

## **L'ambidestrisimo della Cassazione penale nella ricostruzione della motivazione in sede di adozione dell'atto impositivo della custodia cautelare in carcere.**

di *Carlo Morselli*

**Sommario:** **1.** Il principio di gradualità *de libertate*. – **2.** Il principio di gradualità nella recente sentenza Corica della Cassazione. – **3.** Il *locus minoris resistentiae* della sentenza Corica: l'adeguatezza *in re ipsa* della misura restrittiva adottata. – **4.** La procedura penale imperfetta, calata nel procedimento incidentale cautelare, e la reticenza della Corte.

### **1. Il principio di gradualità *de libertate*.**

Il distacco ideologico e sistematico che registra il passaggio dal codice Rocco (del 1930) al codice Vassalli (1988) ha generato un sottorito cautelare il quale riflette il disegno di una procedura penale<sup>1</sup> che, ponendo limiti d'intervento restrittivo in funzione di garanzia della libertà personale nel settore custodiale, mira « a dare un particolare risalto ad esigenze di rispetto di determinate sfere di *libertà* della persona »<sup>2</sup>. Nelle due deleghe (legge-delega 1987, art. 2 n. 59, legge delega 1974, art.2, n. 54) le direttive riservate al potere cautelare esordiscono con l'espressa fissazione del c.d. principio di gradualità nell'impiego di strumenti coercitivi, attraverso la « previsione di misure di coercizione personale, fino alla custodia cautelare », che si attesta quale *extrema ratio* nella fase antecedente il giudizio. Tale carattere limitativo non è una novità assoluta delle deleghe, e ciò dopo l'intervento delle riforme novellistiche a partire dal 1982. Al riguardo, si è sottolineato in dottrina che « oggi,

---

<sup>1</sup> Il libro IV del Codice di procedura penale prevede un corpo di disposizioni regolative dell'esercizio di poteri diretti a limitare la sfera delle libertà individuali o l'ambito della disponibilità dei beni. In dottrina, v. per tutti, A. GAITO, *Introduzione allo studio del diritto processuale penale*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2015, 3 ss., sui principi del processo penale, anche come interpretati dalla Corte europea, rinviandosi.

<sup>2</sup> Così, e più estesamente, v. M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, II° ed. ampliata e aggiornata, Torino, 1990, 40-41: « Sia nelle direttive fissate dal legislatore delegante, sia - e più ancora - nelle articolazioni in cui ci si è sforzati di dare loro attuazione si trovano poi previsioni che mirano a dare particolare risalto ad esigenze di rispetto di determinate sfere di *libertà* della persona ». Sulle misure cautelari, v. A. SCALFATI (a cura di), *Le misure cautelari*, in *Trattato di procedura penale*, 2, III, Torino, 2008, 80 ss. P. CORSO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2015, 3 ss.; C. TAORMINA, *Misure cautelari personali*, in *Procedura penale*, 2015, 345 ss.; G. LOZZI, *Le misure precautelari e le misure cautelari*, in *Lineamenti di procedura penale*, Torino, 2016, 163 ss.

insomma, non è più di là da venire la costruzione di un articolato complesso di misure “ coercitive minori “ che si pongano come *alternative* al carcere sin dal primo momento in cui, nel corso di un’indagine, vengano ad affacciarsi dei problemi di tutela di esigenze cautelari »<sup>3</sup>. A partire dalla seconda metà del 1992, una serie di decreti-legge ha sviluppato talune correzioni al sistema penitenziario e l’art.3 l. 332/95 ha modificato l’art. 274 c.p.p. ,indicandosi le ulteriori (importanti) modifiche, alle misure cautelari personali, apportate dalla l. 16 aprile 2015, n. 47<sup>4</sup>.

