

## QUESTIONI APERTE

---

### Misure cautelari

#### La decisione

**Misure cautelari - Obbligo di dimora - Fungibilità delle misure cautelari - Ricalcolo della pena** (Cost. artt. 13, 27; C.p. artt. 137, 138; C.p.p. artt. 283, 284, 285, 657, 722)

*Ai fini della determinazione della pena detentiva da eseguire a seguito della condanna per un reato, la misura cautelare dell'obbligo di dimora, subita in relazione ad esso, qualora sia accompagnata dall'imposizione di prescrizioni tali da renderla assimilabile al regime degli arresti domiciliari e, dunque, fungibile con la pena inflitta.*

CASSAZIONE, SEZIONE PRIMA, 13 marzo 2020 (ud. 25 febbraio 2020), SANTALUCIA, *Presidente* - ORSI, P.G. - Dines Colin Edward, *Ricorrente*

#### Lo strano caso della fungibilità dell'obbligo di dimora

La Prima sezione della Corte di cassazione ha scelto di escludere una decisione basata sul *nomen iuris* della misura cautelare, orientando la propria valutazione verso le concrete e sostanziali restrizioni dell'obbligo di dimora che, applicandosi per diciotto ore al giorno, è da paragonare a una misura di custodia cautelare domiciliare. E se così è analogamente al regime degli arresti domiciliari, anche l'obbligo di dimora, quando disposto con le suddette modalità, è da considerare fungibile con la pena finale e, perciò, detraibile ai sensi dell'art. 657, co. 1, c.p.p.

*The strange case of the fungibility of the residence obligation*

*The First Section of Corte di Cassazione has chosen to exclude a decision based on the precautionary measure's nomen iuris, orienting its assessment towards the concrete and substantial restrictions of the residence obligation which, applying for eighteen hours a day, is to be compared to a measure of home custody. And if this is similar to the house arrest regime, also the residence obligation, when ordered in the aforementioned way, is to be considered fungible with the final sentence and, therefore, deductible pursuant to art. 657 paragraph 1 c.p.p.*

**SOMMARIO:** 1. La sentenza - 2. La misura cautelare dell'obbligo di dimora - 3. La fungibilità delle misure cautelari disposte nell'ordinamento interno e non solo - 4. Riflessioni sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di fungibilità

1. *La sentenza.* La Corte di cassazione, procedendo ad una valutazione sostanziale della misura cautelare, ha stabilito che l'obbligo di permanenza domiciliare, quando associato a prescrizioni particolarmente stringenti, tali da renderlo assimilabile agli arresti domiciliari, deve essere considerato fungibile con la pena inflitta.

La sentenza<sup>1</sup> concerne un cittadino inglese che, a seguito dell'emissione di un mandato di arresto europeo, era stato sottoposto a misura cautelare sul territorio inglese, nello specifico all'obbligo di dimora, in ragione del quale ricorreva per la rideterminazione della pena finale, conseguente alla sentenza definitiva italiana, in applicazione della detrazione del pre-sofferto estero. Secondo il ricorrente, infatti, per il periodo tra il marzo e il luglio 2010, l'obbligo di permanenza domiciliare avrebbe riguardato la fascia oraria compresa tra mezzogiorno e le sei di mattina, dunque, un obbligo di diciotto ore su ventiquattro. È proprio per l'afflittività della misura, a questo punto assimilabile agli arresti domiciliari, che la Corte ha dichiarato fondato il ricorso e rimesso al g.i.p. per la rideterminazione della pena. Analogamente, da considerare ai fini della rideterminazione, è il giorno di detenzione estera, sofferto in funzione della consegna per il mandato di arresto europeo. Al contrario, è da escludersi la fungibilità con la pena, per gli ulteriori periodi di obbligo di dimora, sofferti dal medesimo ricorrente che, però, avevano ad oggetto fasce orarie molto ristrette, di circa tre ore al giorno.

2. *La misura cautelare dell'obbligo di dimora.* La questione principale concerne la modalità di applicazione della misura cautelare dell'obbligo di dimora. Quest'ultima, come le altre misure cautelari personali, risponde ad una specifica esigenza processuale cautelare (gravi indizi, pericolo di fuga, inquinamento probatorio e pericolo di reiterazione) non estendibile ad ulteriori finalità, quali l'anticipazione dell'esecuzione della pena, così come previsto dalla lettura combinata degli articoli 13, comma 2 e 27 della Costituzione e 271 e 277 del c.p.p.<sup>2</sup>. Ancora è altrettanto vero che la discrezionalità legislativa, presente in materia, non dovrebbe mancare di considerare l'applicazione delle misure a partire da quelle che implicino il minor sacrificio per il destinatario, sulla base dei principi di adeguatezza e graduazione di applicazione delle misure cautelari che, se non considerati, violerebbero l'art. 3 della Costituzione<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Così la sentenza annotata, Cass., Sez. I, 13 marzo 2020, D., in *questa Rivista*.

