

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NEL PROCEDIMENTO PENALE

di Michele Caianiello

Abstract. L'irrompere del diritto sovranazionale in ambito processuale penale impone il ricorso a nuovi strumenti ermeneutici per il giurista continentale. Il principio di proporzionalità, da tempo oggetto di studio da parte della dottrina, si presta a fungere da parametro utile al fine di armonizzare l'ordinamento nazionale con le sollecitazioni provenienti *ab externo*. Ciò è possibile grazie alla ambivalente natura del canone di proporzione, che al tempo stesso sembra indicare un metodo generale da seguire, per un'adeguata tutela dei diritti individuali, e un fine ultimo cui tendere. Il principio in questione riafferma – se mai ce ne fosse stato bisogno – l'emancipazione del momento applicativo da quello normativo formale, così rievocando la figura del giudice tessitore e della proceduralità argomentativa. Al tempo stesso, esso reincanala nell'alveo della ragione – anche se si tratta di mera ragion pratica – il percorso che l'interprete, nonché, prima ancora, il legislatore, sono tenuti a seguire, quando pretendano di ingerirsi legittimamente nella sfera dell'individuo.

SOMMARIO: 1. Modernità di un antico principio . – 2. I confini della materia. – 3. Proporzionalità e processo penale nei principi costituzionali. – 4. L'espansione della proporzionalità attraverso le fonti europee. – 5. La proporzionalità nell'art. 275 c.p.p. Parallelo con la proporzionalità tedesca. – 6. La c.d. "regola dei 2/3". – 7. La presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere. – 8. Il *fumus commissi delicti*. – 9. Un filo conduttore. – 10. Terreni da esplorare. – 11. Conclusioni.

1. Modernità di un antico principio.

Il principio di proporzionalità presenta caratteri tali da farne un emblema del diritto europeo nella attuale epoca, connotata da un ripensamento (o, per alcuni, da una crisi profonda) della legalità formale¹. Diverse le ragioni di questo successo. In primo luogo, europea ne è l'origine: come noto, esso è concepito in ambito

¹ Il riferimento è a M. VOGLIOTTI, *Dove passa il Confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 35 ss. Ma il rinvio è alla intera opera, per uno sguardo lucido e disincantato del problema. Dello stesso autore si vedano anche *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, e *Il tempo della giurisprudenza: l'invisibile retroattività della sentenza penale in malam partem*, in T. A. CAMELIO (a cura di), *Coordinate spazio-temporali e sistema penale. Dimensione transnazionale e logica floue*, Stamperia editoriale pisana, Pisa, 2007, p. 40 s. Ancora, si veda la voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 371 s.

continentale², e in particolare nell'alveo del sistema tedesco (in relazione non solo al diritto penale, quanto piuttosto all'intera area del diritto pubblico). Questa provenienza lo rende, almeno in apparenza, facilmente assimilabile da parte delle tradizioni giuridiche di *civil law*, considerato che la scuola tedesca non solo, ovviamente, fa parte di questa area culturale, ma ne rappresenta una delle espressioni più alte. Al tempo stesso, il canone di proporzione si caratterizza, in ragione del modo nel quale risulta passibile di applicazione, per una elevata flessibilità, tale in particolare da esaltare la componente argomentativa e persuasiva del metodo giuridico: ne consegue che esso ben si presta ad essere apprezzato e recepito da ordinamenti fondati sul precedente giurisprudenziale, quali quelli di *common law*³. Ancora, si tratta di un principio con radici antiche – o comunque indubbiamente risalenti. Eppure, si presta, proprio perché facilmente maneggiabile anche da chi provenga da una formazione culturale diversa, a fungere da parametro di riferimento, e talora da vera e propria chiave di volta, degli sviluppi più recenti della evoluzione giuridica. In tal senso, emblematico è il suo inserimento nel Trattato di Lisbona: esso può essere letto, al tempo stesso, come una conferma della tradizione consolidata, dal momento che la sua elaborazione in chiave europea lo precede di diversi lustri⁴; ma anche come "fatto nuovo", per la capacità di operare quale motore di sviluppo nel settore più recente della cooperazione giudiziaria in materia penale, dopo Lisbona tutta ricondotta al c.d. "metodo comunitario"⁵.

Questa ambivalenza – che può anche vedersi come una capacità di rigenerarsi continuamente, e quindi come una caratteristica tra le più importanti dell'epoca attuale – ne connatura anche la storia all'interno del nostro ordinamento, e in particolare quella che ne ha caratterizzato lo sviluppo nell'ambito della procedura penale. Sebbene consacrata esplicitamente con il nuovo codice, all'art. 275 c.p.p., la proporzionalità costituiva oggetto di studio da parte della migliore dottrina da diverso tempo, sotto la vigenza del codice del 19306. Al tempo stesso, sebbene inserita da oltre vent'anni nel diritto positivo in ambito processuale penale, essa ha mostrato la maggiore vitalità in

² Cfr. M. A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4643 s.

³ Vale la pena menzionare un passaggio di uno studioso di *common law* a tal fine, a mero fine esemplificativo a conferma di quanto affermato: "German criminal law is heavily doctrine-driven, much more so than is the case under the approach taken, for example, by English criminal law, or for that matter, the criminal law of many common law systems. While it is true that parliamentary law-making has gained a lot of ground especially in recent decades, the latter have traditionally *relied on a judge-based development on a case-by-case basis. Because their law had to be tailored for use by lay people as fact-finders in the criminal process, be they jurors or lay magistrates, a high emphasis was put on remaining as close as possible to what judges like to call 'common sense'* " (corsivo nostro). M. BOHLANDER, *Principles of Criminal Law*, Hart Publishing, Portland, OR, USA, 2009, p. 7.

⁴ Sul tema si rinvia al recente brillante lavoro di A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo, tesi dottorale*, Bologna, 2013, p. 75 s.

⁵ Volendo, cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, BUP, Bologna, 2012, p. 151 s. Si veda, più organicamente, R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 40.

⁶ V. GREVI, *Commento all'art. 9 l. 28/7/1984 n. 398*, in *Leg. pen.*, 1985, p. 151 s., in particolare p. 156 e 157 (anche per la dottrina citata); M. CHIAVARIO, sub *Art. 275 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990, vol. 3, p. 61 e in particolare 62.

tempi recenti, dando origine, negli ultimi anni, ad alcuni interventi di estremo rilievo della Cassazione e a numerose pronunce della Corte costituzionale. Si può anzi dire, anticipando quanto verrà sviluppato nel prosieguo, che attraverso il principio in questione abbia trovato una compiuta attuazione, in ambito cautelare, quella presunzione di innocenza che per lungo tempo non era riuscita a guidare efficacemente il lavoro ermeneutico delle nostre Corti di vertice⁷. Infine, grazie alla influenza sempre più pervasiva prodotta dalle fonti europee, il principio qui esaminato pare capace di fungere da guida per lo sviluppo futuro della materia, in diversi ambiti: in particolare, per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali, oggetto primario delle disposizioni normative processuali penali. Ma si può addirittura arrivare a sostenere che, anche là dove non entri espressamente in gioco, tale principio possa rappresentare un utile termine di paragone per lo sviluppo di nuove soluzioni ermeneutiche e, ancor prima, di nuovi modelli di ragionamento giuridico: il riferimento è alla individuazione di criteri razionali di elaborazione del cosiddetto pregiudizio effettivo nell'ambito delle invalidità degli atti⁸.

Sotto questo profilo, il principio in questione sembra porsi tanto come mezzo, vale a dire quale metodo generale da seguire per un'adeguata tutela dei diritti individuali in ambito processuale penale; quanto come fine, posto che, nella sua versione più elaborata, esso si presta a fungere da parametro utile a verificare la giustizia della soluzione presa nel caso concreto⁹.

La sua fortuna, nell'epoca attuale, pare legata al modo in cui gli ordinamenti giuridici sovranazionali europei tendono a perseguire le tradizionali esigenze di effettività, di equità e di giustizia del caso concreto: attraverso la coltivazione di buone prassi, più che di previsioni normative formali (come mostra ad esempio di fare l'Unione europea); o mediante una visione olistica e omnicomprensiva del fenomeno processuale (quale quella tendenzialmente caratterizzante la giurisprudenza della Corte EDU¹⁰). Tutto ciò comporta, in linea generale, un avvicinamento di categorie

⁷ Sul tema si rinvia a G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in G. CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 289 s., in particolare p. 392-393, commentando la prima decisione in cui la Corte costituzionale poneva al centro della questione cautelare la presunzione d'innocenza (la ben nota sentenza n. 64 del 1970). V. tuttavia, nella stessa opera, p. 399 s., per l'analisi delle decisioni successive, in cui – in tema di presunzione d'innocenza e materia cautelare – ricompare “la sbrigativa soluzione dell'estraneità di quest'ultima al sistema delle misure che operano sul piano cautelare, pregiudizialmente considerato del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena”.

⁸ Cfr. *infra*, sub § 11.

⁹ O dal bilanciamento operato dal legislatore nell'adottare un testo normativo incidente sui diritti individuali. Vale la pena richiamare qui che, sebbene la proporzionalità funga da canone-guida e da parametro di verifica di validità tanto per il legislatore che per il giudice, in questo saggio ci si soffermerà principalmente sull'attività interpretativa, e quindi sulla proporzionalità quale criterio utile per il giudicante.

¹⁰ Si veda a questo proposito l'analisi condotta da Marcello Daniele sul modo in cui il test di proporzionalità è effettuato dalla Corte EDU nel delicato settore della deposizione del dichiarante via video link (testimonianza o deposizione a distanza, o ricognizione a distanza, etc.). L'autore pone l'accento non solo sul fatto che il vaglio di proporzionalità è condotto attraverso una visione olistica e

tenute dalla nostra dottrina ben distinte, quali *l'error in procedendo* e *l'error in iudicando*, rendendo così necessario il ricorso a strumenti flessibili e adattabili a fungere da parametro di verifica tanto dell'atto processuale viziato quanto di quello ingiusto.

In questo contributo mi soffermerò, innanzi tutto, sulla natura della proporzionalità, per chiedermi se essa costituisca un principio generale dell'intero sistema processuale penale o se, al contrario, sviluppi il proprio effetto solo in ambiti limitati (in particolare in quello cautelare). Esaminerò, di seguito, alcune questioni interpretative, che si sono poste in tempi recenti, incentrate su disposizioni che specificamente chiamavano in causa il principio di proporzionalità. Successivamente, cercherò di esplorare le potenzialità ancora non sviluppate, ma ragionevolmente valorizzabili, del canone di proporzione. Infine, cercherò di interrogarmi sulla compatibilità di simile principio con alcuni tratti tradizionali della produzione giuridica nel nostro ordinamento, per provare a capire se sia in atto, o se sia già avvenuta, una trasformazione radicale del sistema: trasformazione nella quale la proporzionalità può sia giocare un ruolo primario, sia prestarsi a fungere da termine paradigmatico per l'elaborazione di nuovi modelli giuridici (anche al di fuori della sua stretta sfera di competenza).

2. I confini della materia.

Prima di addentrarsi nella trattazione, è utile tracciare qualche confine.

Occorre infatti partire dalla constatazione che il codice di procedura penale non offre, della proporzionalità, alcuna definizione. A ben vedere, la stessa evocazione del concetto, sul piano semantico-letterale, compare esplicitamente una sola volta, come si è detto, all'art. 275 c.p.p. D'altro canto, l'idea di un rapporto giuridico processuale "proporzionato" nel suo sviluppo, in astratto, rischia di risultare troppo vasta, e continuamente invocabile. Al fondo, infatti, tutto il processo penale si giustifica nell'operare un bilanciamento tra esigenze repressive e di difesa sociale, da un lato, e tutela dei diritti individuali, dall'altro. Da queste considerazioni potrebbe – forse non a torto, in fondo – trarsi la conclusione che l'intera materia del processo in ambito penale costituisca una continua, ininterrotta opera di armonizzazione o di sintesi proporzionata tra spinte contrapposte (tutela della società *vs.* tutela dell'individuo). Senonché, ragionando in questa maniera, si perderebbe del tutto l'identità tecnica del principio in questione, la sua capacità di fungere da mappa per guidare l'interprete in specifici territori del processo penale. In sostanza, diverrebbe impossibile una ricostruzione in termini tecnico-giuridici del canone in esame, il quale, a sua volta, finirebbe piuttosto per assurgere a livello di metaprincipio, di scopo finale cui il sistema processuale deve tendere. "Proporzionato", in sostanza, diverrebbe sinonimo – o quasi

omnicomprensiva del procedimento, come del resto ben noto, da parte della Corte di Strasburgo, ma anche come nel bilanciamento vengano posti a raffronto valori eterogenei, non tutti legati ad esigenze epistemologiche. M. DANIELE, *Testimony through a Live Link in the Perspective of the Right to Confront Witnesses*, in *Crim. Law Review*, 2014, p. 189 s., in particolare p. 193-198.

