

Dipartimento di giurisprudenza

Cattedra di Diritto processuale penale

Le misure di cautela e la "cautela" nelle misure

Chiar.mo Prof. Alberto Macchia

RELATORE

Chiar.mo Prof. Filippo Dinacci

CORRELATORE

Giorgia Traina

CANDIDATA
Matr. 150343

SOMMARIO

INTRODUZIONE	6
CAPITOLO I RICOSTRUZIONE STORICA DEL SISTEMA DELLE MISURE CAUTELARI	16
1.1 I punti principali della riforma fascista	16
1.2 Le finalità della misura cautelare nel sistema inquisitorio.	20
1.3 La disciplina codicistica delle misure cautelari.	23
1.4 Il ruolo affidato al pubblico ministero.	27
1.5 Scarcerazione, concessione della libertà provvisoria e carcerazione preventiva.	29
2.1 “ <i>L’eclisse costituzionale</i> ” e la ratifica delle Convenzioni internazionali.	31
2.2 Le riforme al codice di procedura penale.	35
2.2.2. La legge 18 giugno 1955, n. 517 come prima risposta alla caduta del fascismo.	37
2.2.3 Le spinte della dottrina ad una riforma del codice di procedura e il primo intervento della Corte Costituzionale in materia.	39
2.2.4 La legge 15 dicembre 1972 n. 773.	44
2.2.5 La legge 3 aprile 1974, n. 108, delega per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale e la legge 22 maggio 1975, n. 152.	44
3.1 La “ <i>legislazione d’emergenza</i> ”	47
3.1.1 “ <i>La legge sui tribunali delle libertà</i> ” (legge 12 agosto 1982, n. 532).	48
3.1.2 La legge 5 agosto 1988, n. 330 “Nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale nel processo penale”.	53
3.2 I pilastri fondamentali del sistema della libertà personale.	58
3.3 Il nuovo codice di procedura penale.	61
3.3.1 I principi di “stretta necessità”, del “sacrificio minimo”, di “gradualità”. Tassatività, proporzionalità e adeguatezza delle misure.	63
3.3.2 Le esigenze cautelari.	65

4.1 Lo strumento del braccialetto elettronico.	68
4.2 I dubbi sulla natura giuridica.	71
4.3 La sentenza Torreggiani come incentivo al potenziamento dell'istituto.	73
4.3.1 Le prime risposte in giurisprudenza alla sentenza Torreggiani.	75
4.3.2 L'intervento del legislatore.	77
4.4 L'effettività delle misure adottate rispetto problema del sovraffollamento carcerario.	78
CAPITOLO II LA PRESUNZIONE DI ADEGUATEZZA DELLA CUSTODIA CAUTELARE	80
1.1 La presunzione di adeguatezza della misura in carcere nelle riforme al codice di procedura penale.	80
1.2 La riforma del 8/8/1995 n. 332.	83
1.2.1 Critica della dottrina.	84
1.2.2 'L'assoluzione' da parte della giurisprudenza.	86
1.3 Riforma del 2009 (Legge 23 aprile 2009, n. 38).	89
1.4 Le declaratorie di incostituzionalità	94
1.5 La presunzione di adeguatezza per reati gravi nella giurisprudenza europea.	98
1.6 L'adeguamento da parte del legislatore.	99
2 Il catalogo dei reati.	104
2.1 Associazioni di tipo mafioso.	105
2.1.1 L'origine storica, accenni criminologici e il metodo d'indagine.	106
2.1.2 La fattispecie sostanziale.	109
2.2 L'associazione per delinquere.	114
2.3 Associazioni sovversive.	116
2.4 Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico.	118
3.1 Omicidio.	123
3.2 Prostituzione minorile.	126

3.3 Pornografia minorile.....	127
3.4 Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile.....	128
3.5 Disposizioni comuni per le fattispecie di cui agli artt. 609- <i>bis</i> , 609- <i>ter</i> , 609- <i>quater</i> , 609- <i>octies</i> così come delineate dagli artt. 609- <i>sexies</i> , 609- <i>septies</i> , 609- <i>nonies</i> , 609- <i>decies</i> ...	128
3.5.1 Violenza sessuale.....	130
3.5.2 Atti sessuali con minorenni.....	131
3.5.3 Violenza sessuale di gruppo.	131
4. La <i>ratio</i> delle presunzioni assolute e relative in materia cautelare.	132
CAPITOLO III LA MODULAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI IN RAPPORTO ALLE ESIGENZE VECCHIE E NUOVE.....	141
1. Come sono nate e si sono sviluppate le misure cautelari alternative alla custodia in carcere.....	141
2.I contenuti eventuali delle misure e la discrezionalità del giudice.	150
3 Critica alla lettera c dell’art. 274 c.p.p.	159
4 Un tentativo di recupero delle istanze costituzionali.....	165
5 I diritti della personalità e la categoria della vulnerabilità.	174
6 Nuovi approdi legislativi e dottrinali.....	176
CAPITOLO IV IL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO.....	183
1.Il Mandato di arresto europeo: il principio del “mutuo riconoscimento” delle decisioni giudiziarie e i caratteri di “accessorietà” e “giudiziarità”.....	183
1.2 La procedura del mandato di arresto.	187
1.3 L’avvio della procedura passiva di consegna.....	188
2. La legge di attuazione (legge 22 aprile 2005, n. 69).	191
2.1 Il campo di applicazione dell’euromandato.	194
2.2 Le ipotesi di rifiuto alla consegna.	202
3. La custodia cautelare nella procedura M.A.E.	211

3.1 La procedura cautelare e il pericolo di fuga.	211
3.2 L'ambito di applicazioni delle disposizioni codicistiche.	214
3.3 Inizio del procedimento (art. 10, legge, n. 69/2005).	219
3.4 Arresto ad iniziativa della polizia giudiziaria.	222
3.5 I Termini.	227
3.6 Le impugnazioni.	231
CONCLUSIONI.....	236
BIBLIOGRAFIA.....	240
SITOGRAFIA	254
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA.....	256

INTRODUZIONE

Nell'assetto dell'impianto codicistico, le misure cautelari personali rappresentano un istituto peculiare che tende a limitare in modo più o meno intenso la libertà del soggetto senza averlo sottoposto ad un processo volto ad accertarne la responsabilità penale. Per questo motivo, considerata anche la facile adattabilità delle misure a rispondere a scopi diversi, nella storia della sua legislazione si è parlato di “*pendolarismo*” o “*oscillamento*”¹. La ‘flessibilità’ che caratterizza la disciplina cautelare ha fatto sì che il legislatore ha da sempre utilizzato l’istituto, sfruttandone la maggiore rapidità, per rispondere a fenomeni destanti particolare allarme sociale in un determinato periodo storico.

Questo è evidente nel periodo fascista, dove il carattere inquisitorio del procedimento e la previsione come unica misura cautelare della custodia in carcere hanno determinato un istituto che si differenziava ben poco dalla pena, in quanto sfruttato per rispondere alla pretesa punitiva dello Stato in modo molto più rapido. Oltre alla mancanza di garanzie di difesa nel processo, l’utilizzo della custodia cautelare per rispondere a finalità punitive e repressive era principalmente dovuto a una mancata elencazione delle esigenze cautelari volte a limitare la pratica attuazione della misura, per questo si è parlato di “*vuoto dei fini*” nell’impianto cautelare del codice Rocco.² La funzione, pressoché unica, della misura cautelare preventiva in questo sistema era quella di indurre l’imputato a confessare tramite mezzi intimidatori. Nel bilanciamento degli interessi in gioco, quello dello Stato di perseguire un reato, da una parte, e quello della tutela della persona nel processo, dall’altra, sicuramente prevaleva il primo. Nella fase delle indagini preliminari, dove solitamente vengono emesse le misure cautelari, infatti, il diritto di difesa era

¹ A. Macchia, *Cautela penale e principi costituzionali alla luce dei più recenti approdi del giudice delle leggi*. In *Cassazione Penale*, 2021, 887–1907.

² A. Marandola, *Misure cautelari personali: ancora lacunosa la disciplina*, in *Diritto Penale e Processo* 2018, 1249.

destinato a soccombere rispetto al segreto istruttorio, corrispondente con l'interesse dello Stato a reprimere una fattispecie di reato.³

Il quadro delineato muta radicalmente con l'entrata in vigore della Costituzione e la ratifica delle Convenzioni internazionali, che hanno avuto il merito di scongiurare qualsiasi utilizzo delle misure cautelari per fini extraprocessuali e di configurare la custodia cautelare come *extrema ratio*.

Al fine di ricondurre entro i parametri delineati dalla Costituzione e dalle Convenzioni la disciplina cautelare, era anzitutto necessario superare quel "vuoto dei fini" e riconoscere alla custodia preventiva una funzione meramente processuale. La misura non può, infatti, rispondere a finalità punitiva, di prevenzione speciale o generale, né tantomeno di esemplarità.⁴

Nonostante il radicale cambiamento delle fonti legislative e garanzie democratiche, il codice Rocco rimase in vigore per più di quarant'anni tramite una serie di modifiche apportate all'impianto originario. La difficoltà di superare l'impianto inquisitorio non era poca, per questo motivo la dottrina sarcasticamente ha parlato di "garantismo inquisitorio" nella disciplina di quegli anni.⁵

La riforma accusatoria del sistema di procedura penale si ebbe con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale. La legge delega al nuovo codice prevedeva la soppressione della funzione cautelare finale della carcerazione preventiva tramite una chiara enunciazione delle esigenze cautelari e la previsione di diverse misure di coercizione personale «fino alla custodia in carcere». ⁶ Il nesso tra le diverse misure limitative o della libertà personale o della disposizione di beni materiali viene identificato nella cautela che per definizione ha un carattere *temporaneo* e risponde alla finalità preventiva di

³ M. Miletto, *La scienza nel codice: il diritto processuale penale nell'Italia fascista*. In AA.VV., *L'incoscio inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana* a cura di A.A. Garlati, Milano 2010, 71-76.

⁴ Art. 5 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

⁵ E. Amodio, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia: annuario di scienze penalistiche* 2010, 17-18.

⁶ V. Grevi, *Verso il nuovo processo penale-Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*. In *Giustizia Penale* 1988, 482.

mantenere inalterata e conservare la situazione fattuale in dipendenza dei tempi processuali.⁷

Si vede quindi come le fondamenta per garantire il rispetto delle istanze costituzionali nella particolare disciplina cautelare siano individuabili in una chiara enunciazione delle esigenze di carattere processuale, nella previsione di diverse misure ‘personalizzate’ alle circostanze del caso concreto e nella garanzia di giurisdizionalità che presuppone una ‘discrezionalità guidata’ dell’organo decidente nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza.

Se in origine il legislatore ha efficacemente trasposto nelle disposizioni codicistiche i principi costituzionali, le modiche normative intervenute negli anni hanno scomposto tale assetto, allontanando via via la disciplina cautelare dai principi regolatori e andando quasi a “*smembrarlo*” dei suoi punti essenziali, non a caso si è parlato di una fase di “*regresso*” rispetto a quella maggiormente garantista che lo ha preceduto.⁸

Tra le più vistose ‘manipolazioni’ apportate al codice, è da menzionare la c.d. presunzione di adeguatezza della custodia cautelare: al ricorrere di gravi indizi di colpevolezza per la commissione di un fatto di reato particolarmente grave, le esigenze cautelari rilevano in modo “*anomalo*”. L’istituto pare essere un retaggio del passato, stabilendo tale presunzione il legislatore ha di fatto colto l’occasione storica per reindirizzare la custodia cautelare al fine di anticipare la pena per quei reati che destino particolare allarme sociale.⁹

La severità nella risposta cautelare per una così ampia categoria di reati è stata probabilmente dettata da episodi che hanno destato particolare clamore nell’opinione pubblica, per citarne alcuni, il fenomeno mafioso e le relative

⁷ M. Chiavario, *Una “carta di libertà” espressione di impegno civile: con qualche squalcitura (e qualche...patinatura di troppo)*, Torino, 1990, 5.

⁸ G. Vassalli, *L’inconscio inquisitorio: l’eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, cit., 13-17.

⁹ V. A. De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., G. Spangher, *Trattato di procedura penale*, a cura di A.A. Scalfati, *Le misure cautelari*, Torino 2008, 77 e M. Scaparone, *La libertà personale*, in atti del convegno “*Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive*”, Roma, 1992, 112-113.

stragi che hanno portato all'adozione delle leggi antimafia o ancora i fatti di cronaca in materia di violenza domestica e di genere degli ultimi anni.¹⁰

Nell'impianto della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare, i motivi sui quali si fonda l'ordinanza di applicazione della misura finiscono per coincidere con le condizioni generali di applicabilità previste dall'art. 273, comma 1, c.p.p. Si prevede, quindi, una presunzione *iuris tantum* di sussistenza del *periculum libertatis* e una presunzione *iuris et de iure* di adeguatezza della sola misura della custodia in carcere. Pertanto, incombe sul giudice il solo obbligo di dare atto dell'inesistenza di elementi idonei a vincere la presunzione, mentre incombe sulla difesa il più oneroso obbligo – al punto da essere definito una *probatio diabolica* – di riuscire a superare tale presunzione evidenziando elementi idonei a dimostrare l'insussistenza delle esigenze cautelari.¹¹

Il dato innegabile è che le esigenze di difesa sociale finiscono per prevalere, nel giudizio di bilanciamento tra valori costituzionalmente primari che la politica criminale deve perseguire, giustificando anche ipotesi di adozioni di misure inadeguate.

Tuttavia, la presunzione prevista dal comma terzo dell'art. 275, di per sé, è stata oggetto di salvataggio da parte della giurisprudenza costituzionale ed europea. L'approccio giurisprudenziale è sempre stato rivolto a limitare la portata e l'applicazione dell'istituto senza per questo proporre l'abolizione per mancanza, in determinati e specifici casi, di soluzioni alternative a prevenire il propagarsi delle conseguenze dannose di insidiose fattispecie di reato ovvero per evitare la commissione di ulteriori gravi reati.¹²

La tendenza ad estendere le fattispecie per cui vige la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere, ha trovato un limite nell'intervento della Corte Costituzionale, la quale ha pronunciato ben nove declaratorie di illegittimità costituzionale nel quinquennio che va dal 2010 al 2015,

¹⁰ P. Tonini, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per un'effettiva tutela dei principi costituzionali*, Convegno Annuale ASPP, Trento, 11-13 ottobre 2013, 72.

¹¹ E. Marzaduri, *Sub art. 5 l. 332 del 1995*. In *Legislazione Penale* 1995, 625.

¹² V. Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 450 e C. Eur. Dir. Uomo, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, ricorso n. 60851/00.

rimodulando la doppia presunzione relativa ed assoluta che sussisteva in relazione a quasi tutti i titoli di reato, in un modello a doppia presunzione relativa.

Di fatto, gli interventi della Consulta hanno delineato un assetto della disciplina connotato dalla presenza di tre differenti modelli di carcerazione cautelare. Il primo regola le misure cautelari per i delitti comuni, il secondo ricomprende gravi delitti connotati da un forte allarme sociale (il riferimento va alle ipotesi di reato di associazione mafiosa *ex art. 416-bis c.p.* e alle ipotesi di reato di cui agli artt. 270, 270-*bis c.p.*), il terzo è stato elaborato dalla Corte Costituzionale in chiave di “*semplificazione probatoria*” per rispondere alle esigenze cautelari per delitti comunque gravi, e quindi assoggettati ad un regime cautelare speciale, ma attenuato dalla natura relativa – e quindi superabile – della presunzione di adeguatezza della custodia carceraria (in questo modello vengono ricomprese le ipotesi di reato violente come l’omicidio, la violenza sessuale o i reati contro i minori).

Una presunzione di adeguatezza della custodia cautelare è dunque rimasta per quei reati che, in base alla regola probatoria del *id quod plerumque accidit* e del principio di offensività, sono particolarmente insidiosi in quanto reati plurisoggettivi commessi da associazioni (mafiose o terroristiche) che commettono reati per intaccare l’ordine pubblico e rappresentanti un grave pericolo per la sicurezza collettiva.¹³ Per quanto riguarda invece la scelta di mantenere un regime differenziato ma ‘attenuato’ per gli altri reati odiosi, la regola di esperienza porta a ritenere che sussista la necessità di accelerare la risposta cautelare da fornire alla vittima in considerazione delle usuali modalità di condotta che portano a ritenere che il soggetto violento possa commettere altri reati dello stesso tipo. In considerazione della necessità di tutela della particolare figura della vittima, si presume *iuris tantum* che sia la misura della custodia in carcere quella adeguata a rispondere all’esigenza di cautela.

¹³V. per tutte Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265 e V. Manes, *Lo “sciame di precedenti” della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Diritto penale e processo* 2014, 461.

Un regime differenziato, apparentemente derogatorio delle garanzie costituzionali, si giustifica in considerazione dell’*“insicurezza del processo”*¹⁴ che porta a fornire una risposta già a livello cautelare e nelle prime fasi di istaurazione del procedimento penale per tutelare beni giuridici primari.

Rendere l’istituto di cui al comma terzo dell’art. 275 c.p.p. un’eccezione vuol dire prevedere, ampliare e modellare il catalogo delle misure cautelari alternative alla custodia, in modo tale che in tutti i casi in cui non si tratti di fattispecie di reato particolarmente insidiose, le esigenze cautelari possano trovare idonea tutela in misure che comunque *“valgano a neutralizzare il fattore scatenante o ad impedirne la riproposizione”*.¹⁵

Volgendo lo sguardo alle misure alternative, si nota come queste tutelino esigenze cautelari diverse e prevedano la possibilità per il giudice di graduare la misura in modo da renderla conforme alla persona nei cui confronti viene disposta. Dalle possibili ‘configurazioni’ che queste misure possono assumere, emerge come l’orientamento della disciplina cautelare sia oggi teso a realizzare delle forme di trattamento *‘individualizzate’*, in quanto create sulla base di uno specifico *periculum libertatis*.¹⁶

A tal fine, per quanto riguarda la misura degli arresti domiciliari e delle misure *“a tutela dell’offeso”*¹⁷ (divieto di avvicinamento dei luoghi frequentati dalla persona offesa e obbligo di allontanarsi dalla casa familiare), il legislatore ha previsto delle prescrizioni a carattere eventuale e accessorio accanto a quelle principali.

La misura degli arresti domiciliari nasce come modalità esecutiva della custodia in carcere ma se ne differenzia per il contenuto obbligatorio, poiché

¹⁴ O. Mazza, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d’innocenza)*, Convegno annuale dell’Associazione Franco Bricola, *“Pericolosità e giustizia penale”*, Udine, 25-26 marzo 2011, in *Diritto penale contemporaneo online*, 20 aprile 2012. <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1334842479relazione%20mazza.pdf>

¹⁵ Corte cost. del 12 maggio 2011, n. 164.

¹⁶ G. Rossetto, *Arresti domiciliari e custodia cautelare*, in *Libertà e cautele nel processo penale. Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario-Marzaduri, Torino, 1996, 123.

¹⁷ P. Bronzo, *Profili critici delle misure cautelari ‘a tutela dell’offeso’*, nota a Cass. pen. sez. V, 16 gennaio 2012, n. 13568 in *Cassazione penale* 2012, 3470

necessita una collaborazione della persona cui è stata disposta per renderne pratica l'attuazione.¹⁸

La misura può essere graduata dal giudice nel senso di disporre una più o meno intensa limitazione della libertà personale del soggetto in corrispondenza con le esigenze cautelari sussistenti nel caso concreto.

Il grado di afflittività della misura è quasi completamente assimilabile alla custodia cautelare quando disposta con lo strumento di controllo del braccialetto elettronico. L'afflittività della misura può altresì dipendere da fattori insiti nell'esecuzione della stessa fuori dal carcere: la limitazione della libertà della persona sarà più o meno restrittiva a seconda dell'istituto o dell'abitazione dove viene eseguita.¹⁹ La 'flessibilità' della misura può inoltre dipendere dalla discrezionalità del magistrato che, in base alle circostanze del caso concreto, può decidere di aggravare la disposizione tramite un maggior irrigidimento delle facoltà di comunicazione del soggetto, ovvero di attenuare l'obbligo di non allontanarsi dal domicilio per provvedere alle esigenze lavorative o alle indispensabili esigenze di vita.²⁰

A differenza degli arresti domiciliari e delle altre misure previste dal codice, le misure alternative di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p. nascono come misure idonee a rispondere ad episodi criminosi di violenza domestica e violenza di genere, per questo definite misure cautelari "a tutela dell'offeso". Sebbene vengano ricomprese nell'esigenza di cui alla lettera *c* dell'art. 274 c.p.p., di fatto rispondono ad una esigenza di tutela della vittima debole di episodi di violenza domestica.²¹

Stante l'urgenza della tutela da fornire alla vittima che condivide con il suo aggressore gli spazi di vita privata e con il quale condivide la quotidianità, il

¹⁸ E. N. La Rocca, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari persone (Ddl 1232b)*, in *Archivio penale online* 2015, n.2, 1. <https://archiviopenale.it/1-16042015-n-47--modifiche-al-cppin-materia-di-misure-cautelari-personali-modifiche-alla-1-26071975-n-354-in-materia-di-visita-a-perso/contenuti/4786>

¹⁹ P. Ferrua, *Le misure «alternative» alla custodia in carcere*, in *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura di Grevi, 1983, 86.

²⁰ V. tra gli altri, A. Giarda, *Arresti domiciliari e misure alternative alla custodia cautelare in attesa del nuovo codice*, in AA.VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di A.A. Grevi, Padova, 1989, 121.

²¹ P. Bronzo, cit., 3470.

legislatore ha individuato nel procedimento cautelare la sede per rispondere in modo tempestivo alle prioritarie esigenze di tutela della persona offesa.²² Così le misure nascono per una tipologia di reati e per determinati autori di reato.²³

L'introduzione di queste misure è dovuta ad una evoluzione del sistema cautelare non più teso a tutelare la collettività, quanto la singola vittima del reato. È di tutta evidenza che nell'attribuire un contenuto eventuale alle misure, il legislatore abbia inteso offrire uno strumento che ancor più si adattasse alle ulteriori e rafforzate esigenze di tutela della persona offesa e che al tempo stesso non prevedano quale unica soluzione la custodia cautelare.²⁴

Che la misura cautelare custodiale sia un "*male necessario*"²⁵ è ben noto, questa verità è stata pronunciata da Francesco Carrara nel 1872, quando ancora all'imputato non venivano garantite quelle tutele che sono oggi rinvenibili nelle fonti legislative nazionali e convenzionali. Sfruttare le diverse modulazione delle misure cautelari alternative alla custodia può, di fatto, rendere l'istituto coerente con la tutela dei diritti dell'imputato.

A livello di Unione Europea è già in atto il progetto di stabilire delle «norme minime specifiche» applicabili allo stesso modo in tutti i sistemi di detenzione degli Stati membri. Gli Stati vengono esortati a "*rendere disponibile e applicare, ogniquale volta fattibile, la più ampia gamma possibile di misure meno restrittive e alternative alla detenzione*". Inoltre, gli Stati membri dovrebbero adottare una "*presunzione a favore della liberazione*", richiedendo alle autorità nazionali competenti di assumere l'onere della prova circa la dimostrazione della necessità di imporre la custodia cautelare.²⁶

²² V. Casalnuovo, S. Colella, *Il codice rosso: guida operativa alla L. n. 69 del 2019*. Roma, 2019.

²³ L. Collini, Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa tra principio di legalità e discrezionalità giudiziale, in *Diritto penale contemporaneo online*, 24 gennaio 2012, <https://archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org/upload/Allegato%20Collini%20in%20pdf%20con%20front.pdf> e, A. Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto penale e processo* 2009, 967.

²⁴ P. Bronzo, *Ancora precisazioni sulla determinatezza del divieto di avvicinamento*, in *Cassazione penale* 2013, 2719.

²⁵ F. Carrara, *Immoralità del carcere preventivo. Programma del corso di diritto criminale*. In *Opuscoli di diritto criminale*, Bologna, 1872, 401.

²⁶ Raccomandazione della Commissione, 8 dicembre 2022, (23).

La realizzazione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia è da tempo prefissato come obiettivo da parte della Comunità europea. Nella riunione di Tampere del 1999, il Consiglio dell'Unione Europea fissò come ulteriore obiettivo quello di favorire una convergenza degli ordinamenti giuridici dei vari Stati, anche in materia penale, per garantire una maggiore snellezza e rapidità nei procedimenti interni allo spazio europeo, tramite il riconoscimento delle decisioni emesse negli altri Stati.²⁷

In questo clima nasce l'istituto del mandato di arresto europeo. La decisione-quadro si inserisce in un ampio processo normativo che ha quale punto di origine il Trattato istitutivo dell'Unione Europea²⁸. L'obiettivo è di giungere a un diretto dialogo tra le autorità giudiziarie nei diversi Paesi membri allo scopo di garantire una più rapida esecuzione della procedura di consegna di una persona da sottoporre ad una misura restrittiva della libertà personale in uno Stato dell'Unione diverso da quello in cui si trova. Il presupposto per il funzionamento dell'istituto è quello della “*fiducia reciproca*” intercorrente tra le Parti.²⁹

La logica insita alla disciplina del mandato di arresto è di un “*obbligo di principio*”, da parte dei singoli Stati, alla sua esecuzione. Ai fini della sua concreta attuazione è sufficiente una corrispondenza delle garanzie procedurali e dei principi regolatori del sistema penale da parte dei singoli Stati membri. Di contro, divergenze tra i sistemi penali dei singoli Stati legittimano il disconoscimento della decisione resa dall'autorità straniera solo se la stessa è inficiata dalla violazione dei diritti fondamentali della persona come riconosciuti e tutelati dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Non determinano un *vulnus* delle garanzie fondamentali le ‘fisiologiche’ differenze tra gli ordinamenti nazionali, poiché è il principio del mutuo riconoscimento a

²⁷ E. Aprile, *Note a margine delle prime pronunce della cassazione in tema di mandato di arresto europeo: dubbi esegetici e tentativi di interpretazione logico-sistematica della materia*, in *Cassazione penale* 2006, 2516.

²⁸ L'Italia ha attuato la decisione-quadro con la legge 22 aprile 2005, n. 69.

²⁹ D. Cimadomo, *La procedura “attiva” di consegna*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedura di consegna. Commento alla Legge 22 aprile 2005, n. 69: “Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri” e sintesi dei lavori parlamentari*, a cura di A.A. Kalb, Milano, 2005, 507.

prevalere come regola generale. Un discostamento dalla disciplina europea è quindi possibile e ammesso solo nel caso in cui rappresenti un ampliamento del novero dei diritti e principi fondamentali applicabili in materia.³⁰

La *ratio* del mandato di arresto europeo è di garantire la realizzazione di uno spazio comune di libertà, giustizia e sicurezza all'interno dell'Unione attraverso un'opera di uniformazione delle regole procedurali penali tra i singoli Stati e la valorizzazione del potere giudiziario per attuare tali norme.

Lo scopo della trattazione è proprio quello di tentare di conformare le peculiarità della materia cautelare ai principi costituzionali e alle tendenze sovranazionali, per garantire un'effettività delle misure cautelari alternative tale da consentire il ricorso alla misura custodiale solo quando strettamente necessario. Si vedrà che tale tentativo pare percorribile riconoscendo all'autorità giudiziaria una maggiore discrezionalità nella modulazione delle misure alternative, in modo da consentire alle stesse di tutelare le esigenze da cautelare nel caso concreto.

³⁰ G. Della Monica, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, 2012, 4.

CAPITOLO I

RICOSTRUZIONE STORICA DEL SISTEMA DELLE MISURE

CAUTELARI

1.1 I punti principali della riforma fascista

Il diritto è un fenomeno sociale. Una civiltà può essere considerata tale nel momento in cui si dà delle regole per garantire una pacifica convivenza al suo interno ed il mezzo per garantire il rispetto di tali regole è stato spesso individuato nel deterrente della pena. Ed è qui che il diritto processuale penale entra in gioco, poiché regola di fatto i rapporti tra lo Stato e il cittadino, in questo senso può essere considerato tra le branche del diritto quella che più subisce le influenze degli oscillamenti sociali e politici.

Una testimonianza perviene dalle parole di Lucchini, *“Laddove emerge il potere accentratore e assorbente dello Stato, ivi più prevale l’interesse repressivo del procedimento; dove il sentimento della libertà e la dignità individuale sono più vivai e profondi, ivi la tutela dell’innocenza assume maggiore importanza e si fa più seria ed efficace. Si dice per questo che le leggi del procedimento penale sono l’indice più sicuro del grado di civiltà e di politica libertà di un popolo. Così la storia della legislazione penale processuale va di conserva e in armonia con la storia politica. [...] È una storia generalmente parallela a quella politica, tanta è l’intimità che intercede tra le istituzioni processuali e quelle del reggimento civile.”*³¹

Se questo è vero in ogni epoca ed in ogni contesto storico, tale assioma trova la sua dimostrazione più evidente nel contesto politico autoritario-fascista, in cui è l’autorità dello Stato a permeare tutti gli ambiti della vita sociale,

³¹L. Lucchini. *Elementi di procedura penale*, Firenze 1899, 1-40.

emblematica a tal proposito la celebre frase di Mussolini “*tutto nello Stato, niente fuori dello Stato, nulla contro lo Stato*”.

Pertanto, una volta istaurato il regime, fu condiviso il bisogno di modificare il codice di procedura penale per adattarlo ai suoi dettami. Già nel 1925, l'allora guardasigilli Rocco tenne un discorso in parlamento sulla relazione al disegno di legge delega, incentrato sulla retorica tipica dei regimi totalitari che vede contrapposta ad una forte critica del presente-recente passato, una altrettanto forte valorizzazione dell'illustre trapassato, del “*ritorno all'antico*” sottolineando la necessità di superare le falle del codice del 1913 al fine di inaugurare una nuova fase della storia della procedura penale nel nostro ordinamento, orientata verso una più efficace repressione penale che vedrà al centro del suo sistema la figura dello Stato che deve perseguire e tutelare gli interessi di prevenzione generale.³²

Prima della riforma fascista erano due le principali scuole di pensiero giuridico in Italia. La scuola classica, definita anche giuridica, che nasce e si sviluppa in Italia a partire dal periodo illuministico, la cui sistemazione tecnica trova un riferimento nelle opere di Carrara e che annoverava tra gli altri, illustri giuristi quali Romagnosi, Carmigliani e Pessina. La finalità del diritto penale e lo scopo della pena secondo questi studiosi erano di prevenzione, tanto al fine di scongiurare una ricaduta nella commissione di delitti da parte del colpevole, quanto di prevenzione generale nel riconoscimento di un diritto proprio in capo alla società di difendersi dagli attacchi della delinquenza.

La scuola positivista, invece, si sviluppò con l'affermarsi nel pensiero filosofico del materialismo. Rispetto alla scuola classica il centro dello studio viene focalizzato sulla responsabilità legale del colpevole, il delitto veniva considerato come l'effetto delle condizioni e delle necessità di un dato organismo ed appariva pertanto necessario studiare la personalità del

³² G. Chiodi. *Codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità*. In AAVV, *L'inconscio inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di A.A. Garlati, Milano 2010, 307–308. V. anche U. Cao, *Dottrina penale fascista*. In *Conferenza promossa dal Centro di cultura e propaganda corporativa di Cagliari 1931*, 38. “Il ritorno all'antico” cui si ispirò la riforma fascista prese le mosse da una parte, dal diritto romano che nel disciplinare il diritto pubblico identificava la potestà dello Stato con la funzione punitiva, la *coercitio* del magistrato come illimitata e la funzione del legislatore come “pregiuridica”. Dall'altra parte, si ispirò al diritto canonico nella funzione pedagogica e di difesa della pena.

delinquente alla stregua della sua pericolosità. Il principale rappresentante fu Lambroso, tra gli altri giuristi ricordiamo Ferri, che in un'ottica sociologica-criminologica, elaborò diverse classificazioni di autori di reato individuando lo scopo della pena nella prevenzione individuale intesa come finalità rieducativa o meglio come “*mezzo terapeutico*” per consentire il reinserimento dell'individuo nella società.