## 2. Il principio di gradualità nella recente sentenza Corica della Cassazione.

Proprio sul predetto principio, si è osservato in dottrina che « l’originario volto del sistema cautelare riflette...una delle più nette scelte di campo compiute dal legislatore del 1988...Non v’è dubbio, infatti, che il principio di gradualità, plasticamente espresso dall’ampia tipologia di misure di afflittività crescente tratteggiate dal codice, segna la chiave di volta dell’impianto, da cui scaturiscono gli ulteriori principi di proporzionalità e adeguatezza che si riflettono in correlativi parametri di scelta offerti al giudice dall’art. 275 c. p. p. »<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, cit., 140-141: « Da questo punto di vista, la normativa del nuovo codice finisce dunque, per apportare quasi soltanto elementi di consolidamento, di integrazione...rispetto a realtà con cui gli operatori hanno già potuto fare conoscenza ».

<sup>4</sup> La Utet ha seguito, con i suoi commenti aggiornati, le modifiche normative. V. D. SCHELLINO, *Sub art. 275*, in *Commento al Codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Secondo Aggiornamento (al 15 aprile 1993), Torino, 1993, 96: « la soluzione normativa prescelta, espressa in forme embrionali nel d. l. 13/7/1992 n. 335, già nel successivo d. l. 374/92 assunse i lineamenti che - salvo alcuni ritocchi - tuttora conserva »; nonché E. MARZADURI, *Sub art. 274*, in *Commento al Codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Terzo Aggiornamento (al 1° aprile 1997), Torino, 1998, 147 ss., sulla previsione integrata dall’art. 3 l. 8 agosto 1995, n. 332, che (richiama G. GIOSTRA, *Le norme del codice in tema di misure cautelari personali possono definirsi tra le più garantiste?* e) si chiede: « Ma la rivisitazione dell’art. 274 c. p. p. poteva essere la terapia più adatta per risolvere il problema dell’abuso della custodia cautelare? ».

Successivamente, v. art. 1, comma 1), del D. L. 1° luglio 2013, n. 78, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 94 e art. 1, comma 1, L. 16 aprile 2015, n. 47. Altresi sull’accennata l. 2015/47, v., in dottrina, G. ILLUMINATI, *Introduzione alla riforma*, in *Procedura penale, Commenti, La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, con introduzione di G. Illuminati, Torino, 2015, XI ss.; E. VALENTINI, *Le premesse e i lavori preparatori*, *ivi*, 3 ss.

Cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale e codificazioni*, in *Procedura penale: un codice tra “ storia “ e cronaca*, Torino, 1994, 4 ss.

<sup>5</sup> G. DI CHIARA, *Sub art. 281*, in *Commento al Codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Secondo Aggiornamento (al 15 aprile 1993), Torino, 1993, 103-104 e, più recentemente, P. SPAGNOLO, *Per un’effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 337 ss.

Sul principio di proporzionalità, da ultimo, v. M. TORRE, *Indagini informatiche e principio di proporzionalità*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 6, 1433 ss., di commento a Cass., sez. V, sent. 2 maggio 2019, n. 18316, Pres. Catena; Rel. Tudino. Per la manualistica, v. V. GREVI, con aggiornamento di M. Ceresa-Gastaldo, *Misure cautelari*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargas, *Compendio di procedura penale*, Vicenza, 2016, 369-370: « Muovendo dalla...configurazione...di una pluralità di misure cautelari personali - e...di una pluralità

Al riguardo, in una recente decisione si è fissata la seguente *regula iuris*: in materia di misure cautelari, a fronte della tipizzazione da parte del legislatore di una “ventaglio” di misure di gravità crescente, il criterio di “adeguatezza” di cui all’art. 275, comma 1, del c. p. p., dando corpo al principio del “minore sacrificio necessario” (anche ribadito dalla Corte costituzionale, nella sentenza 22 luglio 2011 n. 231), impone al giudice di scegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelare ravvisabili nel caso di specie (Sezioni unite, 28 aprile 2016, Lovisi). Pertanto, nel provvedimento restrittivo è necessario indicare non soltanto gli elementi di fatto dai quali le esigenze cautelari sono desunte, ma anche le concrete e specifiche ragioni per le quali tali esigenze non possono essere soddisfatte con misure diverse dal carcere, prescrizione quest’ultima che assume particolare rilevanza ove coordinata con il disposto dell’art. 275, comma 3, primo periodo, del c. p. p., che sottolinea la funzione residuale e “quasi eccezionale” della misura cautelare della custodia in carcere. Il giudice si deve soffermare, quindi, sul profilo dell’ “adeguatezza” della misura in concreto prescelta, anche se, ovviamente, qualora venisse applicata, non è necessaria un’analitica dimostrazione delle ragioni che rendono inadeguata ogni altra misura, perché ritenuta “adeguata” la misura della custodia in carcere, ma è sufficiente che il giudice indichi, con argomenti logico-giuridici tratti dalla misura e dalle modalità della commissione dei reati, nonché dalla personalità dell’indagato, gli elementi specifici che, nella singola fattispecie, fanno ragionevolmente ritenere la custodia in carcere come la misura più adeguata ad impedire la prosecuzione dell’attività criminosa, rimanendo in tal modo superata ed assorbita l’ulteriore dimostrazione dell’inidoneità<sup>6</sup>.