– di “giusto”: il che, se pur vero, in un certo senso, condurrebbe a diluire la pregnanza del concetto, sino a non renderlo più identificabile rispetto ai fini ultimi di ogni istituzione umana chiamata a rendere giustizia.

Meglio allora cercare di delimitare il principio in questione, attraverso la chiave storica, da un lato, e l’analisi dell’ambito in cui esso ha trovato concretamente espressione, dall’altro: cioè a dire focalizzando l’attenzione sui terreni in cui la proporzionalità ha funto da strumento per risolvere questioni interpretative specifiche inerenti al processo penale. Sul piano storico, ci si muoverà dunque partendo dalla elaborazione del principio offerta dal sistema tedesco – o meglio, presupponendola. Questo tanto per quel che concerne la funzione che la proporzionalità è chiamata a svolgere, quale canone di legittimità dell’uso del potere ove si ponga in conflitto con la sfera individuale; quanto per la sua descrizione, scegliendosi in questa sede di recepire il ben noto *test* tripartito di idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto¹¹.

Sul piano tecnico, si partirà da terreni in cui esplicitamente il diritto positivo prescrive il metodo della proporzione, e dalle soluzioni applicative cui esso ha dato luogo che appaiono meglio cogliere la “natura” del principio. Da qui si cercherà di spostare l’analisi su terreni limitrofi, che presentino caratteri affini a quelli in cui si è già fatto uso della proporzionalità, e paiono poter essere pervasi – in prospettiva – dal metodo imposto dal canone di proporzione.

Si tratta, come è facile cogliere, di una analisi connotata da un alto tasso di creatività, e da potenziali rischi di arbitrarietà, quanto alle conclusioni raggiunte. D’altronde, appare difficile evitare tali pericoli, posto che, per quel che s’è detto, il concetto in questione sembra implicare comunque un gioco complicato di somiglianze, tali per cui, tendenzialmente, più che indicarne i confini, se ne può solo “tracciar[n]e qualcuno, perché non ce ne sono di già tracciati”¹².

3. Proporzionalità e processo penale nei principi costituzionali.

Una prima questione sulla quale soffermarsi è se si possa sostenere che la proporzionalità costituisca un principio generale del sistema processuale penale, o risulti applicabile solo a suoi settori specifici, sebbene indubbiamente assai rilevanti. A prima vista sembrerebbe maggiormente sostenibile la seconda tesi. In fondo, di proporzionalità si parla testualmente soltanto all’art. 275 comma 2 c.p.p. Del resto, nel nostro ordinamento è l’area delle misure cautelari, e in particolare quella delle coercizioni personali, ad essere stata l’oggetto della attenzione specifica da parte della dottrina, attraverso il prisma del principio esaminato¹³. Ne deriverebbe che, al di fuori del terreno delle cautele personali, non possa ritenersi operante il giudizio di

¹¹ Si rinvia *infra*, sub § 5 per una sintetica ricostruzione del controllo di proporzionalità.

¹² La citazione è da L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche* (1953), Einaudi, Torino, 1995, par. 68, p. 48. Sul tema M. VOGLIOTTI, *Dove passa il Confine?*, cit., p. 27, cui fra l’altro si deve la citazione del filosofo tedesco, per l’analisi delle chiavi di lettura utili a decifrare le trasformazioni in atto in ambito penalistico.

¹³ V. GREVI, *Commento all’art. 9 l. 28/7/1984 n. 398*, cit., p. 151 s.

proporzionalità. La ricostruzione consueta fa derivare il principio in esame dalla presunzione costituzionale di innocenza, che, a sua volta, rappresenterebbe una conseguenza del principio di colpevolezza postulato all'art. 27 comma 1 Cost.¹⁴. Questi i passaggi essenziali del discorso. Il principio di colpevolezza, nel proclamare la responsabilità personale, presuppone che tale responsabilità sia accertata attraverso un processo (*nulla poena sine culpa, nulla poena sine iudicio*)¹⁵. Il legame tra la responsabilità personale e il processo impone a sua volta la presunzione di innocenza. Il procedere, infatti, per sua stessa natura, implica decisioni provvisorie, capaci di anticipare diversi effetti tipici della sanzione finale, quali in particolare la restrizione della libertà. In generale, l'attività dell'accertare attraverso una procedura induce il riflesso di un sospetto e di uno stigma di colpevolezza in via anticipata, rispetto all'esito finale della verifica, nei confronti di chi vi sia sottoposto. Ecco allora l'insorgere della presunzione d'innocenza, che si contrappone a questa inevitabile tendenza ad attribuire la *culpa* ad un momento antecedente alla conclusione dello *iudicium*. Da simile presunzione processuale discende dunque, in particolare, il divieto di far uso delle restrizioni della libertà predisposte in chiave cautelare per i fini che siano tipici della sanzione penale. Questi ultimi, infatti, possono esplicitarsi solo quando la colpevolezza sia stata accertata in via definitiva, e non prima (altrimenti ne sarebbe travolto il principio stesso di colpevolezza: avremmo infatti una *culpa* senza un – compiuto – *iudicium*). Occorre, quindi, che le cautele personali trovino giustificazione in esigenze diverse da quelle tipiche della pena: in esigenze, per l'appunto, processuali (che, come noto, troviamo consacrate all'art. 274 c.p.p.)¹⁶.

In questa ottica, la proporzionalità assicura un bilanciamento tra il dovere di trattare, per tutto il corso del procedimento, da innocente chi vi sia sottoposto, e quelle esigenze che possano giustificare, in via eccezionale, l'anticipazione di effetti tipici della sanzione penale definitiva¹⁷. In sintesi, la proporzionalità opererebbe come condizione di legittimità dei mezzi prescelti per l'intervento pubblico nella sfera della libertà personale¹⁸. Il vincolo da essa costituito opererebbe tanto nei confronti del legislatore, in un duplice senso: obbligandolo a individuare valori che possano giustificare una temporanea restrizione della libertà personale, da un lato;

¹⁴ R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni* (Atti del Convegno, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998), Giuffrè, Milano, 2000, p. 132 s.; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 8 s.

¹⁵ G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 807; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 69 e 572-573; G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 521 s. (in particolare v. i § 2 e 3 – ma già il pensiero era anticipato in ID., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 32-33, con riferimento al rapporto tra presunzione di innocenza e necessità di intervenire in via anticipata e cautelare sull'imputato).

¹⁶ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 46.

¹⁷ R. ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006, p. 303. V. anche, ID., *Provvisoria esecuzione delle sentenze*, cit., p. 133-134; V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 333. In tempi più recenti, cfr. P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 119 s.

¹⁸ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 12.

imponendogli l'elaborazione di fattispecie cautelari che limitino il più possibile il rischio di una restrizione *in vinculis* di chi, all'esito del processo, non subirà pena¹⁹. Da qui la conclusione: il principio di proporzionalità costituirebbe una conseguenza necessitata della presunzione d'innocenza, sul piano processuale; e attuerebbe, in chiave dinamica, il principio materiale di responsabilità personale²⁰.

Le considerazioni sviluppate in precedenza, non possono essere certo messe in discussione, quanto al loro contenuto. Semmai, si può obiettare che esse colgono una delle ragioni – la più importante – attraverso le quali il principio di proporzionalità opera nel processo penale. Tuttavia, si può osservare come questa non sia l'unica. Se si sostenesse il contrario, se cioè si ritenesse che la proporzionalità è legata esclusivamente all'esigenza di non anticipare la pena rispetto alla conclusione del giudizio, si finirebbe per escludere dalla sua sfera di operatività tutti quei campi in cui la restrizione di un diritto individuale non sviluppi effetti assimilabili alla sanzione penale, non comporti cioè in via anticipata effetti tipici della punizione: ne deriverebbe, così argomentando, che un dovere di legiferare e decidere in maniera proporzionata non sussista indefettibilmente ove si tratti di perquisire un luogo o una persona, o introdursi nel domicilio altrui, o nel violare la libertà di comunicazione di taluno, posto che simili intrusioni nella sfera privata – pur costituendo misure tipiche del procedimento penale, invasive nella sfera del singolo individuo – non costituiscono necessariamente un effetto della sanzione penale²¹ (si pensi, in particolare, alle ipotesi

¹⁹ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 13; E. MARZADURI, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 232.

²⁰ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 16; E. MARZADURI, voce *Custodia cautelare nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, vol. III, Utet, Torino, 1989, p. 288.

²¹ L'assoggettamento a pena non implica automaticamente la violabilità del domicilio di un individuo: conferma in tal senso può rinvenirsi nell'art. 352 comma 3 c.p.p., che autorizza gli ufficiali di polizia giudiziaria a procedere a perquisizione personale o locale, al momento di eseguire un ordine che dispone la carcerazione, solo se ricorrano i motivi stabiliti al comma 1 del medesimo articolo (cioè quando vi sia "fondato motivo di ritenere che sulla persona si trovino occultate cose o tracce pertinenti al reato che possono essere cancellate o disperse ovvero che tali cose o tracce si trovino in un determinato luogo o che ivi si trovi la persona sottoposta alle indagini o l'evaso"). Se il mero assoggettamento a pena fosse sufficiente a giustificare la possibilità di violare il domicilio, non sarebbe stato necessario il rinvio ai casi e alle condizioni previste dall'art. 352 comma 1 c.p.p. Ulteriore conferma si può ricavare persino dall'art. 34 della legge 26 luglio 1975, n. 354, secondo il quale "I detenuti e gli internati possono essere sottoposti a perquisizione personale *per motivi di sicurezza*" (evidenza nostra), così escludendosi, almeno in teoria, che si possa procedere a perquisizione senza una ragione fondata, persino all'interno della struttura carceraria, solo perché sia in atto l'esecuzione della pena. Sul punto, va tuttavia ricordata la sentenza della Corte costituzionale 22 novembre 2000, n. 526, che ha stabilito come le perquisizioni *ex art. 34 l. ord. pen.* vadano ricomprese nel novero delle restrizioni della libertà personale che sono implicate dallo stato di detenzione, non trovando applicazione, nella specifica materia, l'art. 13 Cost. La Corte ha tuttavia aggiunto che il potere di perquisizione attribuito alla Amministrazione penitenziaria incontra precisi limiti sia in ordine ai presupposti sia quanto ai modi del suo esercizio, e deve essere soggetto a un effettivo controllo giurisdizionale (cfr. l'ultimo capoverso del § 7 della sentenza, nei *Considerato in diritto*). Sul tema cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 68.

Lo stesso si può osservare per la libertà e per la segretezza delle comunicazioni. La applicazione di una pena definitiva non implica automaticamente il venir meno della inviolabilità del diritto. Di nuovo, una disposizione della legge sull'ordinamento penitenziario conferma indirettamente l'asserto sostenuto. L'art.

in cui provvedimenti del genere coinvolgano soggetti terzi, rispetto al procedimento, che tuttavia possono fornire informazioni o dati utili all'accertamento dei fatti).

Pare allora più corretto, partendo dalla constatazione per cui il processo penale può essere considerato come un "diritto costituzionale applicato"²², estendere l'operatività del principio di proporzionalità a tutte le ipotesi in cui le necessità del procedere pongano a repentaglio un diritto inviolabile dell'individuo. Per dirla altrimenti, la proporzionalità può essere considerata un corollario della inviolabilità di certe prerogative individuali tutelate dalla Costituzione che tipicamente, anche se non esclusivamente, sono poste in tensione nell'alveo del procedimento penale. Nel proclamare una determinata libertà come inviolabile, e nel consentirne la restrizione parziale o totale solo al verificarsi delle condizioni previste dalla legge, e ad opera di una decisione giudiziale, la Carta fondamentale non farebbe altro che evocare implicitamente la necessità di una proporzionalità indefettibile tra gli interessi collettivi coinvolti dal processo penale e la protezione dell'individuo. Anche in questo caso, il dovere di non restringere in maniera sproporzionata la prerogativa proclamata inviolabile opererebbe tanto nei confronti del legislatore, obbligandolo a selezionare i valori idonei a interferire nella sfera individuale in maniera ragionevole, quanto nei confronti del giudice, chiamato ad attuare la legge nella specifica materia (scegliendo la soluzione più adeguata e meno afflittiva)²³.

