

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

FRANCESCO TRAPELLA

Brevi note sull'equo processo cautelare

Una recente sentenza della Corte di Strasburgo fornisce le coordinate per adattare al segmento cautelare l'archetipo di giustizia processuale tradizionalmente riferito al giudizio sul merito.

Brief notes on Fair Precautionary Trial

A recent judgment of Strasbourg Court provides the coordinates to adapt to the pre-cautionary procedure the archetype of fair trial, traditionally referred to the procedure on the merit.

SOMMARIO: 1. Polimorfismo dell'equità processuale. - 2. La logica del *counterbalancing* alla prova del contraddittorio cautelare. - 3. Il "Kargakis test". - 4. Le invalidità cautelari: una lettura orientata all'Europa.

1. *Polimorfismo dell'equità processuale.* Un recente arresto della Corte di Strasburgo, *Kargakis c. Grecia*¹, offre l'occasione per riflettere sul modo in cui i caratteri dell'equo processo si adattano alla vicenda cautelare, evitandone la degenerazione in un'esperienza di arbitrario sacrificio della libertà individuale sotto il peso di immotivate – ed incontestabili – decisioni del pubblico potere. Va ripreso il percorso che i giudici europei compiono sui connotati del *fair trial*, secondo l'assunto per cui la solidità di un'accusa penale va verificata in un rapporto tra le parti e il giudice che sia equilibrato, cioè capace di esprimere la voce di ciascuno tra i soggetti in contesa dinanzi ad un decisore terzo ed imparziale: a ben vedere è la stessa strada da poco battuta in *Dan c. Moldavia (2)*² o in *Ayetullah A.Y. c. Turchia*³, pur con richiamo ad un contesto nel quale la tenuta dell'addebito va saggiata ai fini dell'anticipata restrizione dello *status libertatis*. Le ragioni d'urgenza che la provocano esigono un accertamento veloce: i tempi più ristretti e l'ovvia incompletezza della piattaforma probatoria⁴ a disposizione del giudice impongono *a fortiori* di applicare al set-

¹ Corte EDU, 14 gennaio 2021, *Kargakis c. Grecia*.

² Corte EDU, 10 novembre 2020, *Dan c. Moldavia (2)*, con commenti di GAETA, *Quando l'assoluzione viene riformata in condanna: le regole minime europee su prove e regole di giudizio nelle impugnazioni penali*, in *questa Rivista*, 2020, 687; GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio: "Dan c. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive*, in *questa Rivista*, 2020, 699; MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*, in *questa Rivista*, 2020, 711; GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest ... oltre il giudizio di appello*, in *questa Rivista*, 2020, 731; LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, in *questa Rivista*, 743.

³ Corte EDU, 27 ottobre 2020, *Ayetullah A.Y. c. Turchia*.

⁴ Ci si riferisce a quella «componente 'cognitiva'» che «può essere più o meno sviluppata» di cui parla FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 24.

tore di indagine i canoni del processo giusto⁵.

Con un maggiore grado di precisione, ad ammettere statuizioni endoprocedimentali, comunque capaci di ripercuotersi sui diritti individuali dell'imputato, è essenziale adeguare ad esse i principi dell'art. 111 Cost. – e, dunque, dell'art. 6 C.E.D.U. – e rafforzare le garanzie che ne derivano⁶ per quegli scenari – com'è, appunto, quello cautelare – nei quali il giudice possiede elementi solo parziali per acclarare le responsabilità dei fatti in addebito o sussistano esigenze che impediscano il contraddittorio prima dell'adozione del provvedimento⁷.

L'esercizio del potere coercitivo da parte del giudice va, così, accompagnato da precise tutele per chi lo subisce⁸; esattamente in tal senso va intesa la giurisdizionalizzazione di vari ambiti – diremmo – ancillari rispetto al rito ordinario⁹: esecuzione, sorveglianza¹⁰, giudizio di prevenzione¹¹ ed, anche, procedimento cautelare¹².

Sono dati ormai assodati, come lo è la possibilità di guardare al contraddittorio nei termini di un principio a geometria variabile o, meglio, abile a conformarsi agli obiettivi che ciascuna parte persegue nella quantità – e nella di-

⁵ Proprio in questo settore chiama ad un «irrobustimento in chiave difensiva dei presupposti applicativi delle misure cautelari» CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1, 135.

⁶ Già lo sottolineava DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 867. L'Autore coglie come il Costituente abbia mutuato l'espressione in parola dalle fonti internazionali per accordare la massima tutela ai diritti della persona, libertà personale *in primis*.

⁷ Diversamente da quella che appare come la fisiologia del procedere: con questo termine – giustappunto, *fisiologia* – ILLUMINATI, *Relazione*, in *Il G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, a cura di Riccio, Napoli, 1997, 23.

Guardando alle coercizioni in corso di processo e al loro carattere di atti a sorpresa, GIULIANI, *Il contraddittorio in ordine ad un provvedimento cautelare ex art. 276 c.p.p. tra interpretazioni lacunose ed argomenti di sapore retro*, in *Cass. pen.*, 2009, 2769; CALÒ, *Interrogatorio di garanzia e aggravamento della misura ex art. 276 c.p.p.: ancora molti interrogativi*, in *Cass. pen.*, 2010, 2048.

⁸ In argomento, critico verso un orientamento che nega l'interrogatorio dopo l'applicazione di una cautela coercitiva su appello del pubblico ministero, VARONE, *A proposito della fungibilità delle garanzie: le Sezioni Unite negano il diritto dell'accusato all'interrogatorio in caso di applicazione delle misure coercitive a seguito di appello del pubblico ministero*, in www.archiviopenale.it.

⁹ Opzione imposta dal referente costituzionale introdotto nel 1999, come sottolinea DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. II, *Prove e misure cautelari*, tomo II, *Le misure cautelari*, a cura di Scalfati, Torino, 2008, 29.

¹⁰ Coglie il rapporto – spesso sofferto o, meglio, strozzato da un ancora insoddisfacente paradigma contraddittorio – tra questioni *post rem iudicatam* e diritti dell'interessato RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale e diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 31.

¹¹ In tema, *amplius*, VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, 2008, 73.

¹² Scelta del legislatore del 1988 che traluce espressamente dall'art. 279 c.p.p.: su questo specifico punto, APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2003, 61.

versità – delle situazioni processuali che l’ordinamento prevede¹³.

Ebbene, se le premesse sono ferme, va ulteriormente compreso se l’attributo di equità predicato dalle fonti e dalle corti europee possa riconoscersi nei *sub-procedimenti*¹⁴ di cui è costellato il giudizio. Già di primo acchito la risposta è affermativa: se è *giusto* il rito che sia *equo*¹⁵, individuando nei settori interni al procedere il carattere della giurisdizione, se ne deve asserire anche quello dell’equità, con conseguente vigenza degli schemi elaborati sull’art. 111 Cost. e, per parte strasburghese, sull’art. 6 C.E.D.U.¹⁶

Proprio in questo senso vanno recuperati gli orientamenti europei, guardando in modo particolare al segmento cautelare e alla pronuncia menzionata in apertura. Aiuta l’approccio finalistico: se ogni norma serve ad un obiettivo, le regole processuali non fanno eccezione; così, non si pone in dubbio che il decidere debba essere accompagnato dall’interlocuzione con le parti¹⁷, pur essa mutando fisionomia in base al risultato che il legislatore si è prefissato nel prevedere l’intervento giudiziale in un certo frangente del rito. Allo stesso modo, l’ideale dell’equo o la logica del *counterbalancing*¹⁸ e, quindi, della pa-

¹³ Chi scrive già sostenne questa tesi, esaminando le diversità strutturali tra il contraddittorio per la cognizione e quello per l’esecuzione, pur senza mai negare l’*in se* del principio, di momento dialogico tra le parti: sia concesso il rinvio a TRAPPELLA, *Il contraddittorio dopo il giudicato*, Padova, 2018, 12 ss.

¹⁴ O, meglio, ai procedimenti nel processo, prendendo a prestito il titolo del lavoro di FURFARO, *I procedimenti nel processo penale (Concetti, collegamenti, classificazioni)*, Pisa, 2018.

¹⁵ Al punto che l’equità è premessa per un giudizio che sia giusto e assurge a diritto fondamentale di chiunque sia coinvolto nel processo.

Su questo tema, che involge necessariamente quello dei rapporti tra le fonti che, a livello interno e sovranazionale, assicurano il *fair trial*, DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell’Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali*, in www.penalecontemporaneo.it; UBERTIS, *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1726 ss. Sempre sui nessi tra giusto processo ed equità, CHIAVARI, *Commento all’art. 6 C.e.d.u.*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 190.

¹⁶ Secondo quella *comunità di destini* tra ordinamenti europei, la cui vicinanza è segnata dall’adesione alle fonti sovranazionali in tutela dei diritti umani tra cui, appunto, quello al giusto processo; tanto consente di inserire la posizione in discorso in quell’ordine pubblico europeo che raccoglie i valori sui quali si fonda l’identità europea e si basa la reciproca fiducia degli Stati che vi si riconoscono. L’espressione in corsivo è di PISANI, *Il "processo penale europeo": problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 653.