---

di misure coercitive tra loro progressivamente graduate a seconda dell’intensità del sacrificio imposto - viene...enunciato il principio di adeguatezza...con l’ovvia conseguenza che dovrà venire scelta la misura meno gravosa per l’imputato, tra quelle di per sé idonee a fronteggiare le suddette esigenze ». V., pure, M. CHIAVARIO, *Le linee portanti del sistema del codice vigente: la “ pluralità graduata “ e la “ giurisdizionalizzazione “ delle misure limitative*, in *Diritto processuale penale*, Torino, 2015, 713 ss.

V. Corte cost., 20 dicembre 2019, n. 279, in *Dir. giust.*, 3 gennaio 2020: per la Consulta il sistema di esecuzione delle pene pecuniarie e della possibilità di convertirle in sanzioni che limitino la libertà personale « deve essere semplificato e reso più efficiente ».

<sup>6</sup> Cass., sez. IV, sent. 10-28 ottobre 2019, n. 43689 – Pres. Ciampi; Rel. Pezzella; P.M. (conf.) Pinelli; Ric. Corica, in *Guida dir.*, 2020, n.2, 82-83. In ordine al citato criterio, fra gli altri, v. P. SPAGNOLO, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in *Procedura penale, Commenti, La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, con introduzione di G. Illuminati, Torino, 2015, 83 ss

Sul richiamato sacrificio, d’altra parte, v. A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un’alternativa alla “ cultura del penale “*, in *Arch. pen.*, riv. quadr., fasc. 3, 2018, 634, secondo cui « l’ambito del punibile conosce...un’espansione in stridente contrasto con esigenze, costituzionalmente imposte, di determinatezza ed offensività della condotta ».

### 3. Il *locus minoris resistentiae* della sentenza Corica: l'adeguatezza *in re ipsa* della misura restrittiva adottata.

Nonostante l'apparente articolazione della decisione, declinata tra adeguatezza della misura ablativa della libertà personale e inadeguatezza di misura diversa da quella adottata, in realtà l'impostazione è monotematica e il requisito dell'adeguatezza è trattato come assunto *in re ipsa*. Emerge una Corte, assai rigorosa nel trattare i ricorsi moltissimi liquidati come inammissibili in quanto giudicati difettivi quanto a chiarezza e specificità nella scansione dei motivi di gravame o ricorso (ponendo così in crisi lo stesso sistema delle impugnazioni nella procedura riformata)<sup>7</sup>, quando, però, si tratta di motivare la misura analibertaria tutto quel rigore sfuma<sup>8</sup>, si riduce da due ad un solo profilo (*reductio ad unum*), e la (mera) indicazione prende il posto della (puntuale) dimostrazione.

Il tale contesto, l'eccezionalità (corretta nella figura ibrida della "quasi eccezionalità") della misura privativa della libertà personale, di riduzione *in vinculis*, si rivela una petizione di principio<sup>9</sup>, in quanto tale carattere doveva condurre, coerentemente, a

<sup>7</sup> In dottrina, da ultimo, v. P. DELL'ANNO, *Specificità ed inammissibilità dell'atto di impugnazione a seguito della riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2019, n.3, 1 ss. Altresì, v. N. LA ROCCA, *Inammissibilità cedevole e favor impugnationis*, in *Arch. pen., riv. quadr.*, fasc. 3, 2018, 745 s.; A. PASTA, *Tra disposizioni e norme (a proposito delle modalità di presentazione delle impugnazioni: un esercizio di interpretazione*, *ivi*, 761 ss.; G. GARUTI, *La specificità dei motivi di appello*, *ivi*, 817; nonché S. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in *Procedura penale, Commenti, La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, con introduzione di G. Illuminati, Torino, 2015, 101 ss.

