all'esigenza (debitamente comparata con quella di una sufficiente ponderazione) che la statuizione sul mantenimento della cautela personale sia adottata nei termini temporalmente contenuti che si convengono al supremo valore della libertà, ossia in un arco cronologico qualificato "breve" ("in breve tempo") dalla stessa Convenzione europea;

- non il rischio di un contraddittorio monco: la pubblica accusa è parte (ancorché non necessaria) della procedura di riesame, e ben potrà valutare, di volta in volta, se intervenire (inviando memoria o presenziando all'udienza) per prevenire decisioni *ex art.* 297 comma 3 c.p.p., che ritenga poter essere eventualmente adottate, sulla base di prospettazioni infondate, o dell'apprezzamento di elementi di cognizione incompleti;

- non il rischio dell'assunzione della decisione sulla base di supporti documentali incompleti, che, a ben vedere, sembra essere corollario del sopra esaminato rilievo di fallibilità: potrà il giudice del riesame verificare la ricavabilità, dagli atti trasmessi e/o prodotti, di tutti gli "elementi di fatto e documentali utili per la decisione", nel caso contrario rigettando allo stato la richiesta di riesame (senza definitivo pregiudizio per la parte, che – anche in ipotesi di formazione del giudicato cautelare su quella piattaforma conoscitiva – ben potrà in seguito ottenere una pronuncia favorevole, *ex art.* 306 c.p.p., o in sede di gravame ai sensi dell'art. 310 c.p.p., sciogliendo il giudicato cautelare stesso mediante l'esibizione degli ulteriori dati necessari, prima non forniti in sede di riesame);

- in definitiva, sembra al Tribunale che, applicando la *regula iuris* di cui si discute, la disparità di trattamento resterebbe non ragionevolmente affidata ad un fatto estrinseco (rispetto alla questione della retrodatazione, nei suoi sostanziali profili valutativi e sviluppi decisori) e casuale (nonché improbabile) quale, appunto, la circostanza che, nel provvedimento riesaminato, "emergano in modo incontrovertibile e completo gli elementi utili e necessari per la decisione";

- contrasto con l'art. 13, comma 5, della Costituzione;

- la Carta Fondamentale rimette alla legge ordinaria la determinazione dei li-

miti massimi di quella che definisce “*carcerazione preventiva*”, e che va ora sotto il nome di custodia cautelare;

- l’art. 297 comma 3 c.p.p., proprio in quanto disciplina la retrodatazione delle ordinanze genetiche della coercizione, si raccorda inscindibilmente, integrandola, alla scansione dei termini massimi di custodia dettata dall’art. 303 c.p.p.;

- in effetti, rivolgendo lo sguardo al caso in esame, si deve osservare che, se l’istituto di favore di cui all’art. 297 comma 3 c.p.p., risultasse applicabile, allora – come ritenuto dal Collegio precedentemente insediato – il termine di cui all’art. 303 comma 1 lett. a) n. 3 del medesimo Codice risulterebbe ampiamente perentorio alla data di emanazione del provvedimento qui riesaminato;

- se reggono queste premesse, escludere che il Tribunale della Libertà, in sede di riesame, possa apprezzare l’intervenuta consumazione del termine massimo di custodia che emerge dagli atti trasmessigli *ex art.* 309 comma 5 c.p.p. e/o prodotti dalle parti sino all’udienza di trattazione (ancorché non dal solo provvedimento cautelare impugnato), implica la dilatazione di quel limite al di là dei tempi tecnici comunque necessari per constatarlo e dichiararne l’avvenuto raggiungimento, rimettendone l’accertamento ad altra sede, la cui decisione sopraggiungerà in un tempo non determinabile *a priori*: con il risultato di ingiustificatamente vanificare, di fatto, la predeterminazione della durata della custodia cautelare assicurata dall’articolata griglia dell’art. 303 del codice di rito penale;

- contrasto con l’art. 24, comma 2, della Costituzione:

- l’art. 24, al comma 2, attribuisce carattere di inviolabilità al diritto di difesa, con riferimento ad “ogni stato e grado del procedimento” (senza distinguere – è appena il caso di aggiungere – fra procedure per così dire principali e procedure incidentali, nel novero delle quali ultime si iscrive l’impugnazione cautelare *ex art.* 309 c.p.p.);

- il riesame è lo strumento specificamente approntato dal rito penale per far valere i vizi genetici dell’ordinanza privativa (o limitativa) della libertà personale (e, dunque, anche del vizio costituito dall’essere stato il provvedimento cautelare emesso – secondo la *fictio* dell’art. 297 comma 3 c.p.p. – a termine di custodia già interamente decorso);

- ed allora, escludere la possibilità del cautelato di far valere a tutto campo (ossia giovandosi di tutti gli atti disponibili *ex art.* 309 comma 9 c.p.p.), nella sede propria, la favorevole operatività dell’istituto della retrodatazione, circoscrivendo quella tecnica possibilità ai soli casi (statisticamente marginali) in cui gli estremi per la retrodatazione stessa emergano, integralmente ed incontrovertibilmente, dal provvedimento impugnato, equivale a limitare corrispondentemente l’estrinsecazione del diritto garantito dal precetto costituzionale in esame;

- contrasto con l’art. 25, comma 1, della Costituzione:

- come si è visto, il collegio insediato *ex art.* 309 c.p.p. è il giudice specifica-

mente investito (anche in attuazione – come si dirà in prosieguo – del precetto di cui all'art. 5 comma 4 C.E.D.U.) del controllo immediato della legittimità (delle condizioni di legittimità) della detenzione imposta dal giudice cautelare di prime cure;

- la sua possibilità d'intervento anche con riguardo al profilo di illegittimità dell'imposizione della custodia, quando il relativo termine, calcolato a mente del combinato disposto degli artt. 297 comma 3 e 303 comma 1 lett. a) n. 3 c.p.p., debba intendersi interamente consumato anteriormente all'emissione del provvedimento genetico della cautela, è riconosciuta dalla prima *regula iuris* dettata dalla medesima sentenza di annullamento con rinvio della cui seconda *regula iuris* qui ci si occupa;

- ma limitare quello spazio d'intervento liberatorio alla sola ipotesi che gli elementi a supporto della decisione risultino *in toto* ed irrefutabilmente dall'ordinanza riesaminata, in tal modo di fatto affidando la cognizione della questione ad altro organo, ossia il giudice cautelare di primo grado, da investire *ex art.* 306 c.p.p. (ed al Tribunale della Libertà soltanto in via eventuale, in seconda battuta, a norma dell'art. 310 del codice di rito), equivale a distogliere il cautelato dal giudice precostituito dalla legge ordinaria per l'appunto per quella peculiare funzione di pronta verifica collegiale della legittimità della coercizione;