<sup>2</sup> CORSO, *Le misure cautelari*, in *Procedura Penale*, Torino, 2019, 381.

<sup>3</sup> MANI, *La misura cautelare dell'obbligo di dimora e la sua computabilità quale presofferto*, in *Giur. it.*, 2013, 2, 456.

Il provvedimento che dispone l'obbligo di dimora, previsto dall'art. 283 c.p.p., impone, più in generale, all'indagato di non allontanarsi dal territorio del comune di dimora abituale, senza previa autorizzazione. Più nello specifico, invece, il giudice ha la possibilità di incidere sulla misura attraverso una serie di diverse ed ulteriori prescrizioni, quali l'obbligo di comunicare all'autorità gli orari ed i luoghi in cui si è quotidianamente reperibili per i controlli e il divieto di allontanamento dall'abitazione in determinate ore del giorno e della notte, la vera novità del Codice Rocco, che «copre lo spazio cautelare tra l'obbligo di dimora e i veri e propri arresti domiciliari»<sup>4</sup>.

La sentenza in commento analizza le diverse modalità di obbligo di dimora, così come applicate dall'autorità inglese, a seguito del mandato di arresto, funzionali ad evitare la fuga del soggetto richiesto dall'Italia. Per un primo periodo l'obbligo ha riguardato la fascia oraria tra le diciassette e le venti, per un secondo periodo quella tra le quindici e le diciotto, in entrambi i casi un lasso di tempo di tre ore. Solo successivamente, infatti, l'obbligo di dimora è, invece, stato ampliato notevolmente andando a comprendere diciotto ore, tra mezzogiorno e le sei del mattino. In tutti questi casi l'autorità inglese ha applicato la misura con delle peculiari restrizioni, ammissibili anche nel nostro paese, come dal testo del suddetto articolo.

Di interesse è, però, solo il periodo che ha visto la libertà del soggetto destinatario della misura, limitata in maniera rilevante, dunque, in modo non perfettamente rispondente alla *ratio* dell'art. 283 c.p.p. Negli altri casi, infatti, la Cassazione<sup>5</sup> ha già stabilito che manchi un pregiudizio alle normali esigenze quando l'obbligo di dimora prescriva al soggetto di non allontanarsi esclusivamente per alcune ore del giorno o tra le ore diciotto e le ore sei del mattino successivo. Perciò, un vincolo di questo tenore, non eccessivamente limitante, posto in capo al destinatario della misura non sembra creare questioni circa la configurabilità di una indebita trasformazione della misura in una maggiormente afflittiva e, dunque, l'emersione di una violazione dell'art. 3 della Co-

---

<sup>4</sup> SPAGNOLO, *Le "tradizionali" misure prescrittive*, in *Il pluralismo delle misure cautelari*, a cura di Bronzo, La Regina, Spagnolo, Padova, 2017, 49.

<sup>5</sup> Cass., Sez. IV, 21 maggio 1999, Bassi, in *Mass. Uff.*, n. 216488.

stituzione, nel rapporto con la più afflittiva e custodiale misura degli arresti domiciliari<sup>6</sup>.

La misura cautelare dell'obbligo di dimora sarebbe un «congegno cautelare non custodiale [...] con cui il legislatore ha voluto offrire al giudice uno strumento in grado di confinare la custodia cautelare in ambiti più esigui»<sup>7</sup>, individuando, così, una misura meno incisiva rispetto a quella degli arresti domiciliari, soprattutto se si considera che la misura dovrebbe essere applicata specificando i presupposti, tali da scongiurare una riduzione generica e indeterminata della libertà personale e di movimento dell'indagato o imputato che realizzerebbe un'alterazione della misura, come pensata dal legislatore<sup>8</sup>.

Circa la possibilità, invece, che la misura diventi più afflittiva, come nel caso in oggetto, si è sostenuto che la prescrizione, quando relativa a limiti temporali alquanto "rigidi", presenti delle analogie con la misura cautelare degli arresti domiciliari, in particolare relativamente all'obbligo dell'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o dagli altri luoghi consentiti. Tanto è vero che, soprattutto procedendo alla lettura dell'art. 284 comma 3 c.p.p.<sup>9</sup>, si evince la somiglianza tra le misure nella parte in cui la norma prevede che sia possibile al soggetto sottoposto all'arresto, di allontanarsi per provvedere alle indispensabili esigenze o per esercitare un'attività lavorativa<sup>10</sup>. La differenza che sembra mancare, si trova, invece, procedendo con l'analisi dell'obbligo di dimora, nel soggetto destinatario della misura che è di regola libero di lasciare la sua abitazione, proprio perché le restrizioni più stringenti non dovrebbero, comunque, arrecare pregiudizio alle normali esigenze di lavoro, anche se non sussiste un'assoluta necessità dell'apporto economico derivante dal suo lavo-

<sup>6</sup> SPANGHER, *art. 283 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, Milano, 2017, V ed., Tomo I, 2965.