Specialmente, v. A. GAITO, *L'appello*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2015, 793 ss. Altresì, v., più in generale, G. SPANGHER, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. X, Roma, 2002, 1 ss.

In particolare, v. da ultimo, A. GAITO, *La crisi della giustizia penale e remore a riformare l'Ordinamento Giudiziario*, in *Arch. pen., riv. quadr.*, fasc. 2, 2019, 634, 351: « La grande occasione perduta era stata quella della riforma del codice di procedura penale del 1988 ».

<sup>8</sup> Per il caso di motivazione c. d. apparente, v., da ultimo, Cass. civ., sez. un., 9 ottobre 2019, n. 25392, X, in *Guida dir.*, 2020, n. 4, 62. Sul vizio di motivazione della sentenza, v. Cass., sez. III, sent. 10 dicembre 2019, n. 49883, *ivi*, 80. In dottrina, v., per tutti, A. GAITO, *Il ricorso per cassazione*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2015, 793 ss.

<sup>9</sup> Parimenti, v. Cass., sez. VI, 19 febbraio 2019-18 dicembre 2019, n. 7618, Pres. Petitti, Rel. Villoni, in *Giur. pen.*, 24 marzo 2019 *Web*, 2019, 3 (commento di L. SCOLLO, *La Cassazione dice "no" all'astensione con imputati in stato di custodia: ma è davvero così?*): la Corte di Cassazione, con la sentenza Sez. VI penale, n. 7618 del 19 febbraio 2019, e con due altre decisioni coeve (Sez. VI penale, nn. 6801 e 54656, entrambe del 22 novembre 2018) ha escluso che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 180 del 10 luglio 2018, sia ancora possibile l'astensione del difensore nei processi con imputati in stato di custodia cautelare. La posizione della Corte, tuttavia, non appare in alcun modo condivisibile alla luce del quadro normativo risultante dalla pronuncia di incostituzionalità, ed alla luce dei chiarimenti che la stessa Corte costituzionale ha fornito nella successiva sentenza n. 14 del 31 gennaio 2019. La pronuncia ha escluso l'astensione nei processi con imputati *in vinculis* con una mera petizione di principio, senza addurre valide e sufficienti ragioni a sostegno della decisione.

pretendere la c.d. prova della resistenza: dimostrare che la misura meno afflittiva non fosse adeguata<sup>10</sup>.

La Corte distingue tra controllo dell'impianto normativo, e quindi della fattispecie cautelare astrattamente intesa e ricostruita, e misura in concreto adottata, poiché nel secondo caso il sol fatto dell'applicazione del provvedimento coercitivo esaurisce ogni tipo di controllo, stante che il giudizio di adeguatezza è, per ineluttabile automatismo, ricompreso e presunto nell'atto *de libertate* positivamente intervenuto<sup>11</sup>, non essendo necessario altro sviluppo analitico che ricerchi e mostri l'esclusione della fondatezza di percorsi applicativi alternativi<sup>12</sup>.

Questo terreno dimostrativo (negativo, possiamo appellarlo), invece, sarebbe stato il vero banco di prova, la cartina di tornasole, che avrebbe giustificato la limitazione della libertà personale del cittadino, non l'autoreferenzialità del provvedimento applicativo (*qui dicit de uno, negat de altero*) il quale, come nel giudicato, assevera il dedotto e il deducibile<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Invece, *non sequitur*. Sulla “ prova di resistenza ” nel caso di inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite presso lo studio legale, v. Cass., sez. II, 11 gennaio 2019, n. 1137, in *Dir. giust.*, 14 gennaio 2019 (nel caso di inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite presso lo studio del difensore, in quanto eseguite con impianti diversi da quelli della Procura della Repubblica, spetta al ricorrente procedere alla cosiddetta “prova di resistenza”). In dottrina, v., fra gli altri, M. CHIAVARIO, *Intercettazioni*, in *Diritto processuale penale*, Torino, 2015, 394 ss.