4. L'espansione della proporzionalità attraverso le fonti europee.

La crescente europeizzazione della intera area penale rappresenta un potente motore di espansione del principio di proporzionalità, che costituisce una colonna portante di tutto l'edificio europeo, e in particolare di quello UE. In sintesi, il ragionamento si snoda attraverso i seguenti passaggi: tutto il diritto UE pone al centro del rapporto autorità-individuo (ma anche di quello tra potere centrale e potere degli Stati membri) il canone di proporzionalità. Il diritto europeo è superiore a quello nazionale di rango legislativo ordinario, e prevale su di esso. Il diritto europeo

18-ter l. n. 354 del 1975 prevede che il controllo sulla corrispondenza dei detenuti possa essere deciso dal magistrato di sorveglianza, su richiesta del pubblico ministero, per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, e comunque per un periodo non superiore a sei mesi. Ciò conferma che, al di fuori di specifiche esigenze, non è ammessa una interferenza nella libertà e segretezza di comunicazione di un individuo, solo perché un soggetto è stato sottoposto a pena definitiva.

²² D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 8. La citazione è ripresa dalla dottrina tedesca. Cfr. in tema W. HASSEMER, *Prefazione*, in E. BELFIORE (a cura di), *Giudice delle leggi e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. XIII s. Riprende la nota definizione S. LORUSSO, *I molteplici volti del contraddittorio: dalle regole costituzionali all'attuazione legislativa*, in F. R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 345, nt. 1.

²³ Dando vita a quella discrezionalità rigenerata dalle garanzie costituzionali di cui Giuliano Amato parla nella sua monografia sulla libertà personale: cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 347.

interviene in maniera crescente a disciplinare il settore penale, in particolare quello processuale. Ne deriva, pertanto, che quest'ultimo, *a fortiori*, appare pervaso dal principio di proporzionalità, anche oltre il solo territorio dei diritti inviolabili previsti dalla Costituzione, mano a mano che si espande l'area di influenza delle fonti dell'Unione.

Duplici l'origine e la elaborazione della proporzionalità in sede sovranazionale: da un lato, essa, da tempo risalente, è stata recepita dal diritto giurisprudenziale, sino a divenire un sovra-principio, vale a dire un punto fondante a base della intera costruzione giuridica dell'Unione, e un meta-principio, ossia una chiave di lettura e di applicazione degli altri diritti fondamentali riconosciuti dal sistema europeo²⁴. Dall'altro, il Trattato di Lisbona ha, da ultimo, consacrato nel diritto positivo, al suo rango più alto, il medesimo principio, così recependo la elaborazione operata dalla Corte di giustizia. Oggi il principio di proporzionalità è previsto ai par. 3 e 4 dell'art. 5 TUE, nonché agli art. 49 par. 3²⁵ e 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali²⁶, elevata, in forza dell'art. 6 TUE, a fonte primaria dell'Unione, al pari dei Trattati.

Vale la pena, in tal sede, rammentare che la proporzionalità è principio riconosciuto anche nel sistema della CEDU, grazie alla elaborazione operata in tal

²⁴ Il primo riferimento, secondo la dottrina in materia, è fatto risalire al 1956 nella sentenza *Fédération Charbonnière* (CGCE, sent. 29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità*), nella cui motivazione si osserva che ogni reazione dovrebbe sempre «risultare commisurata all'importanza dell'atto illecito». Da allora, attraverso uno sviluppo continuo sino ad oggi, la proporzionalità è stata progressivamente saldata con i diritti fondamentali, quali «categorie propriamente costituzionali del diritto comunitario e quali strumenti di legittimazione della sua autonomia e preminenza sui diritti nazionali» (in tal senso A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, cit., p. 80. A questo recente lavoro si rinvia per una ampia analisi del principio di proporzionalità nella elaborazione della Unione europea, e sui suoi riflessi in ambito di cooperazione giudiziaria in materia penale). Afferma T. TRIDIMAS, *The General principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006 p. 194: «In fact, this public law element of proportionality has become much more prevalent in recent years as the ECJ has intensified judicial review of national measures on grounds of compatibility with human rights. The Court appears to engage in what can be termed collateral review on grounds of proportionality».

²⁵ Quest'ultima disposizione in verità esprime il principio di proporzionalità tra pene e reato. Ciò non ha impedito in una nota decisione dell'Alta Corte Regionale di Stoccarda (*Oberlandesgericht Stuttgart*), di individuare in essa la base giuridica per imporre il *test* di proporzionalità nella Carta dei diritti fondamentali e, segnatamente, nell'art. 49 par. 3 CDFUE e nel principio di proporzionalità delle pene. *Oberlandesgericht Stuttgart*, dec. 25 febbraio 2010, 1 Ausl (24) 1246/09, *General Prosecution Service c. C.* pubblicata, nella traduzione inglese di J. VOGEL (relatore nella causa) ed annotazione di J. SPENCER, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 474. Per un commento italiano alla pronuncia cfr. [L. ROMANO, Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, vol. 1, p. 250 s. Sul tema si rinvia nuovamente a A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 85 s.

²⁶ L'art. 52 menzionato pare, in proposito, particolarmente significativo, stabilendo che «Nel rispetto del principio di proporzionalità possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Giustamente si osserva che «i «limiti» e le «condizioni» previste dai Trattati andrebbero, pertanto, lette ed implementate nel diritto derivato e, più in generale, nelle azioni dell'Unione alla luce dei contenuti del «limite dei limiti» della Carta: legalità, rispetto in ogni caso dell'essenza del diritto, proporzionalità» (A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, p. 91).

senso dalla Corte di Strasburgo: essa opera generalmente quale limite alla discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nel recepire i diritti e le libertà della Carta²⁷, ma è divenuta, con il tempo, parametro di riferimento per la verifica della tutela effettiva di tutti i diritti fondamentali previsti dalla Convenzione²⁸.

Simili evoluzioni in ambito sovranazionale sono gravide di conseguenze per l'ordinamento interno, e in particolare per il diritto processuale penale. Pare ormai approdo consolidato, infatti, sia pur con effetti diversi, la superiorità delle fonti europee, qualunque ne sia l'origine²⁹, su quelle italiane di rango ordinario. Tale superiorità, peraltro, ha assunto negli ultimi tempi un volto nuovo, che è quello, sempre più pervasivo, della diretta applicabilità della fonte europea, in luogo della disposizione nazionale ordinaria in contrasto. Ciò vale per la CEDU, per il tramite dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, purché si tratti di dare attuazione al diritto dell'Unione³⁰. Vale anche per i diritti primari consacrati nei Trattati e nella Carta dei diritti dell'Unione europea. Nella sentenza *Åkerberg*, infatti, la Corte di giustizia ha stabilito che, ogniqualvolta il giudice nazionale sia chiamato ad attuare leggi o fonti nazionali recettive del diritto dell'Unione, egli deve direttamente

²⁷ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002, p. 14

²⁸ Sul tema si rinvia a M. GIALUZ-P. SPAGNOLO, *Articolo 5*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Cedam, Padova, 2012, p. 145; J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in E. ELLIS (Ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 24; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, p. 770

²⁹ Sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria*, cit., p. 131 s.; R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 9 s.

³⁰ Questa appare la conclusione della Corte costituzionale nella sentenza n. 80 del 2011. Sebbene interpretata dai più come una decisione che aveva posto un argine alla diretta applicazione della CEDU – per il tramite dell'art. 52 della Carta dei diritti UE – avverso una disposizione nazionale in contrasto, essa pare aprire, a ben vedere, sia pur limitatamente, a tale possibilità. La Consulta, infatti, ha operato una distinzione tra due diversi ambiti: quello in cui tra la C.e.d.u. e la legge nazionale si ponga un'altra fonte di matrice UE, e quello nel quale tale fonte intermedia non sia data. Nel primo caso, il diritto C.e.d.u., in quanto anche diritto UE, dovrebbe trovare diretta applicazione – con disapplicazione della legge interna in contrasto – secondo quanto consueto per il diritto comunitario; nel secondo, invece, continuerebbe a mantenere validità la dottrina elaborata con le sentenze gemelle del 2007: obbligo di interpretazione conforme e questione di costituzionalità, ove non sia possibile elaborare una soluzione soddisfacente in via ermeneutica. Se prendiamo in considerazione solo gli ultimi dieci anni, possiamo forse, per semplicità, ricostruire l'affermazione del predominio del diritto europeo in ambito nazionale in due fasi: quello della interpretazione conforme, affermatosi con il caso Pupino e sviluppato dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007; quello della diretta applicazione in ambito penale. Tale ultimo passaggio non è stato subito percepito dalla dottrina, né tantomeno riconosciuto come tale dalla giurisprudenza. Tuttavia, pare difficile negarne la sussistenza, alla luce delle decisioni che si menzionano nelle note successive. Sul punto, sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., p. 162-163; ID., *The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2013, p. 115 s. (in particolare p. 117).

applicare le fonti primarie dell'Unione, tra cui in particolare la Carta dei diritti, eventualmente non tenendo conto della previsione nazionale in contrasto. Si badi che, nell'ottica della Corte di Lussemburgo, non è necessario che le fonti europee e quelle nazionali siano omogenee, nel senso che debbano avere la medesima natura (sostanziale o processuale)³¹. Il diritto europeo pare più costituire l' "occasione" che implica la diffusione di tutto l'*acquis* sovranazionale, piuttosto che la ragione tecnica specifica che lo impone.

Se così è, ne discende, quanto al tema trattato, che ogniqualvolta si tratti di applicare una fonte europea, sia essa di natura sostanziale (per esempio una legge di ratifica di un illecito concepito in sede europea), sia di natura processuale (come nel caso delle numerose direttive adottate in forza dell'art. 82 TFUE), il giudice sarà tenuto, ove rilevante, ad applicare il *test* di proporzionalità, anche al di là dei soli ambiti dei diritti inviolabili riconosciuti dalla nostra Costituzione. Per esempio, ove sia coinvolta la proprietà privata, o la libertà d'impresa, o ancora la libertà di circolazione delle persone.

Si delineano, dunque al momento, due aree: quella disciplinata solo dal diritto interno, in cui il canone in esame opera a tutela di diritti inviolabili riconosciuti in Costituzione. Quella oggetto di attività normativa di origine dell'Unione europea, in cui il controllo di proporzionalità va effettuato sempre, ogniqualvolta lo Stato – o comunque qualunque pubblica istituzione (anche dell'Unione) – faccia uso di propri poteri autoritativi nella sfera individuale.

Per un effetto *à rebours*, questa espansione prodotta dal prorompere del diritto europeo in ambito penale pare in grado di portare a una completa capacità pervasiva del principio di proporzione, in prospettiva futura. In chiave evolutiva, infatti, è facile ipotizzare che esigenze di ragionevolezza ed equità legate alla parità di trattamento portino i due settori ad avvicinarsi, estendendo l'operatività delle garanzie offerte dalla proporzionalità anche alle aree che ne erano rimaste scoperte³². Si può dunque osservare che lo sviluppo del diritto europeo produce una elevazione del principio di proporzione nell'intero ambito del diritto processuale penale in due sensi: diretto, per

³¹ Per essere più chiari, se il giudice si trovi nella necessità di applicare previsioni normative originate da fonti europee, l'intero patrimonio dei principi dell'Unione deve direttamente trovare attuazione: nel caso di specie, vertendosi in materia di sanzioni in caso di evasione dell'Iva – imposta di origine europea – la Corte ha stabilito in linea di principio la diretta invocabilità da parte dell'interessato dell'art. 50 della Carta dei diritti, in materia di *ne bis in idem*. Dall'esempio menzionato emerge come la capacità di penetrazione del diritto europeo appaia particolarmente elevata.

³² In un certo senso, il fenomeno è assimilabile a certi effetti indotti del mutuo riconoscimento. La logica del mutuo riconoscimento conduce a favorire un diverso percorso ermeneutico: un percorso in cui il mancato rispetto della regola – come l'ottemperanza ad essa – di per sé non è conclusivo, essendo necessaria una verifica empirica e sostanziale sulla effettiva lesione dei diritti riconosciuti alla parte interessata. Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., p. 160; R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit, p. 40.

le parti esplicitamente sottoposte alla sua disciplina; indiretto, nella logica prodotta dal principio di uguaglianza, per le parti sottratte al suo specifico intervento³³.

5. La proporzionalità nell'art. 275 c.p.p. Parallelo con la proporzionalità tedesca.

Se è vero che, per le ragioni espresse, il principio di proporzionalità può considerarsi ormai recepito all'interno del diritto processuale penale a livello generale, è tuttavia innegabile che, sul piano della elaborazione dogmatica e dell'applicazione pratica esso abbia finito per esplicare i propri effetti maggiori in ambito cautelare.