Fu la scuola eclettica o unitaria quella che diede origine all'elaborazione del codice Rocco. I principali cultori di questa corrente dottrinale furono Manzini, Rocco e Massari. Definita eclettica perché da una parte, accolse il principio della imputabilità morale dell'individuo, ma dall'altro lato si considerò necessario il bisogno sociale di combattere il fenomeno della criminalità. È qui che in continuità con la tradizione giuridica antecedente, emerge il concetto di diritto di punire inteso nella duplice accezione di diritto di conservazione e di difesa. Difesa assicurata tanto in chiave repressiva che in chiave preventiva (segno chiaro l'adozione del sistema dualistico e della previsione delle misure di sicurezza). Ed ancora, il presupposto dell'imputabilità viene rinvenuto nel “*determinismo psicologico*” e nell'applicazione in ottica preventiva delle misure di sicurezza.³³

Nella Relazione del guardasigilli al progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale, questi si riferisce al rapporto processuale in cui “*Il giudice assume e mantiene il potere-dovere di conoscere e di decidere*”. Quindi rispetto a quelle che erano le correnti della teoria del rapporto giuridico in Germania, il Rocco così come il Manzini, aderivano alla corrente “pubblicistica”, identificando il processo penale come un rapporto giuridico di diritto pubblico teso allo scopo di accertare e realizzare la “*pretesa punitiva dello Stato nascente da reato*”. In questa impostazione il garantismo a tutela dell'accusato viene individuato da Manzini nel ruolo attivo esercitato all'interno del processo e nella rassicurazione di un giudice terzo ed imparziale, il cui potere

³³ U. Aloisi, *Gli studi di diritto penale e processuale penale in Italia nel ventennio fascista*. In AA.VV., *Il pensiero giuridico italiano (Bibliografie del ventennio)*, Roma 1943, 14.

discrezionale è limitato dalle disposizioni di legge e quando è ammesso lo è in modo “*equitativo, cioè favorevole alla libertà*”.³⁴

Il metodo utilizzato dal Rocco è stato definito tecnico-giuridico per il carattere strettamente giuridico dello studio del diritto penale e per il distacco e l'autonomia che la procedura penale inizia ad assumere rispetto al diritto penale stesso. Esempio a tal riguardo l'articolo 1 del codice di procedura penale che ‘spezza’ il filo conduttore che legava il rapporto tra l'esercizio dell'azione penale e la commissione di un fatto di reato.³⁵

Ed infatti, lo spirito della riforma inquisitoria del codice di procedura penale fu orientato nella direzione di elevare l'autorità dello Stato e di conseguenza di elevare la figura del giudice che nel processo impersona lo Stato. Il giudice recupera così la sua funzione sociale perché applica al caso concreto la verità che è racchiusa nelle disposizioni di legge.

Questa ‘incarnazione’ dello Stato si rinviene nella fase esecutiva nella figura del pubblico ministero, cui venne affidato il ruolo di parte senza, tuttavia, garantire un bilanciamento rispetto alla figura dell'imputato. Il pubblico ministero vanta un forte potere di indagine e una mancanza di interferenza da parte del giudice istruttore nell'istruzione sommaria. Infatti, la svolta inquisitoria è proprio da individuarsi nella fase istruttoria del processo che assume un carattere segreto, una riduzione sempre maggiore dello spazio concesso alla difesa.

Il ruolo del difensore è, nell'ottica del legislatore fascista, di un collaboratore del giudice, la cui attività è preposta ad essere armonizzata con quella del giudice e del pubblico ministero. L'ottica di prevenzione generale tipica del regime emerge nel trattamento riservato alla difesa nel processo, garantita solo dalla presenza del giudice terzo ed imparziale. L'interesse pubblico alla

³⁴ M. Miletto, cit., 71-76. V. anche A. Rocco, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, in *La Giustizia Penale* 1905.

³⁵ R. Orlandi, *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*. In *Criminalia: annuario di scienze penalistiche* 2010, 207-226.

segretezza nella fase delle indagini prevale rispetto al diritto individuale di difesa dell'imputato.³⁶

1.2 Le finalità della misura cautelare nel sistema inquisitorio.

Il codice Rocco disciplina la materia delle misure cautelari nel libro secondo dedicato all'istruzione. Significativa è la scelta di non contemplare un libro apposito dedicato alle misure cautelari, a tal proposito, infatti, Fassone la criticherà sostenendo che “*dell'istruzione la libertà rappresenti un mezzo operativo*”.³⁷

Sebbene lo spirito delle riforme e delle elaborazioni codicistiche del Rocco e del codice attuale siano frutto di diverse tensioni sociali e politiche, e questo ovviamente si riversa sulla sistematicità e sulle terminologie utilizzate, quasi paradossalmente è il Rocco ad intitolare un capo alla libertà personale.³⁸

Sebbene il codice Rocco si autoproclamò come un codice basato su un sistema 'misto' per la commistione di elementi del modello inquisitorio e accusatorio, non si può negare che la riforma fascista abbia un orientamento e un'inclinazione tendente al modello inquisitorio.

Le generali caratteristiche della riforma inquisitoria del 1930 sono fortemente accentuate nella disciplina delle misure cautelari. L'unica misura cautelare prevista è quella della custodia preventiva in carcere che, tuttavia, si differenzia poco dalla pena vera e propria. Infatti, la funzione pressoché unica che ha la misura cautelare preventiva in questo sistema è quella di indurre l'imputato a confessare tramite mezzi intimidatori.

³⁶ U. Aloisi, cit., 14 e G. Chiodi, cit., 309-313. V. anche A. Battaglia, *Processo alla giustizia*, Bari, 1954, 22-27. Quest'ultimo criticò il sistema inquisitorio delineato dal Rocco, definendolo “uno scempio a vuoto” per il sacrificio ai diritti dell'imputato in nome della tutela della sicurezza sociale, che, tuttavia, non venne realmente avvantaggiata. Il sistema del Rocco perseguiva il fine della repressione *certa, immediata ed esemplare*, ma nella prassi le lungaggini dell'istruttoria scritta e segreta comportarono il venir meno dell'immediatezza ed esemplarità che la pena voleva raggiungere causando frequentemente l'impunità dei colpevoli, anche a causa del ricorso all'amnistia.

³⁷ E. Fassone, *La coercizione personale*, in *Magistratura Democratica* 1978, 14.

³⁸ M. Chiavario, *Le misure cautelari nel nuovo codice: una “carta di libertà” espressione di impegno civile: con qualche sgualcitura (e qualche...patinatura di troppo)*, cit., 4-5.

Da ricordare che non esisteva all'epoca nessun principio che ponesse il divieto di considerare l'imputato colpevole prima di una sentenza di condanna.³⁹ Ed ancora, non esisteva nessuna disposizione che indicasse in modo tassativo quelle che oggi sono le esigenze cautelari. Pertanto, al fine di imporre la misura della custodia preventiva, erano sufficienti meri indizi o sospetti di colpevolezza, unici indicatori per il giudice e per il pubblico ministero, erano la gravità del reato e le caratteristiche personali del sospettato.

Il sistema processuale delineato dal Rocco finì per affidare all'istituto della custodia preventiva il ruolo di unico mezzo in grado di consentire la punibilità effettiva degli imputati. Le lungaggini della fase istruttoria e il frequente ricorso alle amnistie fecero sì che nella prassi fosse la sola custodia preventiva a realizzare la finalità proprie della pena. Citando Battaglia, che testimoniò la pratica applicazione delle disposizioni del Rocco, ed al tempo stesso il fallimento di questo, *“il nostro processo è tale che è facilissimo entrare in carcere, difficile uscirne, ma quasi impossibile tornarvi... dopo la condanna!”*.⁴⁰

Le principali critiche mosse dalla dottrina al sistema delle misure cautelari delineato dal codice Rocco si basavano sulla mancata indicazione delle finalità che tali misure dovevano perseguire. La questione fu oggetto di numerosi dibattiti volti principalmente a scongiurare la funzione anticipativa ed ingiusta che il codice le affidava.⁴¹

In riferimento alle tre 'classiche' funzioni della custodia preventiva individuate dalla dottrina e cioè la funzione di coercizione personale, di garanzia per l'esecuzione della pena e quella di prevenzione speciale al fine di evitare che l'imputato possa commettere ulteriori reati, diversi autori, tra cui Vassalli, criticarono fortemente la disciplina delle misure preventive, definendo le prassi adottate nei tribunali quali 'abusi' da parte delle autorità procedenti rispetto alla tutela del bene della libertà personale.

³⁹ V. a tal riguardo la Relazione sul regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena del 1931, § III, in cui il guardasigilli Rocco legittimava una presunzione di colpevolezza come conseguenza automatica dello *status* di imputato.

⁴⁰ A. Battaglia, cit., 26-27.

⁴¹ Emblematica appare in questo senso la frase A. Agostino: “gli uomini torturano per sapere se si deve torturare”.

Vassalli ricorda la necessità di evitare di incorrere in due eccessi. Da un lato, quello di sopravvalutare la funzione di coercizione processuale della cattura, in quanto potrebbe avere come risultato il porre in libertà soggetti pericolosi, che saranno poi condannati a scontare lunghe pene per reati particolarmente gravi, ovvero di lasciare scontare la detenzione preventiva a quanti verranno poi dichiarati innocenti con sentenza; dall'altro sopravvalutando la funzione cautelare finale, si correrebbe il rischio di trasformare la custodia preventiva in un'anticipazione della pena.⁴²

La dottrina critica tanto, una possibile funzione di esemplarità affidata alla misura cautelare, poiché vi sarebbe una strumentalizzazione dell'indagato, rendendo la giustizia serva della politica ed attribuendole l'erroneo compito di soddisfare il senso pubblico di giustizia; quanto una funzione di prevenzione speciale basata sulla pericolosità del reo o sulla gravità del reato, perché corrisponderebbe, ancora una volta, ad assimilare la misura cautelare alla pena e l'indagato al colpevole.

Per quanto riguarda lo scopo processuale, inteso come volto a evitare qualsiasi tipo di inquinamento della prova, questo viene descritto da una parte della dottrina come "ingenuo" e "spregiudicato": ingenuo perché non può garantire che l'imputato sia davvero neutralizzato, poiché l'indagato prima della cattura o altri dopo potrebbero comunque mistificare le evidenze probatorie, e spregiudicato in quanto va a ledere i diritti difensivi della persona.

Pertanto, considerata *l'ingiustizia necessaria*⁴³ delle misure cautelari, le garanzie tese a tutelare il bene della libertà personale possono trovare tutela solo nella ipotesi in cui sia il giudice solo e non l'organo dell'accusa a decidere sull'applicazione della misura. Compito dell'accusa dovrebbe essere solo quello di stimolare l'attività del giudice. All'atto introduttivo dovrebbe, quindi, fare seguito il procedimento incidentale la cui struttura dovrebbe rispettare le regole del dibattimento.

Soffermandosi sulle disposizioni di legge, la dottrina ritiene che lo scopo che la legge indica come proprio dell'istituto della carcerazione preventiva sia dato

⁴² G. Vassalli, *Osservazioni sulla custodia preventiva, La riforma della custodia preventiva*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1954, 486.

⁴³ F. Carrara, *Immoralità del carcere preventivo*, cit., 401.

dalla necessità di assicurare la presenza dell'imputato agli atti del processo, a disposizione dell'autorità. Esempio di questo è l'articolo 283 c.p.p. nella parte in cui prevede la cessazione della misura della carcerazione preventiva per scarcerazione automatica o per concessione della libertà provvisoria, e di conseguente sottoposizione dell'imputato ad obbligo di cauzione, malleveria o di presentazione periodica ad un ufficio di polizia giudiziaria.⁴⁴

De Luca ritiene che il ruolo anticipativo della pena affidato alla misura cautelare, emerge in modo chiaro nell'articolo 137 del codice penale, che, come vedremo, detrae dalla durata complessiva della pena temporanea, la carcerazione preventiva sofferta prima dell'accertamento del fatto di reato da parte di una sentenza di condanna. Sebbene l'autore e questa parte della dottrina minoritaria non siano ignari del carattere ingiusto che tale istituto comporta, ritengono che tale finalità sia propria della natura giuridica della custodia preventiva che, in quanto situazione intermedia, non può che avere l'effetto di anticipare la situazione finale (in questo caso la pena).⁴⁵

1.3 La disciplina codicistica delle misure cautelari.

Venendo alla disciplina codicistica, apre il capo secondo intitolato «della libertà personale dell'imputato», l'art 252 che indica, tra le condizioni generali per poter emettere mandati od ordini, la necessità che sussistano «sufficienti indizi di colpevolezza» a carico di colui contro il quale il provvedimento viene emesso, non specificando tuttavia quali e quanti elementi debbano essere raccolti dal giudice nell'istruzione formale e dal pubblico ministero nella fase di istruzione sommaria, prima dell'emissione di un mandato o di un ordine. I margini di discrezionalità affidati al giudice rientrano nel potere equitativo e non dovrebbero sfiorare in un automatismo nell'applicazione della disposizione in quanto espressi nella formula dei sufficienti indizi. Tuttavia, giurisprudenza costante ritiene che l'enunciazione dei motivi sufficienti non debba essere

⁴⁴ G.D. Pisapia, *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in *Rivista di Diritto Processuale* 1965, 75-90.

⁴⁵ G. De Luca, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, Padova, 1953, 32-35.

espressa nel mandato quando questo viene emesso durante l'istruzione, essendo il segreto istruttorio a prevalere.⁴⁶

A tal proposito, la Cassazione si è espressa nel 1964 statuendo che la disposizione contenuta nell'articolo 264 del codice di procedura penale, nella parte in cui impone al giudice di motivare i sufficienti indizi di colpevolezza che giustificano l'emissione del mandato di cattura, debba essere interpretata restrittivamente e che pertanto tale obbligo di motivazione in capo al giudice non sussiste nelle ipotesi di emissione di mandato di cattura obbligatorio, poiché in tal caso è *“necessario e sufficiente che, in punto di contestazione del fatto reato, il mandato od ordine contenga tutti gli elementi rilevanti che consentano di controllare se l'imputazione rientra nello schema di quelle per le quali la legge impone il provvedimento di rigore”*.⁴⁷

Dall'articolo 261 possiamo ricavare quella che è la struttura gerarchica-piramidale nell'emissione dei mandati nel Rocco; infatti, si prevede che al di fuori delle ipotesi di fatti di reato che giustifichino l'emissione del mandato di cattura, può essere emesso solo il mandato di comparizione o di accompagnamento. Se ne può dedurre che il mandato di cattura rappresentava anche nell'ottica del legislatore del 1930, l'*extrema ratio*.

Infatti, qualora il giudice non ritenga di privare l'imputato della libertà personale e ricorrano le condizioni per l'applicazione del mandato di cattura facoltativo, può decidere di spedire un mandato di accompagnamento a differenza di quello che invece sarebbe il 'normale' mezzo di contatto tra l'indagato ed il giudice del mandato di comparizione. La privazione della libertà personale in questo caso non potrà perdurare oltre il giorno successivo a quello dell'arrivo nel luogo dove la persona deve essere interrogata. Il mandato di comparizione e di accompagnamento possono essere convertiti in quello di cattura anche subito dopo l'interrogatorio, che però deve essere preceduto dalle conclusioni del pubblico ministero e il giudice dovrà enunciare in via *sommatoria* le ragioni della conversione.⁴⁸

⁴⁶ G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, 425.

⁴⁷ Cassazione sez. III pen. Del 26 febbraio 1964, in *Giustizia Penale* 1964, 321.

⁴⁸ G. Marconi, A. Marongiu, *La procedura penale italiana: commento pratico al Codice approvato con R.D. 19 ottobre 1930*, Milano, 1931.

Il mandato di cattura nel Rocco era previsto nella duplice ipotesi di mandato di cattura obbligatorio e facoltativo. È in particolare l'ipotesi dell'articolo 253 che ha destato maggiori dibattiti in dottrina e critiche alla disciplina del Rocco poiché nella obbligatorietà si rinviene l'automatismo nell'applicazione della disciplina di legge senza consentire un accertamento delle circostanze del caso concreto da parte del giudice.

Tra le ipotesi di reato che consentono l'applicazione della disciplina, il primo comma menziona il delitto contro la personalità dello Stato che assume un connotato particolarmente grave nell'ottica del legislatore fascista; infatti, il Codice penale qualifica il delitto politico come offesa all'*interesse* politico dello Stato. La scelta di qualificarlo come interesse e non come diritto non è priva di conseguenze. A differenza del diritto, l'interesse non ha bisogno di trovare una tutela in una norma superiore poiché è interesse proprio dell'autore della norma stessa ad essere lesa dal delitto in questione.⁴⁹

Il secondo e il terzo comma subordinano, invece, l'emissione del mandato di cattura al tipo di reato commesso e alla gravità della pena, tra le ipotesi di reati-presupposto sono compresi l'omicidio volontario consumato o tentato; lesioni personali aggravate, rapina, estorsione o sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. Mentre sotto la vigenza del precedente codice vi furono numerosi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali circa la possibilità di ricomprendere tra le ipotesi di reato per le quali è previsto il mandato di cattura obbligatorio il reato tentato, il nuovo codice rende chiaro che sia ricompresa solo ipotesi di delitti consumati salvo per l'omicidio o salva l'ipotesi in cui il tentativo sia previsto nei limiti di pena compresi nel numero 3 dell'articolo in questione.⁵⁰

L'ultimo comma invece si riferisce alle ipotesi in cui il mandato di cattura diventa obbligatorio per alcune categorie di autori di reato che hanno commesso un «delitto non colposo per il quale la legge stabilisca la pena della reclusione» quindi anche nelle ipotesi di reati meno gravi, quando l'autore del reato sia un delinquente abituale, professionale, per tendenza o si trovi nello

⁴⁹ U. Cao, cit., 26-28.

⁵⁰ G. Marconi, A. Marongiu cit.

stato di abitudine presunta dalla legge o misura di sicurezza detentiva o sia sottoposto alla libertà vigilata.

Sebbene potrebbe essere condiviso l'assunto della dottrina fascista di considerare le valutazioni circa l'abitudine, la professionalità e la tendenza a commettere reati di un soggetto non priva di elementi obiettivi, poiché si considerano presunti per il tempo, il numero e la gravità dei fatti di reati, in relazione agli elementi psicologici della sua gravità, diverso è il giudizio 'probabilistico' di valutazione sul soggetto "socialmente pericoloso" poiché la pericolosità è, in questo caso, presunta. La persona socialmente pericolosa è quella che anche se non imputabile o non punibile, abbia commesso un fatto previsto dalla legge come reato, *quando è probabile* che commetta reati della stessa natura.⁵¹

Pertanto, nonostante l'automatismo nell'applicazione del mandato di cattura obbligatorio veniva giustificato alla stregua della particolare gravità del reato, quello che nella prassi si andava delineando era per lo più la concezione di una 'capacità a delinquere' in riferimento a talune categorie di autori di reato.

Le ipotesi di mandato di cattura facoltativo spaziano dai casi in cui la legge preveda l'ipotesi di reclusione da un anno a tre anni per delitti non colposi, a quelle in cui, a prescindere dai limiti di pena, la persona abbia commesso più di due volte un delitto non colposo previsto dalla legge con la pena della reclusione oppure nelle ipotesi di commissione di reato colposo compreso tra i due ai 5 anni. Ed infine nelle ipotesi di contravvenzione per la quale la legge stabilisce la pena dell'arresto quando l'imputato è stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, ovvero contravventore abituale o professionale.

La ratio delle disposizioni del Codice penale Rocco erano quelle di individualizzazione della pena tramite una sovrapposizione della funzione sociologica ed etica a quella giuridica. Nella valutazione circa l'applicazione della misura, il giudice deve tenere conto degli elementi psicologici oltre all'intensità del dolo e della colpa, dei motivi a delinquere, del carattere del reo, dei suoi precedenti giudiziari e le condizioni di vita non solo individuale

⁵¹ U. Cao. cit. 26-28.

ma altresì familiare e sociale. Vi è quindi uno studio sulla figura personale dell'imputato considerando la persona nella sua interezza tanto psicologica quanto morale e sociale.⁵²

Di particolare interesse è l'ultimo capoverso che lascia al giudice la facoltà di avvalersi del proprio giudizio considerato le qualità morali e sociali della persona e delle circostanze del fatto. Questo è da leggersi in correlazione con l'articolo 241 che accorda potere discrezionale agli ufficiali ed agenti della polizia giudiziaria nelle ipotesi di arresto facoltativo in flagranza previsti dall'art 236, tenendo conto delle qualità morali e sociali della persona. I criteri delineati dai lavori preparatori al progetto preliminare a tal proposito, statuiscono che «gli individui hanno un diverso valore morale e sociale e taluni non ne hanno alcuno: sarebbe perciò incoerente, immorale ed antiggiuridico trattare tutti alla stessa stregua, specialmente quando sono da applicare restrizioni precauzionali, manifestamente inutili e quindi inique rispetto a coloro che per le loro qualità personali danno serio affidamento di soggezione all'Autorità giudiziaria».⁵³

1.4 Il ruolo affidato al pubblico ministero.

Una conferma dell'ambiguo ruolo affidato al Pubblico Ministero dal codice fascista è data dall'articolo 393 c.p.p., nella parte in cui dispone che gli ordini emessi dal pubblico ministero hanno gli stessi effetti dei mandati corrispondenti. Infatti, quando la legge lo consente, il procuratore del re o il procuratore generale può emettere ordine di cattura attenendosi alle stesse norme che disciplinano il mandato di cattura.

L'articolo 262 dispone che il giudice non può spedire o revocare il mandato di cattura o convertire il mandato di comparizione e di accompagnamento in mandato di cattura senza le conclusioni scritte del pubblico ministero (un'eccezione all'obbligo di attendere la conclusione del pubblico ministero è data dall'articolo 273 nella parte in cui prevede altresì la possibilità di spedire

⁵² *Ibidem*, 23-24.

⁵³ Lavori preparatori al progetto preliminare del codice di procedura penale 1930, volume 8, 50.

il mandato di cattura quando vi sia fondato motivo di ritenere che l'imputato stia per darsi alla fuga dopo la sentenza di rinvio il giudizio per lo stesso reato per cui era stata precedentemente prevista la scarcerazione).⁵⁴

La vasta discrezionalità ed i poteri attribuiti al pubblico ministero sono tali da poterlo parificare al giudice, cui si differenzia di fatto solo perché non emette una condanna. Inoltre, tale ampiezza di poteri penalizza ancora di più la figura dell'imputato che essendo altra parte del processo dovrebbe partecipare al procedimento ed avere facoltà tali da consentire una difesa in giudizio.

Tuttavia, questi principi appartengono ad un sistema che è diverso dall'inquisitorio del Rocco e che presuppone la statuizione di principi compresi nella Costituzione.

La disciplina codicistica del 1930 invece è ben lontana dall'attualità del nostro sistema, lo si vede già dall'art 1 in apertura del nuovo codice di procedura penale che non subordina l'esercizio dell'azione penale alla commissione di un fatto di reato ma la qualifica invece come pubblica, proposta *ex officio* dal pubblico ministero.

Le ragioni che hanno spinto il legislatore ad adottare queste scelte possono essere spiegate alla luce della concezione dell'azione penale come diritto processuale di stare in giudizio. Infatti, rispetto a quelle che sono le teorie tradizionali sulla teoria generale del processo, in particolare rispetto allo scopo dell'azione penale, il ministro Rocco sembra aderire a quella che considera il processo come esercizio della potestà di attivare la giurisdizione. In un saggio consegnato da Arturo Rocco agli Studi Scialoja, emerge l'adesione del guardasigilli del tempo alla teoria processualcivilistica di considerare il rapporto giuridico processuale penale come corollario del diritto soggettivo di punire. Infatti, sulla base di quello che è il potere punitivo dello Stato, si giustifica la pretesa di quest'ultimo a "*pretendere qualche cosa cui è obbligata la persona del reo*".⁵⁵

⁵⁴ G. Marconi, A. Marongiu cit., in commento agli artt. 262 e 273 c.p.p.

⁵⁵ M. Miletta., cit., 7

1.5 Scarcerazione, concessione della libertà provvisoria e carcerazione preventiva.

L'art. 272, disciplina i tempi di durata della custodia preventiva. A differenza di quanto previsto nel codice del 1865 e del 1913, il codice Rocco abolisce la scarcerazione automatica per decorrenza dei tempi massimi di custodia cautelare. Tale scelta si giustifica alla luce della logica ispiratoria del codice Rocco di porre in primo piano il perseguimento dell'interesse pubblico alla persecuzione dei reati, in un'ottica di prevenzione generale.⁵⁶

La scelta del legislatore è stata quella di affidare alla vigilanza disciplinare dei superiori gerarchici la prevenzione di ritardi ingiustificati nell'istruttoria, prevedendo termini differenti per la istruzione formale, sommaria e nei casi di competenza del pretore. Nel primo caso, se trascorsi i termini massimi di custodia e l'imputato non sia ancora stato posto in libertà o non sia stata pronunciata sentenza di proscioglimento o di rinvio al giudizio, il giudice istruttore deve presentare al presidente del tribunale un rapporto nel quale siano spiegati i motivi del ritardo, sarà poi compito di questi decidere che provvedimenti adottare per eventualmente accelerare l'istruttoria o individuare il responsabile; nella ipotesi di istruzione sommaria, se scaduti i termini massimi di custodia preventiva il pubblico ministero dovrà trasmettere gli atti al giudice istruttore affinché si proceda all'istruzione formale facendo rapporto al procuratore generale cui compito sarà di esaminare i motivi e le responsabilità nel ritardo.⁵⁷

La disciplina della libertà provvisoria trova il suo riferimento negli artt. 277 sg. Dove si prevede come regola generale, che all'imputato in stato di custodia preventiva possa essere concessa la libertà provvisoria; eccezione alla regola generale è costituita dall'ipotesi in cui viene emesso mandato di cattura obbligatorio ex articolo 253 c.p.p. La libertà provvisoria può essere concessa d'ufficio dal giudice, o altrimenti può essere chiesta dall'interessato, o dal suo difensore o da un prossimo congiunto. Ovviamente tale libertà provvisoria, come suggerisce di per sé il dato letterale, corrisponde ad uno stato precario di

⁵⁶ G. Marconi, A. Marongiu, cit., in commento all'art. 272 c.p.p.

⁵⁷ *Ibidem*.

scarcerazione, circondato da garanzie per assicurare che l'imputato non si sottragga all'autorità ed in particolar per evitare il pericolo di fuga. Vista la 'sensibilità' dell'istituto, appare necessario essere cauti nel disciplinare la materia, ed è anche per questo che il legislatore si è mostrato restio a concedere tale libertà nelle ipotesi di latitanza o evasione.

Con la stessa ordinanza con cui il giudice concede la libertà provvisoria, può altresì sottoporre l'imputato a cauzione o malleveria e quindi alle misure alternative alla detenzione, l'ordinanza di concessione della libertà provvisoria non sarà eseguita fino a che la cauzione o la malleveria non sarà stata prestata e dichiarata idonea. Lo scopo è quello di assicurare che l'imputato rispetti le prescrizioni e gli ordini impartiti dal giudice e per evitare che questi si dia alla fuga.

Il giudice potrà, se lo riterrà opportuno, imporre altri obblighi limitanti della libertà personale, per esempio potrà imporre l'obbligo all'imputato di dimorare in un altro comune, per garantire che egli non si trovi nello stesso posto dove ha commesso il reato, o comunque lontano dalla vittima o dai prossimi congiunti.

Oggetto di dibattiti nella dottrina del dopo guerra fu l'articolo 137 del Codice penale, il quale prevede che la carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, si detragga dalla durata complessiva della pena temporanea detentiva o dall'ammontare della pena pecuniaria e che la carcerazione preventiva è considerata, agli effetti della detrazione, come reclusione od arresto. L'art. 137 del codice penale deve essere considerato un criterio di riferimento o "*principio irreversibile*" in quanto statuisce che l'equiparazione della pena alla carcerazione preventiva può avvenire solo ex post.

E sebbene ai sensi di tale disposizione, la custodia sofferta come misura cautelare venga detratta dalla carcerazione da scontare ai sensi della sentenza di condanna definitiva, questo non giustifica un'assimilazione tra misura cautelare e pena neppure quando, a causa delle lungaggini procedurali, quest'ultima venga di fatto interamente scontata nei termini della misura

cautelare comportando la liberazione dell'imputato nel giorno od in prossimità del giudizio.⁵⁸

2.1 “L'eclisse costituzionale” e la ratifica delle Convenzioni internazionali.

Con la caduta del fascismo numerosi saranno gli scontri in dottrina e tra la giurisprudenza circa la sorte del Rocco.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, era frequente la tendenza di dare ai principi costituzionali un valore per lo più programmatico. Non essendo ancora chiaro il ruolo e l'estensione dei poteri affidati alla Corte Costituzionale, il giudizio di legittimità fu, in un primo momento, affidato alla Corte di Cassazione.⁵⁹

La libertà personale viene adesso garantita e riconosciuta come diritto fondamentale e «inviolabile» (art. 13 Cost.). L'introduzione di questo principio generale preclude al legislatore del futuro di modificare o sopprimere tale diritto, in quanto espressione di uno Stato democratico. In questo senso, la carcerazione preventiva costituisce l'estremo mezzo a disposizione dello Stato per conseguire le sue finalità.

La Costituzione ha altresì esteso il principio di stretta legalità, proprio della materia penale in generale, alla disciplina delle misure cautelari. Ogni atto con cui si decide sulla libertà della persona deve infatti essere motivato e con la riforma del 1955 venne introdotta l'illimitata ammissibilità del ricorso in Cassazione per violazione di legge.

La riforma del '55, che risentì delle influenze del tempo, provvide anche a garantire una maggiore partecipazione della difesa in attuazione del principio di formazione della prova nel processo; fondamentale in tal senso fu

⁵⁸ G. Vassalli, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Scritti Mortati*, Padova, 1995, 1122-1123.

⁵⁹ *Ibidem*, 1106-1109.

l'introduzione del disposto all'articolo 24 Cost. che garantisce il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento.⁶⁰

L'articolo 27, comma 2, della Costituzione in modo chiaro e deciso impone di non assimilare l'imputato al colpevole. Il principio della presunzione di non colpevolezza ha come immediato corollario, nella materia qui in discussione, l'impossibilità di assimilare la custodia cautelare alla pena, non potendone anticipare in alcun modo gli effetti. Il principio in esame ha altresì il merito di aver scongiurato l'utilizzo della misura cautelare in ottica di prevenzione generale. Questa funzione era, come già visto, frequente sotto la vigenza del Rocco 'puro' poiché oltre a funzioni tipiche della pena, la custodia *ante iudicatum* veniva utilizzata per i fini più disparati.⁶¹

Nell'impianto costituzionale la limitazione della libertà personale è ammessa in *extrema ratio* e l'articolo 13 rimanda alla legge ordinaria l'indicazione dei presupposti applicativi. Rimanendo comunque all'interno delle disposizioni costituzionali, è l'articolo 27 a delimitare *ex ante* la discrezionalità del legislatore ordinario, statuendo che tra le possibili ipotesi limitative della libertà personale, vada esclusa la possibilità di limitarla come anticipazione della pena.⁶²

La Corte Costituzionale ha di recente statuito come la tutela fornita dall'art. 13 Cost. trova spazio non solo di fronte alle restrizioni della libertà personale mediante la forza fisica, ma anche alla "*libertà morale*" degli individui nelle ipotesi in cui il soggetto subisca delle restrizioni che comportino "*l'assoggettamento totale della persona all'altrui potere*". Infatti, l'estensione della garanzia costituzionale non si esplica solo allorché vi sia uno spiegamento di forme coercitive – che è la manifestazione per antonomasia del monopolio statale della forza – ma anche tutte quelle volte in cui "*la legge assoggetta l'individuo a specifiche prescrizioni che si riflettono sulla facoltà*

⁶⁰ G.D. Pisapia, cit., 78-80.

⁶¹ G. Vassalli, *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, 148.

⁶² E. Amodio, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1967, 861–866.

*di disporre di sé e del proprio corpo” recando al contempo “una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona”.*⁶³

La necessità di una interpretazione del codice di procedura penale e delle misure cautelari personali alla luce di nuovi principi, si percepisce anche e soprattutto a seguito della ratifica da parte dell’Italia della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (proclamata dall’Assemblea generale delle Nazioni unite il 10 dicembre 1948); della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (ratificata dall’Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848); e del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ratificato con la legge 25 ottobre 1977, n. 881).

Queste Carte includono il principio della presunzione d’innocenza tra i diritti fondamentali della persona. La colpevolezza, che deve essere “*provata secondo la legge*”, viene intesa come strettamente legata al diritto alla giurisdizione ponendosi come condizione di legittimità dell’amministrazione della giustizia. Tale principio viene riassunto dall’articolo 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo: «*Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence*».

Le norme internazionali, statuendo in termini positivi il principio della presunzione di innocenza, si pongono come criteri interpretativi per i giuristi nazionali, rinviando all’applicazione pratica i problemi di coordinamento con le specifiche esigenze processuali.