<sup>11</sup> Si avverte l'eco della filosofia hegeliana: “ tutto ciò che è reale è razionale “.

<sup>12</sup> In dottrina, v. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in *Procedura penale, Commenti, La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, con introduzione di G. Illuminati, *loc. cit.*; D. NEGRI, *Presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 co.3 c. p. p.*, in *Cass. pen.*, 1996, 2840 ss.

Cfr., specialmente, Cass., sez. VI, sent. 20 dicembre 2018-2 maggio 2019, n. 18195, in *foro europeo.it*, 2019, commento E. LAI: Custodia cautelare – imputato ultrasettantenne – presunzione di inadeguatezza (art. 275, co. 5, c. p. p. – principi di adeguatezza e proporzionalità – “ il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere nei confronti dell'imputato ultrasettantenne, posto dall'art. 275, comma 4, c.p.p., esprime una presunzione (relativa) di inadeguatezza della coercizione intramuraria in rapporto al naturale scadimento delle condizioni psicofisiche in età avanzata, ed opera anche se la persona superi tale soglia anagrafica dopo l'emissione del titolo cautelare ”. Il Tribunale di Reggio Calabria ha ritenuto che l'art. 275, co. 4, c. p. p., relativo al divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere agli imputati che abbiano superato i settanta anni di età troverebbe applicazione solamente al momento genetico del titolo, atteso il tenore letterale della norma che recita “non può essere disposta” a differenza da quanto, invece, previsto al primo periodo del medesimo comma secondo cui la misura restrittiva della libertà personale “non può essere disposta né mantenuta”. I giudici di legittimità, investiti del ricorso, hanno evidenziato come siffatta interpretazione contrasti con i principi che reggono il microsistema cautelare. Le articolazioni del principio di adeguatezza comportano infatti il divieto di applicazione della custodia cautelare in presenza di alcune condizioni...inadatto alla restrizione *intra moenia*, si presume il soggetto che abbia compiuto, come nel caso portato al vaglio della Corte, i settanta anni di età, nei cui confronti la misura custodiale non può “ essere disposta ”, salvo che non sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

<sup>13</sup> Cass., ord. 13 giugno 2018, n. 15533: il giudicato formatosi con la sentenza intervenuta tra le parti copre il dedotto e il deducibile in relazione al medesimo oggetto e cioè non soltanto

Il rischio è che con tale riduzionismo - pari a quello dell'inquadramento di quell'atto come "quasi eccezionale" anziché del tutto eccezionale<sup>14</sup>, sia perché tocca una libertà costituzionale denominata "inviolabile" nel filtro dell'art.13, comma 1, Cost. sia in quanto lo stesso interviene in una fase anteriore alla celebrazione del processo e prima dell'affermazione della responsabilità per il fatto di reato<sup>15</sup> e dell'irrogazione della pena (che non può essere anticipata da una misura *ante iudicium*<sup>16</sup> che la maschera ed occulta: sarebbe pena senza processo) - si attesta tra gli operatori quale regola, e non quale figura residuale, che trova posto e può essere scelta solo quando tutte le altre soluzioni applicative non sono praticabili perché inadeguate al singolo caso<sup>17</sup>.

---

le ragioni giuridiche e di fatto fatte valere in giudizio ma anche tutte quelle che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici essenziali e necessari della pronuncia (conf., Cass. civ., sent. 23 aprile 2019, n. 11164). Anche per la giurisprudenza di merito del Tribunale di Milano, 07 agosto 2015 n. 2044 « Deve trovare applicazione, il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile. Infatti la Cassazione, nella sentenza n. 14747/00, ha precisato che "Il principio del dedotto e deducibile, secondo il quale l'efficacia del giudicato si estende, oltre a quanto dedotto dalle parti (giudicato esplicito) anche a quanto avrebbero potuto dedurre (giudicato implicito) concerne le ragioni non dedotte che si presentano come un antecedente logico necessario della pronuncia, nel senso che è precluso far valere successivamente in altro giudizio situazioni soggettive incompatibili col diritto accertato" ». Sul giudicato, in dottrina, v., ad esempio, M. CHIAVARIO, *Giudicato e irrevocabilità delle decisioni penali*, in *Diritto processuale penale*, Torino, 2015, 68 ss.