<sup>7</sup> CERQUA, *Il divieto e l'obbligo di dimora: le finalità cautelari delle misure*, in *Le misure cautelari personali*, a cura di Spangher, Santoriello, Torino, 2009, 371.

<sup>8</sup> Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2003, Bonadonna, in *Mass. Uff.*, n. 224705. Nello stesso senso SPANGHER, *art. 283 c.p.p.*, cit., 2695.

<sup>9</sup> Art. 284 comma 3: Se l'imputato non può altrimenti provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita ovvero versa in situazione di assoluta indigenza, il giudice può autorizzarlo ad assentarsi nel corso della giornata dal luogo di arresto per il tempo strettamente necessario per provvedere alle suddette esigenze ovvero per esercitare una attività lavorativa.

<sup>10</sup> GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2003, II ed., 387.

ro. Infatti, il suddetto divieto non dovrebbe avere ad oggetto un numero di ore superiore a dodici nell'arco della giornata o riguardare quelle normalmente utilizzate per lo svolgimento dell'attività lavorativa<sup>11</sup>. Non è, d'altronde, una violazione della *ratio* originaria della misura, il provvedimento con il quale si proibisce al destinatario di lasciare l'abitazione nelle ore notturne, nel caso in cui le ragioni della cautela siano pensate e determinate proprio in relazione al lavoro svolto<sup>12</sup>. Negli arresti domiciliari, invece, il soggetto è da considerarsi in stato di custodia cautelare, come afferma il comma 5 dell'art. 284 c.p.p. e la possibilità di uscire dall'abitazione è limitata, appunto, alle situazioni di assoluta indigenza<sup>13</sup> o alle indispensabili esigenze di vita; c'è da aggiungere che, nell'obbligo di dimora, anche quando costruito in maniera particolarmente afflittiva, manca la prescrizione del divieto di comunicare, presente, al contrario, negli arresti domiciliari<sup>14</sup>.

La differenza strutturale tra l'obbligo di dimora e gli arresti domiciliari è rafforzata anche dal difforme regime che si delinea in virtù della violazione delle singole prescrizioni, dal momento che del delitto di evasione, ex art. 385 c.p., risponde esclusivamente la persona sottoposta agli arresti domiciliari, visto che la misura appartiene al *genus* delle misure custodiali<sup>15</sup>. Infatti, il soggetto sottoposto agli arresti domiciliari, pur se autorizzato ad allontanarsi per cause e in tempi autorizzati e ben determinati, rimane in stato di custodia, dunque, in una "condizione di non libertà"; al contrario, colui che è sottoposto

<sup>11</sup> MANI, *La misura cautelare dell'obbligo di dimora e la sua computabilità quale presofferto*, cit., 457-458. Nello stesso senso, SPAGNOLO, *Le "tradizionali" misure prescrittive*, cit., 51.

<sup>12</sup> Cass., Sez. V, 11 luglio 2001, Stefanelli, in *Mass. Uff.*, n. 219811.

<sup>13</sup> Cass., Sez. IV, 10 dicembre 2004, Sgroi, in *Mass. Uff.* 230933, l'assoluta indigenza non deve considerarsi in termini assoluti, ma in relazione ai bisogni primari dell'individuo, tra cui sono da ricomprendersi le spese per l'alloggio, il vestiario, oltre che quelle dei soggetti a suo carico, compresa l'educazione. Al contrario Cass., Sez. I, 20 ottobre 2002, Organista, in *Mass. Uff.* 222941 per cui l'assoluta indigenza non può essere valutata in riferimento al nucleo familiare, ma solo considerando le condizioni personali del soggetto sottoposto alla misura.

<sup>14</sup> SPAGNOLO, *Le tradizionali misure prescrittive*, cit., 50. Nello stesso senso, PEDRONI, *Misure cautelari, artt. 283-286-bis*, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 2012, IV ed., Tomo I, 1719.