¹⁷ Parla a proposito di «dimensione dialettica tra le parti contrapposte» UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: riflessi nell’ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, 1091.

¹⁸ Termini come equilibrio o bilanciamento sono ritornanti nella giurisprudenza sull’art. 6 C.E.D.U.: su questo aspetto, CENTAMORE, *L’applicazione dei principi dell’art. 6 C.E.D.U. in materia di riqualificazione giuridica del fatto: fra orientamenti tradizionali e “nuove” prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it e DANIELE, *Habeas corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Torino, 2017, 155.

rità delle armi¹⁹ caratterizzano il dialogo processuale, dando forma al contraddittorio che, diversamente, degraderebbe ad astratto simulacro di principio. Così, accettando il polimorfismo dell'*audiatur et altera pars*, se ne conferma quello dell'equità. Circoscritto lo studio alla materia *de libertate*, si esaminerà il modo in cui alle sue tipicità si attaglia l'archetipo del *fair trial* secondo le direttrici tracciate dai giudici della Grande Europa.

2. *La logica del counterbalancing alla prova del contraddittorio cautelare.* Nella tradizione della Corte EDU la prova dichiarativa - o, meglio, la dinamica dei rapporti tra i testi, le parti e il giudice - è l'elemento più affidabile per testare l'equità del procedere²⁰: tra le ultime pronunce in tema, *Dan c. Moldavia (2)* ha ribadito la necessità di garantire diritti effettivi²¹ - e, dunque, un'equilibrata gestione del dialogo processuale - in un caso ove, disposta la rinnovazione dell'istruttoria, la corte d'appello condannava l'imputato, escussi solo tre testi su sette poiché gli altri erano irreperibili e la principale fonte delle accuse era morta; per il resto venivano acquisite le dichiarazioni pre-dibattimentali²².

Gli orientamenti strasburghesi in punto di equità forniscono spunti utili ad implementare le garanzie del singolo, raggiunto da un provvedimento cautelare, secondo gli ideali del giusto che, per l'appunto, derivano dall'art. 6 C.E.D.U. Ecco perché è utile partire, ancora una volta, dai rilievi in materia: gli ultimi - s'è detto - sono rintracciabili nel "secondo tempo"²³ della saga di

¹⁹ Si evita appositamente l'espressione "parità delle parti". Coglie nel segno FURFARO, *Pensieri di uno scettico sull'indagine e il processo*, in www.archiviopenale.it quando invita a riflettere (13) sullo squilibrio endemico tra accusa e difesa, che, almeno nel sistema italiano, impedisce di attribuire poteri al più debole che, ovviamente, non può competere con la struttura organizzativa della parte pubblica. La logica del *counterbalancing* permette una compensazione, capace di equilibrare, nel volgere della vicenda, questa fisiologica difformità di mezzi.

²⁰ Così, VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in www.archiviopenale.it.

²¹ Il che induce a parlare nuovamente di fattori compensativi, sull'assunto che «*each variable has relative value. In some cases, more than one factor may be relevant; sometimes they will point in the same direction (e.g. a wide margin), sometimes they will not. They may reinforce or counterbalance one another*». Così, VAN DIJK, VAN HOOF, *Theory and practice of European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, 90.

²² Tema classico degli arresti strasburghesi sul giusto processo. Guardando al nostro Paese, considerazioni interessanti sul punto erano sviluppate già in Corte EDU, 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia. L'argomento, poi, si interseca con l'altro, degli sforzi che l'autorità domestica deve compiere per rintracciare i testi irreperibili, se del caso azionando lo strumentario della cooperazione sovranazionale: tra le tante, Corte EDU, 22 novembre 2012, Tseber c. Repubblica Ceca o, più recente, Corte EDU, 10 febbraio 2015, Colac c. Romania.

²³ Si prende a prestito l'efficace espressione di MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia 2: la rinnovazione in*

Dan.

Al di là del singolo precedente, il tratto comune degli arresti europei sta nell'approccio al procedimento penale, che deve essere equo nella sua globalità: la Corte non esamina il singolo atto o la fase specifica²⁴, ma guarda al giudizio intero e per esso attesta se i protagonisti hanno avuto eguali opportunità di parola dinanzi al giudice.

Ben si intuisce, allora, come oggetto di interesse sia, sì, la prova dichiarativa²⁵, ma pure ogni altra occasione nella quale la parte abbia inteso esprimere il proprio interesse attraverso un'attività di tipo assertivo o mediante una richiesta istruttoria non per forza circoscritta al contributo testimoniale. Il vaglio della Corte alsaziana è di sostanza, prescinde dalle regole processuali interne²⁶ ed è condotto lungo direttrici di concretezza, con lo scopo di apprezzare l'aderenza della vicenda ai referenti convenzionali²⁷.

Si può, allora, raggiungere un primo approdo: la prova dell'equità processuale è un concetto ampio, che trascende la tassonomia dei mezzi e degli strumenti di ricerca o il distinguo tra elementi raccolti in indagine e quanto, invece, emerso a dibattimento. Che il processo sia o meno *fair* è dato desumibile da qualunque elemento segni l'interesse – o, allo stesso modo, il disinteresse – di parte ad esprimersi o, ancora più in generale, ad assumere una posizione sulla scena del giudizio²⁸. Così, con una prima approssimazione, è iniqua la vi-

appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi, cit., 711 e 714.

²⁴ Tra le tante, recente, Corte EDU, 27 ottobre 2020, Ayetullah A.Y. c. Turchia; più risalente, Corte EDU, 13 settembre 2006, Ibrahim e altri c. Regno Unito, §251.

²⁵ In base al dato per cui il processo è primariamente una vicenda dialogica, come evidenzia SAGNOTTI, *Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 335.

²⁶ Ciò che, poi, pone i noti problemi di adattamento dell'ordinamento interno alle pronunce della Grande Europa: non di rado, infatti, l'applicazione delle regole processuali domestiche conduce ad assetti offensivi dei parametri europei; guardando al nostro Paese, punti di frizione si hanno in tema di testi irreperibili e circa la conseguente necessità di acquisirne i *dicta* pre-dibattimentali. Oltre ad *Ogaristi*, si segnalano, a mero titolo d'esempio, Corte EDU, 8 febbraio 2007, Dashamir Kollcaku c. Italia; Corte EDU, 9 febbraio 2006, Cipriani c. Italia; Corte EDU, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia; Corte EDU, 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia.

Sul tema della compatibilità tra pronunce di Strasburgo e arresti definitivi nazionali, recente, BIGIARINI, *La crisi del giudicato penale nell'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2020, in partic. 9 ss. Rilievi critici sulle ricadute tra le decisioni europee e gli ordinamenti interni, in GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, in www.archiviopenale.it.

²⁷ In questo senso, Corte EDU, 12 marzo 2020, Chernika c. Ucraina.

²⁸ Parla di imprescindibile rapporto tra giusto processo e contraddittorio GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in www.penalecontemporaneo.it; sul punto – con sguardo rivolto particolarmente ai rapporti tra art. 111 Cost. e art. 6 C.E.D.U. – anche PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*,

cenda alla quale la parte voglia partecipare senza, però, riuscirvi; non lo è quella in cui il giudice decida senza che la difesa si sia espressa, pur avendone avuto la possibilità²⁹.

Giungendo al tema d'indagine, si può, allora, parlare di un procedimento cautelare *giusto*³⁰, in quanto provvisto dei crismi dell'equità, beninteso declinati in base ai caratteri peculiari del frangente; ancora, il giudizio sulla *fairness* del rito è esprimibile in base al suo concreto andamento e al rapporto tra le parti, il giudice e gli elementi raccolti nel fascicolo sulla questione *de libertate*. Proprio sotto questo profilo sovviene il dibattito apertosi attorno all'art. 273, co. 1-*bis*, c.p.p., varata la legge sul giusto processo, nel 2001³¹. Salutata come la norma che avrebbe permesso di applicare al settore cautelare le regole di valutazione della prova già operanti in cognizione³², essa in realtà schiude ben

Torino, 2002, 14.

²⁹ L'obiettivo che la difesa – più in generale, la parte – si prefigge nell'interlocuzione con i propri comprimari deve essere chiaro: non esprimerlo e non coltivarlo nel giudizio conduce alla sicura inammissibilità di ogni tardiva doglianza. Approfondisce il tema, guardando alla giurisprudenza interna sull'art. 606, co. 1, lett. *d*), c.p.p. VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 50 ss.