<sup>14</sup> Quando l'intervento dello Stato è di tipo reclusivo, lo stesso quale atto ablativo della libertà personale è all'origine di una netta separazione fisica tra il singolo cittadino e la collettività, dal cui circuito viene allontanato, ciò che genera un conflitto tra diritti individuali e diritto sociali. Al riguardo, per tutti, v. J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. S. Magistretti, Milano, 1983, 2°, che richiama il « campo di battaglia » dei « diritti dell'individuo, contrapposto a quelli della società ».

<sup>15</sup> L'art. 273, comma 1, c.p.p. richiede l'emersione, già nella fase preprocessuale, di un significato quadro indiziario, predittivo della penale responsabilità. V., al riguardo, Cass., sez. IV, sent. 28 ottobre 2019, n. 43689, Corica, in *Guida dir.*, 2020, n.2, 83-84: la nozione di gravi indizi di colpevolezza in sede cautelare non è omologa che serve a qualificare il quadro indiziario idoneo a fondare il giudizio di colpevolezza finale. In tema, v. Cass., sez. V, sent. 12 gennaio 2017, n. 1405, Ruso, in *Giust. pen.*, 2017, III, 471-472.

<sup>16</sup> V. Corte e.d.u., 5 settembre 2019, Rizzotto v. Italia, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 6, 1377 (commento di M. Bastianello), con cui ha dichiarato la violazione dell'art. 5 § 4 Cedu, riguardante il diritto ad un rapido riesame della liceità della detenzione *ante iudicatum*.

<sup>17</sup> La rilevanza del caso concreto, con i correlati caratteri di specificità ed attualità (su cui v. Cass., sez. IV, sent. 28 ottobre 2019, n. 43689, C., in *Guida dir.*, 2020, n.2, 84), è attestata dalla giurisprudenza. V., ad esempio, Cass., sez. IV, sent. 30 ottobre 2019, n. 44141, M., in *Guida dir.*, 2020, n.2, 83, quando l'obbligo va comunque ragguagliato alle connotazioni del caso concreto (richiamandosi Cass., sez. IV, 26 giugno 2014, Lucchi). Sulla richiamata residualità, specificamente, v. Spagnolo, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in *Procedura penale, Commenti, La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, con introduzione di G. Illuminati, *loc. cit.* In tema, v. S. FURFARO, *Diritti fondamentali e cautela personale nel processo*, in *Giur. it.*, 2013, 708 ss.

#### **4. La procedura penale imperfetta, calata nel procedimento incidentale cautelare, e la reticenza della Corte.**

Nel pensiero di Rawls «la giustizia procedurale imperfetta può essere esemplificata da un processo penale...Soluzioni differenti per casi giuridici particolari possono probabilmente, in circostanze diverse, dare i risultati giusti, se non in tutti, almeno in buona parte dei casi».

Imperfetta possiamo riferirla sia ai riti speciali <sup>18</sup> che, rispetto allo schema trifasico (indagini preliminari, udienza preliminare e giudizio, in seguito all'esercizio dell'azione penale <sup>19</sup>), espressione dell'ordine tipico del processo di primo grado, rappresentano una deroga che rompe la tradizione della fissità del regime unico per assegnare rilevanza ad esigenze specifiche, al sottorito del procedimento applicativo della riduzione dello *status libertatis* della persona sottoposta alle indagini