Una specifica disposizione, peraltro – come osservato – evoca direttamente la proporzionalità. Si tratta dell'art. 275 c.p.p., il cui comma 2 prevede che ogni misura debba essere proporzionata alla entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene debba essere irrogata. V'è da dire che tutti i passaggi disciplinanti i criteri di scelta della misura cautelare personale – all'art. 275 c.p.p. – paiono rievocare quel *test* di proporzionalità concepito in origine dalla dottrina tedesca e diffusosi nella maggior parte dei sistemi europei: il codice prescrive innanzi tutto la verifica sulla "idoneità" della cautela personale in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto; indi impone di commisurare la misura restrittiva al trattamento sanzionatorio ipotizzato o eventualmente già applicato ("proporzionalità-adequatezza"); infine, al comma 3, pone la regola della minima offensività o stretta necessità, in forza della quale la custodia in carcere può essere disposta solo ove ogni altra misura risulti inadeguata³⁴. Operando un parallelo tra l'andamento della disposizione del codice e la concezione tradizionale della proporzionalità, ritroviamo

³³ Una ipotesi particolare di effetto indiretto si verificherebbe ove il diritto italiano non prevedesse un *test* di proporzionalità che è invece ritenuto necessario dalla giurisprudenza della Corte EDU: questo ove non si tratti di attuare una disposizione UE (nel qual caso opera direttamente la disapplicazione della previsione interna in favore di quella europea).

Nell'ipotesi indicata, troverebbe attuazione quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza 80 del 2011 (che ha confermato l'approdo raggiunto con le c.d. "sentenze gemelle" del 2007): il giudice dovrebbe prima cercare di risolvere il contrasto in via interpretativa, in forza della interpretazione convenzionalmente conforme. Ove ciò non risultasse possibile, dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale ex art. 117 comma 1 Cost.

³⁴ Sul tema si rinvia al molto approfondito contributo di E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. merito*, 2010, p. 446 s.

Sull'art. 275 c.p.p., cfr. M. CHIAVARIO, sub *Art. 275 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 61 s.; E. MARZADURI, sub *Art. 275 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, cit., III Agg., Utet, Torino, 1998, p. 165 s. Per una rassegna di dottrina e giurisprudenza sul punto, cfr. F. TERRUSI, *Misure cautelari personali. I presupposti di applicazione e il principio di proporzionalità*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2308 s.; L. CESARIS, sub *Art. 275 c.p.p.*, in G. CONSO-V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2005, p. 846 s. (per le considerazioni generali sulla disposizione prima delle vicende innescate con il c.d. "pacchetto sicurezza del 2009"); E. FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 2 s.; A. ALBIANI-S. MARINELLI, *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale*, Giuffrè, Milano, 2007., p. 519 s.; G. TODARO-F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 92-99.

passaggi assimilabili: il comma 1 dell'art. 275 c.p.p. evoca l'idoneità di origine germanica, intesa nel senso della capacità in astratto di raggiungere l'obiettivo prefissato³⁵. La stretta necessità imposta dal comma 3 dell'art. 275 c.p.p. ricalca il passaggio sulla necessità (*Erforderlichkeit*), secondo la quale, a parità di efficacia, è da preferire sempre il mezzo coercitivo più mite³⁶. Infine, la proporzionalità-adequatezza, condensata nel legame tra la misura imposta e il trattamento sanzionatorio finale (ivi compresa la sospensione condizionale della pena, inserita in un momento successivo con il comma 2-bis), richiama la valutazione più discrezionale, o di merito, della proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*): come noto, questo vaglio consente, ed anzi impone, di porre in bilanciamento, da un lato, la restrizione imposta all'individuo nelle sue prerogative e, dall'altro, il valore del fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio della sua specifica funzione: ciò affinché, in assoluto, i diritti fondamentali del singolo non siano compressi in maniera intollerabile³⁷.

Come già anticipato, non s'intende in questa sede esaminare approfonditamente ogni questione esegetica suscitata, nel corso degli anni, da ciascuna delle disposizioni richiamate. Ci si soffermerà, piuttosto, su alcune decisioni giurisprudenziali che, in temi recenti, hanno valorizzato il canone di proporzione recepito dall'art. 275 c.p.p., per cercare di stabilire se da esso possano trarsi indicazioni più precise sulla sua operatività nel sistema processuale penale.

³⁵ Il giudizio di proporzionalità, come noto, si sviluppa secondo "tre gradini". Il primo elemento sintesi, individua la "capacità del mezzo impiegato alla realizzazione del fine prefissato". Si tratta ancora di una valutazione in astratto, con la quale si cerca di stabilire se, in linea teorica, il mezzo impiegato sia tale da consentire il perseguimento dello scopo. Così facendo, si opera prima di entrare nel merito dei valori in contesa, una selezione tra possibili alternative, al fine di escludere ciò che, a prima vista, non appaia in grado di raggiungere il fine cui l'azione pubblica è protesa. Cfr. M. A. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, cit., p. 4645; A. MARLETTA, *Il principio*, cit., p. 61 s.

³⁶ Si rinvia agli autori citati alla nota precedente. Cfr. anche E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, cit., p. 448-449. Sul giudizio di proporzionalità, e su un parallelo tra l'ordinamento italiano e la elaborazione tedesca del principio, cfr. R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in AA. VV., *Studi in ricordo di G. Pisapia. Procedura penale*, II, 2000, p. 560.

³⁷ Si tratta, come noto, dell'ultimo stadio del *test* di proporzionalità di "matrice tedesca" è identificato dalla verifica della cd. proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), la componente più penetrante, caratteristica e discussa del principio. Il contenuto della proporzionalità in senso stretto, infatti, fa perno sulla valutazione comparativa tra l'intensità dell'intervento pubblico sulla sfera giuridica dell'individuo ed il "peso specifico" dell'obiettivo perseguito dall'esercizio del potere: in questa prospettiva essa sottintende l'idea che il concreto esercizio del potere, pur idoneo e necessario (cioè, operato col mezzo meno restrittivo possibile tra quelli egualmente efficaci), non debba in ultima istanza incidere in maniera «intollerabile» sulla sfera giuridica dell'interessato. Cfr. A. MARLETTA, *Il principio*, cit., p. 71; M. A. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, cit., p. 4646.

6. La c.d. “regola dei 2/3”.

Due sono le questioni che, nei tempi più recenti, hanno posto l’accento sulla portata pratica della proporzionalità in ambito cautelare. Entrambe affondano le proprie radici nell’art. 275 c.p.p. Una prima ha riguardato l’applicazione del principio in esame in chiave diacronica, ovvero la capacità del trascorrere del tempo di influire sulla adeguatezza e proporzionalità della misura applicata al soggetto sottoposto a procedimento³⁸. La seconda invece ha coinvolto le presunzioni di pericolosità e adeguatezza poste al comma 3 dell’art. 275 c.p.p. quale deroga al principio di stretta necessità della cautela e della custodia in carcere³⁹.

Nella prima vicenda emerge il tentativo, non accolto dalla Suprema Corte, di individuare, attraverso la proporzionalità, un ulteriore e implicito limite massimo alla custodia in carcere. Il presupposto ermeneutico di partenza dei giudici di merito era che il principio di proporzione producesse effetti tanto al momento genetico della misura coercitiva – quando si tratti di scegliere il corretto trattamento cautelare – quanto nel corso della sua durata. Muovendo da ciò, si era cercato di elaborare una formula che, in via automatica, trasformasse il decorso del tempo in condizioni di efficacia della cautela detentiva, così rendendo tassativo (ma anche irrigidendo) il principio generale di riferimento contenuto nell’art. 275 comma 2 c.p.p.

La soluzione veniva ottenuta rielaborando la regola cosiddetta dei 2/3, già prevista all’art. 304 comma 6 c.p.p., per estenderla ad un caso ulteriore e diverso da quello disciplinato dalla previsione positiva: la frazione dei 2/3 come limite di durata della custodia cautelare, di cui all’art. 304 c.p.p., è riferita al massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato (cioè alla pena in astratto); nella proposta ermeneutica escogitata, invece, essa si sarebbe dovuta calcolare sulla sanzione effettivamente applicata nei gradi intermedi del giudizio (o comunque sulla pena che apparisse in concreto pronosticabile *a priori*).

In altre parole, ci si proponeva, per valorizzare il principio di proporzione previsto dall’art. 275 comma 2 c.p.p., di ricavare una causa di perdita di efficacia *ad hoc* della misura *in vinculis*, quando la sua durata avesse oltrepassato i 2/3 della pena “infliggenda”, o in concreto applicata dal giudice di merito. La *ratio* di fondo insita in questa soluzione era da individuare – come detto – nell’aspirazione a fare della proporzionalità un parametro di controllo per la validità della custodia preventiva nell’arco di tutta la sua durata e il suo sviluppo⁴⁰. Al tempo stesso, i giudici promotori

³⁸ In tal senso cfr. Tribunale del riesame di Bologna – 6 ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 440, con nota di E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 446 s. Sulla decisione, cfr. A. ALBIANI, *I nodi al pettine del tribunale della libertà*, BUP, Bologna, 2011, p. 24 s.

³⁹ V. sul tema l’ampio contributo di C. IASEVOLI, *Politica della sicurezza, presunzione processuale e costituzione*, in *Crit. dir.*, 2013, p. 56 s.

⁴⁰ E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 450. E’ interessante notare come il riferimento alla sanzione che sia stata applicata era stato inserito, con l’art. 14 l. n. 128 del 2001, a fini repressivi. Il suggerimento implicito era che, al momento della condanna non definitiva, il giudice procedesse più facilmente e agevolmente all’applicazione della misura cautelare. Tuttavia, calata all’interno dell’art. 275 c.p.p., e della logica della proporzionalità, la disposizione ha assunto ben altra coloratura, dando origine

del corso interpretativo riportato ambivano a trasformare il principio in regola: vale a dire a ricondurre la problematica legata alla proporzione nell'alveo del ragionamento logico deduttivo, così che all'organo giudicante, piuttosto che una tessitura *ad hoc* del vestito cautelare, fosse data, di pronto utilizzo, una fattispecie tassativa in più (un nuovo termine di durata massima della misura imposta): al verificarsi dei fatti necessari, non sarebbe rimasto altro, in tal modo, che prender atto degli effetti sprigionati dalla regola, e dichiarare venuta meno l'efficacia della restrizione cautelare⁴¹.

Su un piano politico, si poteva cogliere, nella proposta avanzata, un tentativo di abdicare – per paradosso attraverso una soluzione a sua volta creativa – alla troppa libertà consentita, quasi imposta *ob torto collo*, dal paradigma della proporzionalità: in fondo, pareva una richiesta di essere esautorati dalla eccessiva responsabilità che grava, a causa del criterio in questione, sull'organo giudicante.

A ben vedere, come noto, è proprio questo il passaggio che ha comportato il fallimento della operazione, e il prevalere, nel ragionamento delle Sezioni Unite, della opposta logica argomentativo-persuasiva⁴². Secondo queste ultime, sebbene la proporzionalità debba considerarsi categoria immanente a tutta la vicenda cautelare, e dunque operante tanto nel momento genetico della cautela quanto in tutte le fasi successive, essa non può essere imbrigliata in schemi temporali prefissati – ulteriori rispetto a quelli predisposti dalla legge – né in rigidi automatismi⁴³. Come esplicitamente si osserva:

“L'aspetto qualificante che caratterizza il sistema appena delineato e che lo rende conforme a Costituzione, è dunque quello di rifuggire da qualsiasi elemento che introduca al suo interno fattori che ne compromettano la flessibilità, attraverso automatismi o presunzioni. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati

alla soluzione ermeneutica in chiave garantista sopra descritta. Sul tema ancora E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 449-450.

Può essere utile menzionare che la Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione abbia, nel proprio documento conclusivo, sollecitato l'adozione del criterio dei 2/3 a livello di diritto positivo, attraverso la modifica dell'art. 300 c.p.p. Si veda il documento della Commissione in [questa Rivista](#), a p. 73-74.

⁴¹ Si menziona in proposito il passaggio della decisione del Tribunale del riesame, ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 440: “perché il principio di proporzione non resti lettera morta lo stesso [...] deve necessariamente operare in via autonoma e prioritaria rispetto agli altri parametri della complessiva disciplina cautelare”. Qui l'accento cade sulla autonomia, di cui il giudice torna a farsi mero esecutore.

⁴² La decisione cui ci si riferisce è Cass., S. U., 31 marzo 2011, Khalil, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3713, con nota di G. SANTALUCIA. Vedi anche, a commento della decisione citata, P. P. RIVELLO, *Un intervento delle Sezioni Unite concernente la revoca delle misure cautelari dovuta alla supposta violazione sopravvenuta del principio di proporzionalità*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1256 s.