Per quanto attiene alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, appare in primo luogo necessario menzionare, tra i principi fondamentali delineati, l’articolo 6 che fissa i principi del «*right to a fair trial*», ed in particolare «*innocent until proved guilty beyond any reasonable doubt*». Il principio di

⁶³ Corte cost., 22 marzo 1962, n. 30; Corte cost., 24 novembre 1994, n. 419; Corte Cost., 20 giugno 1964, n. 68 richiamate dalla Corte cost., 7 aprile 2022, n. 127. In quest’occasione, la Consulta ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni del decreto legge 2020 n. 33 in riferimento all’art. 13 Cost. La misura della “quarantena obbligatoria” non è stata ritenuta assimilabile agli arresti domiciliari poiché, essendo la prima limitativa della libertà di circolazione – e non della libertà personale - la garanzia apprestata dall’art. 13 Cost. non poteva trovare luogo.

innocenza così statuito, appare sicuramente assimilabile alla presunzione di non colpevolezza garantita dalla nostra Costituzione, ma se ne differenzia in quanto si realizza come onere della prova in capo all'organo dell'accusa. Tale conclusione si spiega in considerazione del diverso *background*, rispettivamente di *civil law*, da cui trae origine la nostra Carta costituzionale e di *common law* per quanto riguarda la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Ad ogni modo, si ritiene che la norma internazionale trovi 'sostegno' nella norma costituzionale ad essa subordinata nel sistema delle fonti interno e che i principi affermati siano assimilabili.⁶⁴

Così i due possibili significati che si possono attribuire alla presunzione di innocenza, tanto come regola di trattamento dell'imputato che come regola probatoria e di giudizio, coesistono su due campi d'azione differenti. L'articolo 27, comma 2, della Costituzione vieta qualsiasi equiparazione dell'imputato al colpevole, quindi benché si ponga a primo impatto come regola di trattamento, allo stesso tempo ricomprende implicitamente la regola di giudizio che impone un accertamento di carattere processuale circa la colpevolezza della persona. La regola di giudizio stabilita dalle Convenzioni internazionali, invece, si ricollega alla tecnica di accertamento del fatto, in particolare come onere della prova in capo all'accusa circa la colpevolezza; l'apparente *impasse* va risolto nel senso di considerare le norme delle Convenzioni come criteri interpretativi e moniti ai giuristi nazionali, rimanendo infatti gli Stati liberi di adottare diversi standard per la condanna.⁶⁵

I limiti positivi alla privazione della libertà personale e le relative ipotesi di ammissibilità sono indicati dall'articolo 5 della Convenzione. Secondo una prima dottrina, questa disposizione, essendo tassativa e posteriore, prevale sul codice di procedura penale.

In particolare, tra le tre ipotesi di ammissibilità previste dall'articolo 5, la prima ammette la detenzione dell'imputato quando vi siano ragioni plausibili per «*soupçonner qu'il a commis un infraction*». Questa ipotesi ha suscitato dubbi circa la compatibilità con il nostro ordinamento, in riferimento al principio della presunzione di non colpevolezza, in quanto il giudizio basato su un mero

⁶⁴ G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza*, Bologna, 1979, 27-28.

⁶⁵ *Ibidem*, 28-30.

sospetto di commissione di un reato, risulta difficilmente compatibile con il nostro ordinamento.

La seconda ipotesi, che consente una limitazione alla libertà personale per evitare la reiterazione del reato da parte dell'indagato, è apparsa alla dottrina come una misura preventiva difficilmente compatibile con il nostro diritto interno in quanto affiderebbe un ampio potere discrezionale all'autorità amministrativa, escludendo un controllo od una convalida da parte del giudice.

L'ultima ipotesi prevista dall'articolo 5 che ammette una limitazione alla libertà persona nel caso in cui vi sia un pericolo di fuga da parte dell'imputato, è apparsa l'unica fattispecie compatibile con il diritto interno, essendo tale esigenza cautelare richiamata da diverse norme del nostro codice di procedura penale (238,254,273 c.p.p.).⁶⁶

2.2 Le riforme al codice di procedura penale.

Vassalli ricorda di aver conosciuto quattro fasi del codice Rocco, la prima di queste è definita "*pura*" perché antecedente alle modifiche apportate al codice dall'entrata in vigore della Costituzione e della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

La seconda fase è quella del c.d. "*garantismo inquisitorio*" così come definito sarcasticamente da Amodio, e che ricomprende tutte quelle riforme che, a partire dal '44, hanno consentito al codice di vivere per più di quarant'anni, apportando modifiche costituzionalmente orientate all'impianto originario.⁶⁷

La terza fase è quella della riforma accusatoria del sistema di procedura penale apportata dall'entrata in vigore del nuovo codice.

⁶⁶ E. Amodio, ult. cit., 871-878.

⁶⁷ E. Amodio, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, cit., 17-18. Questa espressione è stata coniata con accezione negativa per designare una stagione del processo penale nella quale hanno convissuto all'interno del codice del 1930 l'originario impianto del Rocco e le norme introdotte dalla riforma del 1955 sui diritti del difensore nell'istruzione formale. La scelta di lasciar convivere all'interno di un unico codice due anime completamente diverse ha, di fatto, impedito di approdare ad un nuovo processo penale, creando solo un apparente sistema di garanzie nella fase istruttoria.

La quarta fase, definita ‘di regresso’, ricomprende le modifiche apportate al nuovo codice dalle leggi antimafia. La critica di Vassalli a tale periodo scaturisce da differenti pronunce della Corte Costituzionale, soprattutto in materia di prove, che finirono per “condannare” il codice dell’88 allo stesso destino del Rocco: in perenne modifica al punto tale da smembrarlo dei suoi punti essenziali.⁶⁸

2.2.1 Decreto legge 10 agosto 1944 n. 194.

L’importanza della riforma liberale del ‘44 fu di disporre, anche se in via temporanea per esigenze emergenziali dovute allo stato di guerra, la disciplina del codice del 1913 sulla scarcerazione automatica per decorrenza dei termini, modificando l’articolo 272 c.p.p. e concedendo la libertà provvisoria anche a gravi ipotesi di reato.

La scarcerazione automatica per decorrenza dei termini viene concessa nei soli casi in cui è ammessa la libertà provvisoria. Rimangono quindi esclusi dall’applicazione della disposizione di legge, tutti i reati-presupposto all’emissione del mandato di cattura obbligatorio. In particolare, la riforma dispone la scarcerazione dell’imputato quando la durata della custodia preventiva superi i sei mesi senza il deposito della sentenza di rinvio a giudizio, nelle ipotesi di istruttoria formale, e quando la durata della custodia preventiva oltrepassi i quaranta giorni senza richiesta di rinvio a giudizio, nei casi di istruttoria sommaria. Il pubblico ministero deve, in quest’ultimo caso, trasmettere gli atti al giudice istruttore affinché apra l’istruttoria formale.⁶⁹

Nonostante il carattere di deroga temporanea della riforma, questa rimase in vigore fino al 1948 attraverso numerose proroghe che ebbero quale effetto una diminuzione del trattenimento delle persone in stato di custodia preventiva, una maggiore concessione delle libertà provvisorie e della scarcerazione per decorrenza dei termini. È interessante inserire questa breve ma significativa

⁶⁸ G. Vassalli, *L’inconscio inquisitorio: l’eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, cit., 13-17.

⁶⁹ C. Storti, “*L’acuta tesi della difesa*”: *profili dell’istruzione nella giurisprudenza di cassazione tra 1930 e 1959: le nullità e le funzioni della sezione istruttoria*. In AA.VV. *L’eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, cit. 131-138.

fase della nostra storia processuale nel suo contesto storico-sociale. Benché non fosse dei migliori per sperimentare un nuovo sistema procedimentale di carattere liberista (considerata la caduta del regime fascista, le instabilità economiche e politiche che la guerra comportò, “*in cui non esistevano carabinieri sufficienti a liberale le strade dal brigantaggio o a garantire la sicurezza dei domicili privati*”) ebbe quale risultato una flessione degli indici della delinquenza.⁷⁰

2.2.2. La legge 18 giugno 1955, n. 517 come prima risposta alla caduta del fascismo.

La riforma del 1955 rappresenta una prima risposta alla caduta del fascismo. La riforma interviene, prima di tutto, nel campo dell’istruttoria cercando di adeguare la disciplina codicistica alla appena nata nuova epoca costituzionale; quindi, in primo luogo l’intervento della riforma si è orientato a prevedere una maggiore partecipazione del difensore nella fase istruttoria.

La riforma modifica gli artt. 253 e 254 c.p.p. Permangono le ipotesi di mandato di cattura obbligatorio, con delle modifiche ai limiti di pena rispetto alle ipotesi di reato già presenti, e aggiungendo due nuove fattispecie criminose quali l’alienazione o acquisto di schiavi ed il commercio clandestino o fraudolento di stupefacenti e di falsificazione di monete.⁷¹

Il carattere di afflittività della misura cautelare obbligatoria resta immutato, nonostante le forti critiche da parte della dottrina ed una evidente incostituzionalità dell’istituto. Nell’ipotesi di mandato di cattura obbligatorio non sono le circostanze fattuali del caso di specie a ‘suggerire’ al giudice l’irrogazione della misura, quanto piuttosto astratte esigenze previste *ex ante* dalla legge a comportare un’automatica applicazione della stessa.⁷²

Venendo all’ipotesi di mandato di cattura facoltativo, le modifiche apportate dalla riforma incidono principalmente sui limiti edittali di pena; viene meno la fattispecie contravvenzionale che, nella previsione originaria del codice, si

⁷⁰ A. Battaglia, cit. 51-53.

⁷¹ Art. 7, legge 18 giugno 1955, n. 517.

⁷² G.D. Pisapia, cit., 75.

riferiva alla possibilità di arrestare la persona se dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza. Resta affidato al giudice il compito discrezionale, ai fini dell'applicazione della misura, di considerare le qualità morali della persona e delle circostanze concrete del fatto; a differenza della disposizione originaria del Rocco viene meno il riferimento alle qualità sociali della persona.⁷³

Altra modifica su cui è intervenuta la riforma del 1955 è l'articolo 263 c.p.p., che disciplina le ipotesi di impugnabilità delle ordinanze del giudice. Al procuratore generale viene adesso riconosciuta la possibilità di ricorrere in Cassazione per violazione di legge. D'altra parte, però, non viene riconosciuta all'imputato la possibilità di proporre appello contro l'ordinanza che rigetta l'istanza di revoca del mandato di cattura.

Un passo in avanti verso l'adozione di un impianto accusatorio nel sistema procedimentale sembra rinvenibile nell'introduzione dell'articolo 263-bis che riconosce all'imputato la possibilità di ricorrere in Cassazione per violazione di legge, in ogni stato e grado del procedimento, contro il provvedimento di emissione di ordine o mandato di cattura.⁷⁴

La regola dettata dall'articolo 137 del c.p. viene ribadita e ne viene estesa la portata. Infatti, a seguito della riforma, si prevede che l'intera custodia preventiva sofferta dall'imputato venga in ogni caso detratta dalla pena, anche se questa è stata inflitta per un reato diverso, purché quest'ultimo non sia stato commesso dopo la cessazione della custodia preventiva.

Nei provvedimenti relativi alla durata della custodia preventiva, l'articolo 272 c.p.p. introduce l'obbligo in capo al giudice di provvedere alla scarcerazione dell'imputato allorquando siano stati superati i limiti di pena previsti per quel reato. Altra novità è l'introduzione dell'articolo 272-bis c.p.p. che disciplina i provvedimenti sulla scarcerazione e le impugnazioni. La scarcerazione può essere chiesta dal pubblico ministero o dall'imputato. Il giudice provvede con ordinanza contro la quale possono proporre impugnazione il procuratore della

⁷³ Art. 7, legge 18 giugno 1955, n. 517.

⁷⁴ M. Mazzitelli, R. Pezzano, *Codici penali del Regno d'Italia: RD 30 giugno 1889, n. 6133 cp; RD 19 ottobre 1930, n. 1398 cp; RD 26 novembre 1865, n. 2589 cpp; RD 19 ottobre 1930, n. 1399 cpp: testi non commentati*, Napoli, 2008.

Repubblica, il procuratore generale e l'imputato. In tutti i casi in cui in cui l'ordinanza non sia stata emessa dal pretore, può essere proposto ricorso in Cassazione.

Permane comunque il divieto di concessione della libertà provvisoria nelle ipotesi di mandato di cattura obbligatorio, ex articolo 277-bis c.p.p. La libertà provvisoria può essere concessa in ogni stato e grado dell'istruzione o grado del giudizio.

Quindi la funzione della carcerazione preventiva rimane, anche nella riforma del '55, preordinata ad assicurare l'attuazione della pena, anticipandone gli effetti.⁷⁵

2.2.3 Le spinte della dottrina ad una riforma del codice di procedura e il primo intervento della Corte Costituzionale in materia.

Il panorama delle misure cautelari a seguito della riforma del '55 dimostra, grazie e soprattutto all'apporto di un'illuminata dottrina, un maggiore garantismo ed un primo tentativo di armonizzazione della legislazione ordinaria rispetto ai parametri fissati dalla Costituzione e dalla Convenzione Europea. Tuttavia, non può essere definito completamente coerente con questi e sicuramente non si avvicina ancora al modello accusatorio. Tra i principali elementi di 'stallo' va anzitutto menzionata la mancata scelta e individuazione di una finalità cautelare prettamente legata ai fini del processo. Per applicare la misura cautelare della custodia preventiva, il giudice deve valutare, oltre ai sufficienti indizi di colpevolezza, la gravità del reato e le qualità o i precedenti giudiziari del soggetto; inoltre, non è ancora stato previsto il requisito della necessità istruttoria e la sorte dell'imputato resta subordinata nella pratica, ai precedenti penali e alle qualità morali della persona;⁷⁶ permane ancora nel codice l'ipotesi di mandato di cattura obbligatorio che preclude la possibilità di ottenere la libertà provvisoria e, rispetto a questa, la legge continua a tacere circa il criterio in base al quale può essere concessa.

⁷⁵ G.D. Pisapia, cit., 75.

⁷⁶ G. Vassalli, cit., 1135-1137.

Furono numerosi ed importanti i contributi della dottrina al fine di incoraggiare una riforma al codice di procedura penale, a seguito della legge del 1955. Tra questi, appare necessario menzionare Pisapia che, individuando le principali patologie del codice di procedura penale, auspicò ad una riforma in senso liberale ed accusatorio del sistema processuale italiano.

In primo luogo, una delle falle del sistema di procedura penale, viene individuato nelle sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, tanto dai testimoni quanto dall'indagato, nell'interrogatorio formale, ex articolo 225 c.p.p. Nella prassi, tali "sommarie" informazioni costituiscono la base dell'istruzione giudiziaria e l'unico materiale probatorio ai fini dell'emissione del mandato di cattura. La possibile soluzione verso un sistema di tipo accusatorio viene individuata dal Pisapia in un maggior coinvolgimento del difensore nella fase delle indagini e nella garanzia del controllo da parte del giudice durante l'interrogatorio condotto dalla polizia giudiziaria. Sarebbe ancora più auspicabile, comunque, consentire all'autorità giudiziaria di interrogare l'arrestato. E nel caso in cui gli atti fossero stati raccolti o conservati dalla polizia giudiziaria, dovrebbe precludersene la lettura in dibattimento e la possibilità per il giudice di porli a base della sua decisione.

La riforma accusatoria al codice di procedura penale dovrebbe prevedere l'applicazione della misura cautelare in carcere come ipotesi residuale, in linea con il dettato costituzionale che le affida un carattere di eccezionalità e che al preminente principio della presunzione di non colpevolezza, ammette deroghe solo allorquando i gravi indizi di colpevolezza siano gravi precisi e concordanti. Necessario sarebbe pertanto, menzionare e porre tali presupposti applicativi quali connotati dei gravi indizi di colpevolezza cui si riferisce l'articolo 252 c.p.p.⁷⁷

Un altro importante apporto dottrinale di modifica al sistema processuale, questa volta alla luce delle novità introdotte nel nostro ordinamento dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, viene proposto da Amodio. Quello che l'autore sottolinea è che la vera novità della Convenzione è l'aver delineato la funzione della custodia preventiva. Questa non può essere né punitiva, né di

⁷⁷ G.D. Pisapia, cit., 80-90.

prevenzione speciale o generale, né avere un carattere di esemplarità. La funzione della custodia preventiva non può che essere meramente processuale. Questa finalità si esplica nell'esigenza di rendere possibile il contatto tra l'imputato e l'organo giudicante, come emerge nell'articolo 5 numero 1 lettera c): «*en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente*».⁷⁸

Tale statuizione ha come corollario la garanzia di un corretto esercizio del diritto di difesa nel processo, inteso nel senso di scongiurare qualsiasi 'sopruso' da parte delle autorità; infatti, l'articolo 5 stesso prevede il diritto alla scarcerazione della persona, qualora sia trascorso un ragionevole periodo di tempo prima del rinvio a giudizio. Per "*reasonable time*", secondo la Commissione Europea, si intende il momento successivo alla conclusione delle indagini considerando che i tempi di queste variano in relazione alla complessità del caso concreto.

La critica di Amodio all'attuale assetto normativo si basa sulla constatazione che la privazione della libertà personale tramite misura preventiva in carcere trova fondamento non nelle esigenze processuali, come indica in modo chiaro la lettera e lo spirito della Convenzione, ma risulta, invece, essere commisurata alla gravità del reato e alla pericolosità dell'imputato, quindi rispondendo a quell'esigenza di difesa sociale già segnalata dal Pisapia in riferimento al contrasto con l'art. 27 Cost.

Pertanto, la 'pericolosità sociale' della persona risulta in contrasto con lo spirito delle nuove Carte dei diritti, in quanto si sostanzia su un giudizio anticipato ovvero su una presunzione di colpevolezza; il criterio della gravità del reato risponde alla funzione punitiva della pena e non rieducativa come statuito dall'articolo 27 comma 2 Cost., il quale non consente in nessun caso, a prescindere dalla gravità del reato, di poter anticipare alcun giudizio sull'imputabilità dell'indagato.

Inoltre, considerato che le norme della Convenzione EDU sono *self-executing*, tutte le disposizioni del codice di procedura penale con esso incompatibili devono ritenersi implicitamente abrogate.

⁷⁸ Art. 5 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

La finalità meramente processuale della carcerazione preventiva e la tutela del diritto di difesa in qualsiasi fase del procedimento comportano che la segretezza degli atti istruttori deve venire meno nel momento in cui la persona viene posta a disposizione dell'autorità. Pertanto, risultano contrari all'art 5 della Convenzione tanto l'art. 264 c.p.p. che, risentendo ancora dell'influenza inquisitoria tipica del Rocco 'puro', prevede l'obbligo di motivazione sommaria nell'emissione del mandato di cattura, quanto l'articolo 307 c.p.p., nella parte in cui consente al giudice istruttore di non rivelare all'imputato le fonti delle prove esistenti contro di lui se può derivarne pregiudizio all'istruzione.

La proposta di riforma del codice di procedura penale, secondo Amodio, dovrebbe: contemplare un tempo inferiore rispetto a quello previsto per i tempi massimi di custodia cautelare; introdurre una specifica elencazione delle esigenze cautelari giustificative della limitazione della libertà personale; prevedere misure di coercizione personale meno gravi della custodia in carcere in modo tale da poterla qualificare come di *extrema ratio*, o di sostituire la misura carceraria con altre misure meno incisive sui diritti indisponibili della persona quando questa abbia superato il tempo massimo o quando non rivesta carattere di indispensabilità, da rinvenirsi solo allorquando vi sia un reale pericolo di fuga dell'imputato.⁷⁹

I dubbi sollevati in dottrina durante il periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione sono stati in qualche modo dissolti dalla sentenza della Corte Costituzionale, in una decisione che è stata definita "*lapidaria*" nel considerare il sistema del codice di procedura penale compatibile con i principi costituzionali.⁸⁰

In particolare, la Corte fu chiamata ad esprimersi circa la legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 13-27-111 Cost., del divieto di concedere la libertà provvisoria nei casi di mandato di cattura obbligatorio, ex art. 277 c.p.p. e della legittimità della previsione contenuta nel primo

⁷⁹ E. Amodio, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 883-891.

⁸⁰ A. Macchia, *Cautela penale e principi costituzionali alla luce dei più recenti approdi del giudice delle leggi*, cit., 887-1907.

capoverso dell'articolo 375 c.p.p. che impone al giudice di emettere il mandato di cattura con la sentenza di rinvio a giudizio.

La Consulta afferma che il collegamento tra l'articolo 13 Cost., deve sempre incontrare la garanzia dell'art. 27 Cost. come criterio che esclude un'anticipazione della pena prima della sentenza definitiva di condanna: la funzione cautelare della misura detentiva deve essere di carattere strettamente processuale.

Il Giudice delle Leggi ne ha dedotto che nell'ambito della politica discrezionale riservata al legislatore, non sussiste in capo a questo un obbligo di abrogare le disposizioni del codice che disciplinano il mandato di cattura obbligatorio. La salvaguardia dei parametri costituzionali, infatti, viene recuperata dal criterio di ragionevolezza delle disposizioni di legge che prevedono altresì determinati limiti temporali entro cui è possibile limitare la libertà personale. Inoltre, il carattere eccezionale della misura preventiva viene garantito dalla particolare gravità del reato e dalla pericolosità della persona. A garanzia della corretta applicazione della disposizione di legge al caso concreto è, infine, posto l'obbligo di motivazione in capo all'autorità giudiziaria, circa la sussistenza dei sufficienti indizi di colpevolezza.

Tuttavia, nel giustificare le limitazioni alla libertà della persona, che si concretizzano automaticamente sulla base di una disposizione astratta di legge, non rilasciando tale facoltà al giudice in relazione alle circostanze del caso concreto, la Corte ammette la legge a presumere la persona accusata colpevole, per il solo fatto di essere considerata astrattamente pericolosa e in considerazione della gravità del reato.

Pertanto, le garanzie costituzionali si considerano rispettate anche per l'obbligo di motivazione posto all'autorità giudiziaria nell'emissione del mandato di cattura obbligatorio, proprio per la mancata specificazione di tale obbligo, la Consulta ha dichiarato parzialmente illegittimo l'articolo 253 c.p.p.⁸¹

⁸¹ Corte cost., 23 aprile 1970, n. 64. La Consulta precisa che il legislatore rimane comunque libero di disciplinare la materia differenziando il regime a seconda della tipologia del reato o della fase del procedimento purché nel rispetto dei limiti di ragionevole durata della detenzione preventiva, conformemente all'art. 13 Cost.

Per quanto attiene poi ai tempi di durata della custodia preventiva, la Corte dichiara illegittimo l'art. 272 c.p.p. nella parte in cui non pone i limiti di durata della custodia in fase successive a quella istruttoria.

In un'ottica di coerenza del sistema, è stato dichiarato illegittimo l'articolo 375 cod.proc.pen nella parte in cui pone l'obbligo al giudice di emettere il mandato di cattura con la sentenza di rinvio a giudizio, qualora la persona sia stata scarcerata per decorrenza dei tempi massimi della custodia.

2.2.4 La legge 15 dicembre 1972 n. 773.

La legge 15 dicembre 1972, n. 773, ha modificato l'articolo 277 del codice di procedura penale, rimuovendo finalmente la correlazione tra la possibilità di concedere la libertà provvisoria e le ipotesi di mandato di cattura obbligatorio. In seguito alla riforma, l'articolo prevede la possibilità di concedere la libertà provvisoria anche quando sia stato emesso un mandato di cattura obbligatorio. Nel caso in cui intervenga poi una sentenza di condanna per uno dei reati che prevedono l'emissione del mandato di cattura obbligatorio, il giudice può, con ordinanza, revocare la libertà provvisoria concessa.⁸²

Ancora una volta, però, giurisprudenza e dottrina non sono univoche nell'individuare la finalità cautelare della misura cautelare. Nonostante la riforma del '72, infatti, la stessa giurisprudenza della Cassazione, ha sottolineato nelle indicazioni delle ragioni valide a negare la concessione della libertà provvisoria, la presenza di diverse esigenze cui la misura cautelare deve rispondere. Non solo di carattere meramente istruttorio o processuale ma anche cautelare finale, in un'ottica di prevenzione speciale anticipativa della pena per evitare che l'imputato possa poi sottrarsi dall'espiazione della stessa.⁸³

2.2.5 La legge 3 aprile 1974, n. 108, delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale e la legge 22 maggio 1975, n. 152.

⁸²Art. 2, legge 15 dicembre 1972, n. 773.

⁸³G. Vassalli, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, cit., 1135-1137.

Come si era già detto, una delle principali patologie del sistema delle misure cautelari era sempre stata quella di una mancata enunciazione delle finalità che la misura di coercizione personale mirava a perseguire. Sarà l'art. 2 al punto 54 della legge n. 108/1974, a statuire la possibilità di emettere le misure di coercizione personale nei casi «gravi in cui sussistano specificate, inderogabili esigenze istruttorie» a carico dell'imputato, nei cui confronti ricorrano sufficienti elementi di colpevolezza, quando, per la sua pericolosità e per la gravità del reato, sussistano esigenze di tutela della collettività.⁸⁴ Come si può vedere, viene meno la funzione cautelare finale della carcerazione preventiva e la possibilità di limitare la libertà personale dell'imputato, risulta adesso subordinata in via principale alle esigenze istruttorie. Sebbene permanga il riferimento all'esigenza di tutela della collettività, dai lavori preparatori alla legge delega emerge come tale finalità dovesse essere intesa come eccezionale o comunque secondaria rispetto alle esigenze processuali.⁸⁵

Altro merito della legge delega in questione, fu quello di delegare il Parlamento a prevedere diverse misure di coercizione personale, «fino alla custodia in carcere»; tale previsione consente di attuare il disposto costituzionale dell'art.13 nella parte in cui qualifica la custodia in carcere come *extrema ratio*. Fino a questo momento, infatti, tale principio rimase sulla carta, non essendo state previste misure cautelari alternative a quella detentiva.⁸⁶

Un'ulteriore enunciazione delle finalità della custodia preventiva è rinvenibile nell'art. 1, comma terzo, della legge n. 152/1975. Nonostante le forti critiche sollevate in dottrina, appare necessario riconoscere che per la prima volta una legge, di immediata e diretta applicabilità, enunciò le finalità delle misure cautelari. In riferimento alla concessione della libertà provvisoria, la legge statuisce che il giudice deve valutare che «non vi ostino ragioni processuali, né sussista la probabilità, in relazione alla gravità del reato e alla personalità dell'imputato, che questi, lasciato libero, possa commettere nuovamente reati che pongano in pericolo le esigenze di tutela della collettività».⁸⁷ Nonostante la disposizione taccia sul significato da attribuire alla 'esigenza di tutela della

⁸⁴ Art. 2, § 54, legge 3 aprile 1974, n.108.

⁸⁵ G. Vassalli, cit., 1139-1140.

⁸⁶ Art. 2, §54, legge 3 aprile 1974, n. 108.

⁸⁷ Art. 1, terzo comma, legge 22 maggio 1975, n. 152

collettività', parte della dottrina ritenne che, considerato il contesto storico e un maggior radicamento dei principi costituzionali nell'immaginario del legislatore rispetto alle prime riforme successive all'entrata in vigore della Costituzione, tra i possibili significati da attribuire all'enunciato in questione, sia sicuramente da escludere quello di esemplarità o di allarme sociale.⁸⁸

L'art. 1 della legge a tutela dell'ordine pubblico (legge, n. 152/1975) interviene a limitare le ipotesi di concessione della libertà provvisoria. Subordinando tale diniego ad ipotesi di reato-presupposto all'emissione del mandato di cattura obbligatorio e aggiungendo, al tempo stesso, altre fattispecie rientranti nei casi di reati presupposti all'emissione di mandato di cattura facoltativo (comma 1). Al secondo comma vengono invece previste ipotesi non basate sul *nomen* del reato, ma sulla reiterazione di reati particolarmente gravi come quelli per i quali è obbligatoria l'emissione del mandato di cattura, nel caso in cui l'imputato si trovi in stato di libertà provvisoria concessagli in altro procedimento; ovvero nel caso di imputato di lesioni volontarie, rissa aggravata e violenza privata che sia già sottoposto ad altro procedimento penale per violazione di una di queste norme incriminatrici.

La mancata tipizzazione ad opera della legge in questione circa l'esigenza di tutela della collettività che giustifica il diniego di concessione della libertà provvisoria, cui si accennava sopra, non venne considerata in collisione con l'art. 13 della Costituzione neppure dalla Corte Costituzionale quando venne chiamata a pronunciarsi a riguardo nella sentenza n. 1 del 1980.

In quest'occasione, la Corte giustificò la scelta del legislatore in quanto dettata dalle particolari esigenze sociali e politiche in cui la norma si inserì, e cioè di "*gravissimi episodi di criminalità comune e politica*", di impatto sulla sicurezza del Paese. La reiezione dell'eccezione di incostituzionalità venne definita "*ai confini di un'interpretazione sistematica*"⁸⁹ perché giustificativa della mancata tipizzazione delle finalità cautelari. In quest'occasione, l'atteggiamento della Consulta ha preso le mosse dal contesto eccezionale,

⁸⁸ G. Vassalli, ult. cit., 1155.

⁸⁹ A. Macchia, cit., 1886.

caratterizzato da numerosi episodi di violenza e di uso di armi anche ad opera di organizzazioni criminali, che pone a rischio la società civile e politica.

Tuttavia, una parziale declaratoria di illegittimità costituzionale rispetto all'art. 27 Cost., venne identificata nella parte della disposizione dell'art. 1 che utilizzava l'aggettivo 'nuovamente' circa la prognosi effettuata dal giudice per negare la concessione della libertà provvisoria, allorquando questi avesse commesso nuovi reati.⁹⁰

3.1 La “*legislazione d'emergenza*”.

La “*legislazione di emergenza*”, che ha caratterizzato il nostro Paese nel periodo compreso tra gli anni '70 e '80, ha previsto una serie di misure più rigorose a tutela della collettività in risposta ai fenomeni di criminalità organizzata e di terrorismo. In questa prospettiva, la carcerazione preventiva è stata posta come occasione per esercitare poteri repressivi immediati venendo svuotata delle finalità che la Carta costituzionale, *in primis*, le attribuiva.

L'obiettivo principale del legislatore era quello di tutelare la collettività e ristabilire l'ordine; pertanto, i numerosi interventi in materia di ordine pubblico hanno anteposto le esigenze di tutela della libertà collettiva a discapito della libertà individuale.

Il riferimento va, in particolare, alle norme introdotte tra il 1974 e 1980: le tendenze della legislazione speciale vanno in direzione opposta rispetto ai criteri direttivi della legge delega al nuovo codice di procedura penale n. 108/1974.

In primo luogo, il decreto legge 11 aprile 1974, n. 99, convertito, con modificazioni dalla legge 7 giugno 1974, n. 220, prorogò i termini di scarcerazione automatica fino ad un massimo di otto anni, nonostante la legge delega avesse previsto tra i criteri direttivi un massimo di anni quattro. Prendendo atto dei tempi di durata del processo, il legislatore del 1974 rese l'istituto della carcerazione preventiva un'anticipazione della pena finale, utilizzando l'istituto in questione come un'esecuzione provvisoria della pena

⁹⁰ *Ibidem*, 1885-1887.

destinata a saldarsi tramite l'esecuzione a titolo definitivo nel caso di intervenuta sentenza di condanna.⁹¹

Successivamente, la legge 22 maggio 1975, n. 152 recante "Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico" introdusse, come visto in precedenza, sempre maggiori limitazioni alla concedibilità della libertà provvisoria.

Nella stessa direzione rigorista, si mosse la legge 6 febbraio 1980, n. 15. Questa ripristinò, anche se in modo parziale, il collegamento tra la concedibilità della libertà provvisoria e l'obbligatorietà del mandato di cattura, prevedendo, all'articolo 8, delle limitazioni in riferimento a categorie di reati particolarmente gravi. La stessa legge riconobbe un effetto sospensivo all'impugnazione del pubblico ministero per le ordinanze di scarcerazione e di concessione della libertà provvisoria.⁹²

3.1.1 "La legge sui tribunali della libertà" (legge 12 agosto 1982, n. 532).

Un'inversione di rotta, in senso più garantista rispetto alle tendenze della legislazione di questo periodo storico, è rappresentata dalla legge n.532/1982. La c.d. "legge sui tribunali della libertà" (anche se tale riferimento non appare nel testo legislativo) apportò due principali novità: introdusse i tribunali della libertà e prevede un'estensione all'elenco di misure alternative alla carcerazione preventiva.

La previsione della possibilità di riesame anche nel merito dei provvedimenti restrittivi della libertà rappresentò un grande passo in vista dell'adesione ai dettami delle Convenzioni internazionali e di tutela e garanzia dei diritti dell'imputato. Come si era già anticipato sopra, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede all'art. 5, n. 4 il diritto della persona privata della libertà personale, di indirizzare un ricorso al tribunale competente affinché esso decida «sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale». Analoga disposizione si rinviene altresì all'art. 9 n. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: «*Anyonewhoisdeprived of*

⁹¹ G. Illuminati, cit., 213-219.