- contrasto con l'art. 111, comma 3, della Costituzione:

- l'art. 111 della Costituzione, che enuncia principi destinati ad informare l'intero svolgimento della procedura penale a carico dell'accusato, e non solo la fase cosiddetta processuale (cfr., in particolare, quanto al principio del contraddittorio, dettato dal comma 2, Cassazione, Sez. 3^a, sent. n. 3895 del 22/10/2010 - dep. 3/2/2011 - Pres. Teresi, nonché Sez. 6^a, sent. n. 14560 del 2/12/2010 - dep. 12/4/2011 - Pres. De Roberto, entrambe afferenti a fattispecie cautelari, in corso di indagini preliminari), al comma 3, garantisce all'accusato medesimo la facoltà di ottenere, fra l'altro, "l'acquisizione di ogni [...] mezzo di prova a suo favore";

- escludere, ai fini del giudizio sulla retrodatazione in sede di riesame, la valorizzazione degli elementi che, non risultanti dall'ordinanza impugnata, siano tuttavia presenti negli atti trasmessi al Tribunale della Libertà dall'autorità procedente, o vengano adottati dalle parti, e segnatamente dalla difesa, in corso di procedura incidentale di gravame, confligge con *il diritto alla prova*, che si è visto garantito dalla Costituzione, in particolare sotto specie *di prova a favore* (a tal segno da poter determinare l'immediata liberazione dell'accusato, in applicazione di algoritmi squisitamente aritmetici, quali sono quelli che governano la disciplina dei termini di custodia);

- contrasto con l'art. 117, comma 1, della Costituzione, là dove interpone la norma dettata dall'art. 5, comma 4, della C.E.D.U.:

- "ogni persona privata della libertà con un arresto o una detenzione" – recita

Purtroppo – come era forse anche intuibile – la Corte costituzionale¹⁷ si è fermata al primo scalo, che è quello dell’art. 3 Cost., rispetto al quale avevamo forti aspettative di accoglimento: non s’intendeva, infatti, in che modo avrebbe potuto esser ragionevolmente giustificata la sperequazione di cui ho fatto cenno. In effetti, la Corte costituzionale fa propri i nostri argomenti: in sostanza, assume che sia nel giusto il giudice *a quo*, il giudice rimettente, là dove, in particolare, sostiene non potersi negare l’apprezzamento della ricorrenza delle condizioni per retrodatare in sede di riesame,

la disposizione convenzionale (fedelmente ripresa dall’art. 9, comma 4, del Patto internazionale sui diritti civili e politici) – “ha il diritto di presentare un ricorso davanti ad un tribunale, affinché decida in breve tempo sulla legittimità della sua detenzione e ordini la sua liberazione se la detenzione è illegittima”;

- non sfugge al Tribunale l’insegnamento del giudice delle leggi (espresso, in particolare, nelle note sentenze gemelle 348 e 349/07), secondo cui le norme pattizie interposte sono norme sub-costituzionali, che, per determinare la caducazione della norma di legge ordinaria con le stesse confliggenti, debbono prima essere verificate conformi al dettato della Carta fondamentale della Repubblica;

- senonché, non occorre spendere parole per rimarcare la perfetta sintonia tra il riportato precetto convenzionale (che, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo, cui – secondo l’insegnamento delle ricordate sentenza gemelle della Consulta – deve aversi riguardo, vuole un controllo della *lawfulness* della restrizione condotto a tutto campo, e dunque esteso anche alle condizioni procedurali della stessa: cfr., in particolare, Brogan ed altri contro Regno Unito, 29/11/1988, § 65) ed il nitido disegno emergente dalla Costituzione in materia di garanzia della libertà personale, in particolare attraverso l’art. 2 (riconoscimento dei diritti fondamentali), l’art. 13 (inviolabilità della libertà personale, garanzie giurisdizionali della medesima, riserva di legge quanto alla fissazione dei suoi limiti massimi) e l’art. 111 (ragionevole durata, immediata ricorribilità in Cassazione, per violazione di legge, dei provvedimenti sulla libertà personale);

- se così è, il contrasto della legge ordinaria (in questo caso, dell’art. 309 c.p.p.) con l’art. 5, comma 4, C.E.D.U., si lascia apprezzare come vizio di illegittimità costituzionale;

- e siffatto contrasto, ad avviso del Tribunale, si manifesta là dove il diritto vivente in esame, salvo il caso che tutti gli elementi conoscitivi necessari risultino dall’ordinanza riesaminata, non consente all’organo di controllo voluto dalla norma pattizia (in attuazione della quale il Tribunale della Libertà, nel 1982, fu introdotto nell’ordinamento processualpenalistico italiano) di esercitare, sul versante della retrodatazione, la verifica che gli compete, rapida e, ricorrendone le condizioni, di esito immediatamente liberatorio».

¹⁷ Corte cost., sent. 6 dicembre 2013, n. 293 cit.

sol perché la questione è complessa e i tempi della procedura *ex art.* 309 c.p.p. sono strettissimi. Ma il Tribunale della Libertà non affronta spesso, necessariamente, questioni spinose e complicate, operando in tempi brevi anche su incarti estremamente voluminosi? Pensate a un riesame cumulativo di ordinanza emessa per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., in cui sia in gioco la gravità indiziaria... Poiché quelli erano, a un dipresso, gli argomenti a sostegno dell'adozione della seconda – obiettivamente discriminatoria – *regula iuris* (i tempi a disposizione non mi consentono di scendere maggiormente nel dettaglio), per la Consulta è stato agevole accogliere l'eccezione del Tribunale della Libertà di Bologna. Adesso, l'unica condizione (questa sì, legittima), per potersi vedere riconosciuta la retrodatazione in sede di riesame (ricorrendo i presupposti, s'intende, di cui all'art. 297 comma 3 c.p.p.), resta la già intervenuta perenzione del termine di custodia all'atto dell'emanazione del secondo provvedimento coercitivo.

Una volta restituitici gli atti dalla Corte costituzionale, abbiamo nuovamente celebrato il giudizio di rinvio cautelare, confermando la precedente ordinanza di annullamento del provvedimento genetico della cautela, in quanto, retrodatando, risultava emesso a termine di custodia di fase ormai scaduto. La pubblica accusa ha proposto nuovo ricorso per cassazione, di cui contavo di comunicarvi oggi l'esito; senonché, la trattazione, originariamente fissata davanti alla IV Sezione della Corte Suprema per il 7 marzo, è stata differita al 15 aprile del corrente anno¹⁸.