³⁰ In giurisprudenza l'aggettivo ricorre in alcune pronunce sulla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza: per tutte, Cass., Sez. un., 30 ottobre 2006, Spennato, secondo la quale il percorso condotto dalla giurisprudenza e dal legislatore in questo senso aveva l'obiettivo di «sfumare le tradizionali differenze evidenziate tra decisione cautelare e giudizio di merito, con riferimento alla valutazione degli elementi conoscitivi posti a disposizione del giudice, e ricercare una tendenziale omologazione dei corrispondenti parametri-guida». Impiega la stessa espressione, in base ad una condivisibile prospettiva utile anche al presente approfondimento, CERTOSINO, *Il «giusto processo cautelare»: il carattere individualizzante dei riscontri nell'ambito della chiamata in correità*, in *Percorsi di procedura penale. La revisione del codice di procedura penale agli albori del ventennio (1988 - 2008): riforma globale e tutela dei diritti della persona*, a cura di Perchinunno, vol. IV, Milano, 2008, 351. In argomento anche LA ROCCA, *Il «giusto processo cautelare»: il vaglio sui gravi indizi di colpevolezza tra prova dichiarativa e intercettazioni*, in *Giur. it.*, 2013, 714.

³¹ Sulle innovazioni della l. 1 marzo 2001, n. 63, CHIAVARIO, *Contraddittorio e ius tacendi: troppa coraggioso e troppa prudenza nell'attuazione della riforma costituzionale a rime (non sempre) obbligate?*, in *Legisl. pen.*, 2002, 139 ss.; CURTOTTI NAPPI, *Art. 273*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Milano, 2008, 1343; DI CHIARA, *La nuova istruttoria dibattimentale: attuazione del giusto processo, metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.*, 2001, 284; FRIGO, *L'eccezione che diventa la regola*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 412; ROCCHI, *Sui gravi indizi di colpevolezza e sulla chiamata di correo in materia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2003, 3485; TONINI, *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 269; VENTURA, *La valutazione della chiamata in correità ai sensi dell'art. 273 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2003, 3110. In chiave critica, proprio sulla mancanza di uno statuto normativo della "prova cautelare", NEGRI, *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 27 ss.

³² A completamento della bibliografia già indicata, sul punto cfr. SPANGHER, *Più rigore e legalità nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla valutazione e formazione della prova*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 413 ss.; VITALE, *Il riscontro della chiamata in correità ai fini della valutazione dei gravi indizi di colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2003, 2008.

più ampi orizzonti, qualora se ne adotti una lettura europeisticamente orientata.

Si conferma, così, che l'applicazione della misura debba essere giustificata da prove di verosimile colpevolezza: insomma, per la particolarità della circostanza, muta sia l'oggetto dell'esperienza istruttorio, sia la sua dinamica acquisitiva; quel che non cambia è che, al di là delle *nuances* lessicali, si parla sempre di prove³³. E tanto consente di spostare il discorso sul piano europeo. Almeno da mezzo secolo è noto come non produca effetti nel processo un'attività - anche probatoria - compiutasi in contrasto con i principi costituzionali³⁴; allo stesso modo, è inefficace qualsiasi iniziativa processuale contraria ai dettami europei a salvaguardia dell'individuo³⁵.

Esattamente in quest'ottica, la decisione non può basarsi su materiali acquisiti *contra Constitutionem* - e, s'aggiunga, *contra Europam* - e, a proposito, va predicata l'inutilizzabilità di tutte quelle prove che infrangano i referenti di fonte superiore³⁶: interna o sovranazionale.

D'altro canto, l'equazione tra indizi e prove che, con la novella sul giusto processo, ha trovato conferma, per l'ambito cautelare, nell'art. 273, co. 1-*bis*, c.p.p. esige una lettura delle regole *de libertate* orientata, sì, alla Carta fondamentale, ma pure ai diritti europei: ha, allora, senso parlare di un giusto processo cautelare³⁷.

³³ Tant'è che può dimostrare i gravi indizi di colpevolezza qualsiasi elemento di prova, dalle dichiarazioni spontanee *ex art.* 350, co. 7, c.p.p. (Cass., Sez. un., 25 settembre 2008, Correnti, in *Mass. Uff.*, n. 241884) alle sentenze non ancora irrevocabili o al materiale acquisito in incidente probatorio (Cass., Sez. un., 15 luglio 2004, Fiocco, in *Mass. Uff.*, n. 229797).

³⁴ Ovviamente Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34.

³⁵ Altrove chi scrive si riferì alla nozione di *ordine pubblico europeo*, inteso come il fondamento di valori sui quali si basa il rapporto tra l'autorità e il singolo quale risulta dalla Costituzione, dal diritto unionista, dalle norme C.E.D.U. e dalla giurisprudenza strasburghese. *Amplius*, volendo, TRAPPELLA, *Equo processo e inutilizzabilità tra Codice e C.E.D.U.*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 761 ss.; si rinvia, altresì, alla bibliografia ivi richiamata, in partic. 776-777.

³⁶ Per una lettura del vizio alla luce dei possibili punti di scontro tra le esigenze dell'accertamento e le posizioni individuali, si rimanda a GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

³⁷ Rispetto a quest'argomento, s'è sottolineato che l'implementazione dei canoni del processo nel segmento cautelare - occorsa, da ultimo, ad opera della L. 16 aprile 2015, n. 47 - sfumerebbe i contorni tra la decisione sul merito e quella *de libertate* (così, SEMERARO, *Non solo taglia e incolla - parte prima*, in *Gli speciali di Questione giustizia*, 2015, 5 o SPANGHER, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it* che, però, pone l'accento sul come la riforma vada letta nel senso di dare maggiore stabilità al provvedimento di riesame). L'affermazione va condivisa se letta sul piano delle garanzie, attesa l'endemica diversità tra il frangente cautelare e il rito ordinario, oltre all'esigenza di mantenere intatte le tutele del singolo anche nella prima circostanza. In argomento, anche PAPANTI PELLETTIER, *Confini più netti tra annullamento e integrazione dell'ordinanza cautelare genetica*, in *www.processopenaleegustizia.it*.

Il tema impone di riflettere sul duplice versante del diritto di difesa e della libertà individuale: l'argomento si pone, infatti, al crocevia di queste due situazioni fondamentali ed obbliga a leggere la nozione di equità alla luce degli artt. 5 e 6 C.E.D.U. Così, la logica del *counterbalancing* va applicata, tenendo conto che si tratta di un imputato ristretto, in un momento nel quale ancora è presunto non colpevole e in forza di esigenze legate alla proficuità dell'accertamento che in quella appaiono preponderanti³⁸.

Non basta, allora, dare all'inquisito una generica possibilità di interloquire con l'autorità; egli versa in un endemico svantaggio rispetto all'accusa³⁹, è stato raggiunto da un provvedimento a sorpresa e non ha partecipato alla sua fase di formazione⁴⁰, producendo elementi a favore⁴¹: gli vanno assicurati tempi brevi⁴² sia per l'esposizione di una tesi difensiva⁴³, sia per l'eventuale riesame del caso⁴⁴.

Per il procedimento cautelare, la prospettiva dei fattori di bilanciamento adottata dalla Grande Europa richiede che ve ne siano di due tipi: da un lato, è il

³⁸ Sotto analoghi profili DEL COCO, *La motivazione del provvedimento applicativo*, in *Il rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della l. n. 47 del 16 aprile 2015*, a cura di Bene, Torino, 2015, 71 evidenzia la necessità - talora sottaciuta da certa giurisprudenza interna, almeno ante 2015 - che la pronuncia *de libertate* sia sorretta da una motivazione effettiva da cui traspaia un reale e compiuto controllo giudiziale sulle esigenze che impongono la misura.

³⁹ Come evidenzia LA ROCCA, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, Padova, 2018, 12.

⁴⁰ Ci si è interrogati in dottrina sulla possibilità di un contraddittorio cautelare anticipato, come ricorda VARONE, *A proposito della fungibilità delle garanzie*, cit.; in argomento, pure RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia di libertate: ratio e profili di una proposta operativa "possibile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1166; MORSELLI, *Libertà personale, "giusto processo" e contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1303. Utili approfondimenti anche negli scritti raccolti nel già menzionato volume collettaneo *G.I.P. e libertà personale: verso un contraddittorio anticipato?*

⁴¹ Viene meno, insomma, la fisiologia del fenomeno contraddittorio: il dialogo *inter partes* non precede il provvedimento da adottare, se non in pochi ed eccezionali casi come quello in cui la cautela sia adottata all'esito dell'udienza di convalida. Interessanti riflessioni sul punto in CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato*, cit., 132.

⁴² Spunti su questo aspetto, della necessità di cadenze ravvicinate funzionali alla corretta espressione della difesa dell'imputato, in GIULIANI, *Diritto a un controllo tempestivo sulla limitazione della libertà ed esigenze cautelari*, in *Cass. pen.*, 2017, 1850.

⁴³ Sulla necessità di un contraddittorio effettivo, ad esempio nell'udienza di riesame, MITTICA, *La partecipazione all'udienza di riesame dopo la legge n. 47 del 2015*, in www.processopenalecegiustizia.it.