⁴³ Citando testualmente dalle Sezioni Unite: “Ciò che, invece, tale orientamento decisamente respinge, è la possibilità di desumere dal sistema un principio in forza del quale, al raggiungimento di una rigida e predeterminata proporzione tra durata della custodia e *quantum* di pena inflitta, la restrizione della libertà personale debba comunque cessare, a prescindere da qualsiasi apprezzamento delle esigenze cautelari”.

principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piana 'individualizzazione' della coercizione cautelare"⁴⁴.

Rinviando ai paragrafi successivi l'analisi, si può comunque evidenziare sin d'ora come la divergenza tra la Suprema Corte e i giudici di merito non tocchi il presupposto di partenza. Per entrambi il metodo imposto dalla proporzionalità innerva l'intera vita della misura cautelare. Tuttavia, la Cassazione non ha ritenuto di poter condividere lo sforzo di irrigidire il principio in una clausola formale fissa. In sostanza, la proporzione è – in via di prima approssimazione – *quaestio practica*, che deve rimanere nel solo alveo del momento concreto-attuativo e mal si presta ad essere ricondotta a formule generali ed astratte.

7. La presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere.

Il riferimento alla sentenza della Corte costituzionale 265 del 2010, operato dalle Sezioni Unite nel rigettare la c.d. "regola dei 2/3", nel passaggio innanzi riportato, si presta ad operare come efficace *trait d'union* per esaminare il diverso profilo entro il quale, nei tempi recenti, si è esplicitata l'efficacia del principio di proporzionalità. La vicenda, che ha visto il susseguirsi di numerose pronunce della Corte costituzionale nell'arco di un triennio – non potendosi escludere che gli interventi correttivi siano conclusi⁴⁵ – riguarda le presunzioni poste dal legislatore al comma 3 dell'art. 275 c.p.p., in materia di adeguatezza della misura prescelta dal giudice, una volta deciso di accogliere la domanda cautelare⁴⁶ del requirente.

Come noto, il codice pone al comma 3 dell'art. 275 c.p.p. due generi di presunzioni, ad arginare la libertà di scelta del giudicante nel determinare il trattamento cautelare (in particolare, a limitare l'operatività del canone di stretta necessità). La prima, di carattere relativo, concernente la sussistenza di esigenze cautelari, ove siano accertati i gravi indizi di colpevolezza in merito a determinati tipi di reato; la seconda di carattere assoluto, quanto alla adeguatezza della misura da scegliere, che sempre consiste nella custodia in carcere⁴⁷. La disposizione in esame è stata interpolata in numerose occasioni⁴⁸. Nel 1991 si allargò l'area di operatività delle

⁴⁴ Così Khahlil, § 3, citando a sua volta Corte cost. n. 265 del 2010

⁴⁵ Così, da ultimo, E. APRILE, nota a Corte cost., sent. 23 luglio 2013, n. 57, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2588, secondo il quale la Corte costituzionale continuerà a dichiarare illegittimi tutti i delitti previsti dai commi 3-bis e 3-quater dell'art. 51 c.p.p., richiamati dall'art. 275 comma 3 c.p.p., diversi dal reato di associazione ex art. 416-bis c.p.p.; F. RINALDI, *La rima obbligata alla giurisprudenza costituzionale e le sue possibili conseguenze processuali*, in *Forum Quad. Cost.*, 2012, p. 4.

⁴⁶ Sul punto si rinvia alla ampia e approfondita ricerca di E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, BUP, Bologna, 2012, in particolare, per i temi qui toccati, p. 311-319.

⁴⁷ G. TODARO-F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, cit., p. 92-99.

⁴⁸ Una prima volta con l'art. 5 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 conv nella l. 12 luglio 1991, n. 203; una seconda con l'art. 5 l. 8 agosto 1995, n. 332; una terza con l'art. 2 comma 1 d.l 23 febbraio 2009, n. 11, conv. l. 23

presunzioni menzionate, in termini non lontani da quelli da ultimo ripristinati poi nel 2009; in seguito, nel 1995, si limitò la deroga al principio di adeguatezza e minima offensività ai soli casi di associazione *ex art. 416-bis c.p.*; infine, nel 2009, si riespanse la fattispecie nei suoi massimi confini, includendovi ipotesi di reato sino a quel momento mai contemplate nel gioco delle presunzioni. La dottrina aveva fin dall'origine espresso le più serrate critiche in merito alla scelta operata dal legislatore: così facendo, si osservava, si sarebbe perduta la natura servente che la Costituzione assegna alla carcerazione preventiva rispetto al perseguimento delle finalità del processo⁴⁹, mentre, per converso, la misura cautelare custodiale avrebbe finito per operare quale anticipazione della pena: ciò in piena violazione non solo della presunzione d'innocenza, ma anche del principio di proporzionalità⁵⁰. Come si è già osservato, la presunzione di cui all'art. 27 comma 2 Cost., attuando nella dinamica del processo il principio di colpevolezza, impone che le cautele trovino giustificazione in esigenze diverse da quelle di anticipazione della sanzione: in questa chiave, giova ribadire che la proporzionalità si pone a canone di legittimazione di ogni intervento *in itinere* sulla libertà personale dell'individuo, poiché assicura un bilanciamento tra il dovere di trattare, per tutto il corso del procedimento, da innocente chi vi sia sottoposto, e le ragioni che possano giustificare, in via eccezionale, l'anticipazione di effetti tipici della sanzione penale definitiva⁵¹.

La demolizione progressiva operata dalla Corte costituzionale, a partire dal 2010, delle ipotesi di presunzione assoluta⁵² di adeguatezza conferma il recepimento,

aprile 2009, n. 38. Sul tema cfr. E. FARINELLI, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia in carcere*, cit., p. 4-7, anche per i riferimenti dottrinari ivi citati.

⁴⁹ E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, cit., p. 312. V. ancora E. FARINELLI, *L'ambito di operatività*, cit., p. 4-7; L. CESARIS, sub *Art. 275 c.p.p.*, cit., p. 847-849. Del resto, la stessa Corte costituzionale in almeno un paio di note decisioni aveva da diversi decenni raggiunto in materia le medesime conclusioni: Corte cost. sent. 64 del 1970; sent. n. 1 del 1980. Sul tema si rinvia inoltre al saggio di T. E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in [questa Rivista](#), p. 1 s., in particolare p. 14 per ulteriori pronunce della Corte nella vigenza del codice attuale.

⁵⁰ G. TODARO-F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, cit., p. 101-113.

⁵¹ D. NEGRI, *Fumus*, cit., p. 10-13.

⁵² Vale la pena evidenziare come, con la serie di decisioni che di seguito si riportano, la Corte abbia non già dichiarato incompatibile con la Carta fondamentale l'uso *tout court* di presunzioni in materia di trattamento cautelare, da parte del legislatore. Da un lato, infatti, gli interventi della Corte hanno in concreto comportato che le presunzioni assolute predisposte all'art. 275 comma 3 c.p.p. si trasformassero in relative; dall'altro, lo stesso ricorso alle presunzioni *iuris et de iure* potrebbero non risultare irragionevoli: occorre solo che esse non sia no "arbitrarie e irrazionali", e ciò avviene quando "non rispond[a]no a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*" (in sostanza, pare di cogliere, si salva soltanto l'associazione per delinquere di tipo mafioso *ex art. 416-bis c.p.*). In questa maniera, il giudice delle leggi, pur intraprendendo una strada ermeneutica per molti aspetti innovativa (il riferimento è al parametro della presunzione d'innocenza posto a base di tutte le decisioni), ha mantenuto un legame con la precedente decisione del 1995 (ord. n. 450 del 1995), con la quale a suo tempo si era salvata dalla declaratoria di illegittimità la presunzione assoluta riferita all'associazione di tipo mafioso (soluzione normativa accolta anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la nota sentenza 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, R-60851/00).

Per un commento all'ord. n. 450 del 1995, cfr. D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275, comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2835. Quanto al ricorso, da

da parte del giudice delle leggi, della logica della proporzionalità, come sinora riportata. Con la prima e più nota decisione – la sentenza n. 265 del 2010, in cui si preannunciava il corso che si sarebbe intrapreso – la Corte partiva dalla premessa per cui

“nel criterio di adeguatezza, correlato alla 'gamma' graduata delle misure, trovi espressione il principio – implicato dal quadro costituzionale di riferimento – del 'minore sacrificio necessario': entro il 'ventaglio' delle alternative prefigurate dalla legge, il giudice deve infatti prescegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelari nel caso concreto, in modo da ridurre al minimo indispensabile la lesività determinata dalla coercizione endoprocedimentale [...].Tratto saliente complessivo del regime ora ricordato – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello di non prevedere automatismi né presunzioni. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena 'individualizzazione' della coercizione cautelare”.

Sulla scorta della ricostruzione operata, giungeva a dichiarare illegittima la presunzione *iuris et de iure* di adeguatezza quando si proceda per il reato di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), giacché

“per quanto odiosi e riprovevoli, i fatti che integrano i delitti in questione ben possono essere e in effetti spesso sono meramente individuali, e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura”.

Seguivano, negli anni successivi, altre decisioni⁵³ tese a riportare nell'alveo dei soli procedimenti per associazione di tipo mafioso l'operare della presunzione, in accoglimento del canone di proporzionalità e nel ripristino del metodo della “proceduralità argomentativa”⁵⁴ in precedenza richiamato.

parte della Corte costituzionale, alla presunzione d'innocenza nella propria giurisprudenza, cfr. G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in G. CONSO (a cura di), cit., p. 289 s., in particolare p. 392-393.

⁵³ Questo l'elenco delle pronunce successive: sentenza n. 164 del 2011, in riferimento all'omicidio volontario; della sentenza n. 231 del 2011, quanto alla fattispecie associativa di cui all'art. 74 del d.p. R. 9 ottobre 1990, n. 309; sentenza n. 110 del 2012, in relazione all'associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.; sentenza n. 57 del 2013, con riguardo ai procedimenti per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dal medesimo articolo. Si badi, peraltro, che era stata dichiarata costituzionalmente illegittima, per le stesse ragioni, la presunzione assoluta di adeguatezza dell'art. 12, comma 4-*bis*, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico sull'immigrazione), nei confronti della persona gravemente indiziata di taluno dei delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, previsti dal comma 3 del medesimo art. 12 (sentenza n. 331 del 2011). Ancora, sentenza n. 213 del 2013 con cui è stata dichiarata l'illegittimità della presunzione assoluta in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione *ex art.* 630 c.p.; sentenza n. 232 del 2013, in relazione all'art. 609-*octies* c.p. Cfr. E. APRILE, nota nota a Corte cost., sent. 23 luglio 2013, n. 57, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2587; T. E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche*, cit., p. 15.

⁵⁴ T. E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche*, cit., p. 26.

Occorre su un diverso piano rimarcare, nell'ottica della Corte costituzionale, come l'interprete non possa spingersi, in nome del principio di proporzione, ad adottare una soluzione ermeneutica di fatto abrogatoria di una previsione legislativa ritenuta, pur a buon diritto, illegittima. In tal senso si è osservato che

“le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, aventi per esclusivo riferimento i reati oggetto delle precedenti pronunce di questa Corte, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate. È inoltre da aggiungere che la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme [...], non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre”⁵⁵.

In questa maniera è stata respinta l'opposta soluzione avanzata dalla Cassazione, con la quale si era ritenuta possibile una estensione in via interpretativa dei principi fissati dalla Corte costituzionale⁵⁶.

Dai passaggi posti in evidenza delle diverse decisioni avvicendatesi, negli ultimi tre anni, del giudice delle leggi, sembrano dunque emergere alcuni punti rilevanti. Il primo concerne il rifiuto di regole rigide e formali, che paiono comunque incompatibili con il canone di proporzione, tutto attratto al momento applicativo; il secondo riguarda il divieto, per il giudice ordinario, di risolvere l'eventuale *impasse* in via interpretativa. Al contrario, l'unica opzione possibile, a fronte di una presunzione assoluta di adeguatezza irragionevole, è sollevare questione di legittimità costituzionale. In sintesi, al giudice ordinario è precluso tanto introdurre in via pretoria regole rigide (la c.d. “regola dei 2/3”), quanto disfarsene (attraverso il velo della interpretazione conforme a Costituzione).