2. Proporzione *ex art.* 275 comma 2 c.p.p. quantitativamente intesa

Vengo ora rapidissimamente agli altri istituti cui avevo accennato.

Sempre nell'ambito della nostra opera, non di supplenza – termine che ribadisco, pur fuori da ogni vena polemica, a me non piace – ma di applicazione delle garanzie nella loro massima possibile estensione, abbiamo dedicato grande attenzione e impegno argomentativo al tema della proporzione.

Come il nostro uditorio probabilmente, almeno in larga parte, già sa, anche in questo campo il Tribunale della Libertà di Bologna ha avuto modo

¹⁸ Il 15 aprile 2014, la Sez. IV del Supremo Consesso, con la sentenza n. 21601/14, ha poi rigettato il ricorso della Procura, così definitivamente calando il sipario sulla laboriosa vicenda cautelare. Le motivazioni del provvedimento sono state infine depositate il 27 maggio 2014.

di dispiegare la sua attività giurisdizionale, per lunghi anni, in senso profondamente garantista, largamente esponendosi a forti contrasti da parte dei colleghi di merito e anche a censure in sede di legittimità, ove il nostro indirizzo esegetico sul punto è stato avallato da una giurisprudenza nettamente minoritaria, mentre, per la più parte, le pronunce nomofilattiche, suscitate da ricorsi dell'accusa, non lo condividevano.

Il Tribunale della Libertà di Bologna attribuiva rilievo tendenzialmente decisivo al dato quantitativo, assumendo che, allorché la custodia cautelare aveva assunto un valore frazionario rilevante (inizialmente misurato in modo rigido, salva poi tutta una successiva elaborazione della nostra giurisprudenza) della pena già inflitta (o prevedibilmente infliggenda), la custodia dovesse cadere o essere mitigata, indipendentemente dal perdurare del *periculum libertatis*, o dall'intensità con cui lo stesso continuava a manifestarsi, perché, altrimenti, il principio di adeguatezza sarebbe risultato assorbente rispetto alla proporzionalità, espropriando quest'ultima del ruolo rilevante ed autonomo che pure le compete, nella costellazione dei principi guida della materia cautelare¹⁹. Gli arresti di legittimità che veniva-

¹⁹ Qui di seguito, un esempio dell'impianto motivazionale del Tribunale della Libertà di Bologna sul tema, nell'ultima elaborazione, poi adottata anche dall'ordinanza che affrontò il vaglio delle Sezioni unite del supremo Consesso:

«il gravame è fondato e, come tale, meritevole di accoglimento; ed invero:

– nei motivi d'appello, si invoca il canone di proporzione, di cui all'art. 275 comma 2 c.p.p., riguardato con riferimento alla durata del presofferto in rapporto all'entità della pena detentiva riportata;

– orbene:

- non essendo imminente la conclusione del procedimento (si è visto che la sentenza di secondo grado è recentissima, ed è stata oggi impugnata per cassazione), la durata della coercizione carceraria (pari ad oggi a mesi 7 e giorni 19), supera ormai i quattro quinti della frazione (l'unica rilevante ai presenti fini) della sanzione detentiva riferibile al delitto per cui è cautela, come quantificata in sede di merito (nella misura di mesi 9 e giorni 10 di reclusione, oltre alla multa, così quantificata per effetto della decurtazione processuale), e non suscettibile di *reformatio in peius*;

- in questa situazione, stante la contenuta entità della residua pena, il perdurare della custodia comporterebbe la tendenziale sovrapposizione del presofferto cautelare alla sanzione espianata: ciò che verrebbe ad ulteriormente frustrare appunto la *ratio* sottesa al canone di proporzione, ovvero l'esigenza di evitare che la coercizione preventiva trasmodi in espiazione anticipata della pena, e determinerebbe l'operatività del diverso, estremo, automatico sbarramento di cui all'art. 300 comma 4 c.p.p.;

• occorre rimarcare che il disposto dell'art. 275 comma 2 del codice di rito esplicita il riferimento comparativo, oltre che alla pena prevedibilmente irroganda, anche, per il caso di già intervenuta condanna, a quella in concreto inflitta;

• resta così individuato un preciso riferimento normativo, oltre che al momento genetico, anche agli sviluppi della cautela, colta in prospettiva diacronica;

• d'altronde, l'attenzione normativa, e di riflesso giurisdizionale, al principio di proporzione (o di proporzionalità), nel senso testé chiarito, con riferimento ai profili dinamici della vita della misura cautelare, è consacrata dall'art. 299 c.p.p., che a tali aspetti specificamente pertiene, laddove esso enuclea, fra le situazioni che giustificano l'intervento favorevole del giudice cautelare, anche quella in cui "la misura applicata non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata";

• non è dunque fondatamente sostenibile che il principio in esame si sostanzi esclusivamente in un criterio di scelta iniziale del presidio cautelare da adottarsi (la sinottica lettura degli artt. 275 comma 2 e 299 comma 2 c.p.p. orientando in senso opposto e prevalendo sulla semplice intitolazione dell'art. 275, isolatamente considerata, ossia "Criteri di scelta delle misure", che non avrebbe comunque rilievo ermeneuticamente decisivo, posto che *rubrica legis non est lex*);

• si tratta, in effetti, di disciplina attuativa della direttiva 59 della legge delega (l'emanazione del vigente codice di rito penale) n. 81 del 16 febbraio 1987, (dove prescriveva al legislatore delegato la "previsione della sostituzione o della revoca della misura della custodia in carcere, qualora l'ulteriore protrarsi di questa risulti non proporzionato alla entità del fatto ed alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata");

• giova ricordare che il canone di proporzione ha trovato riconoscimento in sede di legittimità (cfr. Cassazione, Sez. 6^a, sent. n. 1227 del 15/5/1995 – cam. cons. 29/3/1995 - Pres. Daniele) anche sotto lo specifico profilo, che qui viene in rilievo, del rapporto aritmetico fra presofferto cautelare e pena espianda;

• le dimensioni, assolute e relative, ormai assunte dalla custodia in corso, e l'essere stata la stessa ininterrottamente patita nella forma estrema, impongono, a questo punto, l'adozione di provvedimento radicalmente ablativo, e non semplicemente attenuativo, della cautela personale;

• va in proposito sottolineato che un almeno orientativo parametro di riferimento può cogliersi nella norma, in effetti dettata in ambito diverso, di cui all'art. 304 comma 6 c.p.p., laddove esso pone, quale sbarramento estremo della custodia, il limite dei due terzi del massimo edittale dal legislatore comminato per il reato per cui si procede: previsione calmieratrice dalla quale emerge invero una tendenziale indicazione di volontà – mirata appunto a scongiurare scompensi del necessario equilibrio quantitativo fra coercizione preventiva ed espiazione – nel senso della

non superabilità, in ogni caso, in sede cautelare, di quella determinata aliquota del risultato sanzionatorio astrattamente raggiungibile;