<sup>15</sup> Cass., Sez. VI, 5 novembre 2003, Proietti, in *Mass. Uff.*, n. 226933, proprio perché l'obbligo di dimora è una misura coercitiva e non una misura cautelare detentiva, non può configurarsi il delitto di evasione. Nello stesso senso MANI, *La misura cautelare dell'obbligo di dimora e la sua computabilità quale presofferto*, cit., 458; SPAGNOLO, *Le "tradizionali" misure prescrittive*, cit., 51; GREVI, CERESA GASTALDO, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Bargis, Padova, 2020, X ed., 355.

all'obbligo di dimora, pur se limitato da stringenti prescrizioni, rimane libero di muoversi nel territorio puntualizzato nell'ordinanza, salve le ore individuate<sup>16</sup>.

3. *La fungibilità delle misure cautelari disposte nell'ordinamento interno e non solo.* La questione principale è, dunque, l'ammettere che la misura cautelare dell'obbligo di dimora, emessa da un giudice italiano o straniero, quando accompagnata da prescrizioni restrittive a tal punto da rendersi assimilabile agli arresti domiciliari, possa considerarsi fungibile con la pena detentiva finale.

L'istituto della custodia cautelare indica qualunque privazione della libertà che risponde semplicemente ad esigenze cautelari e mai può considerarsi un'anticipazione della pena. L'art. 137 del codice penale disciplina l'istituto della fungibilità fra pena e custodia cautelare sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, sulla base del fatto che il periodo di restrizione non deve mai superare quello dovuto<sup>17</sup> e, qualora non fosse rispettato il diritto del condannato alla detrazione, cioè il computo della custodia cautelare nella pena definitiva, egli può promuovere incidente di esecuzione. Dunque, qualunque limitazione della libertà, anche se minima, risponde ad un interesse primario dello Stato che genera, però, un sacrificio in capo al destinatario. Qualora dovesse venir meno la ragione della suddetta restrizione, il legislatore ha elaborato delle modalità per compensare la limitazione subita, quali la riparazione per l'ingiusta detenzione, in caso di errore giudiziario e la fungibilità della pena<sup>18</sup>. Questi meccanismi, tuttavia, prendono in considerazione esclusivamente la misura cautelare della custodia in carcere, cui vengono equiparati, ex art. 284 comma 4 c.p.p., gli arresti domiciliari e quelli ospedalieri. In tal caso, infatti, il lasso di tempo trascorso in stato di custodia cautelare è considerato «parte equivalente della sanzione irrogata ove dovesse conseguire una condanna definitiva, e, per questa ragione, si sottrae dalla pena da eseguire in

---

<sup>16</sup> Corte cost., n. 215 del 1999.

<sup>17</sup> BRICOLA, *Il principio della fungibilità della carcerazione preventiva con la misura di sicurezza detentiva: sintomo di una progressiva crisi del sistema dualistico?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1961, 831.

<sup>18</sup> DI LERNIA, *La riparazione per ingiusta detenzione: profili ermeneutici e problematiche applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 7, 828.

concreto»<sup>19</sup>. Discutibile è, però, considerare opprimente la libertà personale solamente la misura della custodia in carcere; occorrerebbe, infatti, analizzare le diverse misure cautelari individuando le specifiche modalità di restrizione e capire perché, negli altri casi, non è permesso detrarre il periodo di soggezione a misura cautelare diversa dalla custodia in carcere<sup>20</sup>. L'istituto che ammette la suddetta detrazione è previsto dall'art. 657 c.p.p. che nel comma primo statuisce il computo della custodia cautelare subita per lo stesso o altro reato, anche se la custodia è ancora in corso, per determinare la pena detentiva finale<sup>21</sup>. La *ratio* della norma secondo alcuni è da individuare nella volontà del legislatore di escludere che il soggetto «paghi una seconda volta quanto ha già pagato senza motivo, sia pure per un altro reato»<sup>22</sup>, secondo altri, invece, è da individuare nella tutela dell'indagato, poi imputato, che subendo un processo dai tempi indefiniti, di cui è causa, in parte, l'effetto sospensivo delle impugnazioni, rischia di trascorrere in carcere un periodo di tempo quasi assimilabile alla pena<sup>23</sup>. Ancora, secondo altri, la *ratio* è da ritrovare nell'attuazione del principio del *favor liberatis*, verso cui tutta la materia penale dovrebbe tendere<sup>24</sup>. Dottrina<sup>25</sup> e giurisprudenza sono univoche nell'ammettere, come viene indicato anche dall'art. 657 comma 4 c.p.p.<sup>26</sup>, il limite temporale alla detrazione, possibile solo se si tratta di un reato commesso anteriormente alla detenzione senza causa<sup>27</sup> o, in ogni caso, alla custodia cautelare per procedimento ancora in corso<sup>28</sup>; quest'ultima scelta sembra essere condivisibile dal momento che evita la possibi-

<sup>19</sup> FUSI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2013, 337.