⁹² G. Vassalli, *Premessa ai commenti alla L. 12/8/1982 n. 532*, in *Legislazione Penale* 1983, 60.

his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful». Nel nostro ordinamento invece, prima della riforma dell'82, il controllo sulla decisione di emissione del mandato di cattura od arresto era limitato alla possibilità di ricorso in Cassazione, nel caso di violazione di legge, quindi senza prevedere un approfondimento nel merito.

Considerata la delicata fase procedimentale, la tutela delle esigenze istruttorie e le caratteristiche proprie dell'istituto di custodia cautelare, la devoluzione della giurisdizione al tribunale delle libertà non poteva che essere *ex post*. È evidente, infatti, che la decisione del tribunale sulla disposizione della restrizione della libertà personale avrebbe, nella pratica, contrastato con il segreto istruttorio. Le garanzie di difesa dell'indagato vengono comunque recuperate nell'autonomia e indipendenza dell'organo collegiale procedente e nella necessaria rapidità cui è tenuto ad emettere la decisione.⁹³

Venendo al merito delle novità apportate dalla l., n. 532/1982, questa dispone all'art. 7 la modifica all'articolo 263-bis del c.p.p. nella parte in cui consente il riesame, anche nel merito, dei mandati o degli ordini di cattura e di arresto, su richiesta dell'imputato o del suo difensore. Se l'imputato è detenuto, la richiesta deve essere presentata entro cinque giorni dall'esecuzione del provvedimento, salvo il caso in cui il mandato di cattura sia stato emesso a seguito di impugnazione del pubblico ministero; mentre avverso i mandati o ordini di cattura o di arresto per i quali non è prevista la richiesta di riesame, può sempre essere proposto ricorso per Cassazione per violazione di legge. Entrambi, il riesame o il ricorso per Cassazione, quando richiesti non sospendono l'esecuzione del mandato.

Tramite l'art. 8, viene introdotto l'art. 263-ter che individua il giudice competente per il riesame nel tribunale del capoluogo di provincia in cui ha sede l'ufficio dell'autorità che ha emesso il provvedimento. L'autorità che ha emesso il provvedimento, una volta ricevuta la richiesta di riesame, la trasmette immediatamente o comunque non oltre ventiquattro ore, unitamente agli atti

⁹³ *Ibidem*, 65.

del procedimento o alla copia di essi, al tribunale competente. Entro tre giorni dal ricevimento degli atti, il tribunale, con ordinanza emanata in camera di consiglio, conferma il mandato o l'ordine di cattura o di arresto ovvero lo revoca, anche per motivi diversi da quelli eventualmente indicati nella richiesta, ordinando, in quest'ultimo caso, l'immediata liberazione dell'imputato. Il termine anzidetto può essere prorogato dal tribunale di altri tre giorni nel caso in cui la proroga sia necessaria per la complessità dei fatti oggetto dell'imputazione. Nel caso di mancata decisione del tribunale entro i termini stabiliti, il mandato o l'ordine di cattura cessa di avere efficacia. Avverso l'ordinanza di riesame è prevista adesso all'art. 263-quater il ricorso per Cassazione per violazione di legge.

Il tribunale del riesame è altresì competente a decidere sul rifiuto della richiesta di emissione del mandato di cattura da parte del giudice; sulla richiesta di applicazione di una delle misure sostitutive alla carcerazione preventiva; sulla richiesta di revoca del mandato di cattura, a seguito di impugnazione da parte del Procuratore della Repubblica o dal Procuratore Generale.

Contro le ordinanze emesse dal tribunale delle libertà possono proporre ricorso per Cassazione il Procuratore della Repubblica, il Procuratore Generale, l'imputato e il suo difensore.⁹⁴ Il tribunale è sempre competente a decidere durante la fase istruttoria, ma non durante il giudizio, essendo prevista, in quest'ultimo caso, la possibilità di esperire gli ordinari mezzi di impugnazione.⁹⁵

Come già anticipato, l'altra principale novità introdotta dalla riforma del 1982 consiste nell'estensione dell'elenco delle misure alternative alla custodia cautelare in carcere.

L'art. 3 modifica l'art. 247 c.p.p. ora intitolato «casi nei quali può ordinarsi la custodia nell'abitazione o in altro luogo designato dal giudice» che prevede la possibilità di concedere le misure alternative a soggetti fragili. In particolare, il Procuratore della Repubblica o il Pretore possono disporre, con decreto motivato che, se arrestata è la donna incinta o che allatta la propria prole, o la

⁹⁴ Art. 8, legge 12 agosto 1982, n.532.

⁹⁵ Art.11, legge 12 agosto 1982, n.532.

persona si trova in condizioni di salute particolarmente gravi ovvero abbia oltrepassato i 65 anni di età, la persona arrestata rimanga provvisoriamente in stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura o di assistenza, in luogo della custodia in carcere e salvo che non vi ostino specifiche e concrete esigenze processuali.

Le misure alternative della custodia in casa e simili, sono considerate alternative solo alle ipotesi in cui sia possibile emettere il mandato di cattura facoltativo.⁹⁶

L'articolo 14 indica le ipotesi in cui è possibile concedere la libertà provvisoria, a seguito della riforma, questa può essere concessa anche nei casi in cui la persona sia detenuta nella propria abitazione, in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura o di assistenza.

La “*Legge sui tribunali delle libertà*” interviene in modifica anche dell'articolo 254 c.p.p. ricomprendendo, tra le finalità della custodia preventiva, il riferimento all'esigenza di «tutela della collettività», rispetto alla «pericolosità dell'imputato desunta dalla sua personalità e dalle circostanze del fatto». Sebbene secondo parte della dottrina il tenore letterale della disposizione consente di considerare tale esigenza come subordinata rispetto a quelle del pericolo di fuga e dal pericolo per l'acquisizione delle prove - in quanto preceduta dall'avverbio «nonché» - la giurisprudenza si è trovata uniforme nel ritenere necessaria e sufficiente la presenza anche di una sola delle ragioni processuali o sostanziali per giustificare l'emissione del provvedimento restrittivo.⁹⁷

⁹⁶ Art. 3, legge 12 agosto 1982, n.532.

⁹⁷ Cass. pen. 1986, n. 1692: è lo stesso dato letterale dell'art. 254-bis a giustificare l'orientamento, richiedendo che “*risulti evidente che non sussistano*” quelle ragioni. Anche da un punto di vista sistematico, l'intento del legislatore di attribuire pari importanza a ciascuna delle esigenze cautelari è chiaro nel fatto che “la cautela debba concernere esclusivamente le esigenze processuali, con esclusione di qualsiasi cautela di natura diversa”.

V. anche Cass., sez. un. pen., *Costanzo*, 2 settembre 1985, n. 170305, in *Cassazione Penale*. Le Sezioni Unite intervengono a chiarire che la sussistenza delle esigenze cautelari è alternativa e non cumulativa, per disporre la misura sarà quindi sufficiente motivare sull'esistenza di un solo *periculum libertatis*. In particolare, per motivare sulla pericolosità sociale dell'imputato in relazione alle esigenze di tutela della collettività, l'obbligo si può ritenere assolto solo quando, attraverso una valutazione delle modalità del fatto e della personalità dell'imputato, sia stata fornita la dimostrazione di una concreta e rilevante probabilità del verificarsi di fatti

L'art. 254-bis c.p.p., primo comma, impone, nel giudizio prognostico che il giudice deve effettuare ai fini dell'emissione di una misura coercitiva, un accertamento in negativo della presenza delle esigenze cautelari che per la loro intensità possano giustificare l'adozione della misura alternativa degli arresti domiciliari. Pertanto, viene richiesto al giudice un doppio accertamento: il primo circa l'esistenza o inesistenza dei *pericula* che giustificano l'emissione di una misura coercitiva, e il secondo in riferimento all'intensità delle esigenze cautelari sussistenti nel caso concreto, imponendo al giudice un obbligo di valutazione in negativo circa la possibilità di neutralizzare il pericolo con l'applicazione di una misura meno grave rispetto a quella di *extrema ratio* della custodia in carcere.⁹⁸

Oltre la riforma dell'82, altre riforme di ampio respiro hanno contribuito a modificare l'impianto delle misure cautelari ponendosi come base per le leggi delega di riforma al nuovo codice di procedura penale.

Tra queste, la legge 28 luglio 1984, n. 398 relativa alla diminuzione dei termini di custodia cautelare e alla concessione della libertà provvisoria. La legge n. 398/1984 dispone, all'art. 11, la sostituzione dei termini «carcerazione preventiva» e «custodia preventiva» in «custodia cautelare», nel codice di procedura penale e nelle altre leggi. Viene così introdotto, per la prima volta ed in veste ufficiale nel nostro ordinamento, il concetto di 'cautela' nella disposizione della misura custodiale. Tale specificazione aveva, nella mente del legislatore del tempo, lo scopo di evitare abusi e incorrette manipolazioni dell'istituto per finalità diverse da quelle processuali. Nei fatti, tuttavia, tale tentativo è rimasto all'epoca solo sulla carta, considerata la scelta di mantenere l'istituto del mandato di cattura obbligatorio, in palese contrasto con la finalità prettamente 'cautelare' e con la presunzione di non colpevolezza ex art. 27, secondo comma, Cost., e la presenza dell'esigenza di prevenzione speciale di 'tutela della collettività' tra le esigenze cautelari. Per queste ragioni, la dottrina

delittuosi idonei a mettere in pericolo le esigenze di tutela della collettività, non essendo sufficiente il mero richiamo alla gravità del fatto.

⁹⁸ B. Crosti, *Sulla valutazione autonoma delle esigenze cautelari ai fini del diniego degli arresti domiciliari nel caso di cattura obbligatoria*, in *Cassazione Penale* 1988, 1687.

ha definito il tentativo della l., n. 398/1984 di connotare l'istituto del carattere di cautela come un “*semplice cambiamento di etichetta*”.⁹⁹

Alla soprarichiamata legge è da riconoscere il merito di aver introdotto, all'art. 254-bis, la possibilità di disporre le misure sostitutive della custodia in carcere, anche nei confronti di chi sia imputato di un reato per il quale sia prevista l'emissione del mandato od ordine di cattura obbligatorio, qualora appaia evidente che non sussista pericolo di fuga o pericolo di inquinamento probatorio, imponendo al giudice l'obbligo di valutare gli elementi specifici del caso concreto e la pericolosità del soggetto.¹⁰⁰

Per quanto attiene alla modifica dei termini di durata della custodia cautelare, si dispone che questa non possa superare i sei anni e, in ogni caso, che la durata non possa oltrepassare i due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato in sentenza.¹⁰¹

Occorre, infine, menzionare la legge 27 gennaio 1986, n. 8, recante “Nuove norme in materia di controllo sugli imputati scarcerati per decorrenza di termini» e la legge 7 novembre 1986, n. 743 la quale ha, in relazione a reati quali l'associazione per delinquere di tipo mafioso ed il traffico di sostanze stupefacenti, allungato il termine di custodia cautelare da 12 a 18 mesi per il giudizio di primo grado.¹⁰²

3.1.2 La legge 5 agosto 1988, n. 330 “Nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale nel processo penale”.

Questo intervento novellistico è incentrato, così come emerge dal titolo, sulla modifica di vari profili della disciplina della libertà personale dell'imputato. Tra le caratteristiche principali della riforma va, in primo luogo, menzionata la sottrazione dei poteri di cattura al pubblico ministero (e al pretore) e il loro trasferimento al giudice istruttore.

⁹⁹ G. Vassalli, *Dizionario di diritto e procedura penale*, cit., 148.

¹⁰⁰ *Ibidem*, 163.

¹⁰¹ *Ibidem*, 166-167.

¹⁰² *Ibidem*, 166.

Tra i poteri attribuiti al pubblico ministero vanno adesso ricompresi: la richiesta di emissione del mandato di cattura ex art. 393, primo comma, c.p.p.; la richiesta di applicazione delle misure alternative alla custodia in carcere; la facoltà di disporre la misura degli arresti domiciliari, d'ufficio o su istanza di parte, dopo che il giudice abbia emesso il mandato di cattura (ex art. 254 c.p.p.); la revoca del mandato di cattura non ancora eseguito (art. 260, terzo comma, c.p.p.); la scarcerazione per mancanza di gravi indizi e delle altre condizioni necessarie ai fini dell'emissione del mandato di cattura (art. 393 primo comma c.p.p.); la rimessione in libertà (art. 280, primo comma, c.p.p.).¹⁰³

Inoltre, a seguito della modifica dell'art. 254 c.p.p., il giudice ha l'onere di motivare circa la scelta di non emettere il mandato di cattura per determinati reati (contro la personalità dello Stato; reati puniti dalla legge con un minimo di cinque ad un massimo di quindici anni di reclusione ovvero di ergastolo; falsificazione di monete; associazione di tipo mafioso e alienazione o acquisto di schiavi) nel caso di insussistenza delle esigenze cautelari.¹⁰⁴

La legge, n. 330/1988 modifica il principio di proporzionalità previsto dall'art. 278 c.p.p., statuendo che in ogni grado e stato del procedimento il giudice dispone, con decreto motivato, di non emettere il mandato di cattura ovvero di revocare il mandato di cattura non ancora eseguito ovvero ancora di rimettere l'imputato in libertà, quando ritiene che possa essere irrogata una pena che rientri nei limiti della sospensione condizionale o che non superi per durata la custodia cautelare già sofferta dell'imputato ovvero quando, tenendo conto della custodia cautelare già sofferta, la pena sia interamente compresa in una causa di estinzione della stessa.¹⁰⁵

Nonostante il silenzio del dettato normativo, la prima dottrina in commento alla riforma ritenne configurabile il dovere, in capo al pubblico ministero, di chiedere al giudice istruttore il decreto motivato di non emissione del mandato di cattura qualora ritenga via sia una insussistenza delle esigenze cautelari per

¹⁰³L. Musti, G. Spangher, *La libertà personale dell'imputato tra interventi novellistici e riforma del processo penale*. In *Questione Giustizia* 1988, 826.

¹⁰⁴ Art. 14, legge 5 agosto 1988, n. 330.

¹⁰⁵ Art. 39, legge 5 agosto 1988, n. 330.

i reati di cui all'art. 254 c.p.p., accompagnati da una presunzione di pericolosità, o allorquando la misura della carcerazione preventiva risulti non proporzionale alla pena che si ritenga potrà essere irrogata in fase di giudizio. Il giudice, dal canto suo, potrebbe anche provvedere in modo diverso, ma per evitare qualsiasi tipo di disparità di trattamento tra imputati soggetti ad istruttoria formale ed imputato sottoposti ad istruttoria formale, il pubblico ministero dovrà rendere edotto il giudice del tipo di reato per il quale sta procedendo, indirizzando al giudice una domanda nel merito.¹⁰⁶

Altro importante punto della riforma riguarda le condizioni generali di emissione dei mandati di cattura, subordinate ai gravi indizi di colpevolezza, in modo tale da consentire l'emissione del provvedimento con la formulazione di un giudizio prognostico il cui livello sia da considerarsi probabile.¹⁰⁷

Inoltre, nonostante il mantenimento dell'istituto del mandato di cattura obbligatorio, viene meno la presunzione assoluta di sussistenza delle esigenze cautelari: il nuovo art. 253 c.p.p. subordina all'emissione del mandato di cattura, «inderogabili e concrete» esigenze di tutela dell'acquisizione di «specifiche» fonti di prova ovvero alle ipotesi in cui vi sia un concreto pericolo di fuga o l'imputato si sia già dato alla fuga ovvero quando sussistono esigenze di tutela della collettività. Inoltre, è fatto divieto al giudice di emettere il mandato di cattura qualora ritenga che per il delitto per cui si procede verrà irrogata una pena che rientri nei limiti della sospensione condizionale della pena.¹⁰⁸

In riferimento alle misure alternative alla custodia preventiva, l'art. 254-bis c.p.p. intitolato «principio di adeguatezza» dispone che in ogni stato e grado del procedimento il giudice può stabilire che, in luogo della custodia in carcere, l'imputato rimanga in stato di arresto nella propria abitazione, in altro luogo di privata dimora o in luogo pubblico di cura o di assistenza, quando tale misura appare sufficiente a salvaguardare le esigenze che hanno determinato

¹⁰⁶ L. Musti, G. Spangher, cit., 828.

¹⁰⁷ Art. 12, legge 5 agosto 1988, n. 330. In modifica all'art. 254 c.p.p. che ora differenzia tra «indizi gravi di colpevolezza» ritenuti sussistenti per l'emissione del mandato di cattura e «sufficienti indizi» nel caso di emissione del mandato o ordine di comparizione e di accompagnamento.

¹⁰⁸ Art. 13, legge 5 agosto 1988, n. 330.

l'emissione del provvedimento.¹⁰⁹ La normativa è intervenuta a modificare anche l'art. 282 c.p.p., in riferimento alle misure di cauzione o malleveria o presentazione periodica all'autorità di polizia giudiziaria o il divieto di dimorare in luogo diverso dal comune di residenza, prevedendo la possibilità di emettere il mandato di arresti domiciliari anche nelle ipotesi di mandato di cattura obbligatorio.¹¹⁰

Il tenore letterale delle modifiche consente di sperare in un recupero delle garanzie costituzionali ed in particolare nella possibilità di attuare il principio di *extrema ratio* della custodia in carcere, consentendo di fatto al giudice di poter applicare la misura cautelare più adeguata in relazione alle circostanze concrete del fatto ed alle esigenze cautelari.

Infine, in relazione alla rimessione in stato di libertà dell'imputato, appare necessario, in primo luogo, sottolineare la totale abrogazione dell'istituto della libertà provvisoria che aveva creato un continuo dibattito dottrinale, sostituendo a questa l'istituto della rimessione in libertà.

Oltre alle ipotesi di scarcerazione automatica quando superati i termini massimi di durata della misura, la legge sopracitata, n. 330/1988 ha modificato l'art. 260 c.p.p. intitolato «Revoca e nuova emissione del mandato di cattura» nella parte in cui consente al giudice di revocare la misura predisposta quando «mancano o vengono meno le esigenze cautelari o le altre condizioni che legittimavano l'emissione della misura».¹¹¹

Infine, l'art. 269 c.p.p., fa obbligo al giudice di procedere alla scarcerazione quando «vengono a mancare a carico dell'imputato indizi gravi ovvero risulta che la legge non autorizza il mandato di cattura».¹¹²

Appare fondamentale ricordare le indicazioni contenute nella Raccomandazione R.80/11 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa indirizzata agli Stati membri, avente l'obiettivo di uniformare le legislazioni interne in tema di carcerazione preventiva. Tra i principi direttivi fissati, compare la presunzione di innocenza, la previsione di considerare la misura

¹⁰⁹ Art. 15, legge 5 agosto 1988, n. 330.

¹¹⁰ Art. 43, legge 5 agosto 1988, n. 330.

¹¹¹ Art. 19, legge 5 agosto 1988, n. 330.

¹¹² Art. 30, legge 5 agosto 1988, n. 330.

della carcerazione preventiva come eccezionale e non utilizzabile a fini punitivi e, in riferimento al principio di proporzionalità, l'obbligo del giudice di valutare sempre la possibilità di adottare una misura alternativa e la facoltà di essere assistiti da un difensore nel rispetto del principio di difesa con garanzia di un diritto al ricorso per ripristinare lo stato di libertà.

In particolare, la Raccomandazione pone l'attenzione sui tempi di durata della misura che non deve superare quelli necessari a neutralizzare le esigenze processuali del pericolo di fuga, di ostruzione del corso della giustizia o della commissione di un ulteriore reato. La durata della detenzione preventiva deve, in ogni caso, risultare proporzionata rispetto alla pena che potrebbe essere scontata in caso di condanna. Inoltre, la detenzione provvisoria deve essere riconsiderata a intervalli brevi fissati dalla legge o dall'autorità giudiziaria. Sempre nell'ottica di ridurre al minimo la durata della detenzione, la Raccomandazione indica come esigenza fondamentale quella di accelerare la fase di istruzione tra gli Stati membri.¹¹³

Rispetto alla legislazione d'emergenza, la l. n. 330/1988 appare dunque maggiormente in linea con le previsioni statuite dal Consiglio d'Europa e i principi sovranazionali in materia, sebbene non tutte le indicazioni contenute nella Raccomandazione siano state realizzate.

La riforma dell'88 ha rappresentato un momento di significativo passaggio nell'iter di redazione del nuovo codice di procedura penale. Le istanze di riforma poi confluite nel codice di procedura penale, sono diverse ed individuabili anzitutto nei gravi indizi di colpevolezza che giustificano l'adozione delle misure cautelari, rispetto alla normativa antecedente alla riforma, è evidente una più specifica indicazione dei *pericula* da scongiurare mediante l'emissione dei provvedimenti di disposizione delle misure; la riforma è inoltre intervenuta a modifica dei limiti di pena prospettabili con la sentenza di condanna, dei principi di proporzionalità e adeguatezza, della limitazione dei poteri attribuiti al pubblico ministero, dell'obbligo del giudice

¹¹³ A. Giarda, *Un'importante 'raccomandazione' del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in tema di carcerazione preventiva*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1981, 696-698.

di liberare la persona quando vengono meno le esigenze cautelari e della garanzia del contraddittorio nel procedimento di riesame.¹¹⁴

3.2 I pilastri fondamentali del sistema della libertà personale.

La disciplina delle misure cautelari così come risulta oggi delineata dalle disposizioni codicistiche contenute nel libro quarto dell'attuale codice di procedura penale, trova il suo impianto di base nelle due leggi-delega di attuazione di un nuovo codice, del 1978 e del 1987. La scelta di prevedere un libro apposito non è priva di valore. Tale esigenza era stata più volte sollevata in dottrina ed un primo tentativo è rinvenibile già nella legge delega del 16 febbraio 1987, n. 81.¹¹⁵

Come già accennato precedentemente, lo stesso progetto preliminare al codice di procedura penale, identifica nella cautela il nesso di collegamento per congiungere diverse misure limitative o della libertà personale o di beni materiali, ma che si connotano per il carattere temporaneo e preventivo in un'ottica di conservazione della situazione fattuale alle dipendenze dei tempi processuali.¹¹⁶

La filosofia ispiratrice della riforma è di una svolta in senso accusatorio al processo penale, nel senso di un maggior garantismo tanto nelle forme che nel contenuto sostanziale delle nuove disposizioni di legge. La legge delega, n. 81/1987, prevede all'art. 2 dal numero 59 a 64 i criteri ispiratori cui deve attenersi il legislatore delegato nel disciplinare le misure cautelari.

Nel tentativo di attuare i disposti costituzionali in materia viene, in primo luogo, menzionata la possibilità di prevedere misure diverse di coercizione personale "fino alla custodia in carcere", connotando quest'ultima del carattere di *extrema ratio* in un'ottica di gradualismo delle misure limitative della libertà personale. In modo ancora più chiaro viene disposto il divieto di disporre la

¹¹⁴ L. Musti, G. Spangher, cit., 845-846.

¹¹⁵ Legge 16 febbraio 1987, n. 81.

¹¹⁶ M. Chiavario, *Una "carta di libertà" espressione di impegno civile: con qualche sgualcitura (e qualche...patinatura di troppo)*. cit., 5.

custodia in carcere quando le esigenze cautelari possono essere concretamente soddisfatte tramite l'adozione di altre misure di coercizione personale.¹¹⁷

Ma quello che è forse il contenuto più innovativo della nuova riforma è il tema legato all'esercizio del potere cautelare. Il nuovo modello prevede adesso una ripartizione tra il potere decisorio riservato al giudice e il potere requirente in capo al Pubblico Ministero, il quale ha adesso il potere-dovere di richiedere al giudice l'adozione di un provvedimento, che deve essere motivato, di disposizione della misura di coercizione personale.

La netta separazione delle funzioni esercitate dal giudice e dal pubblico ministero ha trovato una chiara interpretazione nella sentenza della Corte Costituzionale del 1992 (Corte cost., 20 gennaio 1992, n. 4). Il Giudice delle leggi ha sottolineato come il ruolo del pubblico ministero delineato dal nuovo codice di procedura penale, ed espresso chiaramente nella Relazione al Progetto preliminare, sia quello di soggetto «necessariamente richiedente», a differenza del giudice che è «soggetto decidente, ma non *ex officio*». Il pubblico ministero ha, pertanto, il potere di promuovere l'«azione cautelare» attraverso la richiesta, per avviare il procedimento applicativo delle misure cautelari. Alla domanda della parte pubblica, la Consulta ricollega «*come genesi del fenomeno devolutivo*» il potere decisorio del giudice, circoscritto all'interno dei confini tracciati dal *devolutum*. Da tali costatazioni deriva come corollario che il potere del giudice non è vincolato all'applicazione della misura disposta dal pubblico ministero, potendo questi, nel caso in cui reputi la misura richiesta inadeguata alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, respingerla, difettando le condizioni stabilite dal codice per il relativo accoglimento.¹¹⁸

La piena 'giurisdizionalizzazione della convalida', tanto dell'arresto che del fermo, fa sì che al pubblico ministero venga adesso affidato il potere di interrogare l'arrestato o il fermato l'interrogatorio deve avvenire nel rispetto delle garanzie della difesa dell'indagato. Pertanto, dovranno essere valutate le ragioni che possano condurre all'immediata liberazione della persona (tuttavia

¹¹⁷ V. Grevi, *Verso il nuovo processo penale-Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, cit., 482.

¹¹⁸ Corte cost., 20 gennaio 1992, n. 4.

nessun limite è previsto circa la possibilità di utilizzare ai fini delle indagini del pubblico ministero quanto acquisito durante l'interrogatorio). Il contraddittorio successivo a tale momento prevede la presenza del difensore che può addurre anche nuovi motivi di doglianza o nuovi elementi probatori.¹¹⁹

Un tentativo di riempimento legislativo rispetto al c.d. “*vuoto dei fini*”, costantemente criticato dalla dottrina al codice Rocco e alle riforme successive, può essere rinvenuto nella nuova formulazione delle esigenze cautelari, le quali devono essere strettamente attinenti alle indagini e, disposte per il solo tempo necessario a neutralizzarle, nei confronti della persona a carico della quale ricorrano gravi indizi di colpevolezza per esigenze di tutela della collettività, se la persona si è data, o vi è un concreto pericolo che si dia, alla fuga.¹²⁰

Tra i limiti imposti direttamente al legislatore, e in via indiretta al potere giudiziario, rientra quello della durata della pena prevista per il reato per il quale si sta disponendo la misura cautelare che non può superare i tre anni. Inoltre, il giudice deve accertarsi della permanenza in concreto delle esigenze cautelari, incombando su di lui l'obbligo di revocare la misura qualora ritenga che non sussista più il *periculum libertatis* o qualora «l'ulteriore protrarsi di questa risulti non proporzionata alla entità del fatto ed alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata».¹²¹

Infine, tra le indicazioni della legge delega, emerge l'introduzione di un procedimento di carattere incidentale con garanzia del contraddittorio - e possibilità di ricorrere in Cassazione - dinnanzi al tribunale in camera di consiglio, che provveda a riesaminare nel merito la misura adottata.¹²²

Nella fase delle indagini preliminari, l'imputato ha diritto ad essere interrogato non oltre cinque giorni dall'esecuzione della misura limitativa della libertà personale, con conseguente diritto alla liberazione qualora entro il suddetto termine non sia stato condotto l'interrogatorio. Per ciascuna fase processuale,

¹¹⁹ M. Chiavario, *Misure cautelari e libertà personale alla luce della seconda legge-delega e del nuovo progetto preliminare di un codice di procedura penale*. In atti del convegno “Enrico de Nicola-Problemi attuali di diritto e procedura penale” - *Verso una nuova giustizia penale*, Lecce, 1988, 131.

¹²⁰ V. Grevi, ult. cit., 483.

¹²¹ Art. 2 cinquantanovesimo comma, legge delega, n. 81/1987.

¹²² Art. 2, quindicesimo comma, legge delega, n. 81/1987.

viene adesso previsto un limite diverso di durata massima, con conseguente liberazione automatica dell'imputato allo spirare del termine, e con limitate ipotesi di proroga dei termini, rimane comunque l'obbligo di non superare il termine di quattro anni sino alla sentenza definitiva.¹²³

3.3 Il nuovo codice di procedura penale.

I pilastri fondamentali del nuovo sistema sono racchiusi nel capo primo che racchiude i principi fondamentali del sistema cautelare.

Aprè il capo l'art. 272 c.p.p. intitolato 'limitazioni alle libertà della persona', la scelta di circoscrivere al titolo primo del codice le ipotesi di limitazione della libertà della persona per mezzo delle misure cautelari, rappresenta un'attuazione al disposto costituzionale dell'art. 13 nella parte in cui rinvia al legislatore ordinario la previsione di casi e modi per disciplinare gli strumenti idonei ad incidere sulla libertà personale. La disposizione altro non è, quindi, che la trasposizione codicistica del principio di legalità. La scelta dei termini utilizzati, in particolare il riferimento alle 'libertà della persona' e non alla libertà personale consente di intravedere, già tramite questa primissima norma di apertura del libro IV, la previsione di diverse misure cautelari, non solo interdittive, ma anche coercitive diverse dalla custodia preventiva che incidono in modo meno intenso sulla limitazione della libertà della persona.¹²⁴

Accanto alla riserva di legge, ex art. 272 c.p.p., il legislatore ha inserito anche una riserva di giurisdizione, in particolare all'articolo 279 c.p.p., stabilendo che sull'applicazione, revoca e modifica delle misure, provvede il giudice che procede.¹²⁵

All'art. 273 c.p.p. si prevedono le condizioni indizianti che giustificano l'adozione di una misura cautelare. Gli indizi di colpevolezza che giustificano l'adozione delle misure cautelari si riferiscono al limitato contenuto probatorio sulla base del quale il giudice decide di immettere il provvedimento. Quanto al criterio di gravità degli indizi, sebbene non scevro di interpretazioni o

¹²³ Art. 2, quarantottesimo comma, legge delega, n. 81/1987.

¹²⁴ M. Chiavario, *commento al nuovo codice di procedura penale* cit., 25-26.

¹²⁵ V. Grevi, *ult. cit.*, 485.

connotazioni soggettivistiche, è la stessa essenza dell'istituto che non consente "di tracciare linee di demarcazione nettissime". La modifica della formula dei «sufficienti» a «gravi» indizi ha il fine di impennare di un connotato di valore più 'oneroso' la valutazione degli operatori che si trovino a decidere se emettere o meno la misura cautelare.¹²⁶

La funzione di 'recupero' delle garanzie di difesa è affidata all'obbligo di motivazione in capo al giudice. Questo trova la sua fonte costituzionale nell'art. 13 e nell'art. 111, secondo comma, Cost. L'obbligo del giudice si può, infatti, ritenere soddisfatto solo quando questo consente di seguire il ragionamento logico che lo ha condotto ad adottare la relativa misura. Il 'nuovo' potere discrezionale del giudice prevede l'obbligo di motivare sulla sussistenza dei *pericula*. Inoltre, la decisione di disporre la misura cautelare in carcere deve apparire come l'unica soluzione in grado di rispondere ed evitare in concreto il *periculum*, risultando insufficiente l'applicazione di qualsiasi altra misura.

In particolare, rispetto al pericolo di inquinamento della prova - sussistente solo quando la cattura risulta essere «concreta ed inderogabile rispetto alla acquisizione di specifiche fonti di prova» - il giudice deve indicare, in modo chiaro, l'attività istruttoria che dovrà essere compiuta e quali siano le ulteriori fonti di prova la cui genuinità può essere compromessa dall'imputato in libertà (art. 292, primo comma, lettera c) c.p.p.).¹²⁷

Nell'ipotesi del pericolo di fuga dell'imputato, la decisione del giudice deve basarsi sulla circostanza che tale pericolo sia *concreto*, tramite l'accertamento dei fatti emergenti dalle indagini effettuate o ricollegabili all'imputato, tenendo conto della possibilità che per quel determinato reato non venga poi applicata la sospensione condizionale della pena in sede di giudizio, della sussistenza o esclusione di circostanze aggravanti contestate, della recidiva o della concedibilità di circostanze attenuanti (art. 274 c.p.p., lettera a).¹²⁸

Nel caso in cui l'onere motivazione del giudice dovesse confliggere con il segreto istruttorio, il giudice ne dovrà dare atto in motivazione, ed in tal caso

¹²⁶ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, 71.

¹²⁷ L. Di Nanni, G. Fusco, G. Vacca, *Nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*, Napoli 1988, 95.

¹²⁸ *Ibidem*, 98-100.

potrà omettere il riferimento alle specifiche indicazioni delle fonti da cui trae la decisione di emettere il provvedimento.¹²⁹

3.3.1 I principi di “stretta necessità”, del “sacrificio minimo”, di “gradualità”. Tassatività, proporzionalità e adeguatezza delle misure.