- peraltro, mentre il disposto dell'art. 304 comma 6 del codice di rito, appunto in quanto invalicabile limite ultimo, opera – quale termine di custodia – secondo un rigoroso automatismo aritmetico (ragguagliato ad una frazione della pena edittale), allorché si tratti invece di fare applicazione del canone posto dall'art. 275 comma 2 c.p.p. attraverso lo strumento dinamico dell'art. 299 comma 2 c.p.p., il parametro dei due terzi, riferito alla pena in concreto prevedibilmente infliggenda, o già inflitta in sede di merito, potrà essere bensì orientativamente assunto per individuare il momento di avvio dell'operatività del canone in questione, atto a giustificare già in sé favorevoli interventi *de libertate*, in procedimenti in cui, modesto risultando il residuo di pena, il procedimento versi ancora in una fase arretrata, mentre dovrà, negli altri casi, conoscere dei correttivi, legati in particolare ad un più avanzato stadio di evoluzione del procedimento stesso, al suo eventualmente prevedibile esito, alla prossimità del giudicato in via di formazione, nonché alla consistenza della frazione di pena ancora espianda dopo l'irrevocabilità della sentenza, che possono essere tali, nell'interagire di alcuni (atti a porsi in concreto come preminenti) o della totalità di essi, da neutralizzare il sopra evidenziato rischio del tralignamento della coercizione da misura cautelare ad anticipata espiazione della sanzione detentiva (si pensi, in particolare, alla situazione paradigmatica del procedimento, celebrato nei confronti di imputato *in vinculis*, nel quale, essendo stata patteggiata la pena, il ricorso per cassazione, previo smistamento che lo orienti verso un plausibile esito di inammissibilità, sia stato fissato, davanti alla suprema Corte, per una data in cui la custodia, proseguendo, si approssimerebbe bensì, per durata, all'entità della pena applicata in sede di merito, ma senza sovrapporsi e rimanendone anzi inferiore – prima di convertirsi, col giudicato, in carcerazione espiativa – di un apprezzabile lasso di tempo);

- perché il principio di proporzione non resti lettera morta, lo stesso (che è in effetti oggetto di distinta previsione normativa, testualmente formulata nel comma sopra richiamato, connotato da puntuale scelta lessicale nell'aggettivo “proporzionata”) deve necessariamente operare in via autonoma e prioritaria rispetto agli altri parametri della complessiva disciplina cautelare, fra cui, in particolare, i termini di custodia, dettati dall'art. 303 c.p.p. in funzione di contenimento dei tempi di sacrificio della libertà personale anche nei casi, diversi dal presente e relativi all'irrogazione di lunghe pene detentive, nei quali il presofferto non rischia comunque di approssimarsi alla pena espianda (di guisa che la disciplina dei termini di custodia si colloca nell'orbita della norma costituzionale posta dall'art. 13 comma 5 della Carta fondamentale, mentre il canone di proporzione, quantitativamente inteso, meglio si raccorda al principio di non colpevolezza fissato dall'art. 27 comma 2 della Costituzione) ed il *periculum libertatis* (il cui perdurare – allo stesso modo in

cui non può giustificare il protrarsi della custodia, quando i relativi termini massimi siano scaduti – non può legittimare la prosecuzione della cautela quando il principio di proporzione risulti violato, giacché, diversamente opinando ed affidando il mantenimento della custodia esclusivamente al perdurare del *periculum libertatis* e l'affievolimento o la rimozione della stessa esclusivamente all'attenuarsi o al cessare di tale *periculum*, il canone di proporzione finirebbe per essere posto nel nulla);

- milita, nel senso dell'autonomia (in linea generale, e salve le espresse eccezioni) del principio di proporzione rispetto al principio di adeguatezza, anche un rilievo di ordine storico-sistemico:

il d.l. 9/9/1991, n. 292, convertito poi nella l. n. 356/91, introduce nell'art. 275 comma 3 secondo periodo del vigente codice di rito, per talune fattispecie, il regime di doppia presunzione, nella sua tuttora attuale formulazione (una prima presunzione, vincibile, di pericolosità, e, in caso di mancato totale superamento della stessa, la seconda, invincibile, di adeguatezza della sola custodia carceraria);

contestualmente, lo stesso d.l. introduce l'attuale *incipit* del comma 2 dell'art. 299 c.p.p.: “salvo quanto previsto dall'art. 275, comma 3 [...]”;

quell'inciso interpolato non gioca un ruolo rispetto all'attenuazione del *periculum libertatis*: l'includibilità del carcere è stabilita senza tema di equivoci appunto dalla coeva modifica dell'art. 275 comma 3 secondo periodo del codice;

quella novellazione del comma 2 dell'art. 299 c.p.p. acquista viceversa rilevanza, in quanto riferita al distinto canone di proporzione;

in effetti, se, in linea generale, il perdurare del *periculum* giustificasse comunque la cautela, pur a fronte di sopravveniente sperequazione apprezzabile *ex art. 275 comma 2 c.p.p.* l'inciso non si sarebbe reso necessario;

si rende viceversa tale, perché la proporzione è principio ordinariamente, e salvi i casi eccettuati, provvisto di autonomia;

per escludere, rispetto a quei determinati reati di grave allarme sociale, gli effetti di detta autonomia, il legislatore deve intervenire positivamente: la proporzione, anche durante la vita della misura, non opera rispetto alla fattispecie per così dire a cattura quasi obbligatoria;

né a tale compressione del principio in parola osta la sopra riportata direttiva 59: il legislatore del 1991 non è legislatore delegato, che sia come tale vincolato dalla direttiva, ed il limitarne l'ambito di operatività non arreca *vulnus* all'art. 77 della Costituzione;

- l'applicazione del principio di proporzione nel senso sostenuto da questo Tribunale – va ancora osservato – non vanifica la portata dell'art. 300 comma 4 del codice di rito, il cui disposto, connotato da perfetto automatismo, lungi dal rimanere privo di campo di applicazione, opera viceversa come necessaria norma di chiusura, come provvida valvola di sicurezza, funzionale a scongiurare – una volta constatata *a posteriori* l'intervenuta obiettiva frustrazione (per essersi la pena

attestata a livelli inferiori a quelli prevedibili) del principio di proporzionalità – l’espiazione, in sede cautelare, di una frazione (o di una maggior frazione) di pena aggiuntiva rispetto a quella inflitta (e quindi espianda);