<sup>20</sup> BENENATI, *Quali limiti alla fungibilità con la pena delle misure coercitive non custodiali?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, vol. 4, 8, 1029.

<sup>21</sup> Art. 657 comma 1: Il pubblico ministero, nel determinare la pena detentiva da eseguire, computa il periodo di custodia cautelare subita per lo stesso o per altro reato, anche se la custodia è ancora in corso [...].

<sup>22</sup> GUARDATA, *sub art. 657*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Torino, 1991, vol. VI, 487.

<sup>23</sup> CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 134. Nello stesso senso CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2002, V ed., 276.

<sup>24</sup> GAITO, *Esecuzione*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2006, III ed., 949. Nello stesso senso DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Padova, 2003, V ed., 160.

<sup>25</sup> CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 134. Nello stesso senso GAITO, *Esecuzione*, cit., 949; DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2003, 849.

<sup>26</sup> Art. 657 comma 4: In ogni caso sono computate soltanto la custodia cautelare subita o le pene espiate dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire.

<sup>27</sup> Cass., Sez. I, 30 marzo 2000, Sapere, in *Mass. Uff.*, n. 216087.

<sup>28</sup> Cass., Sez. I, 29 gennaio 2000, Capone, in *Mass. Uff.*, n. 215387.

lità di maturare dei “crediti” nei confronti della giustizia<sup>29</sup>, così da diventare uno stimolo alla commissione di reati per la formazione, appunto, di una “riserva di impunità”<sup>30</sup>. L’art. 657 c.p.p. dovrebbe essere letto, comunque, pensando alla massima estensione del principio di fungibilità, come si è tentato di affermare con l’evoluzione dettata dall’entrata del nuovo codice; ricomprendendo, così, tutti i periodi di restrizione della libertà personale, dando origine ad una sorta di equiparazione tra custodia cautelare e pena, tra misura di sicurezza preventiva e pena, e ancora, tra pene della medesima specie quando è intervenuta una causa parzialmente estintiva. Perciò, suddetta norma dovrebbe essere considerata quale una norma di apertura e non di chiusura, tale da poter essere applicata indistintamente, ogni qual volta si presenti una limitazione della libertà personale. La questione, infatti, non dovrebbe essere tanto quella relativa alla scelta di computare o meno alcune misure cautelari, ma come computarle, vista la differenza sostanziale, anche in riferimento al grado dell’afflittività; fermo restando che sarebbe contrario alla presunzione di non colpevolezza un giudizio di responsabilità che non conferisca alcuna consistenza al pre-sofferto, in termini di computo finale, non tenendo, dunque, conto del sacrificio subito durante l’applicazione della misura cautelare<sup>31</sup>. Potrebbe, in questo senso, essere una soluzione quella di applicare «una equazione matematica con dei parametri necessariamente variabili, tanto più variabili quanto nel caso concreto sarà variegata la sfera ed il grado di incisione sulla libertà personale. Ovvio che la limitazione ristretta all’obbligo di firma o di presentazione non può essere equiparata ed avere quindi la stessa valenza di un giorno di custodia in carcere o di arresti ospedalieri o domiciliari. Sul punto, riflessione merita, però, il concetto di relatività e cioè che la lievità in astratto va correlata alla afflizione in concreto imposta, perché per il soggetto, le condizioni, le modalità di esecuzione spesso la misura dell’obbligo di presentazione, o anche il divieto di espatrio possono comprimere e gravare tanto quanto un giorno di detenzione o per una grande frazione di esso»<sup>32</sup>. Analogo strumento è presente altresì nei casi di custodia cautelare subita all’estero, come previsto dalla seconda parte dell’art. 138 c.p.<sup>33</sup>, che estende l’applicazione dell’art. 137 c.p. anche ai

<sup>29</sup> DEL COCO, *La fungibilità della custodia cautelare nell’ottica costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 3, 614 ss. Nello stesso senso DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962, 382.

<sup>30</sup> CITRARO, *La fungibilità della pena detentiva*, in [www.deiurecriminalibus.it](http://www.deiurecriminalibus.it).

<sup>31</sup> MANI, *La misura cautelare dell’obbligo di dimora e la sua computabilità quale pre-sofferto*, cit., 458-459.

<sup>32</sup> BENENATI, *Quali limiti alla fungibilità con la pena delle misure coercitive non custodiali?*, cit., 1029-1030.