Le misure di coercizione personale previste dalle disposizioni codicistiche sono direttamente ispirate al principio di “stretta necessità”, in quanto prevedono la disposizione della misura cautelare in carcere solo allorquando vi sia *un fumus commissi delicti* strettamente connesso ai gravi indizi di colpevolezza, ed un *periculum libertatis* che si traduce nelle esigenze cautelari di evitare la contaminazione delle prove, la fuga dell'imputato ovvero un concreto pericolo che l'imputato possa commettere gravi reati.

Il principio di gradualità e la conseguente individuazione della misura cautelare in carcere come *extrema ratio* si realizza non solo tramite la previsione di misure sostitutive e alternative alla stessa, ma anche con un generale innalzamento di tre anni del limite di pena che si ritiene possa essere irrogata rispetto al reato per cui si procede (art. 280 c.p.p.). Al fine di realizzare il principio di gradualità, il nuovo codice prevede come singole misure coercitive (da differenziarsi rispetto a quelle interdittive e reali) il divieto di espatrio, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, il divieto e l'obbligo di dimora, gli arresti domiciliari.¹³⁰

Il principio di tassatività emerge anche se in modo implicito, dalla previsione del *numerus clausus* che caratterizza la disciplina in questione tramite la previsione di un apposito libro comprendente le singole misure cautelari.

Esatta specificazione dei principi generali regolatori della disciplina, emerge nell'articolo 275 c.p.p. intitolato «criteri di scelta della misura». La disposizione individua i criteri che devono guidare la discrezionalità del giudice nell'emettere una misura cautelare. Al primo comma viene disposto

¹²⁹ *Ibidem*, 108.

¹³⁰ M. Chiavario, *Misure cautelari e libertà personale alla luce della seconda legge-delega e del nuovo progetto preliminare di un codice di procedura penale*, cit., 112.

che il giudice, nel disporre la misura, deve tenere conto «della specifica idoneità» della stessa a soddisfare le esigenze cautelari nel caso concreto.¹³¹

In riferimento ai principi di adeguatezza e proporzionalità delle misure, venuto meno qualsiasi automatismo rinvenibile, anzitutto, nel mandato di cattura obbligatorio, il giudice deve adesso calibrare la scelta sull'emissione del provvedimento cautelare alla 'più probabile che non' colpevolezza dell'indagato, all'attualità e concretezza dei *pericula libertatis* e all'entità del fatto e alla sanzione che ritiene possa essere irrogata.¹³²

In particolare, il principio di proporzionalità impone di non adottare la misura limitativa della libertà personale o di revocare quella già disposta ogni qual volta questa appaia sproporzionata rispetto al possibile futuro esito del processo. Appare necessario leggere la disposizione in correlato disposto con l'articolo 278 c.p.p. che impone l'adozione del decreto motivato qualora il giudice decida di non emettere il mandato di cattura, ovvero di revocare il mandato di cattura precedentemente emesso ma non eseguito, o di rimettere in libertà l'imputato qualora ritenga che la pena che sarà adottata rientri nei limiti della concedibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena ovvero in una causa estintiva della stessa. Al fine di effettuare tale giudizio prognostico il giudice dovrà, anche in questo caso, riferirsi alle circostanze del caso concreto verificando la possibilità di applicazione in sede di giudizio di attenuanti generiche, in bilanciamento con le possibili aggravanti alla modalità di condotta e alla personalità dell'imputato, motivando in modo specifico le ragioni della sua decisione al fine di evitare un'ingiustificata limitazione della libertà personale dell'imputato prima di un accertamento della colpevolezza di questi tramite sentenza.¹³³

Per quanto attiene al principio di adeguatezza, la dottrina in commento alla relazione preliminare riconosce a questo il ruolo di "*adeguare l'esercizio del potere cautelare alle esigenze dei singoli casi concreti*". Questo non si traduce in un *favor* indiscriminato nei confronti dell'imputato, in quanto la norma di principio va raccordata non solo alle ipotesi di revoca della misura quando

¹³¹ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, 72.

¹³² V. Grevi, cit., 482-483.

¹³³ L. Di Nanni, G. Fusco, G. Vacca, cit., 119-120.

questa non risulti più proporzionata, ma anche in riferimento alla modifica *in peius* della misura ex art. 299, quarto comma, c.p.p. Nella pratica, il principio si traduce nella impossibilità per il giudice di disporre contemporaneamente misure che siano tra di loro incompatibili (ex art 276 c.p.p.).¹³⁴

Il principio di adeguatezza, quindi, impone al giudice di verificare se l'esigenza processuale da tutelare nel caso concreto possa essere ugualmente garantita senza il ricorso ad una qualsiasi delle possibili misure cautelari. Questo opera pertanto, da un lato, nella direzione di sacrificare il bene della libertà personale solo nei limiti strettamente necessari e, dall'altro, di adottare provvedimenti restrittivi più efficaci o di ripristinare i provvedimenti ridotti o revocati nelle ipotesi in cui emergano nuove esigenze cautelari ricollegabili alle nuove circostanze emerse durante lo svolgimento del processo o nel caso in cui l'imputato abbia violato specifici obblighi precedentemente impostigli. Qualora invece le esigenze cautelari precedentemente ritenute concrete e inderogabili, vengano a cessare, obbligo del giudice sarà di disporre la rimessione in libertà dell'imputato. (art. 277 c.p.p.). Il principio di adeguatezza, inoltre, opera anche in relazione al trattamento da riservare alla persona durante l'esecuzione e attuazione delle misure.¹³⁵

Complementarmente alla previsione dell'articolo 275 c.p.p., il legislatore ha avuto premura di inserire nel codice l'articolo 299, secondo comma, come condizione dell'estinzione della misura allorquando le esigenze cautelari risultino non più proporzionate all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata. Infine, le disposizioni di cui agli artt. 280 c.p.p. e 287 c.p.p. fungono da "sbarramento": aprendo, rispettivamente, il capo delle misure coercitive ed interdittive stabiliscono la possibilità di disporre le stesse solo nelle ipotesi in cui il reato per il quale si procede preveda la pena dell'ergastolo o della reclusione di tre anni.

3.3.2 Le esigenze cautelari

¹³⁴ M. Chiavario, *commento al nuovo codice di procedura penale* cit., 65-66.

¹³⁵ L. Di Nanni, G. Fusco, G. Vacca, cit., 118.

Nella materia oggetto di analisi, uno tra i temi più dibattuti in dottrina ha avuto come *focus* le esigenze cautelari ed in particolare la rilevanza autonoma di ciascuna di esse. Il dibattito si è incentrato sulla possibilità di considerare ciascuna ipotesi come autonomamente giustificativa dell'esercizio dei poteri cautelari o se tra esse, alcuna potesse avere rilevanza solo 'accessoria' rispetto alle altre. Tale dubbio appare oggi sciolto alla luce del disposto letterale dell'art. 274 c.p.p., in favore della tesi che considera ciascuna esigenza cautelare come avente rilevanza autonoma. Tale scelta appare peraltro in linea con le Convenzioni Internazionali e da ultimo, con la Raccomandazione del Comitato dei Ministri d'Europa del 1980.¹³⁶

Tra le esigenze cautelari, la lett. a) dell'articolo 274 c.p.p. menziona le «inderogabili esigenze attinenti alle indagini, in relazione a situazioni di concreto pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova». Il nuovo codice nel disciplinarla pone ovviamente dei limiti alla sua applicazione. Infatti, così come emerge dal dato letterale, le esigenze attinenti alle indagini devono essere «inderogabili» ed il pericolo di contaminazione delle prove deve essere «concreto». Le indicazioni si traducono in un onere di motivazione in capo agli inquirenti circa l'indicazione precisa di circostanze oggettive e soggettive che consentano di effettuare un giudizio prognostico su un possibile «intervento inquinante sulle fonti di prova»¹³⁷

Il fine ultimo per il quale si dispone la detenzione della persona, è quindi, quello di garantire la genuinità e l'acquisizione della prova. Se rispetto alla genuinità i criteri indicati sembrano piuttosto chiari, è in riferimento al significato da attribuire all'acquisizione della prova a destare maggiori dubbi in dottrina. È sicuramente superata, in quanto contrario alla Costituzione e alle Convenzioni Internazionali, l'interpretazione della esigenza di acquisizione della prova come occasione utilizzata dalle autorità di estorcere informazioni all'imputato ed agevolare la confessione. È ormai fondato, infatti, in dottrina l'orientamento

¹³⁶ M. Chiavario, *commento al nuovo codice di procedura penale* cit., 43-44. V. anche B. Crosti, *Sulla valutazione autonoma delle esigenze cautelari ai fini del diniego degli arresti domiciliari nel caso di cattura obbligatoria*, cit., 1685ss. in commento alla sentenza della Cass. pen., 1986, n. 1692. In quest'occasione, la Corte ha chiarito che l'intento legislativo di attribuire una rilevanza autonoma a ciascuno dei *pericula* emergeva già dall'enunciazione dell'art. 254-bis cod.abr. come modificato dalla riforma dell'82.

¹³⁷ M. Chiavario, *commento al nuovo codice di procedura penale* cit., 46.

che individua quale finalità unica delle misure cautelari, quella processuale. Pertanto, scongiurate interpretazioni di carattere inquisitorio e di strumentalizzazione delle misure cautelari, quella che sembra essere l'interpretazione preferibile è che il *periculum* da neutralizzare tramite la disposizione della misura cautelare, ha il fine di ottenere la “correttezza e completezza” del materiale probatorio; l'interpretazione appare peraltro conforme alla relazione al progetto preliminare.¹³⁸

La seconda esigenza cautelare, indicata alla lettera *b*) dell'art. 274 c.p.p., prevede la possibilità di disporre le misure cautelari qualora «l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione». In rapporto a questa finalità, il legislatore si è preoccupato di precisare che la misura cautelare potrà essere disposta solo se il reato è di particolare gravità. Anche in questo caso, il giudizio prognostico affidato al giudice deve basarsi sull'ipotesi che il pericolo sia concreto, basato quindi su elementi di fatto che si estrinsechino in “*atti esteriori di significativa rilevanza*”.¹³⁹

In sostituzione alla previsione della legge delega sopracitata di prevedere tra le esigenze cautelari quella di tutela collettività, il codice ha inserito il *periculum* di reiterazione di reati particolarmente gravi. Infatti, il disposto della delega appariva troppo generico e anacronistico rispetto alla ratio del nuovo codice. La scelta di non inserire la tutela della collettività nella lettera *c*) dell'articolo in questione, dimostra la volontà di abbandonare la tendenza ‘allarmista’ che ha caratterizzato la c.d. “legislazione d'emergenza” in vista di un approccio che riconosce alle misure cautelari un ruolo di tutela di esigenze solamente processuali.

Alla luce del disposto codicistico, quindi, il giudice dovrà tenere conto della concreta possibilità che l'imputato possa commettere gravi delitti con l'uso di armi o altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Le categorie di reati vengono quindi individuate *per relationem*, in

¹³⁸ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, 72.

¹³⁹ M. Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, 53. In giurisprudenza: Cass. sez. un. pen., *Costanzo*, 2 settembre 1985, n. 170305.

particolare per “identità di specie” tra il delitto temuto ed il delitto per cui si procede.¹⁴⁰

4.1 Lo strumento del braccialetto elettronico.

L'intento del legislatore di indirizzare la disciplina cautelare verso una maggiore 'personalizzazione' delle misure aveva trovato un primo riferimento nella legge “*Sui tribunali della libertà*” (l., n. 532/1982), tramite la disposizione di misure alternative alla custodia cautelare, in particolare con l'introduzione dell'istituto degli arresti domiciliari.

Tuttavia, le caratteristiche proprie di questa misura coercitiva, sebbene limitativa della libertà personale, non le consentono di essere in grado di sostituirsi effettivamente a quella cautelare nelle ipotesi di maggiore gravità del reato o di concreto e attuale pericolo di realizzazione dei *pericula* cautelari.

In considerazione della necessità di rendere la misura cautelare *adeguata* al caso concreto evitando, quando possibile, il ricorso alla custodia in carcere – tanto per garantire che tale misura sia utilizzata quale *extrema ratio* quanto, come vedremo, per ragioni di sovraffollamento carcerario e di condizioni inumane di vita all'interno degli istituti – il legislatore ha introdotto lo strumento del braccialetto elettronico.

Il braccialetto elettronico è uno strumento tecnico di controllo per le persone sottoposte alla misura cautelare degli arresti domiciliari.¹⁴¹ Lo scopo del trasmettitore personale è quello di assicurare più efficienti modalità di controllo dell'imputato. Lo strumento, che viene applicato al polso o alla caviglia della persona, emette impulsi elettronici verso un apparecchio che ne traccia l'allocazione spaziale.¹⁴²

¹⁴⁰ L. Di Nanni, G. Fusco, G. Vacca, cit. 101-106.

¹⁴¹ Dossier atti parlamentari, *Il c.d. “braccialetto elettronico”*. Servizio studi del Senato, n. 173, febbraio 2020. In federalismi.it, 1.

¹⁴² G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Volume IV *Misure cautelari*, a cura di P. Bronzo, E. Aprile, G. Canzio, A. Caputo, G. Colaiacovo, G. Gallucci, S. Giuliani, K. La Regina, F. Lattanzi, L. Ludovici, S. Modugno, V. Napoleoni, E. Perusia, P. Silvestri, P. Spagnolo., Giuffrè Francis Lefebvre, 2017, 221.

L'articolo 275-*bis* non introduce una autonoma misura alternativa alla custodia cautelare di tipo coercitivo,¹⁴³ ma rappresenta uno strumento di esecuzione della misura cautelare e della pena vera e propria.

Il disposto normativo è costruito in modo tale da porre in luce l'intento di favorire questa modalità di esecuzione della misura, tanto che è adesso ricompreso, tra gli obblighi motivazionali del giudice *ex art. 275*, comma 3-*bis*, quello di indicare le specifiche ragioni per cui ha ritenuto inidonea, nel momento in cui ha disposto la custodia cautelare, quelle degli arresti domiciliari con le procedure delineate dall'*art. 275-bis*.¹⁴⁴ Il giudice dovrà prescrivere procedure di controllo mediante mezzi tecnici-elettronici - salvo che le ritenga non necessarie in considerazione delle esigenze da tutelare nel caso concreto - una volta accertata la disponibilità da parte della polizia giudiziaria. Nel caso in cui, invece, l'indagato neghi il consenso all'adozione dello strumento del braccialetto elettronico, il giudice dovrà applicare la custodia in carcere.

Per disporre la misura è comunque necessario ottenere il consenso libero, informato e consapevole dell'interessato a subire un'invasione della propria sfera privata, eccezion fatta per il caso in cui gli arresti domiciliari vengano imposti dalle particolari condizioni di salute della persona prevista dai commi 4-*bis sg.*, in considerazione della prevalenza del diritto alla salute nel giudizio di bilanciamento con altri diritti ed esigenze sussistenti nel caso concreto. Lo strumento in commento, infatti, incide fortemente sulla sfera personale del soggetto, determinando una "*gravosa ed assillante ingerenza nella vita privata, nei rapporti familiari e sociali*".¹⁴⁵

La possibilità di utilizzare tale strumento risale all'introduzione nell'ordinamento dell'*art. 275-bis* ad opera del decreto legge 24 novembre 2000, n. 341.¹⁴⁶ L'intento iniziale era volto a favorire l'adozione di misure

¹⁴³ Dossier atti parlamentari, 2. Conformemente a Sezioni Unite della cassazione n. 20769/2016.

¹⁴⁴ F. Morlacchini, *Osservazioni a prima lettura*. Osservatorio sulla Corte di cassazione, commento alla sentenza delle Sezioni Unite del 28 aprile 2016. In *Archivio penale* 2016, 2.

¹⁴⁵ G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., 223.

¹⁴⁶ *Ibidem*, 220.

alternative alla custodia cautelare e di garantire una maggiore efficacia nei controlli effettuati dalla polizia nei riguardi di soggetti detenuti agli arresti domiciliari.¹⁴⁷

Un'ulteriore modifica è avvenuta ad opera del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146 – “misure urgenti in tema di diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria” (poi convertito dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10) tramite il quale sono stati invertiti i termini della valutazione del giudice circa l'applicazione della misura. Prima della riforma, l'articolo 275-*bis* statuiva che il giudice poteva disporre la misura «se lo ritiene necessario», successivamente, invece, il disposto codicistico ha stabilito che la misura del braccialetto elettronico dovesse sempre essere disposta «salvo che (il giudice) le ritenga non necessarie» in relazione al grado e alla natura delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.¹⁴⁸

Ulteriori modifiche all'istituto sono state inserite dal decreto legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modifiche dalla legge 15 ottobre 2013, n. 118 che, introducendo un sesto comma all'art. 282-*bis*, ha esteso la possibilità di utilizzare lo strumento del braccialetto elettronico anche nel caso soggetti nei cui confronti è stata disposta la misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare. Successivamente, con la legge 16 aprile 2015, n. 47 è stato previsto l'obbligo in capo al giudice di indicare le specifiche ragioni per cui non ritiene soddisfatte le esigenze del caso concreto tramite lo strumento del braccialetto elettronico per la misura degli arresti domiciliari.¹⁴⁹

L'istituto è nato in risposta all'esigenza di alleggerire il problema di sovraffollamento che caratterizza le nostre carceri. Non potendo la misura degli arresti domiciliari essere sempre adeguata come alternativa al carcere, la misura del braccialetto elettronico appare più idonea, nei casi in cui il giudice dubiti dell'efficacia e adeguatezza della misura degli arresti domiciliari, a

¹⁴⁷ Dossier atti parlamentari, 3.

¹⁴⁸ G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina* cit., 220.

¹⁴⁹ *Ibidem*, 221.

garantire controlli penetranti sui movimenti del soggetto e sul corretto rispetto dei disposti impartiti dal giudice.¹⁵⁰

4.2 I dubbi sulla natura giuridica.

La natura giuridica dello strumento elettronico in commento ha destato non pochi dubbi in dottrina e tra la giurisprudenza, tanto da rimettere la questione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per risolvere i dubbi interpretativi.

La questione che viene rimessa alla Suprema Corte riguarda la natura giuridica dell'istituto (in particolare, se sia possibile qualificarla come mera modalità esecutiva della misura cautelare ovvero come misura autonoma) e il problema dell'indisponibilità dello strumento di controllo con conseguente disposizione della misura custodiale. La Corte, aderendo agli indirizzi maggioritari dottrinali e giurisprudenziali, ha qualificato il braccialetto elettronico come “*modalità di esecuzione degli arresti domiciliari*”.¹⁵¹

All'interno della giurisprudenza, un orientamento riteneva che l'applicazione della misura degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico fosse previamente subordinata all'accertamento della disponibilità di tali strumenti da parte della polizia giudiziaria. Nel caso di indisponibilità degli stessi, pertanto, il giudice dovrà disporre la misura della custodia in carcere; la modifica della misura disposta non è frutto di un mero automatismo ma è connessa alle esigenze cautelari da tutelare nel caso concreto, l'intensità delle stesse, infatti, comporta un'insufficienza e inadeguatezza della misura degli arresti domiciliari ‘ordinari’.¹⁵²

Un altro indirizzo, invece, riconosce al braccialetto elettronico natura meramente modale di esecuzione della misura degli arresti domiciliari. Pertanto, nel giudizio sull'applicazione o meno dello strumento, il giudice piuttosto che fare riferimento alla più o meno elevata intensità delle esigenze

¹⁵⁰ Dossier atti parlamentari, 2.

¹⁵¹ G. Rossi, *Custodia cautelare in carcere e braccialetto elettronico. Dubbi interpretativi fra dottrina e giurisprudenza e la pronuncia delle Sezioni unite n. 20769/2016*. Osservatorio sulla Corte di cassazione, in *Archivio Penale* 2017, 5-6.

¹⁵² Cass. pen. sez. II, 19 giugno 2015, in Mass. Uff., n. 264230; Id., Sez. II, 17 dicembre 2014, Borchiero, inedita; Id., Sez. II, 10 novembre 2015, Pappalardo, in Mass. Uff., n. 265238.

cautelari, dovrà tenere conto della capacità dell'indagato di autolimitare la capacità di movimento. Quindi, la scelta di applicare l'una o l'altra misura da parte del giudice non può dipendere dalla disponibilità del braccialetto.¹⁵³

Un indirizzo dottrinale, sostenuto tra gli altri, anche da Tonini, sostiene che la misura degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, sebbene non abbia caratteristiche tali da poterla definire come una misura cautelare autonoma - e riconoscendone pertanto natura di modalità esecutiva - può considerarsi una misura immediatamente sostitutiva della custodia in carcere, che viene disposta dal giudice contestualmente alla misura degli arresti domiciliari e previo consenso del soggetto.¹⁵⁴

Il punto che suscita maggiore discussione è l'onere motivazionale imposto in capo al giudice quando dispone la misura della custodia cautelare ritenendo inadeguato lo strumento del braccialetto elettronico. Mentre per la dottrina da ultimo citata, la *ratio* è da individuare nell'autonomia che tale misura può rappresentare, la Suprema Corte ha stabilito che il motivo sia da ricondurre alla volontà di imporre un maggiore onere motivazionale in capo al giudice quando applica una misura più afflittiva.

Tuttavia, se nell'ipotesi di indisponibilità dello strumento viene richiesto al giudice l'obbligo di fornire un'ulteriore valutazione sulla misura da adottare invece che applicare in via automatica l'arresto domiciliare, tale strumento difficilmente può essere considerato come una mera modalità esecutiva, essendo implicito il riferimento al fatto che garantisce un maggiore controllo e quindi restringa maggiormente la libertà personale del soggetto. Sembra quindi che sia idoneo a rispondere ad esigenze cautelari più 'gravi' di quelle cui risponde l'arresto domiciliare 'ordinario'.¹⁵⁵

¹⁵³Cass., pen. sez. V, 19 giugno 2012, in *Massimario Ufficiale*, n. 253716; Id., Sez. II, 23 settembre 2014, Di Francesco ed altro, ivi, 261439. 9 Secondo Cass., Sez. I, 10 settembre 2015, Quici, in *Mass. Uff.*, n. 264943 (citate da F. Morlacchini, cit., 3): è illegittimo il provvedimento con cui il giudice, ritenuta idonea la misura domiciliare a soddisfare le concrete esigenze cautelari, subordina la scarcerazione dell'imputato alla disponibilità e alla effettiva attivazione del dispositivo elettronico. Nel caso di indisponibilità del braccialetto, la persona dovrebbe comunque eseguire la misura degli arresti domiciliari con i mezzi di controllo tradizionali.

¹⁵⁴ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, 438.

¹⁵⁵ G. Rossi, cit., 9.

L'esegesi fornita dalla Suprema Corte dell'art. 275-*bis* chiarisce che la custodia carceraria viene disposta solo laddove manchi il consenso dell'interessato all'adozione della misura degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico. La Corte accoglie altresì l'indirizzo giurisprudenziale che qualificava il controllo della concreta disponibilità dell'apparecchiatura come passaggio necessario prima di disporre la misura ritenuta idonea, ritenendo comunque che l'indisponibilità di questo non sia condizione ostativa alla concessione della misura. Infatti, – nell'eventualità di mancata disponibilità di questa – il giudice non potrà applicare automaticamente la custodia in carcere, ma “*dovrà scegliere la misura sulla scorta di un giudizio di bilanciamento che, dato atto della impossibilità di applicare la misura più idonea, ossia gli arresti domiciliari “elettronici”, metta a confronto l'intensità delle esigenze cautelari e la tutela della libertà personale dell'imputato*”.¹⁵⁶

Il principio di diritto statuito dalla Corte ha quale scopo quello di escludere, ancora una volta, automatismi in materia di misure restrittive della libertà personale, imponendo un'ulteriore valutazione in capo al giudice circa il grado e l'intensità delle esigenze cautelari da adottare nel caso concreto, nell'ipotesi di indisponibilità degli strumenti elettronici in questione.

Sebbene lo sforzo del legislatore e della giurisprudenza sia di individuare e applicare misure alternative alla custodia cautelare, nel caso di braccialetti elettronici è la disposizione materiale degli strumenti a non consentire una completa attuazione dei principi generali.

4.3 La sentenza Torreggiani come incentivo al potenziamento dell'istituto.

L'impulso al potenziamento dell'istituto è pervenuto dalla sentenza *Torreggiani c. Italia* e dalla Raccomandazione CM/REC (2014) del 19 febbraio 2014, sulla sorveglianza elettronica.

La sentenza pilota della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo risponde a quel problema “*sistematico*” e “*strutturale*” del sistema penitenziario italiano

¹⁵⁶ Cass. sez. un. pen., *Lovisi*, 28 aprile 2016, n. 20769.

testimoniato dai centinaia di ricorsi proposti contro l'Italia dinnanzi alla Corte, dai dati statistici (che, peraltro, dimostrano come circa il 40% dei detenuti negli istituti italiani sia in stato di custodia cautelare ed ancora in attesa di un giudizio) e dallo stato di emergenza nazionale proclamata dal presidente del Consiglio dei ministri italiano nel 2010. Già nel 2009, nel caso *Sulejmanovic c. Italia*, la Corte EDU aveva dichiarato che il sovraffollamento all'interno delle carceri non garantiva condizioni di vita umane e conformi agli standard stabiliti dalla Convenzione.¹⁵⁷

Nel caso affrontato dalla Corte di Strasburgo nel 2013, questa ribadisce il principio di *extrema ratio* della misura custodiale che deve essere garantito tramite la disposizione di misure alternative e la depenalizzazione di alcuni tipi di delitti, per evitare di ricorrere all'applicazione di misure detentive. La legislazione dei primi anni 2000 ha infatti risposto in modo severo al fenomeno dell'immigrazione (legge 30 luglio 2002, n. 189), all'uso e consumo delle droghe (legge 21 febbraio 2006, n. 49) e alla recidiva (legge 5 dicembre 2005, n. 251). Il risultato di queste scelte normative ha di fatto provocato un eccessivo ampliamento della popolazione carceraria. Pertanto, la Corte ha non solo condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 3 della Convenzione, ma anche invitato lo stesso ad adottare misure effettive, a carattere preventivo e compensativo, per tutti coloro i quali abbiano subito trattamenti inumani e degradanti. Infatti, pur non volendo compiere scelte di politica criminale che spettano ai singoli Stati, la Corte europea ha statuito che ogni qualvolta uno Stato non sia in grado di garantire a ciascun detenuto condizioni detentive conformi all'articolo 3 della Convenzione, questo è esortato ad agire in modo tale da ridurre il numero di persone incarcerate, tanto tramite una maggiore applicazione delle misure alternative al carcere, e non privative della libertà personale, quanto attraverso un ridimensionamento dei casi di applicazione della custodia cautelare in carcere.¹⁵⁸

¹⁵⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso n. 22635/03.

¹⁵⁸ A. Mascia, *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo – Trattamenti inumani e degradanti*. In *Il corriere Giuridico* 2013, 424-426.

4.3.1 Le prime risposte in giurisprudenza alla sentenza Torreggiani.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha adottato lo strumento della sentenza pilota rilasciando allo Stato italiano un anno di tempo dal momento in cui la sentenza sarebbe divenuta definitiva, per individuare gli strumenti idonei a risolvere il problema del sovraffollamento carcerario e della tutela dei diritti dei detenuti.

Tuttavia, la prima risposta alla pronuncia dei giudici di Strasburgo si ebbe dalla magistratura di sorveglianza, la quale promosse due giudizi sulla legittimità costituzionale dell'art. 147 del codice penale, in riferimento agli artt. 2, 3, 27, terzo comma, e 117 della Carta costituzionale, nella parte in cui esso non prevede *“l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità”*. Tale norma costituirebbe, secondo i giudici del rinvio, *“l'unico strumento di effettiva tutela in sede giurisdizionale al fine di ricondurre nell'alveo della legalità costituzionale l'esecuzione della pena”*, in presenza di condizioni detentive che si risolvano in trattamenti disumani e degradanti.¹⁵⁹

A differenza di altre ipotesi di violazione della Costituzione, nelle quali la modifica del tenore letterale della norma è di per sé sufficiente a rimediare alla violazione, per porre rimedio alla complessa situazione delle carceri italiane, l'intervento richiesto al legislatore avrebbe un respiro più ampio. L'esigenza di nuove strutture penitenziarie richiede tempo e non può trovare immediata soluzione non solo per il breve termine concesso inizialmente all'Italia dai giudici di Strasburgo, ma anche per la forte crisi economica. Per queste ragioni, i giudici rimettenti auspicavano in un intervento 'forte' della Corte Costituzionale per introdurre un rimedio estremo che avrebbe rappresentato, indubbiamente, un valido contributo per la tutela della dignità dei detenuti.¹⁶⁰

L'intervento additivo richiesto al Giudice delle Leggi prende le mosse dalla considerazione che, nel momento in cui le condizioni di vita di una persona si pongano in contrasto con l'art. 3 della CEDU – mancando le condizioni tali da poter definire lo spazio della cella dei detenuti *“vitale”* così come interpretato

¹⁵⁹ Corte cost., 9 ottobre 2013, n. 279.

¹⁶⁰ R. Montaldo, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esisti e l'effettività delle riforme*, in *Forum Costituzionale*, 3 febbraio 2016, 8.

dalla Corte di Strasburgo – l’esecuzione della pena non può ritenersi costituzionalmente esigibile, ed in mancanza di rimedi al sistema, l’esecuzione deve essere sospesa. La Corte ha tuttavia dichiarato la questione inammissibile non potendosi questa sostituire alla discrezionalità riservata al legislatore, trattandosi di inammissibilità sostanziale “*perché attinente a profili contenutistici e non formali del quesito di legittimità devoluto alla Corte*”.¹⁶¹

Nel corso della sentenza, la Corte ribadisce i principi ed i moniti della sentenza Torreggiani, sottolineando come il mancato accoglimento della questione deriva anche dal fatto che il sovraffollamento così come le situazioni di violenza, le condizioni igienico-sanitarie generano una “*incompatibilità*” con la esecuzione della pena. Tuttavia, le “*patologie*” del sistema carcerario devono rilevarsi in problemi “*strutturali*” e non come situazioni di mero fatto. Infatti, la questione non avrebbe comunque trovato accoglimento in quanto il problema del sovraffollamento carcerario, prima di essere risolto tramite interventi legislativi, deve trovare soluzioni “*interne*”. I giudici rimettenti avrebbero infatti mancato di prevedere soluzioni di carattere fattuale ed “*interne*” (come, ad esempio, lo spostamento del detenuto in altra struttura carceraria) prima di presentare il problema in termini ipotetici innanzi alla Consulta.

La Corte ribadisce, tra i principi espressi nella sentenza della Corte EDU, che mancando soluzioni alternative a quelle ‘inumani e degradanti’ delle carceri italiane, l’unico rimedio sarebbe la decarcerizzazione.

La “*pars costruens*”¹⁶² della decisione è individuabile nei ‘suggerimenti’ indirizzati al legislatore per ovviare al problema delle carceri. Il riferimento va alle misure alternative alla detenzione indicate dagli artt. 47 e seguenti dell’ordinamento penitenziario, adottabili dal giudice anche in mancanza delle condizioni espressamente previste, così come il ricorso alla detenzione domiciliare. Soluzioni che potrebbero anche risultare preferibili al detenuto rispetto al mero rinvio dell’esecuzione della pena.

¹⁶¹ A. Macchia, *Il problema del sovraffollamento nelle carceri ovvero, aspettando Godot. Note minime attorno alla sentenza della Corte Costituzionale n. 279 del 2013*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica* 2013, 223.

¹⁶² *Ibidem*, 226.

Sebbene siano più che fondati i rilievi della Consulta, non si può omettere di considerare come la detenzione domiciliare non possa sempre essere inquadrata quale modalità esecutiva diversa da quella carceraria. Il nocciolo del problema si esplica nell'elevata pericolosità sociale del soggetto. La pericolosità non può "sterilizzare" il divieto di trattamenti inumani o degradanti ma, al tempo stesso, gli arresti domiciliari non risultano idonei a rispondere a contingenze particolarmente allarmanti, non potendo garantire un costante e penetrante controllo.¹⁶³

4.3.2 L'intervento del legislatore.

Tra il 2013 ed il 2014, a seguito della sentenza Torreggiani, sono stati adottati quattro decreti legge, relativi sia al problema del sovraffollamento che alla tutela dei diritti dei detenuti¹⁶⁴. La legge 28 aprile 2015, n. 67 ha previsto deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e depenalizzazione ed ha introdotto gli istituti della sospensione del processo con messa alla prova per maggiorenni e la sospensione del procedimento per gli irreperibili.