Emerge quindi una interessante dicotomia, nella elaborazione delle Corti di vertice italiane, legata al canone di proporzione, tra la natura pratica dello stesso (e il suo implicare scelte *ad hoc*, verificabili e giustificabili caso per caso) e la lettera della legge. Quest'ultima non può costituire lo strumento per sollevare il giudicante dalla responsabilità che gli è attribuita (e per ricondurre alla logica formale deduttiva quella che è invece una decisione irrimediabilmente impregnata del metodo retorico-persuasivo). D'altro canto, ove la legge, irragionevolmente, irrigidisca il principio generale, non è data soluzione in via ermeneutica, poiché, si sarebbe portati a dire, vi si oppone la dura natura delle cose (in questo caso l'oggettivo tenore letterale della presunzione). All'interprete quindi altro non rimane che invocare l'intervento di un potere superiore, quello del giudice delle leggi, per riportare la dinamica del principio di proporzionalità in quella discrezionalità costituzionalmente rigenerata⁵⁷ che ne costituisce il corretto ambito di appartenenza.

⁵⁵ Corte cost., sentenza n. 110 del 2012 cit.

⁵⁶ Cass., 20 gennaio 2012, Lisi e al., n. 4377, in C.e.d. 251793.

⁵⁷ Così G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 347. V. anche, riprendendolo, D. NEGRI, *Fumus*, cit., p. 11.

8. Il *fumus commissi delicti*.

Un altro nodo in merito al quale il principio in esame ha mostrato tutta la sua vitalità, dando origine ad una delle più convincenti teorie elaborate, è quello del *fumus commissi delicti*. La proporzionalità, in questo ambito, imporrebbe all'interprete di applicare, ogniqualvolta chiamato a decidere sulla applicazione di una misura cautelare personale, il criterio di giudizio tipico del dibattimento (sebbene nella consapevolezza che, nella fase preliminare, il metodo probatorio è di necessità diverso e il materiale probatorio – in quanto in via di formazione – può essere incompleto e provvisorio). La logica di fondo che accompagna simile ricostruzione è legata al principio di proporzione: posto che gli effetti derivanti dalla cautela personale sono in tutto assimilabili a quelli della pena (sebbene diverse bisogna che ne siano le ragioni a fondamento), occorre che il parametro di giudizio a giustificazione della restrizione della libertà personale rimanga unitario, tanto in sede di cognizione quanto in sede cautelare: un accertamento della responsabilità prossimo alla certezza. Ciò che può variare, come si è già osservato, riguarda il solo metodo probatorio – che prima del dibattimento non può ancora essere il contraddittorio, quantomeno non nella sua pienezza – e la provvisorietà dell'accertamento, tipica della sede cautelare e non del giudizio di cognizione. Ma lo *standard* per restringere *in vinculis* un individuo non può variare, pena altrimenti la violazione della proporzionalità. Da ciò deriva appunto che, con il parametro dei gravi indizi di colpevolezza, sia necessario intendere un convincimento, con riguardo alla responsabilità del soggetto della cui libertà si decide, prossimo alla certezza: naturalmente, *rebus sic stantibus*, vale a dire nella consapevolezza della provvisorietà tipica di ogni accertamento cautelare.

Si tratta della teoria probabilmente più affascinante e più efficace derivata dal principio di proporzionalità (sebbene stenti, per ragioni pratiche legate alla difesa sociale, ad essere recepita dal diritto vivente)⁵⁸. Essa mette in luce, come poche altre, il legame forte tra la logica della proporzione, quale metodo di attuazione in concreto e *in procedendo* della presunzione d'innocenza, e il principio di colpevolezza implicante il divieto di applicare una pena ad un individuo senza un previo giudizio⁵⁹. Nel fare ciò, si pone in luce, tangibilmente, quel più volte evocato e ben conosciuto rapporto inscindibile tra diritto penale sostanziale e processo che caratterizza tutta l'epoca moderna della penalità.

9. Un filo conduttore.

Se guardiamo alle questioni cautelari esaminate, pur nella loro eterogeneità, è facile cogliere un filo conduttore comune che coinvolge il metodo ermeneutico seguito.

⁵⁸ G. TODARO-F. VARONE, *La difesa nel procedimento cautelare personale*, cit. p. 53-61.

⁵⁹ Si rinvia *supra*, § 1.

Da un lato, emerge il rifiuto di regole rigide omnicomprensive, nella attuazione del principio in esame; dall'altro la valorizzazione di quella che è stata definita una forma di "proceduralità argomentativa": essa si concretizzerebbe nella "espressione puntuale degli impegni motivazionali che l'applicazione dei principi al caso vivo comporta", così impedendo le derive dell'arbitrio soggettivo, e ponendosi a garanzia della correttezza della conclusione.

In sostanza, ci troveremmo di fronte, grazie al principio in questione, a una forma di libertà giudiziale, tenuta ferma, nella sua logica complessiva, dai passaggi argomentativi imposti all'organo giudicante dal *test* di proporzionalità⁶⁰. In tal guisa, verrebbe rifiutata la tradizionale logica deduttiva formale (e il metodo sussuntivo); al tempo stesso, rimarrebbe garantita la ragionevolezza della decisione, sotto il duplice aspetto della decifrabilità del percorso logico argomentativo seguito e della confutabilità *ex adverso* da chi abbia subito gli effetti della cautela. Non a caso, i fautori della proporzionalità, in tutti gli aspetti che potenzialmente possono da essa derivare, usano la metafora dell'arte ("arte cautelare"⁶¹), per evidenziare i due opposti costituiti dall'atto creativo, da un lato, e della decisione tecnica, dall'altro, assunta secondo criteri razionali passibili di verifica (sebbene senza regole rigide). A conferma di ciò, si è da altri ripresa l'idea della discrezionalità rigenerata, originariamente introdotta per evidenziare gli effetti derivanti dall'impatto dei diritti costituzionali in materia di libertà personale⁶².

Simili tentativi di spiegare il fenomeno originato dalla nuova rivisitazione di un principio antico richiamano altre metafore, quale quella del giudice tessitore e del giudice rapsodo⁶³, la cui capacità ricostruttiva, in un caso, e creativo-inventiva, nell'altro, starebbero alla base della rottura del paradigma giuridico tradizionale, in favore di un ritorno a epoche lontane dalla logica formale o deduttiva, e più vicine, per richiamare la lezione sempre attuale di Alessandro Giuliani, all'ordine isonomico medievale⁶⁴: a un contesto culturale e cognitivo, in cui logica e retorica non erano in contrapposizione, ma in qualche maniera complementari.

Tuttavia, è bene al tempo stesso richiamare il limite già prima posto in evidenza: esso è rappresentato, stando alla giurisprudenza della Corte costituzionale, dalla lettera della norma che, ove chiara, non può essere superata attraverso il metodo

⁶⁰ T. E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche*, cit., p. 6 -8.

⁶¹ T. E. EPIDENDIO, *op. cit.*, p. 8.

⁶² Cfr. G. Amato, *Individuo e autorità*, cit., p. 347; D. NEGRI, *Fumus*, cit., p. 11.

⁶³ Cfr. sul tema M. VOGLIOTTI, *Production du droit en reseau et juge "tisseur". De quelques epiphanies de l'experience juridique medievale au sein de la justice penale internationale*, in M. Delmas Marty, E. Fronza, E. Lambert Abdelgawad (a cura di), *Les sources du droit international penal. L'experience des Tribunaux Penaux Internationaux et le Statut de la Cour Penale Internationale*, Société de Législation Comparée, Paris, 2004, p. 361 s. Ancora, ID., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 54-71; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, p. 21.

⁶⁴ A. GIULIANI, voce *Prova (fil. dir.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 525-526, e 533. Di Alessandro Giuliani, cfr. prima ancora *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, ristampa inalterata, Giuffrè, Milano, 1971, p. 168.

della interpretazione conforme. Si tratta, come evidente, di un tentativo di coniugare la libertà implicata dal canone di proporzione in capo al giudice con il mantenimento di una qualche efficacia al principio di legalità (per l'appunto, il riferimento alla lettera della disposizione)⁶⁵.

V'è da chiedersi se questo limite sia destinato a resistere, o possa a sua volta essere superato. Ancora una volta, e tralasciando le questioni teorico-filosofiche, che pur propendono per la seconda tra le opzioni sul tappeto, la risposta pare risiedere nella capacità penetrativa che il diritto europeo sarà in grado di esplicitare nel nostro ordinamento (sebbene, in teoria, anche il quella sede valga il divieto di interpretazione *contra legem*⁶⁶). Il metodo della interpretazione conforme – letto nell'ottica europea – si mostra infatti molto meno sensibile al vincolo costituito dalla lettera della legge, rispetto al suo omonimo elaborato dalla Corte costituzionale italiana. Ciò è dovuto a diverse ragioni. Innanzi tutto, le previsioni dell'Unione sono quasi sempre prive di tassatività, tendendo a mostrarsi come orientative, indicative di un indirizzo ermeneutico, e non come chiuse fattispecie cristallizzate in previsioni specifiche; dall'altro, l'approccio della Corte di Giustizia alla interpretazione conforme pare meno attenta ai dettami del dato letterale delle previsioni, per il fatto che, come ogni Corte transnazionale, essa tende a sottrarsi al vincolo (e, prima ancora, alla stessa analisi) del diritto nazionale, al fine di affermare con più forza il valore precettivo di quello sovranazionale. Un esempio emblematico, sotto questo profilo, è costituito dal caso *Pupino*, in cui, a seguito di una ricostruzione non certo inappuntabile del sistema italiano nella materia considerata, e pur mantenendo, in apparenza, il divieto di interpretazione *contra legem*, si sollecitava il giudice a piegare in via interpretativa la norma interna in modo tale da individuare un nuovo caso *ad hoc* di incidente probatorio⁶⁷: là dove le ipotesi previste dall'art. 392 c.p.p. chiaramente non lasciavano spazio per una simile soluzione.

Vale la pena notare che, anche nel caso deciso dall'Alta Corte Regionale di Stoccarda in materia di mandato d'arresto europeo la proporzionalità si è prestata ad offrire al giudice – appartenente a un ordinamento in linea teorica ben fedele alla legalità formale – lo spunto per introdurre una ipotesi non prevista di rifiuto della

⁶⁵ Sul tema . VOGLIOTTI, *Dove passa il confine*, cit., p. 65-72, e il dibattito ivi riportato.

⁶⁶ Come giustamente osserva Roberto Kostoris, in realtà tale limite appare sistematicamente travalicato. R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit. p. 41.

⁶⁷ Cfr. R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 41-42. Sul caso *Pupino* si vedano inoltre S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in F. SGUBBI-V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, BUP, Bologna, 2007, p. 53 s.; (in particolare p. 64-76); V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1151-1153; ID., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 1 s. (in particolare p. 11); B. PIATTOLI, *La tutela dei diritti fondamentali: i principi della decisione quadro e le garanzie della normativa derivata*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 175.

Si veda inoltre L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3544. Ancora, con diversi argomenti e considerazioni, A. FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 640 s.

consegna. In sostanza – sebbene sia presto per trarre conclusioni⁶⁸ – l'approccio europeo alla proporzionalità lascia intravedere una certa capacità – che può forse destare qualche preoccupazione – di sottrarsi ai vincoli del dato letterale della previsione normativa: ciò attraverso, in alcuni casi, il dovere di disapplicazione gravante sul giudice nazionale⁶⁹; in altri, grazie al metodo della interpretazione conforme, declinato in chiave europea. Se consideriamo che l'area in cui l'Unione è legittimata a legiferare, in materia processuale penale, è piuttosto vasta, in ragione dell'art. 82 TFUE, è realistico preconizzare che il limite individuato dalla Corte costituzionale – la lettera della norma – possa essere valicato con una certa frequenza, e forse del tutto, col tempo, in nome del canone di proporzione.

10. Terreni da esplorare.

I casi e le vicende menzionati nei paragrafi antecedenti, lungi dall'esaurire il novero delle questioni effettivamente coinvolte nel corso di questi anni dal principio di proporzionalità, in materia cautelare, confermano piuttosto la vitalità e la capacità orientativa crescente del principio di proporzione, fermo restando che i casi concreti in cui esso ha svolto un ruolo di rilievo sono molto più numerosi.