- l’orientamento esegetico di questo Tribunale della Libertà aveva anche recentemente a più riprese ricevuto conforto, quantunque non unanime, in sede di legittimità (cfr., in particolare, Sez. 5^a, sent. n. 34429 del 12/9/2007 – cam. cons. 17/4/2007 - Pres. Nardi, Sez. 6^a, sent. n. 35791 del 28/9/2007 – cam. cons. 19/9/2007 - Pres. Lattanzi, Sez. 5^a, sent. n. 36670 del 5/10/2007 – cam. cons. 26/6/2007 - Pres. Calabrese, Sez. 5^a, sent. n. 36685 del 5/10/2007 – cam. cons. 11/7/2007 - Pres. Calabrese, Sez. 5^a, sent. n. 38927/07 del 19/10/2007 – cam. cons. 6/7/2007- Pres. Colonnese);

- mette conto in particolare osservare, peraltro, che la 2^a Sezione del supremo Collegio (sent. n. 35179/08 dell’11/9/2008 – cam. cons. 3/7/2008 - Pres. Rizzo), nel dichiarare inammissibile per difetto di legittimazione il ricorso proposto dalla pubblica accusa avverso ordinanza del Tribunale della Libertà che aveva applicato, con esito liberatorio, il principio di proporzionalità, dandone la lettura sopra esposta (si trattava di ricorso della Procura Generale presso la Corte d’Appello), aveva però così testualmente soggiunto: “[...] Il ricorso è, comunque, inammissibile anche nel merito. Infatti, la Corte di cassazione ha ritenuto più volte che il criterio di proporzionalità debba parametrarsi anche alla durata della custodia sofferta in relazione alla irroganda pena. Nella lettura dell’art. 304 c.p.p., comma 6, ha affermato che siffatto principio deriva dal generale canone della proporzionalità (cfr. Cass., Sez. 6^a, 21.6.1999, Latella, CED Cass. 214680; nonché argomenta da Cass., Sez. 3^a, 11.7.2003, Nako, CED Cass. 226542 per quanto attiene alle misure detentive), pertanto non è certamente esatta la decisione della Corte d’Appello che, fermandosi alla rubrica dell’art. 275 c.p.p. (“Criteri di scelta delle misure”), esclude interesse per l’aspetto cronologico della loro applicazione, riducendo la portata generale della norma alla scelta tipologica dei provvedimenti. Ma, ancor più autorevolmente, la Corte costituzionale (Sent. 292/98) ha affermato: “La previsione di tale limite (di durata della custodia cautelare, ndr.) [...] rappresenta una evidente attuazione del canone di proporzionalità, nel senso che, come la custodia può essere imposta soltanto se risulti proporzionata alla entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata (art. 275 c.p.p., comma 2), allo stesso modo la durata della misura non può eccedere lo stesso parametro, perché non si corra il rischio di una consumazione della pena in fase custodiale”. Notoriamente il nostro codice non ha positivamente stabilito un rapporto prestabilito tra la durata dell’assoggettamento alla misura e la pena fissata in concreto dal giudice (in attesa della definitività della condanna, ma non suscettibile di riforma “*in peius*”), né tale carenza si profila come costituzionalmente illegittima, attesa la statuizione della Corte costituzionale assunta

con ord. n. 397/00, che ritiene trattarsi di scelta discrezionale non connotata da irragionevolezza. Di qui l'incertezza nel temperamento delle linee guida – proporzionalità ed esigenze cautelari (queste ultime quale indefettibile presupposto positivo per la loro applicazione) – che sorreggono e giustificano l'applicazione delle misure cautelari personali restrittive e che assumono connotati di sicura autonomia, tanto che – pur in presenza di un quadro di accentuata pericolosità – è riscontrabile il divieto di emissione della misura e della sua protrazione. [...] Si osserva che l'imputato “è stato ristretto in carcere in detenzione cautelare dal 19/05/2007 data del suo arresto in flagranza per il reato di rapina aggravata. Così che – alla data del ricorso (23/02/2008) – la sua detenzione dura da 9 mesi e 3 giorni: praticamente quasi i 4/5 della sanzione detentiva di un anno di reclusione inflitta dal giudice di primo grado. In concreto, dunque, il Tribunale della Libertà ha assunto un parametro che, rapportato alla misura del presofferto ed alla gravità del fatto, non si presenta privo di ragionevolezza nella valutazione che si riflette nella compressione delle esigenze cautelari (Sez. 5, Sentenza n. 36685 dell'11/07/2007 Cc. – dep. 05/10/2007 –)”;

- il contrasto apertosi (fra l'esegesi qui seguita e l'opposta, maggioritaria interpretazione) aveva determinato una prima rimessione della questione di diritto qui affrontata alle Sezioni unite del supremo Consesso (rimessione intervenuta nel proc. n. 8550/08 R.G. C. Cassaz., con ordinanza dalla 5^a Sezione della Corte nomofilattica, emessa il 24/4/2008 e depositata il 4/9/2008);

- senonché, gli atti erano stati poi restituiti dal Primo Presidente Aggiunto della Corte suprema alla Sezione rimettente, essendo apparsa pregiudiziale la questione attinente alla legittimazione della parte ricorrente a proporre ricorso per cassazione (trattavasi di ricorso proposto dalla Procura Generale presso la Corte d'Appello avverso ordinanza del Tribunale della Libertà, che, decidendo *ex art.* 310 c.p.p. in applicazione del canone di proporzione aveva, in riforma di provvedimento della Corte d'Appello, revocato la misura cautelare, ponendo in libertà l'appellante);

- successivamente, all'udienza del 10/10/2008, la 6^a Sezione della Corte di Cassazione, in relazione a molteplici ricorsi promossi dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello avverso ordinanze del Tribunale della Libertà assunte *in subiecta materia*, aveva nuovamente rimesso gli atti alle Sezioni unite del medesimo supremo Consesso;

- ma, anche in questo caso, il Primo Presidente Aggiunto del Supremo Collegio aveva restituito gli atti di ciascun procedimento alla Sezione rimettente, per la riconsiderazione della rilevanza della questione sollevata, alla luce dell'intervenuta definitività della sentenza emessa nel procedimento nel quale si innestava l'incidentale vicenda cautelare (che doveva pertanto “considerarsi ormai esaurita”);

- in seguito, all'udienza dell'1/4/2009, con provvedimento poi depositato il

15/4/2009, ancora la 6^a Sezione della Corte di legittimità (nel proc. n. 2950/09 R.G. C. Cassaz.) per la terza volta investiva della questione le Sezioni unite;

- due giorni più tardi, all'udienza del 3/4/2009, con ordinanza poi depositata il 20/4/2009, sempre da parte della 6^a Sezione della Corte regolatrice (nel proc. 3887/09 R.G. C. Cassaz.), interveniva una quarta ordinanza di rimessione;