I decreti legge hanno introdotto modifiche al codice di procedura penale, all'ordinamento penitenziario e ai testi unici in materia di stupefacenti ed immigrazione. I principali interventi in materia sono contenuti nel decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante "Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria". Il decreto legge sopracitato n. 146/2013 ha introdotto l'istituto della liberazione anticipata speciale, consistente in una riduzione di 75 giorni per ogni semestre di pena scontata; ha inoltre stabilizzato la misura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ai 18 mesi; ha introdotto la previsione obbligatoria del controllo elettronico in caso di arresto o detenzione domiciliare; ha potenziato la misura alternativa

¹⁶³ *Ibidem*, 227

¹⁶⁴ Nel 2013 sono stati adottati i decreti-legge n. 69 (convertito in legge n. 98 del 2013), n. 78 (convertito in legge n. 94 del 2013) ed il n. 146 (convertito in legge n. 10 del 2014). Nel 2014 è stato invece adottato il decreto legge n. 92, convertito in legge n. 117 del 2014.

dell'espulsione dello straniero a titolo di sanzione sostitutiva; ha, infine, introdotto la figura autonoma di reato di spaccio di lieve entità.

Per quanto riguarda gli interventi volti a tutelare i diritti dei detenuti, occorre menzionare i decreti legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10 e il decreto legge 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117. Tra gli strumenti di tutela non giurisdizionale dei detenuti, è stata introdotta la figura del Garante dei detenuti, avente la funzione di vigilare affinché l'esecuzione delle misure detentive avvenga in conformità alle leggi e ai principi derivanti dalla Costituzione e dalle convenzioni sui diritti umani.

Il decreto legge, n. 92/2014 ha introdotto un rimedio di tipo compensativo, il legislatore ha infatti introdotto una nuova ipotesi di risarcimento del danno, rifacendosi all'interpretazione fornita dalla Corte EDU: il risarcimento è, infatti, legato al fatto che il soggetto interessato abbia subito un pregiudizio derivante da condizioni detentive tali da violare l'articolo 3 della Convenzione. Il detenuto godrà, infatti, di una riduzione di pena detentiva pari ad un giorno per ogni dieci in cui ha subito il pregiudizio, nel caso in cui la violazione sia durata più di quindici giorni; nel caso in cui la violazione, invece, sia stata inferiore ai quindici giorni o la detrazione di pena non sia interamente possibile, al richiedente è riconosciuta una somma di denaro pari a 8 euro per ogni giorno di detenzione subito in condizioni inumane e degradanti. Infine, qualora il soggetto abbia subito il pregiudizio in custodia cautelare (che non sia computabile come pena da espiare) o abbia già espiato la pena detentiva, l'azione potrà essere proposta al tribunale civile entro sei mesi dal termine della detenzione o custodia cautelare.¹⁶⁵

4.4 L'effettività delle misure adottate rispetto problema del sovraffollamento carcerario.

Non resta che chiedersi quale sia l'effettività delle misure adottate. Secondo i dati del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria aggiornati al 30

¹⁶⁵ R. Montaldo, cit., 9-13.

giugno 2022, sono 54.841 le persone detenute negli istituti di pena a fronte di una capienza regolamentare di 50.900 posti, con un tasso di affollamento ufficiale dunque del 107,7%. Tuttavia, analizzando tutte le schede trasparenza dei 190 istituti penitenziari italiani pubblicate dal ministero della Giustizia, si scopre che nei vari istituti sul territorio nazionale 3.665 posti letto non sono disponibili. La capienza effettiva, dunque, scende a 47.235 posti, ed il sovraffollamento effettivo sale al 112%»¹⁶⁶

La critica della dottrina agli interventi normativi susseguitisi a seguito della sentenza Torreggiani è di una generalizzata visione d'insieme nelle scelte legislative. Gli interventi sono infatti stati per lo più settoriali, privi di organicità probabilmente volti esclusivamente ad evitare ulteriori condanne da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.¹⁶⁷ A pagarne le conseguenze oltre ai detenuti è la stessa credibilità dello Stato italiano. Non solo nel panorama internazionale, ma anche interno, considerando che la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza sopra citata, non ha negato un possibile intervento additivo in futuro nel caso di prorogata inerzia legislativa. Tale intervento rappresenterebbe il “*fallimento dello Stato in un settore nevralgico, quale quello dell'esecuzione della pena*”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Osservatorio diritti, 2 agosto 2022.

<https://www.osservatoriodiritti.it/2022/08/02/carceri-italiane-condizioni-situazione/#:~:text=Con%20il%20caldo%2C%20il%20sovraffollamento,detenute%20negli%20istituti%20di%20pena.>

¹⁶⁷ R. Montaldo, cit., 16.

¹⁶⁸ A. Macchia, cit., 227.

CAPITOLO II

LA PRESUNZIONE DI ADEGUATEZZA DELLA CUSTODIA CAUTELARE.

1.1 La presunzione di adeguatezza della misura in carcere nelle riforme al codice di procedura penale.

Il codice di procedura penale, una volta entrato in vigore, mantenne la ‘promessa’ di attuare i principi costituzionali in materia cautelare: il garantismo nel trattamento dell’imputato nella fase *ante iudicatum* è evidente nell’attuazione del principio di stretta necessità della carcerazione preventiva; al fine di rendere la custodia in carcere *l’extrema ratio* vennero previste diverse misure cautelari e tipizzate le esigenze che giustificano l’emissione di una delle misure; la garanzia del rispetto del principio di riserva di giurisdizione nell’emissione dei provvedimenti modificativi delle vicende cautelari, è stato realizzato tramite la sottrazione di qualsiasi autonomia decisionale al pubblico ministero; inoltre, il nuovo codice ha previsto il contraddittorio e il diritto di difesa dell’imputato nell’udienza di convalida dell’arresto e del fermo così come nel giudizio di impugnazione del provvedimento cautelare; infine, per ovviare all’inconveniente di ingiusta od illegittima custodia è stato previsto il rimedio di riparazione degli errori giudiziari.¹⁶⁹

Se in origine il legislatore ha efficacemente trasposto nelle disposizioni codicistiche i principi costituzionali in materia, le manipolazioni successive hanno scomposto tale assetto, allontanando via via la disciplina cautelare dai principi regolatori. Tra le più vistose ‘manipolazioni’ è da menzionare la c.d. presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Al ricorrere di gravi indizi

¹⁶⁹ M. Scaparone, cit., 109-110.

di colpevolezza, per alcuni delitti particolarmente allarmanti, connotati da un indice di gravità elevato, le esigenze cautelari rilevano in modo ‘anomalo’. La misura cautelare, infatti, non viene adottata esclusivamente nel caso di acquisizione agli atti di elementi dai quali emerge la insussistenza delle esigenze cautelari, in quanto sussiste, in queste ipotesi, un’inversione delle normali regole e criteri di adozione e impiego delle misure.¹⁷⁰

L’allarme sociale destato dall’affermarsi in modo sempre più preponderante della criminalità organizzata mafiosa, che riuscì ad infiltrarsi nei più disparati ambiti sociali portò, nel triennio immediatamente successivo all’emanazione del codice di procedura penale, ad adottare una serie di riforme. Nel dettaglio, sono stati apportati due ordini di modifiche: le une, per decreto legislativo, volte a risolvere questioni interpretative o di carattere semplificatorio nell’ambito dei criteri diretti della delega impartita al Governo per la redazione del codice; le altre, orientate a derogare, tramite decreto legge, quegli stessi criteri in risposta all’emergenza delinquenziale di cui si è accennato.

Nel contesto del secondo dei due ordini di modifiche, quella che forse rappresenta la più vistosa deroga ai principi generali, è la disposizione di cui al comma terzo dell’art. 275 c.p.p. dove si prevede che, per determinate e gravi fattispecie di reato ivi elencate, nel momento in cui l’accusa presenta la domanda cautelare, al giudice non resta altra scelta se non di disporre la custodia cautelare, a meno che siano acquisiti elementi dimostrativi di carenza di ogni *periculum*. Stabilendo tale presunzione, il legislatore ha di fatto colto l’occasione storica per reindirizzare la custodia cautelare al fine di anticipare la pena per quei reati che destino particolare allarme sociale.¹⁷¹ Prima della riforma “*riequilibratrice*”¹⁷² del 2015, l’art. 275, terzo comma, stabiliva che il giudice dispone la custodia in carcere quando sussistono gravi indizi di colpevolezza per reati particolarmente allarmanti, indicati in modo tassativo, *salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono le esigenze cautelari*.

¹⁷⁰ A. De Caro, cit., 77.

¹⁷¹ M. Scaparone, cit., 112-113.

¹⁷² A. Macchia, cit., 1893.

La prima tra le numerose riforme, fu quella dell'anno successivo all'entrata in vigore del codice. Con provvedimento d'urgenza venne stabilito che il giudice, rispetto ad una determinata categoria d'imputazioni, potesse astenersi dal disporre la custodia cautelare tramite provvedimento giustificativo quando fossero emersi elementi idonei a dichiarare l'insussistenza delle esigenze cautelari o la possibilità di soddisfarle con altre misure meno afflittive (decreto legge 13 maggio 1991, n. 152 convertito con modifica dalla legge 12 luglio 1991, n. 203). Questa soluzione ebbe però vita breve, già con il decreto legge 9 settembre 1991, n. 292 convertito con modifiche, dalla legge 8 novembre 1991, n. 356, venne imposta all'organo decidente la netta soluzione di disporre la custodia in carcere per reati particolarmente allarmanti ovvero di liberare l'indagato, senza prevedere la possibilità di disporre misure diverse da quella custodiale.¹⁷³

La cospicua serie di reati introdotti tra le ipotesi di quella che venne rinominata come "*cattura automatica*" ricomprendeva: devastazione, saccheggio o strage per attentare alla sicurezza dello Stato; guerra civile; associazione di tipo mafioso; strage; omicidio volontario; rapina aggravata; estorsione aggravata; sequestro di persona a scopo di rapina od estorsione; delitti commessi avvalendosi delle condizioni assicurate da associazione mafiosa o per agevolarne i fini; delitti commessi per finalità di terrorismo od eversione dell'ordinamento costituzionale puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci; illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione o porto in un luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di armi comuni da sparo; produzione, traffico detenzione illeciti aggravati di sostanze stupefacenti o psicotrope.

La severità nella risposta cautelare per una così ampia categoria di reati è stata probabilmente dettata da episodi che hanno destato particolare clamore nell'opinione pubblica. Il riferimento va, ad esempio, alla concessione di arresti domiciliari per pericolosi esponenti della mafia, a seguito dei quali era emerso

¹⁷³ G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Volume IV cit., 193.

come l'ampia discrezionalità affidata ai giudici non era stata in grado di rispondere con il rigore necessario a contrastare tali fenomeni delittuosi ostili e all'esigenza di autotutela che la magistratura di quegli anni ha avvertito come necessaria per porsi al riparo dal pericolo di pressioni e di intimidazioni nei procedimenti di criminalità organizzata.¹⁷⁴

1.2 La riforma del 8/8/1995 n. 332.

Una delle più rilevanti riforme di quegli anni, fu sicuramente quella della legge 8 agosto 1995, n. 332. A seguito della nuova conformazione dell'art. 275, terzo comma, la riforma è stata da alcuni definita più garantista della precedente, in quanto ridusse di molto le fattispecie di reato implicanti la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere, prevedendo adesso solo le ipotesi di associazione mafiosa ed i delitti perpetrati avvalendosi di questa o per agevolarne l'attività.¹⁷⁵

L'intervento riformatore in questione ha una portata consistente sull'articolo 275 c.p.p. Da una parte, questo ha delimitato la sfera di applicazione delle misure cautelari - soprattutto in riferimento alla custodia in carcere - dall'altra, ha imposto in capo al giudice un rafforzato obbligo motivazionale nel disporre la misura atta ad ovviare ai *pericula* sussistenti nel caso concreto. L'articolo sancisce in termini chiari il divieto di custodia nei casi in cui il giudice preveda che in sede di giudizio possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Emerge così come l'unico limite al potere discrezionale è rappresentato dal terzo comma nelle ipotesi di reati a stampo mafioso, valendo negli altri casi il principio generale di considerare la custodia in carcere come *extrema ratio*. La stessa disciplina interviene a legiferare le ipotesi di esenzioni dal carcere nel caso di donna incinta ovvero madre di prole convivente di età inferiore ai

¹⁷⁴ V. Grevi, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in AA.VV. *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura del medesimo, Bari 1993, 10.

¹⁷⁵ P. Moscarini, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Diritto Penale e Processo* 2010, 228.

tre anni, o della persona ultrasettantenne; l'esenzione si applica al padre quando la madre sia deceduta o impossibilitata a dare assistenza alla prole.¹⁷⁶

La riforma del 1995, n. 332 prevede una doppia presunzione in riferimento ai delitti di associazione a delinquere di tipo mafioso (art. 416-bis c.p.) e per i delitti consumati o tentati commessi «avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo». Occorre premettere che, rispetto al famigerato e tanto criticato istituto del mandato di cattura obbligatoria, il legislatore del '95 non prevede 'sempre e comunque' l'emissione del provvedimento di custodia cautelare, in quanto è riconosciuto all'imputato e all'indagato dei gravi delitti, il diritto alla piena libertà «laddove siano stati acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari». Si tratta, quindi, di una presunzione *iuris tantum* di sussistenza del *periculum libertatis*. Accanto alla presunzione anzidetta, l'articolo in questione prevede una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura della custodia in carcere. Le esigenze di difesa sociale finiscono per prevalere nel giudizio di bilanciamento tra valori costituzionalmente primari che la politica criminale deve perseguire, giustificando anche ipotesi di adozioni di misure inadeguate.¹⁷⁷ Tuttavia, la presunzione prevista dal terzo comma dell'art. 275 non appare incompatibile con la presunzione costituzionale di non colpevolezza in quanto viene sempre consentita la prova della insussistenza di esigenze cautelari nel caso concreto. Non si può comunque negare che lo spazio di discrezionalità affidato al giudice risulti fortemente limitato, se non addirittura precluso, circa la scelta della misura cautelare più adeguata a rispondere al pericolo concreto che lo stato di libertà dell'imputato o indagato potrebbe comportare.¹⁷⁸

1.2.1 Critica della dottrina.

Quello che viene criticato da autorevole dottrina, è il fatto che a seguito delle nette impartizioni dettate al giudice dopo le riforme del '91, questi si trovi a

¹⁷⁶ O. Lupacchini, *Dubbi sull'effettiva portata delle modificazioni agli artt. 274 e 275*, in *Diritto Penale e Processo* 1996, 126.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ V. Grevi, *ult. cit.*, 9.

dover decidere senza mezze misure sulla adeguatezza della sola misura carceraria ovvero sulla mancanza completa di elementi idonei a disporla. I motivi sui quali si fonda l'ordinanza di applicazione della misura limitativa della libertà personale finiscono per coincidere con le condizioni generali di applicabilità delle misure così come previsti dall'art. 273, primo comma, c.p.p. Il risultato cui si perviene è che la valutazione di adeguatezza del giudice finirà per condurre ad un esito positivo anche quando non emergano dagli atti situazioni procedurali tali da integrare i requisiti richiesti dall'art. 274 c.p.p., ma che allo stesso tempo non consentono di ritenere raggiunta la prova positiva dell'innocuità cautelare della persona sottoposta alle indagini.¹⁷⁹ Pertanto, incombe sul giudice il solo obbligo di dare atto dell'inesistenza di elementi idonei a vincere la presunzione, mentre incombe sulla difesa il più oneroso obbligo - al punto da essere definito da alcuni come *probatio diabolica* - di riuscire a superare tale presunzione evidenziando elementi idonei a dimostrare l'insussistenza delle esigenze cautelari. Occorre inoltre considerare che il giudice delle indagini preliminari è estraneo agli sviluppi della procedura investigativa. Di fatto, viene reso difficoltoso un controllo puntuale sulla sussistenza o insussistenza delle esigenze cautelari in quanto il pubblico ministero ha l'onere di presentare la domanda cautelare sulla base del *fumus commissi delicti*. Quest'ultimo ha solo il compito di stabilire se sono stati acquisiti elementi tali da escludere la sussistenza delle esigenze cautelari. Anche in questo senso, quindi, sembra riemergere a seguito delle modifiche apportate durante i primi anni '90, una disciplina delle misure cautelari che rievoca quella del codice Rocco. Un recupero delle garanzie difensive è previsto l'art. 291 c.p.p. prevede l'obbligo in capo al pubblico ministero di trasmettere al giudice non solo gli elementi sui quali la richiesta si fonda, ma anche «tutti gli elementi a favore dell'imputato», quindi ricomprendenti non solo quelli atti a dimostrare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza ma altresì quelli in grado di verificare la presenza delle esigenze cautelari.¹⁸⁰

Il “doppio binario processuale” che già caratterizzava i delitti di associazione mafiosa, trova un ulteriore riconoscimento nella materia delle misure cautelari,

¹⁷⁹ E. Marzaduri, *Sub art. 5 l. 332 del 1995 cit.*, 623.

¹⁸⁰ *Ibidem*, 625.

sulla giustificazione che in riferimento ai delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso viene previsto un regime differenziato e di maggior rigore rispetto a quello ordinario. Le scelte di politica criminale susseguitesi in quegli anni, hanno suscitato diverse critiche in dottrina, in quanto spesso risultate disomogenee e irragionevoli in luce di una mancata nozione di criminalità organizzata e di scelte oscillanti circa l'individuazione dei delitti oggetto di trattamento differenziato in base al tipo di istituto processuale regolamentato. Infatti, la categoria cui si riferisce l'art. 5 della legge 8 agosto 1995, n. 332 è quella dei delitti di criminalità organizzata, assimilabile a quella indicata dall'art. 407, secondo comma, lett. a), e non quelli di mafia indicati nell'art. 275, secondo comma 2, o nell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.¹⁸¹

Inoltre, da più parti della dottrina si è sottolineato come la focalizzazione sulle sole ipotesi di criminalità organizzata abbia avuto quale effetto l'esclusione di misure di rigore per delitti che avevano un'eguale portata pericolosa e di allarme sociale, ed il riferimento va in primo luogo alle stragi terroristiche, agli omicidi, ai sequestri di persona a scopo di estorsione ovvero al traffico di stupefacenti. La critica sottolinea come, rispetto alle finalità palesate dal legislatore, sia apparsa incoerente la scelta di riferirsi a nuove elencazioni di reati invece che rifarsi a quelle indicate dalla legge, n. 356/1991 (rispetto a quanto stabilito dal nuovo 275, terzo comma, comprende in più il solo sequestro di persona a scopo di estorsione, *ex art.* 630 c.p. e l'associazione finalizzata alla produzione e al traffico di stupefacenti), che individua ipotesi di reato ritenute di stampo mafioso e per le quali la competenza alle indagini è riferita alla direzione nazionale e distrettuale antimafia.¹⁸²

1.2.2 'L'assoluzione' da parte della giurisprudenza.

Nonostante le critiche sollevate dalla dottrina, la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare è stata ritenuta dalla giurisprudenza compatibile con il disposto costituzionale considerato il "*coefficiente di pericolosità*" per la

¹⁸¹ G. D'ambrosio, *La riforma dell'8 agosto 1995*. In *Diritto penale e processo* 1995, 1177.

¹⁸² Tra gli altri, E. Marzaduri, *cit.*, e G. D'ambrosio, *cit.*, 1177.

convivenza e la sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato.

Infatti, con l'ordinanza n. 450 del 1995, l'automatismo delineato ha superato il vaglio di compatibilità costituzionale; il giudice *a quo*, sollevò la questione poiché, nonostante riteneva adeguata al fine di prevenire il pericolo di fuga nel caso di specie l'applicazione di una misura diversa dalla custodia cautelare, era impossibilitato ad applicarla dalla preclusione codicistica. La Corte considera nel merito che la previsione legale di adeguatezza della misura custodiale per determinati reati connotati da particolare gravità e allarme sociale, non può dirsi incoerente sul piano del raffronto con il potere affidato al giudice di valutare l'esistenza delle esigenze cautelari. Trattandosi di un raffronto tra elementi disomogenei in quanto la presunzione stabilita dall'art. 275, terzo comma, è una presunzione *iuris tantum* che può essere superata con la prova positiva dell'insussistenza delle esigenze cautelari e che *“ciò che è presunto fino a prova contraria è il presupposto di sussistenza delle esigenze cautelari e non anche la scelta della misura che ne consegue”*. La deroga alla disciplina generale dell'*extrema ratio* della custodia cautelare non si può ritenere irragionevole in quanto il legislatore ha il compito di individuare il punto di equilibrio tra le diverse esigenze di tutela della libertà personale e delle garanzie degli interessi di rilievo costituzionale tutelati tramite gli strumenti cautelari nel processo penale. Per la Corte *“un raffronto, istituito dal giudice a quo, fra elementi del tutto disomogenei, giacché la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l'an della cautela) non può, per definizione, prescindere dall'accertamento della loro effettiva ricorrenza di volta in volta; mentre la scelta del tipo di misura (il quomodo di una cautela, in concreto rilevata come necessaria) non impone, ex se, l'attribuzione al giudice di analogo potere di apprezzamento, ben potendo essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto della ragionevolezza della scelta e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti”*.¹⁸³

In modo non differente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza Demitry: *“[...] è noto che, secondo la giurisprudenza di questa*

¹⁸³ Corte cost., 24 ottobre 1995, n. 450.

Suprema Corte, in materia di esigenze cautelari, in base all'art. 275, 3° comma, c.p.p., come modificato dal decreto legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 1992 n. 203, in presenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati indicati in tale disposizione – tra i quali, il reato di cui all'art. 416 bis c.p. – deve essere senz'altro applicata la misura della custodia cautelare in carcere, senza necessità di accertare l'esistenza di esigenze cautelari, che sono presunte dalla legge. Ne consegue che al giudice di merito incombe solo l'obbligo di dare atto della inesistenza di elementi idonei a vincere tale presunzione, mentre l'obbligo di motivazione diventa più oneroso nell'ipotesi in cui l'indagato o la sua difesa abbiano evidenziato elementi idonei a dimostrare la insussistenza di esigenze cautelari, in adempimento dell'obbligo di addurre, o, quanto meno, dedurre, gli elementi di fatto sui quali la prognosi positiva può essere fatta. Il tribunale si è ispirato a tali principi e, ha ritenuto che «nel caso di specie, la presunzione relativa di cui innanzi non era stata superata da alcun elemento di contratto tenore addotto dalla difesa». In tema di riesame di misure cautelari, non è applicabile la particolare disposizione dell'art. 581, lett. c), c.p.p. – che impone, a pena di inammissibilità, l'indicazione dei motivi di impugnazione contestualmente alla presentazione del gravame – stante la facoltatività, prevista dal 6° comma dell'art. 309 c.p.p., della indicazione dei motivi a sostegno e, quindi, della inapplicabilità del principio tantum devolutum quantum appellatum. Ma, il principio non può non essere coordinato con la previsione della presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari, di cui all'art. 275, 3° comma, c.p.p., presunzione che può essere superata sia dallo stesso giudice, se dagli atti risultino, ictu oculi, elementi che mettano in evidenza che non sussistono esigenze cautelari, sia se l'indagato o la difesa dello stesso adducano o deducano quegli elementi».¹⁸⁴

In altre occasioni, la giurisprudenza ha, non solo, confermato la compatibilità del disposto dell'art. 275, terzo comma, con la Costituzione, ma anche 'assolto' la scelta del legislatore di intervenire in modifica alla custodia cautelare a mezzo di decreto legge. Nel dettaglio, con la sentenza n.255 del 1992, la Consulta ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata dal

¹⁸⁴ Cass., sez. un. pen., *Demitry*, 5 ottobre 1994, n. 16.

tribunale di Enna circa la compatibilità del decreto legge, n. 292/1991, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 1991, n. 356, parzialmente modificativo dell'art. 275 c.p.p., con gli artt. 76-77 Cost. La questione trae le sue origini in considerazione dei criteri direttivi impartiti al Governo dalla delega così come stabilito dall'art. 7 della legge n. 81/1987. In particolare, la dottrina così come il giudice rimettente si chiedono se il Governo possa, prima dello spirare del termine triennale della delega, intervenire con un decreto legge che di fatto viola i principi inderogabili ivi stabiliti. Infatti, pur non volendo riconoscere un valore vincolante alle prescrizioni della delega, non è apparsa priva di significato la scelta di non avvalersi della stessa per intervenire a modifica della disciplina codicistica, in quanto, *a contrario*, vi sarebbe stato l'obbligo di rispettarne i principi. Il risultato pratico vide una discordanza tra i principi e i criteri della legge delega rispetto alle disposizioni del codice vigente a distanza di pochi anni, con la conseguenza che, per le medesime ipotesi fattuali, fossero riscontrabili una regola e la deroga alla stessa. Se tale approccio può in qualche modo essere giustificato dal carattere di emergenza che la criminalità mafiosa rappresentava nel nostro Paese durante quegli anni, dall'altra parte non può avere carattere permanente. Nonostante la validità delle argomentazioni anzidette, il Giudice delle Leggi ha ritenuto che la legge delega per l'emanazione del codice di procedura penale non occupi, per ciò solo, un valore diverso nella gerarchia delle fonti di ogni altra legge, e pertanto si ritiene possa comunque essere modificata con una legge successiva. La decisione è stata ritenuta come un'occasione mancata per poter cogliere l'opportunità di valutare il merito della questione e sull'effettivo valore da riconoscere agli artt. 14 e 15 della legge 23 agosto 1988, n. 400.¹⁸⁵

1.3 Riforma del 2009 (Legge 23 aprile 2009, n. 38).

Le presunzioni di pericolosità e adeguatezza della custodia cautelare sono state estese dal decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11 convertito, con modificazioni dalla legge 23 aprile 2009 n. 38, ai reati di cui all'art. 51 c. 3-*bis* e 3-*quater*

¹⁸⁵ Corte cost., 18 maggio 1992, n. 255, con nota di Pace A., *Sull'uso "alternativo" del decreto legge, in luogo del decreto delegato, per eludere i principi della delega*, in *Giurisprudenza Costituzionale* 1992, 1786-1789.

c.p. (delitti tentati o consumati, commessi con finalità di terrorismo), nonché ai delitti di cui agli artt. 575 c.p. (omicidio), 600-*bis* c.1 c.p. (prostituzione minorile, salva l'ipotesi di offerta o cessione ad altri del materiale pornografico) e 600-*ter* c.p. (pornografia minorile escluso il quarto comma), 600-*quinqies* c.p. (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile) 609-*bis* c.p. (violenza sessuale, escluso il terzo comma), 609-*quater* c.p. (atti sessuali con minorenni), 609-*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo), salvo che in tutti i casi ricorrano le attenuanti contemplate dalle singole fattispecie. È stata così ampliata l'operatività della presunzione legale di sussistenza delle esigenze cautelari atta ad essere vinta nel solo caso in cui si dimostri la non ricorrenza di alcuno dei *pericula libertatis* di cui all'art. 274 c.p.p. nonché la presunzione di assoluta idoneità della sola custodia cautelare in carcere a fronteggiare le necessità cautelari.¹⁸⁶

Sicurezza e prevenzione potrebbero essere considerate come il 'manifesto' della riforma del 2009 ed infatti, già dal preambolo del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11 in cui si fa riferimento alla «straordinaria necessità ed urgenza» di introdurre nell'ordinamento misure in risposta al crescente fenomeno di violenza sessuale volte ad assicurare una «maggiore tutela della sicurezza della collettività».¹⁸⁷

Già nella realtà normativa dei primi anni 2000 le scelte del legislatore in materia penale sono state prese sempre più in ottica preventiva piuttosto che garantista. Assecondando il pubblico consenso, senza affidarsi agli schemi del diritto penale classico, l'ottica di breve periodo dettata dal sentimentalismo sociale del momento ha determinato quello che è stato definito un "sistema asistemico".¹⁸⁸ Tra le diverse riforme, ricordiamo la legge 26 marzo 2001, n. 18 - in modifica alla disciplina della sospensione condizionale della pena ed al trattamento sanzionatorio del furto - che ha previsto la nuova fattispecie di furto in abitazione e con strappo prevista all'art. 624-*bis*; ha introdotto l'attenuante

¹⁸⁶ G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., 195; S. Ruggeri, *Commento all'art. 2 d.l. 23.2.2009, n. 11*, in *Legislazione penale 2009*, 430.

¹⁸⁷ Decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11.

¹⁸⁸ G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina* cit., 196.

della collaborazione con la giustizia (625-*bis*); è intervenuto a modifica dei criteri di scelta delle esigenze cautelari e delle condizioni ostative agli arresti domiciliari e ad un ampliamento delle fattispecie che legittimano l'arresto obbligatorio in flagranza e il fermo di indiziato di delitto (artt. 380 e 384 c.p.p.). Sempre nel 2001, è stata emanata la legge 15 dicembre 2001, n. 438 in risposta alle emergenze sovranazionali di attacchi terroristici, mentre nel 2002, in risposta alla crisi migratoria, la legge 30 luglio 2002, n. 189 ha introdotto in ambito processuale una serie di interventi normativi volti all'irrigidimento della gestione dell'immigrazione clandestina. Infine, la legge 14 luglio 2008, n. 123 e la legge 24 luglio 2008, n. 125 hanno modificato il processo penale in materia di emergenza rifiuti e di sicurezza pubblica.¹⁸⁹

Venendo al decreto in commento, le disposizioni di cui al primo capo mirano, da una parte, a reprimere, tramite un più severo trattamento penale, processuale e penitenziario, i fatti di reato in materia di violenza sessuale e dall'altra a prevedere misure volte a rendere "più sicuro il territorio", ritenendo correlata la più frequente episodicità delinquenziale al forte flusso migratorio di quegli anni (in questo stesso senso, si deve tener conto che a distanza di pochi mesi viene varata la legge in materia di sicurezza pubblica, la quale ha introdotto la fattispecie di clandestinità). Sempre in questo capo si trova l'ampliamento delle fattispecie previste dall'art. 275, terzo comma; il ripetuto tentativo di "camuffare" tale fattispecie in qualcosa di diverso rispetto alla custodia obbligatoria, viene "tradito" dalla relazione al disegno di legge di conversione che a tal proposito menziona l'«obbligatorietà della custodia in carcere». Un'ulteriore conferma dell'automatismo in parola viene dalla prassi giudiziaria che rivela come la misura della custodia cautelare venisse disposta, nella maggior parte dei casi, sulla base di un mero accertamento dei gravi indizi di colpevolezza.¹⁹⁰

Le conseguenze sul piano processuale di un ulteriore ampliamento delle fattispecie cui si presume l'idoneità della custodia in carcere sono diverse. In particolare, la novella esonera il giudice dall'obbligo di dare atto dell'esistenza

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ E. Marzaduri, *Il ricorso alla decretazione di urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*. In *Guida Diritto* 2009, 39.

di elementi idonei a vincere la doppia presunzione del *periculum libertatis* e dell'adeguatezza della misura in carcere e, inoltre, richiede un vero e proprio obbligo di motivazione solo nel caso in cui l'indagato o il difensore abbiano evidenziato fatti idonei a dimostrare l'insussistenza delle esigenze cautelari.¹⁹¹

La riforma del 2009 conferma il regime 'differenziato' in materia di reati di criminalità organizzata, caratterizzato da un maggior rigorismo, da una deroga al normale regime di competenza del giudice, da un allungamento dei termini d'indagine, della differenziata disciplina delle intercettazioni telefoniche, da un prolungamento dei termini di durata della custodia cautelare, dall'accelerazione nella trattazione dei processi, ed infine del più rigido regime penitenziario.

La novità apportata dal suddetto decreto risiede, però, nell'aver in qualche modo esteso il regime differenziato alle altre fattispecie di reato ricomprese nel 'catalogo' dell'art. 275, terzo comma; sebbene le ipotesi delittuose di compimento di atti sessuali con minorenni, fossero già oggetto di arresto obbligatorio in flagranza, con la riforma si è previsto il mantenimento della restrizione nel corso delle indagini e del processo ed un trattamento differenziato anche nella fruizione dei benefici penitenziari.¹⁹²

*“Il comune denominatore di questi reati, che costituisce la ragione fondante della scelta del Governo, dovrebbe essere quello di far parte di un'area che, per comune sentire, pone a rischio beni primari individuali e collettivi”.*¹⁹³ Quello che, infatti, *“riacquista valenza”* è il titolo di reato. Sotto questo punto di vista, si comprende la scelta, a seguito anche di una maturata esperienza processuale, di prevedere quel regime differenziato cui sopra per forme di reato realizzate da gruppi organizzati, da una parte, e di quelle che offendono l'integrità della persona fisica, dall'altro, in quanto vengono qui in gioco valori essenziali sulla sicurezza pubblica e privata. Quello che invece apparve già alla prima dottrina in commento poco chiaro è perché risulti inserita l'ipotesi di reato di cui all'art. 600-ter c.p. e non invece i casi di rapina aggravata,

¹⁹¹ A. Marandola, cit., 948.