Su un diverso piano, per le ragioni evidenziate in precedenza, occorre riconoscere come ormai il canone di proporzione sia da considerare proprio del sistema nella sua interezza, e dunque capace di esplicare una sua efficacia al di fuori del solo Libro IV del codice. Come si è indicato, il terreno su cui il procedere proporzionato appare invocabile sembra quello dei diritti inviolabili (cioè, tendenzialmente, degli art. 13, 14 e 15 Cost., oltre che della dignità umana, in generale presupposta da tutto l'ordinamento). Da un lato il predicato della inviolabilità sembra implicare un criterio razionale verificabile ogniqualvolta si intenda interferire con il diritto riconosciuto: in questo senso, la proporzionalità appare lo strumento guida ideale a perseguire il fine indicato, posto che essa è stata concepita proprio quale argine e canone di legittimazione di ogni invasione delle prerogative individuali da parte dello Stato. Dall'altro, le salvaguardie formali della riserva di legge e di giurisdizione si pongono a conferma della tesi sostenuta. Posto lo iato incolumabile tra previsione normativa scritta e momento applicativo, posto – in altre parole – il carattere sempre analogico, in senso lato, della attuazione in concreto delle disposizioni normative, occorre uno strumento

⁶⁸ Sono infatti ancora poche le decisioni della Corte di Lussemburgo nel settore processuale penale coinvolgenti la proporzionalità. Vale la pena menzionare il caso Radu (CGCE, sent. 29 gennaio 2013, C-396/11, *Radu*), nel quale tuttavia la Corte di Lussemburgo è rifuggita dalla questione rappresentata dalla proporzionalità (diversamente da quanto auspicato dall'Avvocato generale). Su di essa, senza pretesa di completezza, cfr. A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 112; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 149-150; S. CIVELLO CONIGLIARO-S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in [questa Rivista](#).

⁶⁹ Si rinvia a quanto detto *supra*, § 3.

che canalizzi il lavoro giudiziale verso un alveo razionale standardizzato, e imponga un percorso motivazionale in grado di consentire un efficace controllo *ex post*. La proporzionalità sembra in grado di soddisfare tutte le esigenze qui messe in luce: essa, pur lasciando all'interprete quella ineliminabile libertà sul merito, impone tuttavia di seguire un percorso cadenzato e razionale, quanto alle modalità di giustificazione della scelta adottata.

L'estensione del principio qui in esame a tutta l'area dei diritti inviolabili consente, tra l'altro, di mantenere un approccio coerente a materie che, in passato, sebbene caratterizzate dal fatto di appartenere tutte all'area dei diritti fondamentali, hanno ricevuto soluzioni ermeneutiche eterogenee sul piano giurisprudenziale: il riferimento corre, per esempio, ai tabulati, ai prelievi ematici coattivi, alle videoriprese⁷⁰. In due dei tre casi, la Corte costituzionale ha applicato, in tutto o in parte, la disciplina tipica di attività disciplinate dal codice – quella delle intercettazioni (disciplina che, fra l'altro, impone un vaglio di proporzionalità in maniera piuttosto evidente⁷¹); in uno, invece, ha più radicalmente precluso di procedere a determinate operazioni⁷²: tuttavia, la riforma legislativa che, a distanza di molti anni dalla pronuncia costituzionale, è intervenuta a regolare il settore, ha poi introdotto a sua volta il vaglio di proporzionalità⁷³.

Quanto al metodo imposto dal principio, come giustamente è stato osservato⁷⁴, esso è destinato ad operare in tre momenti diversi: per il legislatore, come parametro per verificare la correttezza del bilanciamento; per l'interprete, *a priori*, quando sia chiamato a incidere, potenzialmente, attraverso un proprio provvedimento, su uno o più diritti inviolabili, in tal maniera usando la proporzionalità quale orientamento per

⁷⁰ Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale n. 81 del 1993, in materia di dati del traffico telefonico; n. 238 del 1996 per quel che concerne i prelievi ematici coattivi; n. 135 del 2002 per quel che riguarda le riprese visive.

⁷¹ Sul punto si rinvia alla analisi di A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 76-79, le cui considerazioni rimangono, ancora, le più approfondite in materia.

⁷² Il riferimento è alla nota sentenza n. 238 del 1996. Sul tema, per una ricostruzione del problema, si rinvia agli autori menzionati alla nota successiva.

⁷³ Si vedano, senza pretesa di completezza, G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1217-1221; M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1223; P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*; in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 6 s.; C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 993 s.; D. CURTOTTI NAPPI-L. SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, *ivi*, 2011, p. 263 s.; E. DI SALVO, *Prova scientifica, indagini preliminari e garanzie difensive*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1177 s.; M. CORASANITI, *La banca dati del DNA: primi aspetti problematici dell'attuazione del Trattato di Prüm*, in *Dir. informatica*, 2009, p. 437; B. GALGANI, *Libertà personale e "raccolta" di campioni biologici: eccessi di zelo difensivo o formalismi della Suprema Corte?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1812.

Inoltre, cfr. il recente volume a cura di C. CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano, 2011. In particolare, quanto specificamente alla prova del DNA, si vedano i contributi di P. FELICIONI, *Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici* (p. 143 s.); G. LAGO, *Legge n. 85 e banche dati del DNA a fini di giustizia: spunti di studio comparato con raccomandazioni internazionali* (p. 183).

⁷⁴ D. NEGRI, *Fumus*, cit., p. 74.

sciogliere i margini di incertezza lasciati dalla legge; ancora per l'interprete, *a posteriori*, per verificare, se con il provvedimento adottato sia stato effettuato un (corretto) bilanciamento in concreto degli interessi in conflitto.

Alla luce delle considerazioni esposte, pare sostenibile che gli indici rivelatori della necessità di porre in essere il controllo di proporzione possano ragionevolmente ritenersi i seguenti: una messa a repentaglio di un diritto inviolabile, per le ragioni già espresse; la presenza di un "presupposto sostanziale", vale a dire di un fatto processuale, che giustifichi l'adozione di un provvedimento giudiziario, gravido di ricadute sulla fattispecie sostanziale; la ricorrenza di un presupposto cautelare, vale a dire di una esigenza processuale al cui servizio si pone la limitazione legale del diritto individuale.

Quanto al presupposto sostanziale (definito anche come fatto processuale a ricaduta sostanziale), il caso tipico è quello dei gravi indizi di colpevolezza, da cui discende sì l'applicazione di norme processuali, ma al tempo stesso implica *in toto* la verifica sulla sussistenza dell'illecito penale⁷⁵. Rientrano in questa categoria numerose ipotesi, in cui, con gradi diversi, ricorre il collegamento tra il provvedimento processuale da adottare e i requisiti costitutivi del reato (o parte di essi): i gravi indizi di reato, previsti per le intercettazioni; i presupposti di perquisizioni e ispezioni (che fanno comunque riferimento al "reato", alla ricerca delle cui tracce o del cui corpo sono orientate); i casi di compimento di atti idonei a incidere sulla libertà personale per prelevare campioni biologici o compiere accertamenti medici (artt. 224-*bis* c.p.p. e 359-*bis* c.p.p.), in cui il richiamo al reato è *in re ipsa*, trattandosi di provvedimenti destinati ad apprendere elementi materiali rilevanti per il reato.

Quanto alla sussistenza di esigenze processuali, occorre che il codice giustifichi l'intrusione nella sfera personale dell'individuo alla presenza di una necessità del procedimento (ad esempio, l'indispensabilità per proseguire le indagini; la necessità di ottenere tracce o cose pertinenti al reato, o il corpo del reato stesso; la necessità di eseguire operazioni per prelevare campioni biologici o compiere altri accertamenti medici, etc.). Infine, lo si rammenta, occorre si verta intorno a un diritto inviolabile: ne deriva, stando al solo terreno del processo penale, l'esclusione del canone di proporzione dalla sfera delle libertà economiche e della proprietà privata (ambito in origine, nella concezione della dottrina tedesca e nella rielaborazione europea, non certo immune dal principio di proporzionalità).

Si badi che ciò vale per i settori non toccati dal diritto europeo, vale a dire per quegli ambiti in cui la disciplina normativa sia tutta contenuta nella legge ordinaria e nella Carta fondamentale: in queste aree il vincolo della proporzione pare potersi limitare ai diritti inviolabili costituzionalmente previsti.

Quando invece il sistema interno recepisca, attraverso proprie fonti di rango ordinario, atti normativi dell'Unione europea, la proporzionalità pare imporsi a prescindere dal settore coinvolto, costituendo principio generale del sistema

⁷⁵ Daniele Negri parla di "fattispecie a sfondo materiale" (D. NEGRI, *Fumus*, cit., p. 36 s.).

sovranazionale⁷⁶. Ciò significa che, in questi contesti, anche se non si verta in materia di diritti inviolabili, ma si tocchi il rapporto tra potere invasivo dello Stato, da un lato, e tutela della sfera individuale, dall'altro, occorrerà applicare il controllo di proporzione⁷⁷.

In sostanza, ci avviamo verso un sistema differenziato, a seconda che, nel procedere, si "attui", in senso lato, una fonte UE oppure no.

Ad ogni modo, quale che sia l'origine del dovere incombente sul magistrato procedente, ogniqualvolta questi sia chiamato a incidere su una prerogativa implicante il canone di proporzione, dovrà porre il essere il controllo da esso sotteso: idoneità, stretta necessità e proporzionalità in senso stretto⁷⁸. In proposito emerge la diversa questione relativa al come debbano essere interpretate disposizioni normative che solo in maniera parziale richiamino il *test* di proporzione: nell'ottica qui sostenuta, esse vanno lette ed applicate come evocative dell'intero canone di proporzione, e non quali specifici accorgimenti da osservare entro lo stretto limite della formulazione letterale della previsione. L'applicazione integrale del metodo imposto dal principio di proporzionalità è preferibile infatti per conferire all'intera area della tutela processuale dei diritti fondamentali una piena coerenza. Esigenza – quella della coerenza complessiva del modo in cui la sfera individuale deve essere protetta all'interno del processo penale – destinata ad aumentare d'intensità, attraverso l'espandersi del diritto UE, per il quale, come visto, l'approccio olistico e integrale nella materia trattata è indiscusso.

In altre parole, ciò comporta che, ove l'interprete si imbatta in una previsione codicistica che evochi, sia pur parzialmente, il canone di proporzione, debba sentirsi vincolato all'integrale rispetto del metodo che esso impone, anche al di là di quanto previsto dalla specifica disposizione. Così, per esemplificare, il già menzionato criterio

⁷⁶ A tal proposito si rinvia agli artt. 5 par. 4 TUE e 52 par. 1 della Carta dei diritti UE. Per le conseguenze derivanti dal principio di proporzionalità nelle legislazioni nazionali attuative di fonti ordinarie UE cfr. A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 88-92; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 149-150.

⁷⁷ E' il caso, ad esempio, di tutti i provvedimenti di cautela reale destinati a tutelare la confisca – se la fonte della misura ablativa è da rinvenire in sede europea (quali, come noto, la maggior parte delle confische per equivalente o estese). Ancora, è il caso di procedimenti penali aventi ad oggetto reati a suo tempo introdotti nell'ordinamento nazionale per attuare fonti – per esempio direttive – dell'Unione europea. Come ha mostrato il caso *Åkerberg*, ove si tratti di attuare previsioni punitive di origine europea (ad esempio le frodi fiscali in materia di Iva), l'intero procedimento penale che ne segue deve improntarsi, in ogni momento, al principio di proporzionalità, così come a ogni altro principio fondamentale riconosciuto dalle fonti primarie dell'Unione europea (Trattati e Carta dei diritti): per rendere tangibilmente il concetto, nella vicenda citata, si trattava di stabilire se, in materia di reati in senso lato riconducibili alle frodi fiscali Iva, trovasse attuazione l'art. 50 della Carta dei diritti dell'Unione, in materia di *ne bis in idem*.

Va ad ogni buon conto segnalato quell'indirizzo giurisprudenziale per il quale il principio di proporzionalità deve trovare attuazione anche in materia di misure cautelari reali, con ciò operandosi in parallelismo con le cautele personali. Sul tema, cfr. L. MILANI, *Proporzionalità, adeguatezza e gradualità in tema di sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4168 s. Quanto alla giurisprudenza, si segnalano *Cass.*, S. U., 13 febbraio 2004, p.c. Ferrazzi in c. Bevilacqua, n. 5876, in C.e.d. n. 226711; *Cass.*, 15 dicembre 2011, Sartori, n. 12500, *ivi*, n. 252223. *Contra Cass.*, 16 gennaio 2007, Rosato e al., n. 16818, *ivi* n. 236490

⁷⁸ Si rinvia *supra*, § 5, per quanto riguarda il contenuto del *test* di proporzionalità come elaborato dal sistema tedesco (e per gli adeguati riferimenti bibliografici).

della indispensabilità delle intercettazioni, chiaramente evocativo della proporzionalità, impone di conseguenza la verifica puntuale della minima offensività e della proporzionalità in senso stretto. Si pensi ancora al dovere di selezionare, tra quelle possibili, le tecniche meno invasive, così come prescritto in materia di prelievo di campioni del DNA e di accertamenti medici *ex artt. 224-bis e 359-bis c.p.p.*⁷⁹: anche qui, idoneità e proporzionalità in senso stretto dovranno trovare integrale attuazione.