⁴⁴ Qui intendendosi il termine in senso lato e comprendendovi ogni contesto nel quale la situazione dell'accusato possa essere rivista sia per critica dell'iniziale decisione restrittiva, sia alla luce di nuovi elementi forniti dalla difesa. Per alcune riflessioni sull'argomento, E. GAITO, *E se il deposito della decisione in tema di libertà personale avviene oltre il decimo giorno?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 232; SPANGHER, *Ritardo nel deposito della motivazione da parte del tribunale del riesame: termini e contenuti del ricorso*, in *Cass. pen.*, 1997, 1174.

legislatore che deve elaborare meccanismi capaci di riportare ad equilibrio, sia pure *ex post*, il rapporto tra il pubblico ministero e l'accusato; dall'altro, l'autorità giudiziaria è chiamata ad individuare nel concreto il punto di incontro tra esigenze cautelari e istanze dell'indagato, assicurandogli - di nuovo, nello specifico - il diritto a difendersi.

Queste generiche coordinate onorano i parametri convenzionali e, se non rispettate, determinano l'impossibilità di applicare utilmente la misura, che si tradurrebbe - già lo s'è visto - in un'arbitraria limitazione della libertà individuale⁴⁵.

Tirando le somme, la fisiologia del rito cautelare obbliga ad elaborare spazi dialettici nei quali l'interessato possa esaminare il materiale d'accusa e articolare le proprie difese, anche attraverso una produzione probatoria dedicata. Sia chiaro: non s'intende fare un copia-incolla del modello coniato dall'art. 6 C.E.D.U.⁴⁶; sarebbe impossibile, date le peculiarità della procedura *de libertate*⁴⁷. L'obiettivo è, piuttosto, garantire un equo vaglio del caso⁴⁸ che chiama ad adattare il criterio del *counterbalancing*, assicurando, tramite il giudice, il corretto rapporto tra la parte pubblica e quella privata⁴⁹.

La sanzione processuale - qui, la perdita di efficacia della misura - è, di nuovo, intesa come rimedio a contesti offensivi dei principi convenzionali. Torna, allora, quanto affermato in apertura: l'evidenza dichiarativa è, sì, il banco di prova della *fairness* processuale, ma non è l'unico: l'equità è nozione ben più ampia, che permea ogni contatto tra le parti e il decisore, qualificandolo nei termini di un giudizio ed escludendo, *a contrario*, tale connotato per quelle situazioni che non siano giuste nel senso inteso dal referente sovranazionale. Applicando l'adagio al tema d'indagine, la misura che non sia stata sottoposta al vaglio giudiziale e che non sia stata assoggettata alle considerazioni della difesa⁵⁰ non ha ragione di esistere, in quanto espressione di un modulo deci-

⁴⁵ Corte EDU, 5 settembre 2019, Rizzotto c. Italia fa derivare proprio dall'art. 5 C.E.D.U. il diritto dell'indagato ad un controllo sulla *regolarità* e sulla *legalità* della pronuncia cautelare (§46).

⁴⁶ Così Corte EDU, 15 novembre 2005, Reinprecht c. Austria, §39.

⁴⁷ Di cui, però, bisogna sempre tenere conto affinché anche la vicenda cautelare sia qualificabile nei termini di un procedimento giudiziario giusto: così, Corte EDU, Grande Camera, 29 marzo 2001, D.N. c. Svizzera, §41 o, meno recente, Corte EDU, 12 maggio 1992, Megyeri c. Germania, §22.

⁴⁸ Esplicito il riferimento alla natura *équitable* del giudizio cautelare in Corte EDU, 13 febbraio 2001, Lietzow c. Germania, §44.

⁴⁹ Sono copiosi i riferimenti alla giurisprudenza strasburghese sul giudice cautelare come garante dell'equità: tra i tanti, oltre a quelli già citati, Corte EDU, 28 ottobre 2010, Knebl c. Repubblica Ceca, §81; Corte EDU, 9 marzo 2006, Svipsta c. Lettonia, §128; Corte EDU, 19 ottobre 2001, Wloch c. Polonia, §126; Corte EDU, 21 febbraio 1996, Hussain c. Regno Unito; Corte EDU, 21 febbraio 1996, Singh c. Regno Unito; Corte EDU, 13 luglio 1995, Kampanis c. Grecia, §47.

⁵⁰ Corte cost., 22 giugno 2000, n. 229 esplicitò come il rifiuto del contraddittorio anticipato rispetto alla

sorio che esclude in radice l'accusato, comprimendone la libertà individuale in maniera evidentemente illegittima⁵¹.

Fermi questi rilievi, occorre ora testarli in *Kargakis*: l'arresto offre l'occasione per monitorare il carattere *équitable* di una vicenda cautelare che coinvolgeva un soggetto in precarie condizioni di salute, ristretto in carcere per gravi reati.

3. *Il "Kargakis test"*. È prioritario l'esame dei fatti sui quali si pronunciava la Corte alsaziana in *Kargakis*: ad imporlo è, ancora una volta, la logica casuistica della Grande Europa.

Il ricorrente è un cittadino greco, arrestato per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; all'ingresso in carcere – occorso il 16 gennaio 2013 – l'uomo era afflitto da problemi cardiaci, depressione e patologie cerebrali: il suo stato di salute lo obbligava ad evitare il fumo, anche passivo, e a seguire una dieta ferrea, senza cibi grassi.

Descritto il quadro, per l'analisi delle implicazioni giuridiche del caso, occorre soffermarsi sugli eventi e sulle date in cui avevano luogo.

Dopo la restrizione in custodia cautelare, l'interessato subiva a stretto giro due ricoveri: uno (15 marzo 2013) in clinica cardiologica e l'altro (21 marzo 2013) al reparto neurologico del locale nosocomio. All'esito, gli era ordinato l'uso di un respiratore durante il sonno, vista la sindrome da apnea riscontrata; qualche settimana dopo, un nuovo esame clinico rivelava l'incapacità del ricorrente di attendere autonomamente ai propri bisogni: si prescrivevano, così, una cura farmacologica, oltre agli accorgimenti utili ad aiutare il paziente nella conduzione della quotidianità. Il 9 aprile 2013 costui usciva dall'ospedale.

Il percorso ospedaliero appena sintetizzato correva parallelo a quello, giudiziario, successivo al ricorso contro il provvedimento cautelare del gennaio

misura sia stata una scelta legislativa che rientra nella discrezionalità del normatore. Altri sistemi, infatti, adottano opzioni diverse; nondimeno, il nostro ordinamento conosce eccezioni alla regola della dialettica *ex post*. L'importante, infatti, è che vi sia un momento nel quale la difesa possa interloquire sulle ragioni della restrizione, vagliare le prove dell'accusa e portarne di proprie. In questo senso si è parlato di fattori di compensazione che debbono essere previsti già per norma e che precedono quelli, applicabili nel caso concreto, disponibili al giudicante. Su quest'argomento, oltre agli Autori già menzionati, v. BRONZO, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, 159-160.

⁵¹ Corte EDU, 1 settembre 2016, Huzumeanu c. Italia (§§22 e 48) rimarca come i diritti sin qui descritti, con evidenza riconducibili alle prerogative della difesa, vadano garantiti indipendentemente dalla sussistenza di posizioni contrastanti, pur accostabili a valori processuali di rilievo quali la ragionevole durata o l'efficienza della giustizia. Questo, pure nel caso in cui l'accusato fosse assente al processo, pur senza una prova della sua volontà di sottrarsi alla giustizia. Esprime il medesimo principio Corte EDU, 5 settembre 2019, Rizzotto c. Italia, §54.

2013.

Ci si soffermi, ora, su questo.

Collocato *in vinculis*, ai fini del riesame, l'istante nominava un legale che, poi, si sarebbe scoperto un abusivo esercente la professione forense, in quanto radiato dall'albo già dal 2007. L'inconveniente cagionava un ritardo nella difesa del ricorrente, che depositava un nuovo gravame contro l'ordinanza cautelare solo il 18 febbraio 2013, adducendo problemi di salute tali da determinargli un'invalidità permanente dell'80%.

Il 1° aprile 2013 – cioè dopo più di un mese – l'autorità destinataria della doglianza la trasmetteva alla procura che, a distanza di quattro giorni, designava il magistrato competente a trattare il caso.

In pari data – era ormai il 5 aprile 2013 – l'interessato sollecitava il giudice istruttore a definire velocemente la propria posizione; il 9 aprile 2013 depositava una memoria supplementare, rappresentando l'aggravarsi dello stato di salute, come emergeva dai documenti del ricovero ospedaliero.

Con parere del 15 aprile 2013 il pubblico ministero proponeva di sostituire la cautela detentiva con le meno afflittive misure della cauzione, dell'obbligo di firma e del divieto di espatrio, applicate cumulativamente. Nove giorni dopo – il 24 aprile 2013 – il giudice accoglieva la proposta della procura; il giorno successivo, l'istante versava 3.000 euro a titolo cauzionale e veniva ricollocato in libertà.

Come emerge dalla lettura dell'arresto strasburghese, la vicenda cautelare che toccava il ricorrente si dilungava per più di tre mesi, ai danni – lo si ricordi – di un soggetto gravato da pesanti malattie, capaci di rendere intollerabile la permanenza in carcere.