<sup>33</sup> Art. 138: [...] se vi è stata all’estero custodia cautelare, si applicano le disposizioni dell’articolo precedente.



casì in cui la custodia cautelare sia subita all'estero e riferita allo stesso fatto per cui la sentenza viene pronunciata in Italia; tale omologazione non può, invece, verificarsi nel caso in cui la custodia all'estero sia sofferta per un reato diverso da quello oggetto di giudizio in Italia. Dunque, lo scomputo della custodia cautelare subita all'estero, in ragione della richiesta di estradizione presentata dallo stato italiano, quale unico presupposto rilevante, deve considerarsi possibile<sup>34</sup>. Per questo, se si considerano equivalenti le detenzioni cautelari sopportate all'estero e in Italia, certamente dovrà applicarsi la medesima disciplina anche per i termini di durata della custodia cautelare. Perciò, sulla base delle suddette norme, anche in relazione agli artt. 285 comma 3 e 657 c.p.p. e agli artt. 9 e 10 della Convenzione europea di estradizione<sup>35</sup>, la Corte di cassazione ha spiegato che, nei casi di estradizione passiva, il periodo di custodia cautelare sofferto in Italia, in pendenza del processo, è da detrarre dalla pena detentiva totale da scontare nello Stato richiedente, secondo le regole vigenti in Italia<sup>36</sup>. Dunque, anche nelle ipotesi di mandato di arresto esecutivo, nella procedura passiva di estradizione, qualora la misura cautelare applicata in Italia fosse di una durata inferiore rispetto a quella che il destinatario dovrebbe espiare all'estero, la consegna del soggetto dovrà avvenire solo in l'applicazione e per l'esecuzione della pena eccedente quella già subita con la custodia cautelare<sup>37</sup>. Analoga considerazione deve essere fatta per il mandato di arresto europeo, nel quale si è ammesso il principio della computabilità della custodia cautelare, come previsto dall'art. 26 n. 1 della l. 69/2005<sup>38</sup>. Secondo la Cassazione<sup>39</sup>, infatti, suddetta possibilità risponde ai principi di proporzionalità ed equità, propri del diritto penale, per cui il periodo in cui si è ristretta la libertà personale deve sempre essere dedotto da quello previsto dalla sentenza definitiva e, se così non fosse, il soggetto sarebbe punito in virtù di una pena più elevata rispetto a quella che la società considera giusta<sup>40</sup>. Lo stesso art. 26 dispone che gli stati trasmettano, al momento della consegna, tutte le informazioni necessarie per procedere con la predetta detrazione del periodo di detenzione subito in esecu-

<sup>34</sup> GAITO, *Il principio di fungibilità della detenzione nell'extradizione attiva*, in *Cass. pen.*, 1985, 1796.

<sup>35</sup> Convenzione europea di estradizione, 13 dicembre 1957, L. 30 gennaio 1963, n. 300.

<sup>36</sup> DE AMICIS, *Il mandato di arresto europeo: prassi e problemi applicativi*, in *www.europeanrights.eu*, 45. Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2009, n. 4303, Glameanu, in *Mass. Uff.*, n. 242433.

<sup>37</sup> LUCIANO, *Reinserimento del condannato, rifiuto alla consegna del "cittadino" e fungibilità della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 11, 1400; nello stesso senso Cass., Sez. I, 22 marzo 2007, n. 20238, in *Mass. Uff.*, n. 236665.

<sup>38</sup> Legge 22 aprile 2005, n. 69. Disposizioni per confermare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

<sup>39</sup> Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 4303, in *Mass. Uff.*, n. 242432.

<sup>40</sup> COLAIACOVO, *Il sistema delle misure cautelari*, Padova, 2018, 174.

zione dell'euromandato. Questa previsione cerca di attuare due esigenze specifiche della cooperazione giudiziaria: indica agli Stati la necessità di armonizzare le legislazioni per evitare difficoltà scaturenti proprio dalle differenze strutturali dei sistemi interni e indica le modalità e le strategie attraverso le quali appare possibile raggiungere l'obiettivo suddetto, creando un reale e concreto rapporto di collaborazione<sup>41</sup>.

4. *Riflessioni sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di fungibilità.* Per completare l'analisi della sentenza occorre capire se l'obbligo di dimora, quando costruito in maniera particolarmente afflittiva, come si è precedentemente spiegato, sia fungibile con la pena definitiva, analogamente a ciò che è già disposto per gli arresti domiciliari. La similitudine tra le due misure, si è visto, è peculiare, tanto da sollevare quesiti interessanti.

La giurisprudenza, per lungo tempo, ha considerato non equiparabile l'obbligo di dimora (così come l'obbligo di presentazione alla p.g.) con la custodia cautelare in carcere ai fini della fungibilità della pena finale da espiare, asserendo che la volontà del legislatore non fosse, al momento dell'introduzione delle rispettive norme, quella di sottoporre il destinatario delle suddette misure coercitive ad una limitazione tale da poter essere interpretata equivalente alla custodia cautelare in carcere<sup>42</sup>. Vista la minore afflittività, propria della misura, sarebbe contrario alla sua stessa *ratio*, computarla nella pena definitiva<sup>43</sup>, come più volte sostenuto dalla Cassazione<sup>44</sup>.