¹⁹² *Ibidem.*

¹⁹³ Bricchetti R., Pistorelli L., *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere*, in *Guida Diritto* 2009, 48.

estorsione aggravata e traffico di ingenti quantitativi di sostanze stupefacenti.

194

Pertanto, oltre alle previsioni in materia di misure cautelari, il decreto ha introdotto delle disposizioni volte a contrastare i fenomeni di violenza di genere e violenza domestica per garantire una maggiore tutela alle vittime. In particolare, è stata prevista la nuova fattispecie di atti persecutori (*stalking*) e l'istituto dell'ammonimento volto ad evitare la reiterazione di condotte riconducibili allo *stalking* prima della proposizione della querela. Inoltre, la pena edittale prevista fino a quattro anni, consente il ricorso alle misure cautelari personali ed anche a quella in carcere. Il decreto ha altresì disposto una disciplina organica in materia di espulsione e respingimento degli immigrati irregolari per garantire un maggior controllo del territorio, non a caso si è parlato di una “*giustizia emotiva*” come tendenza legislativa di quegli anni.¹⁹⁵

Il decreto ha altresì introdotto una nuova misura cautelare che è il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa all'art. 282-ter, la previsione disciplina tutte le ipotesi in cui la condotta criminosa si concreta in molestie o minacce per l'incolumità fisica o morale della persona, lasciando al giudice la discrezionalità nel poter decidere la distanza effettiva che il destinatario deve mantenere dai suddetti luoghi.

In ambito penitenziario, la riforma ha rimodulato l'art. 4-bis limitando la concessione dei benefici agli autori dei reati a sfondo sessuale.

Tra le critiche e i dubbi suscitati in dottrina emerge, ancora una volta, quello riguardante la scelta di ricorrere al decreto legge, considerata sì una maggiore incidenza del fenomeno nella vita sociale potrebbe comprendersi il carattere di “*urgenza*”, ma da parte di alcuni autori si è ritenuto che tale “*vistosa*” risposta sia stata forse suggerita in qualche modo dal forte movimento mediatico e giornalistico, considerata la forte incisione che i media rappresentano sulla percezione sociale della realtà. Inoltre, la dottrina non ha mancato di

¹⁹⁴ A. Marandola, cit.,

¹⁹⁵ S. Lorusso, *Sicurezza pubblica e diritto emergenziale: fascino ed insidie dei rimedi processuali*. In *Diritto penale e processo* 2010, 269.

sottolineare anche la difficoltà pratica di poter accertare i gravi indizi di colpevolezza per un reato a sfondo sessuale nella prima fase delle indagini.¹⁹⁶

Diverso è stato l'atteggiamento iniziale della Corte Costituzionale, la quale ha dichiarato manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 275, terzo comma, così come modellato dalla riforma del 2009, per presunta violazione dell'art. 27 Cost. La Corte ha ritenuto non irragionevole l'estensione delle ipotesi di reato di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies*, per cui vige la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare, in considerazione dell'estrema gravità dei reati tale da giustificare una risposta di rigore da parte dell'ordinamento. La Corte ha preso le mosse dall'ordinanza n. 450 del 1995, che, come già visto, aveva ritenuto conforme alla Costituzione (in particolare all'art. 3 Cost.) la presunzione legale di adeguatezza della misura carceraria in rapporto ai delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso. Nel 2009 questa ha ritenuto non irragionevole l'estensione ai delitti a sfondo sessuale con minori al meccanismo processuale in quanto si tratta di reati di estrema gravità che vengono percepiti dalla società come fattori di alto rischio dei valori di sicurezza e beni individuali e che giustificano una risposta particolarmente severa da parte dell'ordinamento. Inoltre, la presunzione ha un carattere solo relativo e le garanzie di cui all'art. 27, secondo comma, Cost. vengono recuperate dall'obbligo di motivazione imposto al giudice nel dare atto “*dell'inesistenza di elementi idonei a vincere la presunzione e, pertanto, l'an della cautela*”.¹⁹⁷

1.4 Le declaratorie di incostituzionalità

Una completa inversione di rotta si è avuta a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale che nel quinquennio che va dal 2010 al 2015 ha pronunciato ben nove declaratorie di illegittimità costituzionale, con le quali ha rimodulato la doppia presunzione relativa ed assoluta che sussisteva in relazione a quasi tutti i titoli di reato, in un modello a doppia presunzione relativa. L'art. 275, terzo comma, è stato giudicato incostituzionale per violazione degli artt. 3, 13 e 27

¹⁹⁶ *Ibidem*, 8, E. Marzaduri, cit., 39.

¹⁹⁷ Cass. pen. sez III, 23 dicembre 2009, n. 49437, in *Diritto penale e processo* 2010, 292-293.

Cost. nella parte in cui prevedeva la presunzione di adeguatezza della sola custodia in carcere, salvo che le risultanze in atti comprovino l'insussistenza delle esigenze cautelari. In particolare, nell'iter motivazionale che in qualche modo si ripete nelle varie pronunce, la Corte ha ritenuto che l'illegittimità dell'assetto delineato nell'art. 275, terzo comma, mancasse di fare “*salva l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure*”.¹⁹⁸ La presunzione di adeguatezza della misura in carcere non può trovare legittimazione nel fine di contrastare situazioni di allarme sociale, il rischio sarebbe ancora una volta di affidare alla misura cautelare finalità “*metacautelari*” ovvero proprie della pena.¹⁹⁹

Per menzionare alcune delle pronunce intervenute in questo periodo, con la sentenza n. 265 del 2010, si è ritenuto che la presunzione di adeguatezza per i delitti di mafia avesse superato il vaglio di costituzionalità con la già più volte menzionata ordinanza del '95, in quanto l'appartenenza all'associazione di tipo mafioso si caratterizza per il forte vincolo e “*l'adesione permanente al sodalizio criminoso*”, per cui si è nella prassi ritenuto che la custodia cautelare fosse l'unico strumento idoneo, nell'attesa di una sentenza definitiva di condanna, a far “*troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità*”. Diverso il caso per i reati in materia di violenza sessuale, in cui viene a mancare tale vincolo che caratterizza la sola fattispecie della criminalità organizzata mafiosa, ed infatti la Corte ha ritenuto che correttamente i ricorrenti ritenessero che la presunzione determina l'illegittimità costituzionale in quanto palesa “*la lesione del principio del minore sacrificio necessario della libertà personale dell'indagato o dell'imputato*”.²⁰⁰

¹⁹⁸ *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, tomo I, Torino 2017, 2878.

¹⁹⁹ A. Macchia, cit., 1893.

²⁰⁰ Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265, con nota di P. Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Diritto Penale e Processo*, 2010, 949.

La pronuncia è stata criticata dalla dottrina in quanto, se in un primo momento veniva statuito: “*la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari non può, per definizione, prescindere dall'accertamento della loro effettiva ricorrenza di volta in volta; mentre la scelta del tipo di misura non impone, ex se, l'attribuzione al giudice di analogo potere di*

Tramite diverse decisioni si è esteso il *dictum* della precedente anche in relazione alle fattispecie necessariamente plurisoggettive e per le ipotesi associative diverse da quelle di tipo mafioso.²⁰¹

In particolare, con la sentenza n. 331 del 2011 in riferimento al delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990), la Corte ha ritenuto in contrasto con i principi di uguaglianza, di ragionevolezza, del minore sacrificio necessario della libertà personale dell'indagato o dell'imputato e della presunzione di non colpevolezza dell'imputato sino alla condanna definitiva, la mancata previsione di ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure, oltre alla previsione di acquisizione di elementi dai quali risulti che non sussistano esigenze cautelari.²⁰²

Anche in riferimento a reati commessi con metodo mafioso, oppure volti ad agevolare le associazioni ex art. 416-bis c.p., la Corte è giunta alle medesime conclusioni in considerazione che tali ipotesi delittuose non implicano “*necessariamente un vincolo di appartenenza permanente*”. Analogamente, nel caso di concorso esterno nell'associazione, non si rinviene quella caratteristica propria e che giustifica l'adozione di misure più severe della partecipazione all'associazione mafiosa. Pertanto, la misura custodiale non pare più essere l'unica misura idonea a rescindere il vincolo mafioso in attesa di sentenza definitiva. Nel dettaglio, con la decisione n. 57/2013, la Corte ha parlato di “*irragionevole equiparazione ai reati di mafia*” per i delitti commessi avvalendosi del “*metodo mafioso*” o al fine di agevolarne l'attività. Il principio

apprezzamento”, in un passaggio successivo si smentisce: “*ciò che è presunto fino a prova contraria è il presupposto (di sussistenza delle esigenze cautelari) e non anche la scelta della misura che ne consegue.*” La Corte sembra in alcuni passaggi quasi legittimare la scelta di includere tra le esigenze cautelari la difesa della collettività rispetto ai reati di stampo mafioso, “*atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connotato*”.

²⁰¹ Corte cost., 12 dicembre 2011, n. 331, con nota di A. Bitonti, *Presunzioni di adeguatezza carceraria: un difficile connubio tra esigenze di tutela della sicurezza pubblica e rispetto delle garanzie costituzionali*, in *La giustizia penale* 2012, 140.

²⁰² Corte cost., 19 luglio 2011, n. 231, con nota di G. Tabasco, *Illegittima l'obbligatorietà della custodia carceraria anche per il traffico illecito di sostanze stupefacenti*, in *Diritto Penale e Processo*, 2012, 171.

del “*minore sacrificio necessario*” deve ispirare la disciplina delle misure cautelari, in accordo con quello della “pluralità graduata”, pertanto, la limitazione di un diritto fondamentale della persona viola il principio di uguaglianza allorquando le presunzioni assolute si palesano “*arbitrarie e irrazionali*” non rispondendo al *id quod plerumque accidit*.²⁰³

Nel caso della commissione di delitti al fine di agevolare le attività delle associazioni, così come quelli commessi avvalendosi del metodo suo proprio, si rileva come vi possa essere un’estraneità dell’autore di tali delitti ad un’associazione di tipo mafioso. Monito della Corte è, quindi, quello di astenersi dal ricorrere a generalizzazioni. Inoltre, la semplice evocazione di un’associazione criminale al fine di accrescere la portata intimidatoria della condotta integra senz’altro la fattispecie circostanziale di cui all’art. 7 del decreto legge, n. 152/1991, ma non può equipararsi alla commissione di un reato che implichi necessariamente quel vincolo di appartenenza. Ed ancora, la disciplina collega il regime di presunzione non a singole fattispecie incriminatrici ma ad aggravanti che sono riferibili alle più varie fattispecie di reato, “*di tal che l'ampio numero di reati-base suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione del regime cautelare speciale, offre ulteriore conferma dell'insussistenza di una congrua "base statistica" a sostegno della presunzione censurata*”.²⁰⁴

Infine, con la decisione n. 48 del 2015, si è ritenuto che la persona gravemente indiziata del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafiosa, sia ‘per definizione’ un soggetto che non fa parte del sodalizio, manca anche qui pertanto il vincolo di adesione permanente al gruppo criminale, che è in grado di legittimare il ricorso alla presunzione assoluta. Il mero contesto mafioso, non

²⁰³ Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48, con nota di L. Calò, *Repetita iuvant: il carcere cautelare obbligatorio per legge, tra Corte Costituzionale e legislatore*, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2015, 979.

²⁰⁴ Corte cost., 25 marzo 2013, n. 57, con nota di R. Adorno, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di "contesto mafioso"*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2013, 2408.

è sufficiente ad offrire una “*base statistica congrua*” all’applicazione della disciplina cautelare ex art. 275, terzo comma.²⁰⁵

Quello che accomuna tutti gli interventi della Corte Costituzionale del quinquennio, è costituito dalla ritenuta irragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere; essendo le presunzioni accettabili in soli casi eccezionali, e come espressione di massime di esperienza generali in relazioni a determinate tipologie di delitti.²⁰⁶

1.5 La presunzione di adeguatezza per reati gravi nella giurisprudenza europea.

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha affermato nella sentenza Pantano c. Italia che, nel contesto della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso, la presunzione di pericolosità – quando non espressa in termini assoluti - può trovare una legittimazione alla luce della particolare insidiosità di tali fattispecie di reato.

In particolare, la Corte EDU si pronuncia su un ricorso diretto a censurare l’irragionevole durata della custodia cautelare applicata nel contesto di una vicenda giudiziaria italiana. Nell’analisi volta ad accertare se nel caso di specie l’art. 5 §3 Cedu fosse stato violato, la sentenza Pantano stabilisce “*una sorta di legittimazione*” della presunzione di cui all’art. 275, terzo comma, c.p.p., quando la carcerazione provvisoria è volta a contrastare reati particolarmente gravi. In riferimento alla garanzia tutelata dall’art. 5 §1, c) la Corte afferma che, al fine di prevenire privazioni arbitrarie della libertà della persona, il giudice debba riferirsi al principio di “*plausibilità*” degli indizi che inducono a ritenere che l’accusato abbia commesso il fatto di reato ovvero di sussistenza delle esigenze del pericolo di commissione del reato o di fuga; così, giudici di Strasburgo sottolineano che non debba richiedersi un pieno accertamento di

²⁰⁵ Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48, con nota di L. Calò, *Repetita iuvant: il carcere cautelare obbligatorio per legge, tra Corte Costituzionale e legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2015, 979.

²⁰⁶G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., 197.

colpevolezza ma solo «*des faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction*».

207

La Corte EDU ha riconosciuto un ampio margine di discrezionalità ai giudici nazionali sulla valutazione delle credibilità delle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia e sulla sussistenza nel caso concreto delle esigenze cautelari. Tuttavia, in riferimento al regime cautelare differenziato stabilito dall'art. 275, terzo comma, del codice di procedura penale per i reati di mafia, la stessa Corte ha ritenuto che, anche qualora non si rinvenga l'esistenza dei *pericula* cautelari nel caso concreto, la predisposizione della misura custodiale non sarebbe illegittima, in quanto un *periculum libertatis* è insito nelle ipotesi di reati particolarmente gravi, come quello oggetto di discussione.²⁰⁸

Più di recente, tuttavia, la stessa Corte ha affermato come, anche nell'ambito dei processi per fatti di criminalità organizzata, l'assenza di elementi in grado di attestare un concreto rischio di ordine cautelare impedisca di giustificare la carcerazione dell'accusato per l'intera durata del processo.²⁰⁹ L'assunto della Corte si basa sulla constatazione che il trascorrere del tempo comporta il *fisiologico affievolimento* del bisogno cautelare e che, pertanto, il giudice debba tenerne conto al fine di disporre una misura che privi la libertà della persona in modo legittimo.²¹⁰

1.6 L'adeguamento da parte del legislatore.

Il legislatore del 2015 ha recepito i rilievi del giudice delle leggi ed ha provveduto a riformare la disposizione di cui all'art. 275, terzo comma, prevedendo una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere ed una relativa in merito alla sussistenza delle esigenze cautelari per i delitti di associazione sovversiva, terroristica e mafiosa (artt. 270, 270-bis, 416-bis). La

²⁰⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, ricorso n. 60851/00.

²⁰⁸ G. Mantovani, *Dalla Corte europea una «legittimazione» alla presunzione prelativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Legislazione Penale* 2004, 513.

²⁰⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 3 marzo 2009 *Hilgartner c. Polonia*. Conf. Cass. pen. sez. IV, 12 aprile 2022, n. 23156.

²¹⁰ M. Daniele, *I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *Diritto Penale e Processo* 2016, 115.

presunzione assoluta non ammette prova contraria e preclude l'applicazione di una misura meno grave; per vincere la presunzione è pertanto necessario che “*siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari*”. Per gli altri delitti è invece prevista l'operatività di una duplice presunzione relativa della sussistenza di esigenze cautelari e di adeguatezza della misura carceraria; queste possono essere vinte sia quando siano “*acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari*” sia quando si dimostri che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari “*possono essere soddisfatte con altre misure*”.²¹¹

Infatti, gli artt. 3 e 4 della legge 16 aprile 2015, n. 47 stabiliscono ora che, il primo periodo del terzo comma dell'articolo 275 del codice di procedura penale è sostituito dal seguente: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate »; per quanto riguarda il secondo: «Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-bis e 416-bis del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, 600-quinquies e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure», infine, dopo il terzo comma dell'articolo 275 del codice di procedura penale è inserito il seguente: «3-bis. Nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso

²¹¹ G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., 198.

concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'articolo 275-bis, primo comma».²¹²

L'obiettivo della decarcerizzazione, sulla scia delle riforme intervenute in materia penitenziaria a seguito della sentenza Cedu Torreggiani, 'pervade' la riforma del 2015 anche in ottica di ridurre le ipotesi che conducono all'applicazione della misura custodiale in carcere.

Il primo periodo del terzo comma appare chiaro in tal senso, subordinando l'emissione della misura custodiale alle ipotesi in cui le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate. L'ipotesi del cumulo, già prevista per le sole ipotesi di cui agli artt. 276, primo comma, c.p.p. e art. 307, comma 1-*bis*, viene adesso richiamata al quarto comma dell'art. 299 il quale prevede che in sede di sostituzione il giudice possa disporre l'applicazione congiunta ad altra misura coercitiva o interdittiva. Appare così chiara la scelta di prevedere per il giudice l'obbligo di indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari tramite la procedura del c.d. braccialetto elettronico.²¹³

Il tentativo si configura anche in considerazione della modifica del limite di pena per applicare il carcere, che è adesso di cinque anni e della introduzione al comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. del divieto di applicazione della custodia cautelare o degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Considerato anche che il giudice non può disporre la misura custodiale se ritiene che all'esito del giudizio la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni, il risultato pratico dovrebbe vedere una riduzione dei casi di custodia preventiva. Eccezioni alle regole appena enunciate sono i delitti di cui agli artt. 423-*bis*, 572, 612-*bis*, 4-*bis* legge, n. 354/1975 ovvero quando rilevata l'inadeguatezza

²¹² Artt. 3-4, legge 16 aprile 2015, n. 47.

²¹³ Risulta così superato l'orientamento delle Sezioni Unite che riteneva applicabili cumulativamente le misure cautelari personali nei casi previsti dagli artt. 276, comma 1, e 307, comma 1-*bis*. Cass. sez. un. pen., *La Stella*, 30 maggio 2006, in *Cassazione penale* 2006, 4389, in dottrina: A. Macchia, *Provvedimenti de libertate, no al cumulo ma il nodo è l'equilibrio del sistema*, in *Diritto e giustizia* 2006, 48.

di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza dei luoghi di esecuzione ex art. 284, primo comma, c.p.p.²¹⁴

Il quadro disegnato dai numerosi interventi tanto legislativi quanto giurisprudenziali in materia di misure cautelari mostra la presenza di tre differenti modelli di carcerazione cautelare. Il primo regola le misure cautelari per i delitti comuni, il secondo ricomprende gravi delitti connotati da un forte allarme sociale, il terzo è quello elaborato dalla Corte Costituzionale in chiave di “*semplificazione probatoria*” per rispondere alle esigenze cautelari per delitti gravi.

Per quanto attiene il modello cautelare per delitti ‘comuni’ appare interessante menzionare quell’approccio dottrinale che rinviene nell’attuale assetto sistematico dell’art. 275, terzo comma, un progressivo ampliamento delle garanzie del processo principale, in particolare con riferimento alla disciplina delle prove, ai procedimenti incidentali e cautelari.

Ripercorrendo brevemente alcuni dei numerosi interventi in materia emerge come, rispetto alla scelta del codice dell’89 di non estendere completamente i principi in tema di prove alle misure cautelari, vi sia stata una progressiva estensione dei principi generali. Già con la l., n. 332/1995, n. 332 che ha imposto un obbligo di motivazione in capo al giudice allorché ritenga di disporre la misura cautelare. Successivamente, la legge 1 marzo 2001, n. 63 ha provveduto ad estendere le più importanti regole probatorie al procedimento cautelare, imponendo dei limiti in relazione alle fonti della testimonianza indiretta, agli informatori di polizia, ai riscontri degli imputati connessi e collegati ed alla utilizzabilità delle intercettazioni. Infine, è stato l’intervento della giurisprudenza di legittimità ad estendere l’operatività delle norme generali sulla prova, applicando il principio della concordanza previsto dall’art. 192 c.p.p., secondo comma: «l’esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti» ai gravi indizi di cui all’art. 273, primo comma.²¹⁵ Ancora, la sentenza Portale ha imposto di controllare la prova scientifica secondo le modalità del procedimento principale. Il tentativo giurisprudenziale è stato nel senso di riconoscere che le

²¹⁴ G. Spangher, *Un restyling per le misure cautelari*. In *Diritto penale e processo* 2015, 531.

²¹⁵ Cass. pen. sez. IV, 12 giugno 2012, n. 40061.

norme contenute nel libro terzo sulle prove contribuiscono a formare la parte “statica” del codice, la quale è da ricomprendere tra quei principi generali che devono trovare applicazione in tutte le scansioni in cui si articola il procedimento penale.²¹⁶ In questo senso, i principi di valutazione della prova contenuti nell’art. 192 costituiscono una garanzia fondamentale per le caratteristiche proprie del procedimento cautelare. Il punto di raccordo è stato individuato in un’interpretazione che traduca la sommarietà dell’accertamento in una valutazione “*allo stato degli atti*”, applicando il medesimo rigorismo metodologico nella stima di colpevolezza e pericolosità dell’indagato nonostante il materiale probatorio offerto al giudice sia quantitativamente e necessariamente ridotto.²¹⁷

L’atteggiamento del legislatore dagli anni ’90 fino al 2009, come abbiamo visto, ha esteso e modificato il catalogo di reati per cui vige la presunzione di adeguatezza, in questo senso l’intervento della Corte Costituzionale ha giustificato il mantenimento della presunzione in base a logiche probatorie. Stabilendo che, nel processo penale, la presunzione assoluta è legittima qualora risponda a dati di comune esperienza – all’ *id quod plerumque accidit* – e, viceversa, la presunzione apparirà non ragionevole ogni qual volta in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa. In queste ipotesi, la misura custodiale appare l’unica via praticabile per contrastare i fenomeni associativi. Nonostante il rigore del trattamento riservato a queste fattispecie di reato, non sembra corretto parlare di arbitrarietà o di illegittimità dell’istituto, perché avente carattere eccezionale e determinato dalla regola d’esperienza dell’*id quod plerumque accidit*.

Il terzo modello cui si riferisce la dottrina ricomprende tutte le ipotesi che sono state oggetto di modifica da parte della Consulta che ha trasformato le presunzioni assolute in relative della adeguatezza del carcere. La presunzione relativa di adeguatezza ha superato il vaglio della Corte Costituzionale in

²¹⁶ Cass. pen. sez. I, 2 aprile 2012, n. 19633.

²¹⁷ P. Tonini, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell’allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*. In Atti del convegno “Le fragili garanzie della libertà personale” - *Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Trento 11-13 ottobre 2013, 65-78.

quanto è stata ritenuta “*strumento legittimo di semplificazione del procedimento probatorio*” rispetto a quello ordinario. Il tentativo del Giudice delle Leggi è stato quello di mutare la *ratio* dell’istituto: da strumento di tutela dell’allarme sociale a mero strumento tecnico-probatorio. Le esigenze di speditezza e rapidità sono proprie dello strumento cautelare, che risulta idoneo a rispondere a fenomeni di violenza particolarmente pericolosi e ad evitare il protrarsi delle conseguenze di questi. Le garanzie costituzionali, secondo l’orientamento della Consulta, non possono recuperarsi imponendo un onere motivazionale in capo al giudice perché si tratterebbe di un’inversione dell’onere della prova. Non è l’accusa a dovere dimostrare l’esistenza di esigenze cautelari per i gravi delitti di cui all’art. 275, terzo comma, ma è la difesa a dovere dimostrare l’inesistenza delle stesse.²¹⁸

2 Il catalogo dei reati.

Come si spiega la figura di indagato o imputato “pericoloso” in un processo di tipo accusatorio orientato alla tutela delle garanzie costituzionali?

A primo impatto sembrerebbe un ossimoro: volgendo l’attenzione alle origini storiche, il codice di procedura penale nasce come “*codice dei galantuomini*”, in contrapposizione al codice penale che invece nasce come insieme di norme rivolte ai “*delinquenti*”. Apparirebbe, dunque, illogico delineare caratteristiche ed istituti propri della materia sostanziale nelle regole del processo.

Per evitare di incorrere in teorizzazioni e statuizioni di principio che non forniscono alcuna risposta alla domanda posta in precedenza, si potrebbe sostenere, come ha fatto parte della dottrina, che sia l’insicurezza del processo a costringere il legislatore ad adottare misure apparentemente incostituzionali.²¹⁹ Il “*male necessario*” della misura custodiale allora trova riscontro nelle esigenze cautelari; quindi, nel pericolo di fuga o di inquinamento probatorio così come delineate dall’art. 274 c.p.p. Se, quindi, appare razionale in queste ipotesi configurare una figura di soggetto pericoloso,

²¹⁸ E. Marzaduri, *Pacchetto sicurezza: per la custodia cautelare interventi che non incidono sulle garanzie*, in *Guida Diritto* 2007, 48, 12.

²¹⁹ O. Mazza, cit., 3.

appare più complicato giustificarla quando la pericolosità sia connessa alla semplice imputazione e cioè allorché la politica criminale sembri perseguire lo “*stigma*” del reato che viene attribuito ad un determinato individuo, come se la gravità del titolo di reato possa giustificare una diminuzione delle garanzie del giusto processo.

Nell’analisi della fattispecie sostanziale verranno in primo luogo trattati i reati per cui vige la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare e, successivamente, quelli caratterizzata dalla doppia presunzione relativa.

2.1 Associazioni di tipo mafioso.

Tra le figure di “*soggetti pericolosi*” non possiamo non ricomprendere quella dell’imputato mafioso. Il processo agli imputati di reati a stampo mafioso presenta delle eccezioni alle regole ordinarie: anzitutto, vi è una deroga alla regola di competenza nella fase investigativa essendo le indagini condotte dalla procura distrettuale o dalla direzione distrettuale antimafia; anche la competenza del giudice per le indagini preliminari e dell’udienza preliminare è speciale; un’ulteriore peculiarità è la dilatazione dei tempi di indagine che possono protrarsi fino a due anni, anche ad insaputa dell’indagato.²²⁰

Come si era già accennato, la specialità nella trattazione di procedimenti per reati a stampo mafioso vige anche nella materia cautelare; la scelta di adozione della misura dipende dalla valutazione del fatto per cui si procede che, nel caso di fattispecie associative particolarmente pericolose, consente di presumere la pericolosità dell’imputato. La stessa Corte Costituzionale ha - nella pronuncia n. 265 del 2010, già menzionata - legittimato la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare per gli imputati di fatti di mafia sottolineando la non assimilabilità delle ipotesi di violenza sessuale a questi, in quanto differenti nelle caratteristiche sostanziali, in considerazione del forte radicamento nel territorio del fenomeno mafioso.²²¹

²²⁰ *Ibidem*, 4.

²²¹ *Ibidem*, 10. V. anche G. Tona, *Reati di criminalità organizzata ed esigenze cautelari*, in *Merito* 2005, 52.

2.1.1 L'origine storica, accenni criminologici e il metodo d'indagine.

L'origine del termine mafioso risale a Thaon Di Revel che, nel 1861, scriveva che a Palermo “*v'è pure la Camorra, non meno cattiva della napoletana. La chiamano maffia*”. Con l'abolizione dei privilegi feudali attuata da Ferdinando IV nel 1812 prese avvio il fenomeno mafioso. In particolare, a seguito dell'Unità di Italia, vi fu un atteggiamento di indifferenza o di sottovalutazione del fenomeno mafioso, mentre la vicinanza tra politici e mafiosi ed il ricorso alle cosche per sconfiggere il Brigantaggio, favorirono la penetrazione della Mafia nelle istituzioni legali. Il popolo siciliano si ritrovò in una situazione assimilabile alla mancanza di uno Stato, “*per cui di fronte ad uno Stato che non controllava, né riusciva a gestire il territorio, di fronte, dunque, ad un vuoto di potere, la Mafia si inserì ed insediò il suo*”.²²²

Tra organizzazioni criminali di stampo mafioso ‘tradizionali’ sono da menzionare: la Mafia, la Stidda, la Camorra, la Ndrangheta e la Sacra Corona Unita, nate nel territorio italiano; e diverse mafie straniere, tra cui quella albanese, rumena, bulgara, nord-africana, sud-americana, russa e cinese le quali sono comparse in Italia a seguito della caduta del muro di Berlino.

Le organizzazioni criminali sorte nel mezzogiorno d'Italia nascono come espressione di territori che hanno avuto un particolare rapporto con lo Stato. Tra le caratteristiche comuni delle grandi organizzazioni criminali sono da ricomprendere: il ritualismo, il simbolismo, il retaggio comune, la mentalità associativa criminale, la condivisione di valori e regole, gli obiettivi di controllo sociale, economico e politico del territorio e le modalità delinquenziali. Le organizzazioni sono spesso nate da “*reazioni alla modernizzazione, alla società industriale, al mercato, allo Stato di diritto, rifiuto di uno sviluppo sociale che distrugge certezze e privilegi [...]*”.²²³

²²² G. Palermo, *Maffie. Dinamiche, ruoli e identità delle organizzazioni criminali mafiose*, Benevento, 2012, 36.

²²³ A. Balloni, R. Bisi, R. Sette, *Principi di criminologia applicata. Criminalità, controllo, sicurezza*, Padova, 2015, 110-112.

Le difficoltà che il legislatore e gli operatori di giustizia hanno trovato e continuano a trovare nella lotta al fenomeno mafioso, sono in genere dovute ad aspetti culturali legati alla dimensione socio-antropologica del tessuto sociale nel quale vengono ad innescarsi tali fenomeni. Simboli, battesimi, codici d'onore sono aspetti funzionali al potere mafioso, per contrastarlo e non semplicemente indebolirlo, sarebbe necessario un intervento sulla cultura e l'apparato sociale, “*attaccando*” quel senso di appartenenza che costituisce “*l'energia vitale delle mafie*”.²²⁴

In questi termini si spiega come la mafia possa essere definita un *potere informale* che si sviluppa in contrasto alla legge, operando nelle zone d'ombra lasciate dallo Stato quando risponde in modo inadeguato alle esigenze sociali. Tale potere informale è *fortemente personalizzato*, si concentra sì intorno a poche persone ma allo stesso tempo è caratterizzato da una organizzazione, ha una capacità di estendersi a tutte le sfere di vita pubblica e di interferire nella vita privata delle persone. Il potere informale viene comunemente accettato dal contesto sociale ed è in questa caratteristica che si è individuato l'elemento in cui la Mafia ha trovato la sua istituzionalizzazione.²²⁵

Gli ostacoli che lo Stato ha riscontrato nel reprimere il fenomeno sono ricollegabili anche alla difficoltà di raccolta delle prove, determinata proprio da quei vincoli familistici e parentali che sono governati dalla legge dell'omertà e dalle rigide strutture gerarchiche che vengono, infatti, descritte “*impermeabili*” alle indagini istruttorie. Non potrebbe esserci testimonianza migliore di quella lasciata dal giudice Giovanni Falcone nel descrivere le caratteristiche del fenomeno e le tecniche d'indagine più utili per scovare le tracce dei delitti a stampo mafioso. Il quadro che viene descritto dal magistrato spiega come le indagini di tipo tradizionale si rivelino insufficienti per ottenere risultati probatori.

Uno dei motivi che aveva condotto agli insuccessi giudiziari, era il tentativo di portare a termine le indagini partendo dal presupposto della ricerca della prova

²²⁴ G. Palermo, cit., 144-145.

²²⁵ F. Ferrarotti, *Inchiesta sociologica sulla mafia in Sicilia*, documentazione allegata alla relazione conclusiva della Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia, Doc. XXIII, n. 2, IV Legislatura, volume I, 1967, 123-252.

della sussistenza dell'associazione mafiosa, prescindendo dai reati-fine che vengono posti in essere da questa.

Al fine di fornire una risposta concreta al fenomeno mafioso, l'indagine deve essere volta a ricostruire il quadro probatorio per accertare la commissione dei reati-fine per poi risalire al delitto di associazione per delinquere di tipo mafioso. Compito della magistratura è di affrontare gli aspetti socioculturali del fenomeno, tramite una corretta interpretazione dei comportamenti tipici della “*subcultura mafiosa*”.