Ed, infatti, la pronuncia europea si attarda a descrivere le condizioni detentive patite dall'istante: una cella di venti metri quadri condivisa tra quattro persone, bagni e docce inadatti ad un soggetto non autosufficiente, pulizia dei locali rimessa ai reclusi, assenza di luce naturale, ambienti non sanificati, presenza di insetti, cibo carente e permesso di fumare. Qualora i prigionieri avessero manifestato necessità di assistenza, avrebbero dovuto battere sul portone, visto che, per ogni plesso, era presente una sola guardia. Le ore d'aria erano insufficienti, i corridoi rimanevano inadatti ai portatori di *handicap*, mancava una mensa e non c'erano ombrelli nel caso piovesse e i detenuti avessero l'esigenza di spostarsi nel cortile esterno. Nonostante le prescrizioni mediche, l'interessato non riceveva l'ossigeno utile contro l'apnea.

Il governo ellenico ovviamente contestava la versione del ricorrente, ponendone, altresì, in discussione lo *status* di vittima di un trattamento contrario

all'art. 3 C.E.D.U. ed affermando, infine, il mancato esperimento di tutti i ricorsi previsti dal diritto domestico.

La Corte EDU rigetta le eccezioni preliminari dell'esecutivo greco e passa all'esame delle censure formulate dall'interessato.

Sono di particolare interesse i rilievi sviluppati attorno alla questione, sollevata nel ricorso, sui tempi della statuizione susseguente all'impugnativa cautelare.

C'è un richiamo ad un precedente della Grande Camera – *Inseher c. Germania*⁵² – che enuncia i criteri per la corretta applicazione dell'art. 5, par. 4, C.E.D.U.: d'altro canto – s'è visto – il tema della durata del segmento *de libertate* è essenziale per erigere un giudizio cautelare che sia realmente *équitable*.

Occorre, quindi, concentrarsi sul riferimento evocato dai giudici alsaziani.

Nell'ambito di interesse – dice la Corte in *Inseher*⁵³ – la garanzia di un'impugnazione serve ad assicurare una veloce pronuncia giudiziale sulle condizioni che, in origine, motivavano la collocazione del custodito in carcere o in altro contesto restrittivo, con il suo rapido ritorno alla libertà nel caso di misura applicata illegalmente⁵⁴.

Il tema delle tempistiche – che è comune al segmento cautelare e al rito, diremmo, ordinario – va affrontato considerando la complessità del caso⁵⁵ e, quindi, il modo in cui esso è stato trattato dall'autorità nazionale alla luce delle critiche sollevate dal ricorrente⁵⁶.

Un buon esempio, che motiva il richiamo ad *Inseher*⁵⁷, è dato dalle questioni medico-sanitarie: esse possono allungare lo studio degli atti, magari occorrendo un consulto specialistico; sta al giudice nazionale individuare il giusto punto di equilibrio tra la durata del *sub*-procedimento cautelare e i tempi imposti dalle difficoltà insite nella problematica sottoposta alla corte⁵⁸. Sebbene l'art. 5, par. 4, C.E.D.U. non obblighi gli Stati a prevedere più di un grado di giurisdizione cautelare, qualora esso esista, debbono essere assicurate le prerogati-

⁵² Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2018, *Inseher c. Germania*.

⁵³ Così, §251.

⁵⁴ In questi termini, anche Corte EDU, Grande Camera, 22 maggio 2012, *Idalov c. Russia*; Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2009, *Mooren c. Germania*.

⁵⁵ Esattamente in questa direzione, Corte EDU, 21 aprile 2009, *Stephens c. Malta* (n. 2); Corte EDU, 13 novembre 2008, *Fešar c. Repubblica Ceca*; Corte EDU, 26 settembre 1997, *RMD c. Svizzera*.

⁵⁶ Sulla complessità della procedura come fattore che viene influenzato, oltre che dalle peculiarità del caso, anche dal *modus operandi* del giudicante interno e dalla prospettazione del ricorrente, Corte EDU, 26 giugno 2014 *Shcherbina c. Russia*; Corte EDU, 7 giugno 2011, *STS c. Paesi Bassi*.

⁵⁷ In particolare, §253.

⁵⁸ Per analoghe riflessioni Corte EDU, 5 gennaio 2010, *Frasik c. Polonia*, §63; Corte EDU, 2 ottobre 2007, *Baranowski c. Polonia*, §72; Corte EDU, 25 marzo 1999, *Musial c. Polonia*, §47.

ve difensive che rendono il giudizio, ancora una volta, equo⁵⁹: con sintesi estrema, quel che vale per il primo grado, vale anche per le fasi successive e per il rito *de libertate*⁶⁰.

La premessa conduce ad un passaggio ulteriore: se l'adozione di un provvedimento cautelare è occorsa in un frangente rispettoso del *fair trial* e se è previsto un gravame contro la decisione resa in un tale contesto, il vaglio della Corte europea è compiuto globalmente⁶¹; si guarda, cioè, se è equa, nel senso voluto dalla Convenzione, la procedura nella sua totalità, dall'emissione della misura al suo riesame. Per la ragionevole durata, in quanto corollario dei principi in discorso, si segue il medesimo criterio⁶².

In definitiva, secondo i parametri di *Inseher*, può accettarsi anche un *iter* di riesame che si articoli lungo tre o quattro settimane, purché la fase precedente abbia rispettato i connotati di equità processuale e vi siano obiettive ragioni di lunga durata, legate alla complessità del caso⁶³.

L'applicazione degli argomenti appena evocati al caso *Kargakis* induce i giudici di Strasburgo a rigettare la doglianza sull'art. 5, par. 4, C.E.D.U.: in prima battuta, dei tre mesi trascorsi in carcere dall'istante, a quei fini ne vanno considerati solo due, dal 18 febbraio 2013 – data del ricorso presentato dall'indagato dopo avere saputo della radiazione dall'albo del precedente difensore – al 24 aprile 2013, giorno della pronuncia che lo avrebbe ricondotto alla libertà. Nondimeno, la situazione era complessa, sia sul piano giuridico, sia su quello fattuale: il quadro medico dell'interessato era in continua evoluzione; la circostanza che l'organo decidente fosse provvisto delle qualità dell'indipendenza e dell'imparzialità non poneva, poi, in dubbio il connotato *équitable* della procedura di vaglio dell'ordinanza restrittiva.

A conclusioni diverse si giunge circa le condizioni di prigionia.

Lo spazio concesso al detenuto collocato in una cella collettiva, la (im)possibilità di svolgere attività all'esterno, l'adeguatezza di luce naturale e di ventilazione nelle stanze, e le condizioni igieniche del penitenziario sono

⁵⁹ Qualche utile precedente oltre a quelli già menzionati: Corte EDU, 8 novembre 2016, *Mercan c. Turchia*; Corte EDU, 27 settembre 2007, *Smatana c. Repubblica Ceca*; Corte EDU, 23 novembre 1993, *Navarra c. Francia*.

⁶⁰ Quasi testualmente, *Inseher*, §254.

⁶¹ Proprio su questo aspetto, dell'esame globale, che, in fondo, caratterizza tutto il discorso del giudizio equo secondo la Convenzione E.D.U., Corte EDU, 23 novembre 1993, *Navarra c. Francia*, cit., §28 o, più recente, Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2009, *Mooren c. Germania*, cit., §106.

⁶² In questi termini, anche Corte EDU, 6 dicembre 2011, *Zubor c. Slovacchia*, §89; Corte EDU, 25 ottobre 2007, *Lebedev c. Russia*, §96.

⁶³ Così pure Corte EDU, 25 ottobre 2007, *Lebedev c. Russia*, cit., §§98-102; Corte EDU, 2 ottobre 2007, *Baranowski c. Polonia*, cit., §65; Corte EDU, 30 novembre 2000, *GB c. Svizzera*, §§27-39.

indici essenziali all'esame sul piano dell'art. 3 C.E.D.U.⁶⁴

Nel caso di specie, il ricorso e le deduzioni governative fornivano versioni assolutamente discordi circa la struttura carceraria: da alcuni *report* ufficiali, però, erano confermate varie particolarità descritte nell'atto introduttivo della procedura ora in discorso; ad esempio, la prigione mancava di refettorio, quindi gli ospiti erano costretti a consumare i pasti nelle loro camere. Un contesto siffatto, aggravato dalle patologie obiettivamente sofferte dal ricorrente, conduce i giudici alsaziani a concludere la violazione dell'art. 3 C.E.D.U. nel periodo trascorso dall'uomo nel carcere di Diavata: qui, sì, la Corte ritiene eccessivi i due mesi dal gravame alla pronuncia di accoglimento; visti, infatti, i problemi di salute, un così lungo frangente vissuto in un ambiente così problematico come quello testé descritto conduceva ad un livello di sofferenza che superava di gran lunga quello, inevitabile, insito in ogni esperienza detentiva⁶⁵.

La chiosa fornisce, poi, l'occasione per un rilievo ulteriore.

È, sì, vero che il tempo intercorso tra il 18 febbraio 2013 e il 24 aprile 2013 era ragionevole per statuire sulle esigenze cautelari; a far data dal ricorso, però, l'istante aveva palesato il proprio tasso di invalidità permanente, all'80%, esponendo, poi, i problemi nella quotidianità carceraria con le memorie del 5 e del 9 aprile 2013. Il giudice istruttore non prendeva posizione su queste doglianze e liberava l'interessato sul solo presupposto che non c'era pericolo di reiterazione del reato: l'assenza di un esame delle condizioni di prigionia e dei problemi di salute del ricorrente ha integrato l'infrazione dell'art. 13 C.E.D.U.⁶⁶, posto che l'uomo non ha avuto alcuno strumento effettivo⁶⁷ per fare valere le proprie ragioni dinanzi all'autorità interna.