---

<sup>18</sup> In dottrina, v., per tutti, anche per le modifiche intervenute, A. SCALFATI, *L'uso strategico dei procedimenti "differenziati"*, in *Arch. pen.*, n.3, 23 agosto 2019: « In trent'anni, gli interventi sul tessuto del codice...sono stati davvero numerosi...Non immune da turbolenze, anche la trama dei procedimenti speciali ha subito manipolazioni, talvolta, persino capaci di alterarne la morfologia originaria. Negli ultimi cinque anni, inoltre, il panorama di settore si è arricchito di ulteriori figure; accanto ai modelli iniziali sono apparse nuove formule, collocate a metà strada tra diritto e processo ». In giurisprudenza, da ultimo, v. Cass., sez. I, 27 dicembre 2019, n. 52035, in *Dir. giust.*, 3 gennaio 2020 (*Rideterminazione della pena: la pattuizione presentata dalle parti vincola il giudice?*):il Giudice dell'esecuzione a cui sia richiesto di accogliere il nuovo accordo delle parti sulla rideterminazione della pena, deve valutare l'istanza congiunta delle parti e può rideterminare la pena in favore del condannato. Per la dottrina non più recente, v. Così A. Giarda, *I procedimenti speciali*, in AA. VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990,119: « “ Procedimenti speciali “, non processi, non giudizi...Non si è usata la locuzione giudizi, perché non tutti i riti abbreviati consistono in un giudizio in senso stretto ». Cfr. G. Conso – M.Bargis, *Glossario della nuova procedura penale*, Milano, 1992, 500, notandosi l'antitesi che emerge: « Oltre che in gran parte noti, i riti speciali delineati dal codice del 1988, lungi dall'essere marginali, si collocano al centro del sistema non meno del rito ordinario ».

<sup>19</sup> V. Cass., sez. V, sent. 5 gennaio 2017, n. 569, Cheptanaru, in *Giust. pen.*, 2017, III, 470, sull'abnormità per l'imposizione di un diverso e non consentito modo di esercizio dell'azione penale, erroneamente ritenendo il giudice (investito della celebrazione di un processo per direttissima a seguito di arresto in flagranza convalidato e di tempestiva presentazione in udienza dell'imputato ai sensi dell'art. 449, comma quarto, c.p.p.) che il giudizio è stato irritualmente instaurato perché l'imputato non è stato sottoposto a misura cautelare né ha reso confessione in sede di interrogatorio (in tema, in precedenza, v. , per le massime richiamate, n. 10666 del 2015, in *C.E.D. Cass.*, m. 262.694; n. 35153 del 2016, *ivi*, m. 267.766;sez. un., n. 25957 del 2009, *ivi*, m. 243.590).

preliminari <sup>20</sup>, laddove vengono in rilievo situazioni concrete che impongono soluzioni diversificate, caso per caso <sup>21</sup>, *ratione personarum*.

Nella sentenza Corica, conclusivamente, la Corte sdoppia, in modo piuttosto reticente, la sua analisi, nei due piani astratto/concreto, poiché nel passaggio al momento del trattamento da assegnare al caso di avvenuta adozione della misura *in personam*, già tale scelta impositiva della condizione restrittiva assorbe e riassume l'intera vicenda cautelare, rimanendo del tutto in un cono d'ombra l'altra faccia della stessa medaglia della inidoneità di misure alternative, conservative (della condizione libertaria).

---

<sup>20</sup> L'atto potestativo instaura la misura cautelare personale (custodia cautelare in carcere, ai sensi dell'art. 285 c.p.p.) e la corrispondente iniziativa si innesta nel quadrante del c.d. procedimento incidentale (sono tre i grandi incidenti nella procedura penale: libertario, probatorio, sulle intercettazioni telefoniche, per le quali, da ultimo, v. L. FILIPPI, *Riforme attuate, riforme fallite e riforme mancate degli ultimi 30 anni Le intercettazioni*, in *Arch. pen.*, 2019, n.3, 1 ss., e in giurisprudenza Cass., sez. un., sent., 2 gennaio 2020, n. 51, in *Dir. giust.*, 3 gennaio 2020, *ivi*, 2 gennaio 2020, decreto legge n. 161/2019 contenente modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni; in precedenza, v. Cass., sez. V, 12 gennaio 2017, n. 1407, Nascetti, in *Giust. pen.*, 2017, III, 470; v., *retro*, nota n. 9. In dottrina, v. A. GAITO-S.FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E.Marzaduri-O.Mazza-F.R.Dinacci, *Principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 363 ss.; cfr. C. DE ROSE, *L'Unione Europea davanti al suo futuro, tra politica, diritto e diritti umani* .in *Foroeuropa*, n. 3, 2019).

<sup>21</sup> V., *retro*, nota 12.