- senonché, il primo Presidente Aggiunto restituiva gli atti, non essendovi più tempo utile per la fissazione in data anteriore alla trattazione, allora imminente, del ricorso promosso contro la sentenza pronunciata nel giudizio di cognizione nel quale si era innestato l'incidente cautelare, e rilevava comunque come fosse già pendente davanti alle Sezioni unite il menzionato procedimento n. 2950/09, vertente sulle medesime questioni;

- deve evidenziarsi che l'ordinanza di rimessione 3-20/4/2009, tra l'altro, osservava testualmente quanto segue: "Per quanto può valere un riferimento di diritto comparato, appare utile segnalare il principio a cui si uniformano taluni ordinamenti di Paesi dell'Unione europea, ispirati al patrimonio costituzionale comune europeo e allo spirito che informa la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e, in particolare, l'ordinamento processuale della Repubblica Federale Tedesca, espressamente menzionato, in tema di mandato d'arresto europeo, dalla sentenza delle Sezioni unite n. 4614 del 30/1/2007 Cc., Ramoci, in cui si sottolinea come "numerose pronunzie della Corte costituzionale (tedesca) [...], con particolare riferimento al disposto dell'art. 2 comma 2 Cost. ted., hanno più volte ribadito che la durata della custodia cautelare deve essere parametrata non solo alla gravità del reato, ma anche alla 'celerità' del processo, di modo che il diritto alla libertà dell'imputato cresce di importanza via via che il procedimento si prolunga" (sentt. BvR nn. 190 e 1964 del 2005; n. 1742 del 2006)";

- analoghi spunti di diritto comparato sono poi rinvenibili, in particolare, negli ordinamenti processualpenalistici francese e spagnolo;

- si tratta di norme in sintonia con i principi di ragionevole durata del processo e della coercizione, che permeano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nei precetti dettati dall'art. 5;

- e non sembra potersi dubitare che, laddove si proceda nei confronti di imputato *in vinculis*, la durata della custodia assurga a parametro privilegiato della ragionevole durata del procedimento;

- all'udienza del 28/5/2009, le Sezioni unite del supremo Consesso dichiaravano inammissibile (per difetto di legittimazione del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello) il ricorso proposto nel procedimento nel quale era intervenuta la terza rimessione (l'unica – sino a quel punto – non seguita dalla restituzione alla Sezione rimettente): di guisa che rimaneva tecnicamente precluso l'esame del merito della questione;

- recentissimamente, la 6^a Sezione della Corte suprema, con la sentenza n.

no ratificando la nostra linea di pensiero rappresentavano non più del 25% (forse anche qualcosa di meno) del totale delle pronunce che se ne occupavano, prevalentemente su ricorso della Procura Generale presso la Corte d'Appello (avverso le nostre ordinanze liberatorie frutto di quella lettura del canone di proporzione).

La questione approdò diverse volte all'esame delle Sezioni unite. Non venne decisa se non la sesta volta, perché, in precedenza, erano state via via rilevate delle inammissibilità. Tranne in un caso (il quinto): si tratta dell'arresto che sancì il difetto di legittimazione della Procura Generale ad impugnare per cassazione le ordinanze del Tribunale della Libertà²⁰. Almeno,

38456 del 5/10/2010 – dep. 2/11/2010 - Pres. Di Virginio, ha rigettato il ricorso della Procura della Repubblica avverso ordinanza del Tribunale della Libertà, applicativa del sopra esposto orientamento in punto di proporzione, quantitativamente intesa;

- e, permanendo così il contrasto, da ultimo la 3^a Sezione della medesima Corte di Cassazione, con ordinanza 4/11/2010, emessa nel procedimento n. 27457/10 R.G. C. Cassaz., ha per la quinta volta investito della controversa questione le Sezioni unite;

- all'udienza del 15/12/2010, nel procedimento n. 38849/10 R.G. C. Cassaz., la 4^a Sezione del supremo Consesso ha per la sesta volta rimesso il contrasto al vaglio delle Sezioni unite;

- mentre gli atti del procedimento n. 27457/10, con provvedimento 31/12/2010 del Presidente Aggiunto, sono stati restituiti alla Sezione di provenienza (essendo risultato essere divenuta irrevocabile la sentenza di condanna pronunciata nel procedimento cui l'incidente cautelare ineriva), viceversa il ricorso proposto nel procedimento n. 38849/10 è stato, con decreto 30/12/2010, fissato davanti alle Sezioni unite del supremo Consesso, da cui sarà trattato all'udienza del 31/3/2011;

- in attesa della pronuncia da adottarsi nella suprema sede giurisdizionale, investita ex art. 618 c.p.p., deve confermarsi il divisamento sopra espresso, per le ragioni che, a sostegno dello stesso, si sono venute esplicitando;

- frattanto, anche la dottrina in proposito espressasi è venuta mostrandosi adesiva all'interpretazione che qui si propugna;

- la presente ordinanza sortirà esito effettivamente liberatorio, se ed in quanto il prevenuto non sia ristretto anche in forza di altro titolo».

²⁰ Cfr. Cass. pen., sez. un., 28 maggio 2009, n. 31011, Colangelo, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4603 ss., con nota di E. VALENTINI, *La legittimazione del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello a ricorrere per cassazione contro i provvedimenti del Tribunale della Libertà*.

fornimmo alla Corte Suprema l'occasione per rendere questa importante decisione.

Successivamente, quando, cessati così i ricorsi della Procura Generale, prese a ricorrere avverso i nostri provvedimenti in materia di proporzione la Procura della Repubblica presso il nostro Tribunale, questa sì legittimata, la questione tornò alle Sezioni unite, che la risolsero fundamentalmente disattendendo il nostro orientamento²¹. Per la verità, è una sentenza che non ci dà torto su tutta la linea. Sotto alcuni profili riconosce la fondatezza della nostra interpretazione, in particolare là dove sostenevamo non esser vero – come invece si affermava da molti dei nostri contraddittori – che il canone di proporzione operi soltanto nel momento genetico della cautela, dovendosi invece ritenere che esso presidia la coercizione personale lungo tutto il suo corso. Però, certamente, il punto centrale, il cuore della nostra giurisprudenza, ne risultò frustrato, perché – come avrete constatato leggendo questa sentenza – il canone viene annacquato, mediante riconduzione del medesimo nell'orbita del principio di adeguatezza: con il risultato che, nel contesto di quello che viene definito «giudizio triadico» (impostato sui criteri del tipo di misura applicata, della relativa durata in rapporto alla pena irrogata e alla gravità del fatto, nonché delle esigenze che – «alla luce del bilanciato apprezzamento dei diversi parametri coinvolti» – appaiono ancora residue), finché il *periculum libertatis* resta diagnosticabile, è esso soltanto a determinare il permanere (o il permanere in una certa forma) della cautela personale, mentre il principio di proporzionalità non è in grado di produrre autonomamente effetti liberatori (o di allentamento della restrizione). E così il principio di proporzione, che pure va assumendo via via un'importanza centrale nel nostro ordinamento, ove tende a penetrare prepotentemente anche attraverso la finestra dell'art. 117 della Costituzione (parlo della proporzione declinata in chiave europea, sulla quale studiosi di vaglia – fra cui Michele Caianiello – stanno seriamente lavorando²²), subiva, lungo il suo cammino, una netta battuta d'arresto.