L'analisi complessiva della vicenda giudicata in *Kargakis* offre alcune coordinate sul concetto di equità nel rito cautelare, utili ad approfondire quanto, in via di sintesi, si è ricordato nella parte iniziale di questo lavoro.

Anzitutto, si tratta di nozione che obbliga ad una lettura complessiva degli eventi, senza soffermarsi sullo studio del singolo atto procedimentale o della

⁶⁴ Come chiaramente ricordato da Corte EDU, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, §§96-141.

⁶⁵ Esattamente in questi termini, *Kargakis* al §76.

⁶⁶ Sugli obblighi, per le autorità nazionali, di declinare le regole carcerarie al peculiare stato di salute del detenuto malato, Corte EDU, 11 ottobre 2011, *Khatayev c. Russia*, §84; Corte EDU, 9 settembre 2010, *Xiros c. Grecia*, §73; Corte EDU, 10 febbraio 2004, *Gennadiy Naoumenko c. Ucraina*, §112; Corte EDU, Grande Camera, 27 giugno 2000, *Ilhan c. Turchia*, §87.

⁶⁷ Non basta affermare la teorica esistenza di un rimedio; occorre che, nella pratica, esso sia accessibile all'interessato e, quindi, utilizzabile nel concreto per fare valere le proprie ragioni. Così descrive il connotato dell'effettività, esatto dall'art. 13 C.E.D.U., Corte EDU, 29 luglio 2003, *Mc Glinchey e altri c. Regno Unito*, §62.

specifica fase: trattandosi di questioni cautelari, rileva l'intera sequenza, dalla richiesta della misura alla sua cessazione. In questo, la Corte europea è molto chiara: la *fairness* del procedimento, se è previsto un grado ulteriore al primo, va considerata senza concentrarsi solo sull'impugnazione, ma apprezzando i rapporti tra le parti e l'autorità a partire dal momento in cui l'interessato fu ristretto.

Resta, però, impossibile applicare in modo pedissequo i criteri della cognizione alla materia *de libertate*. Lo s'è accennato: si tratta di un ambito posto all'incrocio tra la necessità di tutelare il diritto alla difesa dell'interessato e l'esigenza di evitarne indebite compressioni della libertà individuale; a questo ultimo fattore va condotto l'interesse a scongiurare periodi di detenzione eccessivamente severi, tali, insomma, da averare un trattamento inumano e degradante.

E proprio in questo la sentenza in parola è interessante. Lo stesso rilievo, dei due mesi compresi tra il ricorso al giudice istruttore e il ritorno in libertà del ricorrente, porta i giudici strasburghesi ad escludere la violazione dell'art. 5, par. 4, C.E.D.U., ma ad ammettere quella degli artt. 3 e 13 C.E.D.U. Un conto, infatti, è riflettere sui tempi necessari a decidere sull'adeguatezza della misura in presenza di un complicato quadro giuridico e fattuale: due mesi non sono una durata irragionevole. Altra cosa è tenere per un bimestre una persona in condizioni di prigionia incompatibili con il suo stato di salute; ancor più grave è il dato per cui le patologie del ricorrente erano note al giudice, poiché descritte nel ricorso e nelle memorie successive.

Il procedimento cautelare subito dall'istante era, allora, iniquo, non tanto per la sua durata, quanto per la sua incapacità di dare voce a tutte le ragioni esposte dalla difesa; nemmeno l'argomento per cui comunque l'indagato, alla fine, è uscito dal carcere rileva per i giudici alsaziani⁶⁸ che – giustamente – sottolineano come l'uomo cessò la prigionia solo per il venire meno del *periculum libertatis*, e non certo per una particolare sensibilità del giudicante greco verso le sue note disfunzioni psico-fisiche.

⁶⁸ Non si può certo intravedere un *sufficient counterbalancing factor* nella circostanza in parola, tale essendo - basta leggere Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, §119 - un elemento «*that permit[s] a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place*»; di fatto, in *Kargakis* il ricorrente portò la prova della propria invalidità. Semplicemente, essa non fu considerata e questa omissione cagionò il perpetrarsi di una situazione contraria al parametro convenzionale: non l'art. 5, par. 4, ma l'art. 3 C.E.D.U. Il ritorno in libertà - s'è visto - fu assecondato sulla base di tutt'altro ordine di ragioni: quelle che, specificamente, attengono alla logica del rito cautelare.

Equità come fondamento di un processo giusto⁶⁹: di uno, cioè, nel quale la parte possa esprimersi, con la certezza di essere ascoltata, in un rapporto equilibrato con i comprimari⁷⁰.

4. *Le invalidità cautelari: una lettura orientata all'Europa.* Gli spunti provenienti dalla giurisprudenza strasburghese sull'equità processuale impongono di riflettere sulle ricadute che la logica *floue* della Grande Europa produce tra le regole processuali interne, non certo impermeabili agli orientamenti sovranazionali⁷¹. Concetti sedimentati nella tradizione domestica acquisiscono sfumature inedite proprio per l'influenza delle categorie europee; uno dei settori nei quali è più marcata questa interferenza è quello delle invalidità⁷²: si tratta

⁶⁹ Sull'idea di un processo giusto e sulle garanzie che lo connotano nella particolare evoluzione della normativa processuale penale italiana dal 1988 in poi, AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, in partic. 141 ss.

⁷⁰ Critico sulla trasposizione del concetto europeo di equità in ambito domestico, al fine di rivedere la legalità processuale, MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle corti sovranazionali*, in www.penalecontemporaneo.it; l'Autore parla di un ossimoro: «non può esistere una legalità, ancorché dinamica, affidata alla libera discrezionalità del giudice, guidata da concetti *fuzzy* come l'equità complessiva del processo. La legalità dinamica europea è appunto l'ossimoro di un principio di legalità definito dal giudice, di una legge sottoposta al giudice» (14).

Senza dubbio la legalità processuale non può coincidere con l'arbitrio del giudice; il contributo europeo va, invece, inteso come fornitore di valori da cui attingere per costruire un processo giusto e, quindi, un controllo al potere del decisore. In questa direzione muovono le riflessioni del prosieguito, così da proporre un'esegesi delle norme sulle invalidità nell'ottica equitativa che, in queste pagine, si è impostata. Su temi contigui, pure KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, 71.

⁷¹ Evidenzia il pericolo di derive, già annunciate nel favore di alcuni orientamenti al pregiudizio effettivo o alle c.d. nullità moderne MAZZA, *Legge e potere*, cit. La definizione di «nullità moderne» è mutuata da IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 135.

Sempre MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, in *Giust. pen.*, 2015, 699 descrive le teorie del pregiudizio effettivo e delle nullità moderne come il «miglior terreno su cui misurare un netto aspetto autoritario della giurisdizione».

⁷² LA ROCCA, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, in www.archiviopenale.it mette in guardia contro la «valorizzazione della valutazione sulla sussistenza dell'offensività concreta e dell'abuso del processo per restringere, fino a negarla, la situazione soggettiva tutelata dal legislatore», chiamando ad un'esegesi delle regole sull'atto processuale nullo che sia finalmente rispettosa del principio di tassatività. Secondo l'Autore, il punto è l'esperata ricerca dell'efficienza processuale, anche attraverso «ricostruzioni interpretative che, non legittimate da una base normativa, sono in grado di concentrare nelle mani del giudice un formidabile potere di eversione sui requisiti legali degli atti processuali» Il riferimento, per quest'ultimo passaggio, va a FERRUA, *Dalla procedura al processo*, in *Giust. pen.*, 2013, III, 9.

L'adesione ad un paradigma orientato alla Grande Europa inibisce la deriva appena descritta, eleggendo a valore unico fondante il rito penale proprio quel giusto processo che viene disegnato dall'art. 6 C.E.D.U. E infatti - lo si vedrà nel prosieguito - questo obiettivo, di implementazione delle formalità di diritto interno con la logica equitativa strasburghese scongiura, altresì, il rischio opposto, dell'ancoraggio

ora di apprezzarla circoscrivendo l'indagine al segmento cautelare.

Occorre, prima di tutto, rifuggire dalla tentazione di piegare il modello alsaziano di giusto processo a strumento capace di negare la tassatività degli atti invalidi⁷³.

È noto che «formalità e cerimonie sono necessarie all'amministrazione della giustizia», poiché «niente lasciano all'arbitrio» giudiziale⁷⁴; è necessario, però, evitare il ricorso all'argomento formale per garantire al magistrato uno spazio d'azione più ampio di quello concesso dalla legge, come purtroppo accade quando si disapplicano le norme processuali per il solo fatto di non essere accompagnate da un'espressa previsione sanzionatoria⁷⁵.