Simili considerazioni parrebbero foriere di conseguenze sul piano applicativo. Ad esempio, inducendo a rifuggire da interpretazioni poco rigorose nell'adozione di misure coercitive di diritti fondamentali⁸⁰, tanto sulla sussistenza del presupposto quanto sul piano dei motivi espressi a giustificazione del provvedimento adottato. O ancora, portando a ripensare certe misure atipiche sulle quali la giurisprudenza non sembra aver mostrato, almeno non sempre, un adeguato rigore, quali la radiografia o la endoscopia forzata per verificare se l'indagato abbia ingerito il corpo del reato⁸¹: quand'anche assimilabili simili operazioni a ispezioni, rimane da stabilire se sia rispettato in generale il principio di proporzione, sotto i due profili della minima offensività e della proporzionalità in senso stretto (o compressione in misura intollerabile del diritto tutelato): ciò dando per scontata l'idoneità della operazione.

Quanto alle conseguenze derivanti – al di fuori dell'ambito cautelare e in particolare nel terreno probatorio – dalla mancata osservanza del principio, esse paiono riconducibili in generale alla inutilizzabilità del dato probatorio ricavato.

Da un lato, la proporzionalità costituisce quella griglia procedurale razionale posta a tutela della dignità e libertà dell'individuo, nei termini innanzi descritti; dall'altro, l'inutilizzabilità, come si è avuto modo di osservare, rappresenta una ipotesi di invalidità posta a tutela della compromissione dei diritti fondamentali – e non solo quelli – in ambito probatorio⁸². Dove la libertà lasciata all'interprete nella ricerca di una

⁷⁹ Altri esempi, meno evocativi ma certamente indicativi del canone di proporzione, paiono essere, ad esempio, il dovere di rispettare il pudore di chi vi è sottoposto, nell'ambito di ispezioni e perquisizioni personali; il divieto di effettuate nel domicilio perquisizioni oltre determinati limiti temporali, salvo urgenza e previa disposizione scritta dell'autorità giudiziaria.

⁸⁰ Il riferimento è, in ambito di intercettazioni, alla tendenza a rifuggire da un rigoroso controllo sui presupposti applicativi della misura investigativa in sede di legittimità, giustificando la scelta con la considerazione che si tratta di questione di merito, sottratta alla verifica della Suprema Corte. Sul tema si rinvia, tra le tante, a Cass., 25 settembre 2005, Scremin, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 263. Ancora, Cass., 28 ottobre 2008, Chiocci, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4321, sulla possibilità di disporre intercettazioni telefoniche a seguito di ricezione di denuncia anonima (ma anche Cass., 9 settembre 2010, Lombardi e altro, in *Guida al dir.*, f. 43, p. 97, sulla verifica in sede di cassazione della congruità della motivazione sulla sussistenza dei gravi indizi di reato).

⁸¹ Cfr. S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3557; A. MACCHIA, *L'indiziato e l'esame radiologico coattivo – adesso serve un chiarimento legislativo*, in *Dir. e giust.*, f. 12, 2006, pag. 50; M. GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 558; P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 111-115.

⁸² Osserva C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 782, a proposito del concetto di divieto, che «Si tratta di un concetto che finisce per prescindere dall'esistenza di una norma espressa formulata in chiave di divieto; una simile caratteristica è risultata evidente fin dai primi anni di vigenza del codice Vassalli e, probabilmente, non era esclusa

violazione effettiva dell'interesse protetto trova la possibilità di una sottoposizione a verifica razionale attraverso il canone procedurale di proporzione.

Da queste considerazioni deriva che il vizio in esame deve operare non soltanto in caso di mancata osservanza della specifica previsione di legge che richiami, in maniera parziale, il principio di proporzionalità; ma anche, per le ragioni espresse, quando il *test* implicato dal principio in esame non sia stato attuato nella sua interezza. Infatti, in entrambe le ipotesi, l'invasione del potere autoritativo nella sfera individuale finisce per essere il frutto di una scelta arbitraria e non ponderata – o non ponderata quanto necessario – da parte del potere pubblico⁸³.

Emerge dunque, attraverso la logica della proporzionalità, quella riconduzione del vizio processuale a “sanzione”, tradizionalmente non accolta dalla dogmatica⁸⁴: la

neppure dalla *voluntas legis*». Sulla tematica, per tutti, A. SCELLA, voce *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2009, p. 484 s.; ID., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2000, 152 s. V. ancora G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 522; F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 243 s.

⁸³ Si pensi ancora al tema delle ispezioni o perquisizioni informatiche. Qui indice del dovere di rispettare la proporzionalità paiono essere, oltre al presupposto a rilevanza sostanziale (la necessità di accertare tracce ed effetti materiali del reato; quella di apprendere il corpo del reato, etc.), il dovere di adottare le misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione. Una intrusione nella sfera privata – quale certamente è quella costituita dalla ispezione o dalla perquisizione di un computer personale – sarebbe sproporzionata se condotta con un metodo che non offrisse garanzie quanto alla genuinità dei dati. Prima ancora che sul piano valutativo, il problema, se letto in chiave di proporzionalità, si sposta sul terreno della ammissibilità dello strumento invasivo e sulla utilizzabilità del dato ottenuto. Da qui una ulteriore conseguenza. Il canone di proporzione pare condurre a ripensare, se non *in toto*, almeno in parte consistente, l'antica teoria del *male captum, bene detentum*. In particolare, il terzo passaggio del *test*, quello della proporzionalità in senso stretto, potrebbe condurre alla esclusione della prova acquisita abusando di un potere d'intrusione della sfera privata, quando il bilanciamento dei valori in gioco lasci apparire privo di giustificazione il ricorso al mezzo invasivo: per esempio, ma non solo, a causa della scadente resa sul piano tecnico-scientifico del metodo seguito. Come si dice, evocando l'origine del principio di proporzionalità, non si spara ai passeri con i cannoni (e non è dato usare il martello pneumatico per rompere una noce, quando, ben meglio, si potrebbe usare lo schiaccianoci) [A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 61]. La metafora dei cannoni e dei passeri è di F. FLEINER: «*Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*» e riportata in D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 14, nt. 15; mentre quella dello schiaccianoci è di Lord w. J. K. Diplock nella decisione della *House of Lords*, 20 gennaio 1983, [1983] 1 WLR 151, *R. v Goldstein (Alexander Joseph)*: «*the principle of proportionality prohibits the use of a steam hammer to crack a nut, if a nutcracker would do it*», riportata in N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1995 p. 2 .

Da ultimo, si può supporre che un uso pieno del canone di proporzione avrebbe condotto a soluzioni diverse in materia di videoriprese: in specie quelle non comunicative che abbiano luogo in locali che – pur non costituendo domicilio – servano a proteggere la riservatezza, il pudore, la dignità dell'individuo (quali le *toilettes* dei locali pubblici). Cfr. in proposito M. P. ADDIS, *La dignità umana come limite all'acquisizione di prove penali*, Tesi dottorale, Bologna, 2007, p. 81 s., in particolare p. 84-87. Sul tema, più in generale, ID., *Diritto all'autodeterminazione informativa e processo penale in Germania*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale*, Aracne, Roma, 2007, p. 87 s.

⁸⁴ Come noto, la dottrina tradizionale ha ricondotto le invalidità processuali nell'alveo della categoria degli oneri, rigettandone la qualifica di sanzione. Come insegna Conso, il fenomeno della invalidità non può essere assimilato a quello della illiceità, proprio perché esso parte da un genere di normazione del tutto

conseguenza invalidante qui infatti finisce per operare come reazione alla ingerenza autoritaria ad opera del potere pubblico nella sfera più intima dell'individuo, con la conseguente degradazione della sua dignità.

11. Conclusioni.

Giunti al termine della trattazione, si impone un riepilogo che cerchi di tessere in una unica tela i diversi fili intrecciati nel corso della analisi.

Ad oggi, in parte quale sviluppo della legalità costituzionale, in parte in ragione del progressivo espandersi della sfera d'influenza del diritto europeo su quello nazionale, il principio di proporzionalità può dirsi improntare il sistema processuale penale nella sua interezza: se non nell'immediato, certamente in chiave evolutiva. Del resto, al fondo, è nel terreno del procedimento che trova la massima espressione l'antitesi continua tra autorità e individuo, alla cui sintesi la proporzionalità è costantemente chiamata.

Al momento, tuttavia, pur potendosi parlare di un principio generale, diverse, almeno parzialmente, risultano le sue aree di operatività. Limitata ai diritti inviolabili quella ove il rapporto tra potere pubblico e individuo sia regolata dal solo diritto italiano; comprensiva di ogni prerogativa del singolo quella in cui la fonte italiana attui, anche in via non diretta e non immediata, il diritto dell'Unione europea.

Il metodo di realizzazione del canone di proporzione rimane in ogni caso il medesimo, improntato al *test* tripartito elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca, in origine, e recepito, con qualche lieve difformità, a livello europeo⁸⁵. In ogni caso in cui l'interprete sia chiamato a dare attuazione al principio, la verifica tripartita dovrà essere effettuata nella sua interezza, pena la violazione del principio in questione. La conseguenza della trasgressione, integrale o parziale, del principio di proporzione, sul piano processuale, pare da ricondurre – in ambito cautelare – tendenzialmente alla (perdita di) efficacia della misura: in alcuni casi, tuttavia, essa finisce per coinvolgere la validità del provvedimento coercitivo stesso, ove

differente. Se con lo strumento della illiceità il legislatore isola comportamenti proibiti, e cerca, attraverso la previsione di divieto, di precluderne il compimento ai consociati, con il congegno dell'onere⁸⁴ si tenta di veicolare un'attività valutata favorevolmente in canali prestabiliti. Da qui, innanzi tutto, la riconduzione dei vizi degli atti al settore delle c.d. "norme di favore", dettate non per proibire, ma per regolare; in secondo luogo, alla stessa matrice si lega la natura di onere della invalidità. L'ordinamento non punisce la disobbedienza ad un divieto, nel caso dell'imperfezione dell'atto: semplicemente pone ai destinatari del comando una condizione, assolta la quale il risultato produrrà in pieno i propri effetti. Per converso, ove non siano osservate le prescrizioni dettate dalla fattispecie, semplicemente l'effetto giuridico desiderato non potrà dirsi raggiunto. Sul tema, per tutti, cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 7-8, e 61-65; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1955, p. 256-269 (in particolare p. 264). Volendo, cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., p. 19.

⁸⁵ Per la declinazione in ambito della giurisprudenza europea del controllo di proporzionalità, cfr. A. MARLETTA, *Il principio*, cit., p. 75 s.

comprometta la sussistenza dei presupposti legittimanti la restrizione originaria del diritto individuale tutelato. cautelare Limitatamente al settore della prova, la conseguenza tendenziale pare quella della inutilizzabilità del dato ottenuto senza osservare la dovuta proporzionalità (o senza osservarla nella sua interezza).

Il canone riafferma – se mai ce ne fosse stato bisogno – l’emancipazione del momento applicativo da quello normativo formale, così rievocando la figura del giudice tessitore e della proceduralità argomentativa. Al tempo stesso, esso reincanala nell’alveo della ragione – anche se si tratta di mera ragion pratica – il percorso che l’interprete è tenuto a seguire, se ambisce a ingerirsi legittimamente nella sfera dell’individuo.

Per la sua capacità di operare come tramite tra due fonti che stentano, nel momento storico attuale, a operare in armonia (la legge positiva e la giurisprudenza), esso pare esplicitare una efficacia anche in chiave di sviluppo potenziale. Il riferimento, qui soltanto accennato, esaminando le ricadute sul piano della inutilizzabilità, è alla intera area della invalidità degli atti, ove la ricerca di un effettivo pregiudizio pare emergere in maniera sempre più nitida. Posto che il pregiudizio in concreto pare sempre più pervasivamente essere posto alla base dei casi d’invalidità degli atti, occorre quanto meno ricostruire un percorso razionale di verificabilità della decisione giudiziale. La proporzionalità, in questo senso, pare prestarsi a punto di partenza per lo sviluppo della riflessione, come già emerso nei primi tentativi tesi a riempire di un contenuto logico un parametro sinora misconosciuto⁸⁶.

⁸⁶ Il riferimento è alla proposta di Piero Gaeta volta ad elaborare un *test* per accertare la sussistenza di un pregiudizio effettivo derivante dalla violazione di un principio CEDU. Secondo l’Autore, occorrerebbe accertare: la natura del diritto che si assume violato; la gravità dell’incidenza della violazione allegata sull’esercizio del diritto; le conseguenze sulla posizione personale della parte che eccepisce l’invalidità. Come si vede, sono non poche le assonanze con la verifica tripartita della proporzionalità. Cfr. [P. GAETA, La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del “pregiudizio effettivo” nella giurisdizione di Strasburgo, in Dir. pen. cont. – Riv. Trim., 1, 2012, p. 164.](#)