In termini europei, la Cassazione è stata granitica nel sostenere la disomogeneità delle legislazioni, anche nel caso di specie si trattava del Regno Unito, ed ha affermato che «in tema di mandato di arresto europeo, la pretesa equipollenza tra la custodia cautelare in carcere (o gli arresti domiciliari) e la libertà su cauzione con obblighi imposti dal giudice inglese è sprovvista di qualsiasi appiglio logico oltre che normativo, essendo imposte prescrizioni di condotte che rendono la cautela assimilabile, semmai, ad altro genere di misura coerci-

<sup>41</sup> LUCIANO, *Reinserimento del condannato, rifiuto alla consegna del "cittadino" e fungibilità della custodia cautelare in carcere*, cit., 1396; nello stesso senso COLAIACOVO, *Il sistema delle misure cautelari*, cit., 174.

<sup>42</sup> Cass., Sez. I, 15 settembre 1995, Mariani, in *Mass. Uff.*, n. 202407.

<sup>43</sup> SPANGHER, *art. 283 c.p.p.*, cit., 2693.

<sup>44</sup> Cass., Sez. I, 28 novembre 2007, Montanari, in *Mass. Uff.*, n. 238174, dove si sostiene la «diversità, positivamente stabilita, tra la misura cautelare degli arresti domiciliari e quella dell'obbligo di dimora»; Cass., Sez. IV, 10 maggio 2000, Bassi, in *Mass. Uff.*, n. 216468; Cass., Sez. I, 15 settembre 1995, Mariani, *ivi*, n. 202408; Cass. Sez. I, 30 settembre 1997, Balbo, *ivi*, n. 209128; Cass., Sez. I, 26 febbraio 2001, Burani, *ivi*, n. 218764.

tiva, ma certamente non privativa della libertà»<sup>45</sup>. Tutto questo anche se la stessa Corte, anni prima, aveva sostenuto l'esigenza di applicare il principio della computabilità della custodia cautelare proprio perché strettamente legato ad un diritto fondamentale della persona. L'equivalenza tra le custodie cautelari subite all'estero è da rilevarsi quale valore preminente e merita di essere applicato nella maniera più adeguata<sup>46</sup>.

La questione sorge proprio in relazione alla differenza sostanziale tra le misure cautelari esistenti nei due paesi, per cui nel Regno Unito è possibile concedere la libertà su cauzione, come misura sostitutiva alla carcerazione preventiva, anche accompagnata da ulteriori restrizioni, tra cui il divieto di allontanamento dalla propria abitazione per alcune ore, stabilite dall'organo giudiziario. In Italia è complesso rinvenire una misura esattamente corrispondente, posto il principio di stretta legalità, tassatività e tipicità che norma la disciplina (da considerarsi anche la doppia riserva di legge e giurisdizione dettata dall'art. 13, co. 2, della Costituzione). L'obbligo di dimora è la misura che più sembra avvicinarsi a quella inglese, anche se non è autonoma nella parte in cui obbliga il destinatario a non allontanarsi dalla propria abitazione e, dunque, non sembra poter trovare applicazione se non come obbligo ulteriore alla misura cautelare "base"<sup>47</sup>. L'unica altra via, nel rispetto dei suddetti principi, sarebbe quella di prendere in considerazione gli arresti domiciliari, accompagnati dall'autorizzazione del giudice ad allontanarsi per alcune ore del giorno, ma, anche qui, ci si troverebbe di fronte non ad una misura a sé stante, bensì ad una modalità di esecuzione della misura degli arresti domiciliari<sup>48</sup>. Inaspettatamente la Corte di cassazione ha fornito, in una sentenza del 2012<sup>49</sup>, il principio di diritto secondo il quale è possibile considerare fungibile la misura dell'obbligo di dimora quando questa è accompagnata da imposizioni, arbitrarie, che la rendano assimilabile agli arresti.

In questi casi, infatti, è ben possibile che la misura sia restrittiva al pari degli arresti domiciliari, ma non in grado di fornire al destinatario alcun diritto né in riferimento ai termini di durata né di detrazione del pre-sofferto né, infine,

<sup>45</sup> Cass., Sez. III, 14 gennaio 2012, O'Connor e altri, in *questa Rivista*, 2012, 2, 1 ss. con nota critica di TIBERI, *Lo scomputo delle restrizioni patite all'estero nelle procedure con mandato d'arresto europeo*.