La strada mediana tra l'arbitrio di chi decide e il cieco formalismo – due esasperazioni capaci di condurre ad un giudice *legibus solutus* – sta nell'eleggere il paradigma di giustezza coniato dalla Costituzione e dai diritti europei⁷⁶ a criterio di validità ed efficacia dell'attività processuale⁷⁷.

Questa premessa, adattata ai temi su cui la Corte europea s'è intrattiene in *Kargakis*, permette di porre alcuni punti fermi nella materia *de libertate*.

Si tocchino, di nuovo, i gravi indizi di colpevolezza⁷⁸: l'art. 273, co. 1-*bis*, c.p.p. – s'è visto – introduce nel rito cautelare i criteri di valutazione della prova che operano per il giudice dibattimentale e tanto basta ad applicare al settore di attuale interesse l'idea di un'inutilizzabilità orientata all'Europa, oltre che alla Carta fondamentale.

al cieco formalismo per eludere precisi obblighi di legge, come accade per le regole sulla *cross examination*, all'apparenza sprovviste di sanzioni per la loro infrazione.

⁷³ In tema, oltre agli Autori già menzionati, CALIGARIS, *L'invalidità degli atti processuali penali: un tradizionale terreno di scontro tra "forma" e "sostanza"*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 101.

⁷⁴ Tra virgolette, le parole di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764) nell'edizione curata da Venturi per la casa editrice Einaudi, Milano, 1994, 92.

⁷⁵ Ed esprime un dato reale ZILLETTI, *Simpliciter et de plano et sine strepitu advocatorum*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri e Orlandi, Torino, 2017, 231: «frequentando i palazzi di giustizia, si impara presto a non affidare all'art. 124 c.p.p. la salvaguardia della legalità processuale. Servono, piuttosto, sanzioni: nullità, inutilizzabilità, inammissibilità, governate dal giudice dell'art. 111 Cost., che fa della sua equidistanza dalle parti un valore e non si sostituisce alla legge nel regolare il giusto processo».

⁷⁶ Afferma BRICCHETTI, *Nullità degli atti: il principio di tassatività all'esame dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2010, 461: «il giudice si è attribuito il compito di trovare un equilibrio tra diritto di difesa e, in genere, garanzie della persona, economia processuale e ragionevole durata del processo»; questo accade allorché si sottopone la produttività di effetti dell'atto processuale al vaglio del pregiudizio concreto e si trasforma la questione della validità in una di efficienza processuale.

⁷⁷ Arrivando, così, a conclusioni identiche a quelle espresse dalla Consulta nel 1973.

⁷⁸ D'altro canto la prova è il campo di elezione dello scontro tra giustizia formale e giustizia sostanziale, come rimarca CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2010, 781.

È noto, infatti, come la novella del 2001 abbia inteso definire la normativa di attuazione dei principi del giusto processo nella dinamica della prova, con riferimento alla sua acquisizione e al vaglio finale del giudice⁷⁹.

L'art. 273, co. 1-*bis*, c.p.p. regola la valutazione dei gravi indizi, ma non è certo improprio innestare nell'incidente cautelare anche le regole di esclusione derivate dal contrasto dell'esperienza istruttorio con il paradigma normativo, legale o di fonte superiore⁸⁰. Oltre al dato storico-evolutivo desumibile dai resoconti parlamentari che portarono alla legge sul giusto processo, militano a favore di quest'opzione sia l'argomento logico - per cui il giudice non può dare alcun valore ai materiali *contra ius*⁸¹ - sia il testo di codice che rimanda ad almeno tre divieti di uso di elementi probatori: quelli sanciti dagli artt. 195, co. 7, 203 e 271, co. 1 c.p.p.⁸²

Tanto basta - si crede - ad asserire che, attraverso l'art. 273, co. 1-*bis*, c.p.p., entra nel rito *de libertate* la medesima nozione di inutilizzabilità che vale in dibattimento - e, a dire il vero, in ogni stato e grado del procedere - e che, se

⁷⁹ Basta leggere i lavori preparatori della L. 1 marzo 2001, n. 63: il relatore Finocchiaro, alla seduta della II Commissione del 25 gennaio 2001 esordiva sottolineando «l'esigenza di approvare celermente il testo in esame, il quale è diretto a introdurre la normativa di attuazione dei principi costituzionali del giusto processo, sanciti dall'articolo 111 della Carta fondamentale, sia pure in riferimento alla sola materia dell'assunzione e della valutazione della prova. Si tratta di una esigenza resa ancor più pressante dal rischio che molte delle norme vigenti del codice di rito possano essere dichiarate incostituzionali proprio perché non adeguate ai nuovi principi costituzionali» (così, il resoconto della seduta, disponibile sul sito istituzionale leg13.camera.it, 22-23).

⁸⁰ Va, poi, ricordato come i gravi indizi di colpevolezza impongano una prognosi di tenuta dell'accusa, dovendosi escludere l'applicazione della cautela ove l'addebito non appaia reggere: le regole di giudizio richiamate dall'art. 273, co. 1-*bis*, c.p.p. consentono di effettuare una tale valutazione nel rispetto dei principi consacrati dall'art. 111 Cost. - e, s'aggiunga, dall'art. 6 C.E.D.U. - sul giusto processo. In questa direzione, anche DINACCI, voce *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, X Agg., Torino, 2013; SPANGHER, *Più rigore - e legalità - nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali (art. 273, co. 1-bis, c.p.p.)*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 413.

⁸¹ Suggestivo il rilievo di ALLEGREZZA, *Violazione della CEDU e giudicato penale. Quali contaminazioni?, Quali rimedi?*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo. Atti del seminario. Ferrara, 9 marzo 2007*, a cura di Bin, Brunelli, Pugiotto e Veronesi, Torino, 2007, 25 per cui «dire che l'elemento inquinato non ha un ruolo determinante nella decisione significa comunque riconoscergli un valore probatorio». Che, invece, proprio per la sua contrarietà alle fonti superiori, dev'essere azzerato.

⁸² Questo, a tacere dell'incompleta formula normativa; ed, infatti, va adottato il criterio per il quale, nel cautelare, si applica l'intero *set* di regole di giudizio operanti nel merito: diversamente, si giungerebbe all'assurdo di negare nel rito *de libertate* gli stessi principi sui quali si è eretta la riforma del 2001. In analoga direzione, specificamente sulla nozione di indizio e sul mancato inserimento, nell'art. 273, co. 1-*bis*, c.p.p. di un rinvio all'art. 192, co. 2, c.p.p., MARZADURI, *Note di sintesi del forum sulla disciplina delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 2006, 2, 393. Rilievi simili, al fine di evitare distorsioni in materia cautelare, in PAPAGNO, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, 2009, 497.

opportunamente intesa, riflette nel contesto domestico i rilievi sull'equità espressi dalla Costituzione e dalla Grande Europa⁸³.

La sanzione, infatti, va posta a censura di quegli atti che, astrattamente, offenderebbero l'archetipo convenzionale, minando gli equilibri tra le parti e il giudice; se la Corte alsaziana non può che esaminare il procedimento, una volta concluso e adottando uno sguardo d'insieme, il decisore interno ha il dovere di intervenire nell'istante in cui si avveri dinanzi a lui una potenziale lesione dei valori di cui la Grande Europa è latrice.

Mutuando la chiosa nel settore cautelare, la si declina anche sul piano delle implicazioni che la vicenda determina sulla libertà dell'indagato: è impensabile, infatti, limitarla per l'effetto di risultanze raccolte in modo da violare altre posizioni protette dalla fonte costituzionale o da quelle sovranazionali, ivi compreso il diritto dell'accusato a prendere posizione sulle prove della sua verosimile colpevolezza e ad interloquire in tempi rapidi con un giudice, proponendo, se del caso, elementi a favore. Esattamente in questo, *Kargakis* è illuminante e merita un'incursione in un paio di vicende vissute nelle nostrane aule di tribunale per avvedersene.

Così, guardando ai possibili esempi di cui è foriera la realtà empirica, è del tutto illegittima la statuizione cautelare che, in un procedimento per reati fiscali, si basi integralmente sulle dichiarazioni rese dal contribuente, sentito quale persona informata sui fatti - e, quindi, senza le garanzie dell'art. 64 c.p.p. - in un frangente nel quale era già possibile individuarlo come possibile indagato, poiché toccato da indizi di reità.

L'esempio è reale: la guardia di finanza era impegnata in accertamenti su una società; le irregolarità tributarie spingevano la procura ad aprire un fascicolo che veniva iscritto a mod. 44; durante le indagini veniva sentita la persona che, dalle visure camerali, risultava essere l'unico amministratore dell'ente: gli venivano poste domande sull'oggetto dell'attività, sui rapporti con clienti e fornitori, e sulle sue relazioni con colui che era ritenuto l'amministratore di fatto della compagine; l'interlocuzione avveniva senza la presenza di un legale, né venivano rivolti all'interessato gli avvertimenti che, normalmente, precedono l'interrogatorio; sulla base di quanto esposto, però, il procedimento transitava al mod. 21 ed era applicata una misura cautelare a carico dei due amministratori, di fatto e di diritto, ora formalmente indagati.