²¹ V. Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2011, n. 16085, Khalil, in *Giur. it.*, 2012, p. 688 ss., con nota di C. RENOLDI, *Le Sezioni Unite contro la creazione giurisprudenziale di automatismi estintivi della custodia cautelare legati al decorso del tempo*.

²² M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Sulla specifica questione affrontata nel testo, cfr. E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. merito*, 2010, p. 446 ss.

Io, nelle sedi seminariali in cui, dopo quella decisione di legittimità, mi sono trovato, alquanto deluso, ad interloquire in proposito, ho sempre sostenuto che della questione si sarebbe riparlato: inevitabilmente – affermavo –, perché sotto la salutare pressione della giurisprudenza europea, accade di dover ritornare su posizioni che appaiono francamente oramai superate. E, guarda caso, il 20 febbraio, mentre io ancora mi lambiccavo per vedere come eventualmente investire anche di tale questione la Corte costituzionale (ma è questione non semplice da proporre, perché credo implichi necessariamente il passaggio attraverso il testé citato art. 117 della Carta costituzionale), ricevo un messaggio di posta elettronica della Dott.ssa Elena Valentini, che mi dice: «Guarda un po' chi si rivede: i due terzi ...». E mi allegava, la Dott.ssa Valentini, il progetto governativo di riforma promanante dalla Commissione presieduta da Glauco Giostra, che, al paragrafo 10, facendo espresso riferimento al principio di proporzione, e modulandolo in termini pratici, programma di riformare non l'art. 275 c.p.p. o l'art. 299 c.p.p., ma, molto più radicalmente, l'art. 300 comma 4 c.p.p. (che sancisce, come sapete, la perdita di efficacia delle misure custodiali, quando hanno raggiunto una durata non inferiore alla pena inflitta), con la previsione dell'immediata perdita di efficacia della custodia cautelare, allorché la sua durata ha attinto i $2/3$ (due terzi) della pena irrogata: esattamente la misura frazionaria che indicavamo nei nostri originari provvedimenti in materia, prima di rimodulare la giurisprudenza in termini più elastici, proprio per non prestare più il fianco alle censure secondo cui, così, avevamo indebitamente introdotto un nuovo termine di custodia cautelare. Forse c'era del vero in queste critiche e appunto per ciò avevamo smussato il rigore aritmetico della nostra impostazione, combinando il criterio strettamente quantitativo con altri elementi di giudizio. Però, se si può sostenere che da parte del Tribunale forse si fosse inizialmente spinto troppo sull'acceleratore (al punto da dovere poi, come ho detto, un poco decelerare), ora il legislatore, ove decida di seguire il suggerimento della Commissione Giostra, potrà farlo senza remore, in quanto appunto legislatore. Ovviamente non è dato sapere se il progetto governativo andrà in porto, ma resta fermo che il segnale è di quelli di evidenza e – verrebbe da dire – di irruenza tali da non potere essere ignorati o anche soltanto sottovalutati: il principio di proporzione ritrova tutto il proprio spazio, la propria dignità, e dunque tutta la propria capacità di concretamente, e – lo sottolineo – autonomamente incidere sul terreno delle garanzie.

3. Estensione, da parte del giudice ordinario, della potatura, via via eseguita dalla Consulta, del catalogo dei delitti a cattura quasi obbligatoria

Mi riferisco, in questo caso, ad una nostra ordinanza, del settembre 2010²³, collocantesi al limite delle possibilità di intervento giurisdizionale, senza tuttavia trasmodare in supgenza normativa.

Estendemmo ad un determinato reato, che non era ancora caduto sotto la mannaia del giudice delle leggi, il regime di rimodulazione della doppia presunzione *ex art. 275 comma 3 c.p.p.* (ce ne ha parlato Guido Todaro), ritenendo che lo si potesse a sua volta già escludere dal catalogo dei delitti cosiddetti a cattura quasi obbligatoria, perché ci parve di riconoscere, con riguardo a tale figura di reato, una serie di ragioni per le quali, con la prima²⁴ della sequenza di sentenze della Corte costituzionale illustratevi da Todaro, si era esclusa, in materia di reati sessuali, l'operatività della seconda presunzione (presunzione *iuris et de iure* di adeguatezza della sola cautela carceraria), sostituita da un più blando regime presuntivo, che, ripudiando l'alternativa secca fra carcere e libertà incondizionata, ammette anche i presidi cautelari intermedi, a condizione che risultino già acquisiti al procedimento elementi di giudizio che li giustifichino. A rigore, non si trattò – debbo precisare – di una potatura del catalogo, perché – come forse ricorderete – in quel caso, anziché aggiungere il reato nell'elencazione di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. si era preferito, tanto per semplificare, inserire, nell'estate del 2009²⁵, circa cinque mesi dopo l'ultima stesura del catalogo²⁶, il comma 4-*bis* nel corpo dell'art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998, che stigmatizza l'agevolazione dell'ingresso in Italia degli stranieri extracomunitari. Di fatto, ritenemmo di poter applicare la disciplina presuntiva rimodulata dalla sentenza n. 265 del 2010 della Consulta anche al delitto

²³ Trib. Libertà di Bologna, ord. 23 settembre 2010, n. 1462/10 R.I.M.C.P., Pres. A. ALBIANI, rel.-est. R.M. OGGIONI.

²⁴ Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 35, p. 51 ss., con nota di S. LORUSSO, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere.*

²⁵ Con l'art. 1, comma 26, lett. *f*), della l. 15 luglio 2009, n. 94.