<sup>46</sup> MANI, *La misura cautelare dell'obbligo di dimora e la sua computabilità quale presofferto*, cit., 459.

<sup>47</sup> TIBERI, *Lo scomputo delle restrizioni patite all'estero nelle procedure con mandato d'arresto europeo*, in *questa Rivista*, 2012, 2, 2-3.

<sup>48</sup> TIBERI, *Il computo delle restrizioni alla libertà personale nei rapporti di cooperazione Italia-Regno Unito: alla ricerca di una base concettuale comune*, in *questa Rivista*, 2013, 2, 6-7.

<sup>49</sup> Cass., Sez. I, 30 gennaio 2012, Bonaccorsi, in *Mass. Uff.*, n. 251861.

di riparazione per ingiusta detenzione<sup>50</sup>. Dunque, la Cassazione ha considerato la sostanzialità della misura inflitta e, vista l'assenza di una limitazione normativa in tal senso, deve essere computato, anche in questo caso, quanto sofferto, pur se in un regime di una misura cautelare non custodiale, e, d'altronde, con queste premesse, come si è già rilevato, se così non fosse, si violerebbero gli artt. 3, 13, 16 e 27 della Costituzione<sup>51</sup>. Perciò, nei casi in cui all'obbligo di dimora dovesse aggiungersi l'obbligo di dichiarare i luoghi in cui ci si recherà normalmente, per garantire i controlli, nonché le eventuali variazioni di questi, o nei casi in cui, come nella sentenza in commento, ci si dovesse trovare di fronte ad un obbligo di permanenza in casa di circa diciotto ore, il *discrimen* tra la misura obbligatoria e quella custodiale sembra ridursi notevolmente. Occorrerebbe, perciò, evitare di basarsi esclusivamente sul *nomen iuris* della misura, generando conseguenze circa la fungibilità che non dipendono tanto dall'effettiva limitazione della libertà, quanto, piuttosto, dalla qualificazione giuridica della misura<sup>52</sup>.

Lo stesso ricorrente della sentenza in commento, già nel 2013, aveva tentato di far valere in Cassazione l'equiparazione tra l'obbligo di dimora, individuata sempre sulla base di un ordine di misura cautelare subito nel Regno Unito, e gli arresti domiciliari, ma, vista la restrizione limitata alle ore notturne, la Corte ha negato sia l'equiparazione sia la perdita di efficacia della misura per decorrenza dei termini massimi previsti. Pur conscia del principio di diritto espresso nel 2012, la Corte non ha ritenuto di applicarlo nel caso specifico<sup>53</sup>.

Anche dopo aver letto la sentenza in commento, che applica e specifica, finalmente, un principio noto dal 2012, ma che mai aveva realmente trovato il suo spazio, permangono alcuni dubbi, tra l'altro già sollevati. Infatti, pur ammettendo la fungibilità della stessa con la pena detentiva, c'è da chiedersi se possano operare gli effetti caratteristici delle misure custodiali, quali la configurabilità del delitto di evasione, per ora escluso, nei casi di violazione del divieto, e la riparazione per ingiusta detenzione, se si dovesse verificare tale ipotesi a seguito della sentenza definitiva<sup>54</sup>.

L'evoluzione giurisprudenziale che apre le porte alla sentenza in commento sembra riconoscere l'impellente necessità di guardare alla concreta limitazio-

<sup>50</sup> SPAGNOLO, *Le "tradizionali" misure prescrittive*, cit., 52.

<sup>51</sup> BENENATI, *Quali limiti alla fungibilità con la pena delle misure coercitive non custodiali?*, cit., 1030-1031.

<sup>52</sup> PEDACE, *La fungibilità dell'obbligo di permanenza domiciliare*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1, 81.

<sup>53</sup> Cass., Sez. III, 28 febbraio 2013, cit.

<sup>54</sup> MARZO, *I presupposti sostanziali della fungibilità tra cautela e pena: disorientamenti a proposito dell'obbligo di dimora*, in *questa Rivista*, 2013, 1, 4.

ne della libertà dei destinatari delle misure cautelari, siano queste disposte o meno dall'autorità italiana, così da determinare una normativa equilibrata e rispettosa dei principi fondamentali, a prescindere dal nome delle misure applicate. Nella sentenza dell'inizio del 2020 viene concretamente applicato il principio del 2012, in particolare per l'obbligo di dimora. Le diciotto ore di obbligo di permanenza in casa non possono non parificarsi a degli arresti domiciliari e, come tali, non possono non vedersi computati nella pena finale cui il soggetto viene sottoposto.

**GIULIA FIORUCCI**