Eppure - è noto - chi gestisce una società - sia pure solo come prestanome -

⁸³ Secondo quanto a suo tempo affermato dalla Consulta e attualizzato all'odierna osmosi di ordinamenti, interno ed europei, che impone esegesi del diritto domestico che guardino a quel che accade ed è pronunciato *ultra fines*.

è gravato dall'intera gamma dei doveri di corretta amministrazione, al punto che, violati, egli assume la responsabilità per gli eventuali risvolti di rilievo penale⁸⁴: dalle parole del testa di legno derivava la prova del coinvolgimento – suo e del reale gestore – nell'evasione fiscale, sicché, ben si può dire che la cautela era disposta sulla base di quelle dichiarazioni, da ritenersi, però, illegittime, poiché assunte senza i presidi dell'art. 64 c.p.p. e in un momento nel quale, pur non avendo ancora la qualifica di indagato, il *loquens* era già stato raggiunto da indizi di reità⁸⁵.

L'applicazione dei principi europei, da ultimo espressi in *Kargakis*, permette di biasimare prassi che, come quella testé descritta, giustificano limitazioni alla libertà individuale, infrangendo diritti protetti ai livelli più elevati dell'ordinamento.

Si rimanga ancora un attimo sul piano degli esempi per meglio focalizzare il rilievo. Il ricorso al diritto strasburghese torna utile per commentare un recente arresto della Suprema Corte che, di recente, si pronunciava proprio sulle garanzie dell'indagato in custodia⁸⁶.

Nella doglianza il difensore lamentava che l'avviso dell'interrogatorio ex art. 294 c.p.p. gli fosse stato notificato solo il giorno prima del compimento dell'atto: l'accusato era ristretto a seicento chilometri dallo studio del legale fiduciario e tale distanza avrebbe ostacolato il proficuo esercizio della difesa, sia per la difficoltà di partecipare materialmente al colloquio, sia per l'impossibilità di un compiuto esame del fascicolo.

La Cassazione sottolinea la funzione garantistica dell'interrogatorio, che consente all'indagato di contestare i presupposti della misura; per questo – si legge – l'esigenza della difesa di avere piena contezza degli atti può essere realizzata attraverso un'istanza di differimento del colloquio, pur entro il termine inderogabile di cinque giorni⁸⁷. Il punto controverso è che non viene previsto, per codice, un periodo minimo intercorrente tra l'avviso dell'interrogatorio e il suo compimento: in mancanza, il criterio individuato dalla giurisprudenza è quello che il lasso temporale deve essere sufficiente all'esercizio di

⁸⁴ Cass., Sez. V, 11 gennaio 2008, Salamida, in *Mass. Uff.*, n. 239040.

⁸⁵ Lo status di amministratore di diritto rendeva l'ipotesi di sua reità più che un sospetto; tanto doveva indurre gli inquirenti ad applicare l'art. 63 c.p.p., arrestando l'esposizione ed informando il dichiarante della sua nuova condizione di indagato. Così, Cass. Sez. un., 23 aprile 2009, Fruci, in *Cass. pen.*, 2009, 4142.

⁸⁶ Cass., Sez. II, 21 settembre 2020, Fortunato, in *www.processopenaleegustizia.it* con nota di ARASI, *Il diritto di difesa può essere limitato per garantire il rispetto del termine per l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia?*

⁸⁷ Cass., Sez. II, 28 ottobre 2014, Cosentino, in *Mass. Uff.*, n. 260876.

un'adeguata assistenza difensiva⁸⁸.

Vengono, così, in gioco evenienze concrete, quali la distanza tra il luogo ove il difensore si trova e quello in cui l'indagato è detenuto, i collegamenti disponibili per il raggiungimento della sede dell'interrogatorio, il tempo compreso tra l'avviso e l'atto, e la diligenza del difensore nel chiedere il differimento in ipotesi di comprovate difficoltà a presenziare.

Dalle premesse, il Supremo Consesso ricava le conclusioni per il caso in esame, rigettando l'impugnazione difensiva.

Nota il Collegio che alcuna richiesta di procrastinare l'adempimento era stata presentata dal difensore che, pure, avrebbe potuto prendere un aereo per arrivare al luogo dell'interrogatorio. Da ultimo, si nota come la misura era applicata sulla base degli stessi elementi - noti all'indagato da almeno cinque mesi - che avevano già motivato un'altra cautela, poi successivamente annullata: a dire della Corte, quindi, non ci sarebbe stata violazione del diritto a consultare gli atti, poiché già noti alla difesa.

Leggendo la pronuncia, ne vanno apprezzati i riferimenti al ruolo di garanzia giocato dall'interrogatorio nel rito cautelare; rispetto all'invocata finalità, però, non piace la chiosa, nella quale si liquida laconicamente l'argomento difensivo dell'esiguità del termine per visionare il fascicolo: v'è da chiedersi come il difensore, senza esaminare gli atti, avrebbe potuto sapere che il compendio istruttorio era lo stesso - e ammesso che fossero gli stessi, identici elementi - già utilizzato per l'applicazione di altra misura. Una simile presunzione stride con i richiami al giusto processo che, pure, traspaiono dalle prime battute dell'arresto; ma tant'è, e il rinvio ad esso resta comunque utile per sottolineare come sia opportuno ragionare sull'equità - e, quindi, sul *fair trial* - pure in materia *de libertate*.

Questi argomenti, poi, servono a riproporre un ultimo rilievo, peraltro ampiamente sviluppato in *Kargakis*.

Ci si soffermi ancora su un aspetto. Trattando di misure cautelari, l'*iter* per la loro applicazione deve coinvolgere la difesa, non solo perché è questa la regola cardinale del giusto processo, ma anche perché, diversamente, la libertà del custodito sarebbe limitata con un atto di imperio del tutto arbitrario: ne deriverebbe, insomma, un'esperienza detentiva pressoché immotivata; allo stesso modo, la Corte europea ha indotto a riflettere sulle conseguenze derivanti da una reclusione irragionevolmente lunga, esorbitante il livello di ordinaria se-

⁸⁸ Tra le tante, Cass., Sez. V, 20 gennaio 2014, Baldassarri, in *Mass. Uff.*, n. 257937; Cass., Sez. I, 27 settembre 2011, Buono, in *Mass. Uff.*, n. 251485; Cass., Sez. VI, 29 aprile 1998, Capasso, in *Mass. Uff.*, n. 211704.

verità e senza che l'interessato abbia la possibilità di riferirsi ad un giudice per esporre le proprie condizioni o, meglio ancora, abbia l'opportunità di essere ascoltato dal magistrato al quale ha trasmesso ogni utile informazione a comprendere le criticità in cui versava.

Insomma, *Kargakis* consente di apprezzare tutta l'importanza del contraddittorio sulla cautela, riferibile, sì, alle ragioni che determinavano la misura, ma pure al loro evolversi e al rapporto - necessariamente mutevole, come è ogni vicenda *de libertate* - tra l'indagato e l'ambiente detentivo.

Qualsiasi ostacolo al dialogo su questi frangenti rende la restrizione illegittima e merita una reazione ordinamentale in grado di eliderla, donde il richiamo al tema delle sanzioni processuali compiuto all'apertura di questo paragrafo conclusivo. L'invalidità come risposta alla violazione di posizioni fondamentali, quindi⁸⁹. O, meglio, come rimedio ad eventualità patologiche capaci di degradare la posizione dell'indagato, obbligandolo alla cautela in forza di elementi indizianti *contra ius*, senza la possibilità di un meditato colloquio con l'autorità giudiziaria o, ancora, senza potersi esprimere sulle difficoltà legate alla permanenza carceraria. Sotto quest'ultimo profilo, il tema incrocia questioni tipiche dell'esecuzione; ma, al di là del singolo istituto - che, s'è visto, non rileva troppo nella logica europea -, è ribadito il modello dialettico anche sulle questioni cautelari: l'Europa chiama ancora una volta ad un'impostazione dei rapporti tra l'autorità giudiziaria e le parti orientata ai referenti sovranazionali a salvaguardia dell'individuo; qualsiasi deviazione non può produrre effetti, restando estranea alla corretta logica processuale⁹⁰.

⁸⁹ Potendo richiamare l'impostazione proposta da ALOISI, *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 459 che teorizza l'abnormità quale reazione ad attività processuali che esprimono un potere applicato in modo illegittimo - diremmo, al di là dei principi ai quali dovrebbe ispirarsi - e che non sarebbero invalide se si proponesse un'applicazione assoluta (meglio, forse, pedissequa) del principio di tassatività. In argomento, pure GERACI, *Il doppio volto dell'abnormità: profilo processuale e disciplinare a confronto*, in www.processopenaleegiustizia.it.

⁹⁰ Nell'ottica di una giustizia per principi o, forse meglio, per valori. Attingendo nuovamente dal pensiero di ALOISI, se ne ricordano le riflessioni svolte su questi aspetti nella voce *Impugnazioni nel processo penale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Torino, 1938, 855 o nel *Manuale pratico di procedura penale*, 1932, 44 ss.