²⁶ Intervenuta in forma di novellazione dell'art. 275 comma 3 c.p.p., mediante l'art. 2, comma 1, lett. *a*), d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, nella l. 23 aprile 2009, n. 38.

di cui all'art. 12, comma 5-*bis*, del t.u. sull'immigrazione²⁷. Non eravamo sicuri che questa linea sarebbe passata nelle sedi successive. Ma la verifica non ci fu, perché il pubblico ministero (in quel caso di Forlì) non impugnò per cassazione la nostra ordinanza, che pertanto si stabilizzò. Ci sentimmo in seguito confortati nella nostra opzione ermeneutica, quando fu addirittura una Sezione della Corte Suprema a seguire la stessa linea per un altro reato, ricompreso nel catalogo²⁸. Ma, alla fine, fummo sconfessati, questa volta per fortuna assieme alla Cassazione, allorché la Corte costituzionale ebbe a bacchettare tutti i giudici ordinari (fossero anche di legittimità), proclamando che solo al giudice delle leggi compete la prerogativa di potare il catalogo, verificando in ogni singolo caso la non rispondenza ai dettami costituzionali della presenza in quel novero di ogni singola figura di reato²⁹. In effetti, debbo dire che, già nel dicembre del 2010, in occasione di un seminario (tenuto nell'ambito della formazione forense) di interlocuzione fra giudici di Tribunali della Libertà di varie sedi italiane (formula seminariale che periodicamente si ripete nel capoluogo del nostro Distretto), l'ottimo Collega di Torino, Gianni Macchioni, dopo che io ebbi esposto la questione, osservò come, pur apprezzando il nostro sforzo interpretativo nel segno delle garanzie, tuttavia non potesse esimersi dall'osservare che, in questo modo, si rischiava di trasmodare da un regime di controllo centralizzato della conformità alla Costituzione delle leggi ordinarie, che è proprio del nostro ordinamento, ad una forma di controllo diffuso (che forse piace al giovane e scalpitante Guido Todaro, ma di cui la stessa Consulta ha escluso – come abbiamo visto – la tecnica praticabilità), propria invece di altre realtà, come, in particolare, quella statunitense (non vi intono di nuovo, stante la tirannia del tempo, le note di *The Star-Spangled Banner*).

²⁷ Cfr., sul punto, A. ALBIANI, *I nodi al pettine del Tribunale della Libertà*, BUP, Bologna 2011, p. 71 s.

²⁸ Cfr. Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2012, n. 4377, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, p. 288 ss., con nota di C. CINQUE, *Troppo rumore per nulla: la Cassazione estende il principio del "minor sacrificio necessario" al reato di violenza sessuale di gruppo ex art. 609-octies c.p.*

²⁹ Al riguardo, v. Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, in *Guida dir.*, 2012, fasc. 21, p. 67 ss., con nota di R. BRICCHETTI, *Irragionevole presumere adeguato alla fattispecie (di associazione per delinquere finalizzata alla contraffazione di marchi e all'introduzione nello Stato di prodotti con segni mendaci) il solo mezzo della custodia cautelare in carcere.*

4. Oreficeria elettronica

Dedico gli ultimissimi minuti rimastimi alla questione, di grande attualità, del braccialetto elettronico.

Nessun rilievo teorico. Poche notazioni pratiche. Vi ho già accennato ad una riunione, svoltasi alla fine di novembre del 2013, nel corso della quale ci furono forniti i necessari ragguagli informativi e impartite le opportune istruzioni operative. Già meno di una settimana dopo, ossia nei primi giorni di dicembre (ho qui il provvedimento), applicammo un braccialetto. Fu la nostra prima operazione di oreficeria elettronica. Da allora, lo stiamo facendo con regolarità: direi che non passa quasi udienza senza che provvediamo, almeno in un caso, *ex art. 275-bis c.p.p.*

Siamo in presenza di uno strumento di alleggerimento della pressione penitenziaria davvero – a mio avviso – straordinario: innanzitutto, se non risolve, almeno fortemente sdrammatizza un problema – come tutti ci rendiamo conto – di civiltà; ma – non so se questo sia a tutti Voi noto – rappresenta altresì un risparmio enorme per l'Erario, dal momento che un cautelato *ex art. 275-bis c.p.p.* viene a costare all'Amministrazione la diciannovesima parte di ciò che le costerebbe, se custodito in carcere. Il rapporto è – lo ripeto! – di 1 (uno) a 19 (diciannove). Sarebbe interessante calcolare quanto lo Stato italiano avrebbe risparmiato se la norma avesse potuto trovare applicazione dalla fine del millennio scorso (allorché, come ho in precedenza ricordato, il braccialetto elettronico fece formalmente ingresso nell'ordinamento), ossia se, fin da allora, gli strumenti di controllo elettronico a distanza fossero risultati effettivamente fruibili e concretamente prescrivibili.

L'ultima notazione, con cui impegno il residuo minuto a mia disposizione, è la seguente: avrete tutti notato che il d.l. n. 146/13 inverte la regola posta dall'*art. 275-bis c.p.p.* nella sua originaria formulazione, secondo cui il braccialetto elettronico – ricorrendo i presupposti per l'assegnazione al regime di cattività domestica – si applicava soltanto ove lo strumento stesso apparisse indispensabile. Ora invece, se l'assetto cautelare trascelto dal giudice è la segregazione domiciliare, si impone il braccialetto elettronico, salvo che il giudice lo ritenga non necessario. Il caso ordinario è, insomma, quello dell'adozione della strumentazione elettronica di controllo: singolare disciplina, che accorda la preferenza a un presidio coercitivo più sfavorevole (perché – non possiamo non dircelo – gli arresti domiciliari *tout court* e gli arresti domiciliari *ex art. 275-bis c.p.p.* sono misure fra loro, almeno sul piano sostanziale, distinte). E tale preferenza ha costretto i giudici che, come noi, già facevano applicazione dell'*art. 275-bis c.p.p.*, a modificare

la struttura argomentativa del provvedimento. L'avevamo costruito in un modo e l'abbiamo dovuto, per così dire, rovesciare, prevedendo il bracciale in via ordinaria rispetto al caso, da considerarsi residuale, della cattività domestica imposta *sic et simpliciter*. Si inala forse ancora una volta *fumus praesumptionis*. Qualcuno vi verrà forse cogliendo profili di incostituzionalità. L'idea ci è balenata, ma, almeno in prima battuta, non ci è parsa una strada tecnicamente percorribile, e in ogni caso non con argomenti solidi.

Chiudo segnalando che lo stesso d.l. n. 146 del 2013, cui nella sostanza dobbiamo, se non la riesumazione, quantomeno lo scongelamento dall'ibernazione di fatto dell'oreficeria elettronica, laddove prevedeva l'inversione di cui ho detto, differiva contemporaneamente l'efficacia della stessa al momento dell'entrata in vigore dell'allora emananda legge di conversione. Siamo quindi di fronte ad una mancanza di urgenza ammessa dallo stesso decreto legge. Non so se si diano precedenti.