Tra le indicazioni del magistrato, vi è quello di individuare i canali che consentono di riciclare la ricchezza proveniente dagli illeciti tramite l'immissione di questi in attività economiche lecite e “*paralecite*”. L'autore parla di un vero e proprio “tallone d'Achille” dell'organizzazione criminosa, consistente nelle tracce dei grandi movimenti di denaro.

In particolare, l'autore fornisce una classificazione dei suddetti reati-fine.

Nel primo livello rientrano quei reati che, per loro natura, rientrano in attività criminali mafiose *direttamente* produttive di movimenti di denaro. Tra tali reati, connotati da un immediato risvolto finanziario, rientrano anzitutto il traffico di stupefacenti (che per la vasta portata anche internazionale è stata definita come una “*multinazionale del crimine*”) e l'industria dei sequestri di persona a scopo di estorsione le estorsioni organizzate, atti di violenza e intimidazione, contrabbando di tabacchi ecc. Fanno da corollario a tali reati una serie di altri minori e complementari tra cui favoreggiamenti, ricettazioni, falsità in atti ecc.

Se nel primo livello rientrano quei reati con un immediato risvolto finanziario, in quelli del secondo e del terzo rientreranno gli altri che si caratterizzano per una più alta incidenza di procedimenti a carico di ignoti (delitti ricollegabili alla logica mafiose del profitto, spesso derivanti da lotte fra cosche per il controllo delle attività).

Nell'ultimo livello vengono ricompresi quei delitti che “*mirano a salvaguardare il perpetuarsi del sistema mafioso in generale*” ad esempio ipotesi di omicidi di uomini politici o altri rappresentanti di pubbliche istituzioni

“*pericolosi*” per l’assetto del potere mafioso; queste fattispecie sono state definite come reati di terrorismo mafioso.

Si è voluto riportare tale testimonianza per cercare di comprendere la portata e la complessità del fenomeno mafioso, che si connota di sistemi via via più sofisticati quanto più si sale nella piramide della *holding* mafiosa e ci si avvicina a certi livelli ove i confini fra la grande criminalità organizzata e l’alta criminalità finanziaria e dei “colletti bianchi” diventano estremamente labili sino a scomparire.

2.1.2 La fattispecie sostanziale.

La fattispecie prevista dall’art. 416-*bis* c.p. nasce da creazione giudiziaria. All’espandersi del fenomeno mafioso la giurisprudenza si è infatti trovata davanti alla difficoltà di applicare la disposizione di cui all’art. 416 c.p. ai fatti commessi utilizzando il *metodo* mafioso. Già a partire dall’entrata in vigore della legge 31 maggio 1965, n. 575, il riferimento agli “indiziati appartenenti ad associazioni mafiose”, ometteva di definirne i connotati giuridici. Si spiega così l’opera creatrice della giurisprudenza nell’individuare i caratteri concreti del fenomeno mafioso.²²⁶

La tipicità del modello associativo delineato dall’art. 416 bis c.p. risiede nella modalità attraverso cui l’associazione si manifesta concretamente - modalità che si esprimono tramite il metodo mafioso - e non negli scopi che si intendono perseguire.²²⁷ La capacità intimidatrice propria del metodo mafioso deve essere “*attuale, effettiva, deve avere necessariamente un riscontro esterno. La forza intimidatoria deve essere tale da permeare l’ambiente territoriale economico, sociale, politico di riferimento deviandone le dinamiche e piegandone ai propri scopi l’ordinato assetto*”.²²⁸

²²⁶ Per un approfondimento: G. Fiandaca, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Il Foro Italiano* 1995, 21; F. Albergiani e G. Fiandaca, *Struttura della mafia e riflessi penal-processuali*, in *Foro Italiano* 1989, 77 sg.

²²⁷ Cass. pen. sez. I, 12 dicembre 2003, n. 9604.

²²⁸ Cass. pen. sez. VI, 2 luglio 2019, n. 9001.

Rispetto alle caratteristiche delineate dall'art. 416 – rispetto, quindi, agli elementi dell'organizzazione, del finalismo delinquenziale e del programma di delinquenza a carattere indeterminato tipici dell'associazione a delinquere in generale - la giurisprudenza ha dovuto spostare l'attenzione sulle modalità di comportamento proprie dell'agire mafioso, sugli aspetti di vita sociale e individuale nel modo di vivere mafioso, con particolare riferimento ai precedenti giudiziari, al tenore di vita ed, infine, al metodo adottato dai mafiosi per guadagnare il controllo di determinati contesti sociali. Come ha infatti chiarito la giurisprudenza, ai fini della configurabilità delle ipotesi di reato è necessario accertarsi del fatto che l'associazione ha conseguito in concreto nell'ambiente nel quale essa opera, un clima di *“paura diffusa, oggettivamente percepibile”*.

Stabilito che è la semplice associazione ad esprimere il metodo mafioso, bisogna ritenere che nel caso in cui emergano prove di atti di intimidazione e violenza, questi possono essere utilizzati ai fini della prova della forza intimidatrice del vincolo associativo ma *“in via derivata, poiché ciò che conta è che, anche mancando la prova di tali atti, l'elemento della forza intimidatrice desunto da circostanze atte a dimostrare la capacità di incutere timore propria dell'associazione sia ricollegabile ad una generale percezione della sua terribile efficienza nell'esercizio della coercizione fisica e/o morale”*.²²⁹

Le caratteristiche principali della fattispecie di cui all'art. 416-bis emergono nella nozione di *intimidazione sistematica* caratterizzante la metodologia di azione dell'associazionismo mafioso e dalla *forza intimidatoria* dalla quale deriva una condizione di assoggettamento della società civile. Tali caratteristiche provocano quali effetti la compressione della libertà morale (o succubanza culturale) ed un atteggiamento comune di omertà – intesa tanto come *“omertà esterna”*, per la proiezione del fenomeno mafioso nella società civile, quanto come *“omertà interna”* degli stessi associati - risultante dalla

²²⁹ Cass. sez. fer. pen., 12 settembre 2013, n. 44315.

progressiva sfiducia dei cittadini nella idoneità dello Stato a garantire una sufficiente tutela contro l'organizzazione criminale.²³⁰

La giurisprudenza ritiene che *assoggettamento* ed *omertà* siano due effetti aventi un'autonomia concettuale. L'assoggettamento viene inteso come lo stato di sottomissione alla volontà del gruppo e al suo potere, mentre l'omertà viene identificata nel rifiuto di collaborare con lo Stato per il timore di vendette e ritorsioni. Il timore di ritorsioni e minacce e la convinzione che la collaborazione con gli organi dello Stato non sia sufficiente a tutelare la persona del denunciante dimostrano come in tali contesti sia "*l'antistato*" ad essere considerato 'più forte' delle autorità, in considerazione dell'efficienza e della presenza di soggetti che, sebbene non identificabili, siano forniti del potere di danneggiare chi si contrappone.²³¹

Quando si parla di *forza intimidatrice* del vincolo associativo ci si riferisce a quell'atteggiamento di far valere socialmente gli effetti di comportamenti prevaricatori degli altri associati che per la dottrina connota il passaggio dall'associazione per delinquere comune a quella mafiosa. In questo senso, la "*forza*" va interpretata come la "*intrinseca idoneità di un aggregato umano di incutere paura nei terzi in ragione del già sperimentato esercizio della coazione*".²³²

La connotazione oggettiva dell'atteggiamento intimidatorio non consiste necessariamente in atti di violenza o minaccia, potendo la condotta di ciascun consociato limitarsi a far valere socialmente gli effetti di comportamenti prevaricatori degli altri associati. In questo senso, l'associazione mafiosa si caratterizza per essere "*un'associazione che delinque*". Si tratta quindi di un reato associativo a struttura mista i cui connotati sono, oltre al dato organizzativo, anche la realizzazione dei delitti/scopo ovvero l'esercizio di contegni di violenza e minaccia.²³³

²³⁰ G. M. Flick, *L'associazione a delinquere di tipo mafioso interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall'art. 416-bis c.p.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1988, 849-856.

²³¹ Cass. pen. sez. VI, 11 gennaio 2000, n. 1612. In dottrina v. G. De Francesco, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Digesto Penale* 1987, 298.

²³² M. Ronco e B. Romano. Codice penale commentato online, Wolters Kluwer, 18.

²³³ G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, 158.

La fattispecie di cui all'art. 416-*bis* è stata introdotta con la legge 13 settembre 1982, n. 646. La norma descrive innanzitutto il metodo che viene adoperato dagli associati, quello intimidatorio come già detto, con le relative conseguenze sulla società civile, ed il triplice ordine di finalità consistenti nel programma di commettere delitti, di acquisire in modo diretto o indiretto il controllo o la gestione delle attività economiche, e quello di realizzare vantaggi ingiusti.²³⁴

La *ratio* della norma si spiega alla luce della necessità di tutelare non solo l'ordine pubblico e la pubblica incolumità – intesi altresì come tutela dell'ordine democratico vista la lesione “*di quella regola fondamentale del consenso*” da parte dell'organizzazione criminale - ma anche l'ordine economico, in considerazione del forte nesso di collegamento tra la criminalità organizzata e quella economica. La prassi ha infatti dimostrato come non fosse possibile raggiungere la criminalità organizzata senza passare per l'accertamento di quella economica.²³⁵

Tanto nella previsione di cui all'art. 416 che in quella di cui al 416-*bis*, la concreta attuazione del programma criminoso risulta irrilevante ai fini perfezionamento del reato. La scelta legislativa risponde alla esigenza di tutelare in modo diretto il bene giuridico protetto, reprimendo le condotte nel loro momento genetico, costituendo già di per sé situazioni di pericolo. Il semplice associarsi – come momento “preparatorio” di un programma criminoso - costituisce condizione sufficiente per anticipare la soglia di punibilità penale.²³⁶

L'art. 416-*bis* ha previsto quattro scopi che connotano l'agire dell'associazione di tipo mafioso. Questi possono anche solo rimanere allo stadio di programma in quanto non è necessario il compimento degli stessi per configurare l'ipotesi di reato.

La prima tra le finalità elencate ricomprende la commissione di delitti. Gli autori dei delitti devono avvalersi della forza intimidatrice derivante dal vincolo mafioso quale strumento per commettere i delitti. A carattere

²³⁴ G. Spagnolo, *L'associazione di tipo di mafioso*, Padova, 1997, 23.

²³⁵ G. M. Flick, cit., 854.

²³⁶ A. De Liguori, *L'oggetto giuridico della tutela penale nell'art. 416-bis: limiti e funzioni*, in *Cassazione Penale*, 1990, 1714-1715.

esemplificativo potrebbero menzionarsi gli utilizzi della forza intimidatrice per assicurarsi l'impunità, per consolidare il monopolio in un determinato settore delinquenziale ovvero per consumare più agevolmente e con minor rischio i delitti che si vogliono compiere.

La seconda finalità è stata definita in dottrina come finalità di “*monopolio*”, intesa come trasposizione nel campo normativo “*dell’assetto imprenditoriale dell’associazione mafiosa*”. Il riferimento va alla finalità di acquisire il controllo di «concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici». La scelta di riferirsi espressamente a tale finalità, seppur sarebbe ben ricompresa nella clausola generale di acquisire il controllo di attività economiche, ha carattere “*simbolico*” considerata la rilevanza penale dei comportamenti che esercitano un’influenza determinatrice sugli atti della pubblica amministrazione.

La terza finalità consiste invece nella realizzazione di profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri. Questa disposizione ha carattere di clausola di chiusura, ricomprendendo al suo interno ogni “*proiezione sociale*” dell’aggregazione mafiosa. Tra i possibili vantaggi ingiusti la dottrina ha ricompreso: gli atti amministrativi illegittimi o inopportuni nel merito che concedano finanziamenti o comunque erogazioni di denaro pubblico; le assunzioni di pubblici dipendenti in base a raccomandazioni di esponenti mafiosi, che ridondano in vantaggio per il sodalizio illecito in virtù dell’accresciuto consenso sociale; l’esercizio di case da giuoco non autorizzate; le rendite di posizione derivanti dalla lesione di previsioni normative a tutela dei diritti dei lavoratori; le distorsioni dell’economia di mercato derivanti dal condizionamento della volontà contrattuale altrui o dall’inadempimento di obbligazioni.²³⁷

Infine, la legge 7 agosto 1992, n. 356 ha introdotto una quarta finalità dell’associazione, ossia l’interferenza nelle consultazioni elettorali. In particolare, tramite l’impedimento o l’ostacolo al libero esercizio del voto ovvero di procurare voti a sé stessi o ad altri. Tali atti possono integrare i delitti di coercizione elettorale o di corruzione elettorale.

²³⁷ G. Turone, cit., 228.

È da sottolineare come l'elencazione delle finalità e degli scopi che il finalismo si prefigge ha carattere meramente indicativo, in quanto comprende qualsiasi attività penalmente rilevante. La tipicità della fattispecie, infatti, va individuata nelle modalità attraverso cui il modello associativo mafioso si presenta più che per le finalità illecite che questo si prefigge di perseguire.²³⁸

2.2 L'associazione per delinquere.

L'art. 416 è stato previsto dal legislatore con il chiaro intento di creare uno strumento repressivo idoneo a fronteggiare diverse forme di criminalità organizzata comune. Già dai tempi del codice Rocco, la norma fu oggetto di un processo di "*progressiva astrazione generalizzatrice*" e fu criticata perché priva dei referenti criminologici specifici.

La fattispecie ha carattere spiccatamente preventivo. Viene, infatti, sanzionata la condotta dell'associarsi "*per ciò solo*", il legislatore ha così voluto rimuovere *ex ante* il pericolo che vengano commessi i reati oggetto del programma diretto alla commissione dei singoli fatti di reato. Il momento consumativo del reato viene ricondotto al momento in cui viene ad esistenza l'associazione poiché in quel momento si palesa il pericolo di lesione del bene giuridico tutelato dell'ordine pubblico. Si tratta di reato di pericolo permanente (poiché la consumazione si protrae fino a quando l'associazione resta in vita) avente carattere generico, per cui non applicabile quando sussiste un'ipotesi speciale quale il 416-*bis* o comunque escludendo la possibilità di concorso di reati associativi.²³⁹

Anche nella ipotesi dell'art. 416, la fattispecie distingue il ruolo di promotori, capi ed organizzatori dai meri partecipi. I capi e i promotori soggiacciono alla stessa pena; tuttavia, mentre il promotore, il costituente e l'organizzatore possono anche non essere membri dell'associazione, il ruolo di capo presuppone la partecipazione alla stessa. I partecipanti devono invece essere almeno tre. La giurisprudenza ritiene comunque che l'accordo può intervenire

²³⁸ A. De Liguori, cit., 1717.

²³⁹ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Zanichelli, 2015, 491-498.

anche solo tra due persone qualora la terza prenda parte al sodalizio in un secondo momento.²⁴⁰

Con la sentenza del 2005, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno chiarito - in materia di associazione mafiosa ma avente portata generale - che “*risponde di partecipazione colui che è organicamente inserito nel tessuto organizzativo di un’associazione con un ruolo stabile, e nel contempo esplica dinamicamente tale ruolo compiendo attività funzionali all’associazione medesima*”.²⁴¹

Venendo ai delitti-fine, occorre sottolineare che sono le caratteristiche proprie dell’associazione a distinguerla dal mero concorso di persone nel reato. È infatti necessario accertare tanto la sussistenza di un vincolo associativo stabile o permanente destinato a durare anche dopo la realizzazione del delitto programmato, quanto l’indeterminatezza del programma. Pertanto, per configurare la pericolosità dell’associazione è necessario che la stessa struttura organizzativa sia sufficientemente organizzata e adeguata a realizzare il programma criminoso.²⁴²

Giurisprudenza e dottrina sono concordi nel ritenere che il vincolo associativo debba essere connotato dal requisito dell’indeterminatezza nel tempo; il legame tra gli associati deve essere resistente al punto di superare gli accordi volti a realizzare singoli episodi delittuosi. Il *quid pluris* dell’associazione a delinquere rispetto al concorso di persone nel reato è quello di utilizzare il vincolo associativo in funzione propulsiva alla commissione di fatti criminogeni indeterminati e di portata tale da costituire un attacco sistematico all’ordine pubblico.²⁴³ È comunque pacifico che sono altresì punibili quelle condotte di agenti che siano *ab origine* destinate a mantenere una durata limitata nel tempo e volte al perseguimento di vantaggi ulteriori rispetto a quello della mera partecipazione al sodalizio, come ad esempio vantaggi di carattere personale raggiungibili per il tramite dell’associarsi.²⁴⁴

²⁴⁰ Cass. pen. sez. I, 5 maggio 1986, 6228.

²⁴¹ Cass. sez. un. pen., *Mannino*, 12 luglio 2005, n. 33748.

²⁴² G. Fiandaca, E. Musco, cit., 491-498.

²⁴³ G. Fiandaca, C. Visconti, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro Italiano* 2006, 86 sg.

²⁴⁴ *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G.L. Gatta, tomo II, V edizione, Torino 2021, 2093.

2.3 Associazioni sovversive.

Il delitto di associazione sovversiva è stato coniato dal legislatore del codice Rocco al fine di criminalizzare i partiti politici avversari del regime fascista. A seguito della caduta del regime è stato considerato implicitamente abrogato dall'art. 1 D.lgs. 27 febbraio 1944, n. 159 che ha eliminato dall'ordinamento tutte le disposizioni che erano state emanate a tutela delle istituzioni e degli organi politici fascisti.

Tuttavia, durante “gli Anni di Piombo” l'istituto tornò ad essere utilizzato tramite un'opera di adeguamento da parte della giurisprudenza per fronteggiare le associazioni terroristiche. Successivamente, con la legge 24 febbraio 2006, n. 85, il legislatore è intervenuto a modificare la “legge-fotocopia” dei fenomeni di associazionismo politico avversati dal legislatore fascista, circoscrivendo la categoria delle associazioni sovversive ed introducendo il requisito dell'idoneità della struttura associativa al raggiungimento degli scopi illeciti.²⁴⁵

Quando la giurisprudenza ha “*riesumato*” la fattispecie, ha riformulato altresì l'oggettività giuridica del reato individuandola negli aspetti essenziali della personalità dello Stato.²⁴⁶

Una parte della dottrina ha criticato la norma in quanto contraria al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero e alla libertà di associazione (artt. 18, 21, 49 Cost.). La parte della dottrina che invece riteneva conforme alla Costituzione l'art. 270 prendeva le mosse dalla constatazione che la fattispecie reprimesse il “*mezzo violento*” utilizzato per raggiungere l'obiettivo perseguito, in linea con quanto stabilito dalla stessa Carta costituzionale nel senso che la libertà di associazione trova un limite nel divieto di perseguire fini vietati ai singoli dalla legge penale.²⁴⁷

²⁴⁵ M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*. In *Diritto penale e processo* 2006, 969.

²⁴⁶ F. Antolisei, A. Rossi, C.F. Grosso, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2016, 785-786.

²⁴⁷ G. Fiandaca, E. Musco, cit., 42.

In ogni caso oggi è generalmente riconosciuto e pacifico che la fattispecie non viva più nell'ordinamento a seguito dell'introduzione recente della figura criminosa dell'associazione con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico (art. 270-bis).²⁴⁸

Il legislatore ha inteso anticipare la soglia di tutela penale delineando un reato di pericolo e plurioffensivo. La norma reprime tanto l'associazione in sé, - ricomprendendo le condotte di partecipazione, promozione costituzione, organizzazione o direzione della stessa - che la condotta di prendere parte ad una associazione sovversiva già costituita. Oggetto delle condotte incriminate sono le associazioni dirette a sovvertire violentemente gli ordinamenti economici, sociali costituiti nello Stato ovvero sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello stesso.

Il concetto di associazione presuppone un numero minimo di persone ed una struttura di tipo organizzativo dotata di stabilità e permanenza. Il disvalore penale dell'associarsi emerge nella *violenza* con la quale, per il tramite dell'associazione, vengono realizzate azioni volte a mettere in atto l'ideologia rivoluzionaria. L'attività dell'associazione si esplica anche tramite l'apologia o la propaganda delle idee reazionarie.²⁴⁹

Il bene giuridico tutelato, non in senso assoluto ma solo dalla trasformazione violenta dell'associazione, è l'eversione dell'ordine costituzionale intesa come soppressione dei rapporti socioeconomici tra cittadini - garanzia del pluralismo economico-sociale. La dottrina ha parlato di "*reato di pericolo presunto*" poiché la minaccia al bene giuridico tutelato si ritiene insita nella costituzione dell'associazione per sé, anche se, come già detto, il recupero della fattispecie in prospettiva costituzionalmente orientata porta a ritenere preferibile parlare di reato di pericolo "*solo apparentemente astratto*".²⁵⁰

²⁴⁸ F. Antolisei, A. Rossi, C.F. Grosso, cit. 787.

²⁴⁹ A. Mariotti, *Codice penale commentato online*, (a cura di) M. Ronco, B. Romano, Wolters Kluwer, 5-7.

²⁵⁰ G. Fiandaca, E. Musco, cit., 40-43.

2.4 Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico.

La fattispecie di associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico è stata introdotta nell'ordinamento con il decreto legge, 15 dicembre 1979, n. 625 con il precipuo scopo di colpire gli attacchi di terrorismo tramite uno strumento più adeguato dell'ormai inattuale art. 270 c.p.

Una prima modifica dell'articolo è intervenuta nel 2001, ad opera del decreto legge 18 ottobre 2001, n. 374, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2001, n. 293. A seguito dell'attacco terroristico alle Torri Gemelle dell'11 settembre, il legislatore nazionale ha ritenuto di inserire nella rubrica dell'articolo la finalità di terrorismo «anche internazionale» ed al terzo comma l'incriminazione delle medesime condotte quando rivolte contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale. La riforma ha inoltre aggiunto due nuove condotte – di direzione o finanziamento delle associazioni - a quelle di promozione, costituzione, organizzazione. È stata, infine, prevista un'ipotesi specifica di confisca obbligatoria di tutte le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.²⁵¹

Il legislatore nazionale ha così anticipato l'obbligo previsto in sede Europea, da ultimo, nella direttiva 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo e che prima ancora trovava fonte nella decisione-quadro 2002/475, per gli Stati membri di sanzionare le condotte di direzione di un gruppo terroristico e della partecipazione allo stesso. Nella decisione del 2002 viene fornita una definizione di reati terroristici che, per la loro natura o contesto, possono arrecare un grave danno a un Paese o ad un'organizzazione internazionale quando sono commessi al fine di: «*intimidire gravemente la popolazione ovvero costringere i pubblici poteri a compiere - o astenersi dal compiere - un qualsiasi atto ovvero destabilizzare o distruggere le strutture politiche*

²⁵¹ *Ibidem.*, 44-45.

*fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un Paese o un'organizzazione internazionale».*²⁵²

In particolare, tra i reati che vengono ricompresi nella fattispecie del nostro codice penale, figurano quelli che attentano alla vita o all'integrità fisica di una persona o che possono causarne il decesso, le ipotesi di sequestro di persona e cattura di ostaggi, di distruzione di strutture governative o pubbliche, di diffusione di sostanze pericolose ovvero l'interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse fondamentali e la minaccia di compiere uno o più dei suddetti reati.

La norma omette di delineare i requisiti in presenza dei quali possa effettivamente parlarsi di associazione terroristica. È stata la prassi a colmare la lacuna richiedendo la prova dell'esistenza di una struttura organizzata - anche elementare - di uomini e di mezzi idonea a fornire un supporto stabile agli associati per l'attuazione di un progetto criminoso trascendente la realizzazione di singoli episodi delittuosi (similmente alla prassi giurisprudenziale affermata in materia di associazione a delinquere e associazione mafiosa).

Allo stesso modo, il legislatore europeo nella direttiva anzidetta ha identificato il gruppo terroristico in quella «*associazione strutturata da più di due persone, stabile nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati di "terrorismo" ed "associazione strutturata", l'associazione che non si è costituita casualmente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata*».

Tuttavia, con l'affermarsi di associazioni terroristiche di matrice religioso-fondamentalista, l'esperienza empirica ha dimostrato come le *strutture cellulari* non consentissero di individuare nella struttura organizzata l'elemento costitutivo della fattispecie. Questo è stato rinvenuto nella capacità del gruppo di attuare un programma di violenza, anche non definito. I gruppi terroristici internazionali sono infatti caratterizzati «*da estrema flessibilità interna, in*

²⁵² A. Boido, *Codice penale commentato online*, (a cura di) M. Ronco, B. Romano, Wolters Kluwer, 10.

grado di rimodularsi secondo le pratiche esigenze che, di volta in volta, si presentano ed in condizioni di operare anche contemporaneamente in più Stati ovvero in tempi diversi e con contatti fisici, telefonici o comunque a distanza tra gli adepti spesso connotati da marcata sporadicità". Le c.d. "cellule" islamiste si caratterizzano per una struttura autonoma, i membri si confederano tra di loro solitamente in modo informale ed eventuale ed in vista di un progetto di attentato; le "cellule" ruotano intorno a c.d. "strutture di servizio" (finanziarie e logistiche) e si mobilitano nella "*rete transnazionale del terrore*" superando anche le identità etnico-nazionali.²⁵³

È proprio il proposito violento a giustificare l'anticipazione della soglia di tutela penale. Il punto di forza dell'associazione consiste nella rete di contatti internazionali tra soggetti con ruoli e funzioni diverse e nella tipologia di contatti quasi evanescenti - lontani e diversi da quelli dell'associazionismo mafioso - essendo la forza del legame ideologico il fondamento della struttura associativa terroristica.

Il bene giuridico tutelato dalla fattispecie è l'ordine costituzionale combinato alla soppressione di atti di terrorismo all'estero. L'eversione dell'ordine democratico consiste nel sovvertire il complesso di quei principi fondamentali che contraddistinguono la fisionomia dello Stato repubblicano pluralistico.²⁵⁴

L'associazione deve proporsi il compimento di "*atti di violenza*", la mera "*idea eversiva*" non accompagnata da propositi concreti ed attuali di violenza è - come affermato dalla Suprema Corte nella sentenza dell'8 ottobre 1984, n. 2090 - legittima. Proprio per evitare inutili doppioni con la già esistente previsione dell'art. 270, è necessario verificare ed avere come riferimento uno specifico programma di violenza. La stessa Cassazione, nella sentenza sopra

²⁵³F. Roberti, *Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo*, in AA.VV., *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, a cura di A.A. Dalia, Milano 2006, 451-453. La propalazione del fenomeno sarebbe da ricondurre alla struttura "cellulare" del jihadismo che ne favorisce la riproduzione, animata dalla dimensione del martirio. Le diverse caratteristiche di queste associazioni rispetto a quelle già conosciute dal legislatore, portano a ritenere necessario un adeguamento nella normativa interna per evitare che i gruppi terroristici sfruttino la mancanza di una legislazione chiara nel reprimere il fenomeno per insediarsi all'interno del territorio dello Stato.

²⁵⁴ A. Boido, cit., 9-11.

citata, ha statuito come “*nella concretezza e attualità del programma di violenza vanno ricercati gli elementi rivelatori del proposito criminoso*”.²⁵⁵

Occorre sottolineare che quando si parla di “*concreto passaggio all’azione*” la Cassazione si è riferita alla condotta del singolo partecipe.²⁵⁶ La dottrina ha ritenuto che il gruppo, nel suo complesso, non debba limitarsi a discutere progetti criminosi, ma che sia *concretamente passato alla fase attuativa* di tali progetti, anche se di fatto non siano già stati compiuti atti di esecuzione dei reati-fine. Diversamente, il rischio in cui si incorrerebbe sarebbe quello di ledere la libertà di manifestazione del pensiero.²⁵⁷

Il concetto di eversione che indica il “*sovertimento dell’assetto costituzionale esistente*”, non differisce da quello di sovversione utilizzato nell’art. 270. Il fine di terrorismo non è invece coesistente a quello di eversione, infatti, il pericolo per le istituzioni costituzionali può derivare anche dalla esistenza di un’associazione che persegua esclusive finalità eversive.

La novella del 2001 ha avuto il merito di conferire autonomia all’associazione che si propone il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo rispetto all’associazione che si propone il compimento di atti di violenza con finalità di eversione dell’ordine costituzionale. Infatti, così come era già stato sottolineato dalla dottrina maggioritaria, i due concetti vanno tenuti distinti in quanto possono essere compiuti atti terroristici finalizzati al raggiungimento di obiettivi economici orientati a minare l’ordine democratico di uno Stato, mentre la finalità eversiva può essere perseguita tramite atti non implicanti lo spargimento del terrore nella collettività.²⁵⁸

²⁵⁵ Cass. pen. sez. I, 8 ottobre 1984, n. 2090. In dottrina, F. Viganò, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cassazione Penale* 2007, 3975. Secondo l’autore, il requisito giurisprudenziale non allude alla necessità di individuare l’obiettivo criminoso ma alla “*insufficienza della mera condivisione di una ideologia “violenta” o “eversiva” e alla necessità, all’opposto, di un concreto passaggio all’azione dei membri del gruppo: in forma di attività preparatorie rispetto all’esecuzione dei reati-fine o quanto meno sotto forma di struttura organizzativa idonea alla concreta messa in opera del programma di violenza*”.

²⁵⁶ V. per tutti, Cass. pen. sez. I, 15 giugno 2006, in *Diritto e Giustizia* 2006, 82.

²⁵⁷ F. Viganò, cit., 3974-3976.

²⁵⁸ G. Fiandaca, E. Musco, cit. 47. V. anche E. Rosi, *Le modifiche al diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale. Modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, a cura di AA. E. Rosi, S. Scopelliti, Milano, 2006, 62; A. Valsecchi, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Diritto penale e processo* 2005, 1222.

Per quanto riguarda l'attività di indagine finalizzata all'acquisizione di elementi di prova in ordine all'esistenza di un gruppo terroristico internazionale, l'esperienza ha dimostrato che l'individuazione delle "cellule" terroristiche potrebbe essere favorita da una serie di attività condotte in forma organizzata: il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina dei militanti nei Paesi in cui dovranno agire ovvero dai quali dovranno muovere per l'azione; il procacciamento di falsi documenti di identità o permessi di soggiorno; la raccolta del capitale finanziario per il raggiungimento degli scopi criminosi; l'approvvigionamento di materiali esplosivi di sostanze tossiche. Nel caso di terrorismo di matrice islamica-fondamentalista, l'attività di indagine dovrebbe anche tenere conto di eventuali opere di proselitismo poste in essere tramite video o documenti di propaganda fatti circolare nelle moschee o negli ambienti islamici in generale.²⁵⁹

In materia di valutazione probatoria di fatti di terrorismo internazionale, alcuni criteri direttivi vengono forniti dalla Suprema Corte. Secondo il *dictum* della Corte, l'attività d'indagine deve anzitutto considerare la rete internazionale all'interno della quale viene ad operare il gruppo (o i gruppi) operanti nel territorio nazionale, inserendo l'attività realizzata dalla singola "cellula" terroristica all'interno del quadro complessivo del sodalizio. Proprio in considerazione del carattere extraterritoriale del fenomeno, compito del giudice sarà quello di tenere conto non solo di atti notori, ma anche dalla presenza di

L'autonomia tra i due concetti ha trovato ulteriore conferma a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 270-*sexies* che ha fornito la definizione normativa di "condotte con finalità di terrorismo". Con il decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, emanato in seguito agli attentati londinesi del precedente 7 luglio, il legislatore ha introdotto una norma interamente dedicata alla individuazione delle condotte con finalità di terrorismo. In particolare, sono considerate con finalità di terrorismo, a norma del nuovo art. 270 *sexies*, «*le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i pubblici poteri o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto diretto a destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da Convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia*».

²⁵⁹ F. Roberti, cit., 454.

documenti quali sentenze e provvedimenti adottati da organismi internazionali apprezzando l'intero compendio indiziario.²⁶⁰

3.1 Omicidio.

Lo Stato protegge la vita umana come bene supremo a tutela dell'interesse dell'individuo e della collettività. L'omicidio – inteso come «uccisione di un uomo cagionata da un altro uomo con un comportamento doloso o colposo e senza il concorso di cause di giustificazione»²⁶¹ – è disciplinato dall'art. 575 del codice penale ed è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno.

Affinché si configuri il reato è necessario che il soggetto agente abbia posto in essere una condotta criminosa nei confronti di una persona diversa ed ancora in vita. Giova precisare che il nostro ordinamento tutela la vita dell'uomo *in modo pieno*²⁶² e la qualità di “uomo” non viene ricondotta al momento della nascita ma a quello ad esso immediatamente precedente, ossia al momento del distacco del feto dall'utero materno, riconoscendo pertanto al feto la capacità di essere portatore di vita autonoma.²⁶³ Ai fini dell'integrazione della fattispecie criminosa, è necessario che il soggetto passivo della condotta omicida sia persona vivente. Il reato si consuma con la morte della persona ed è configurabile tanto nella forma del tentativo compiuto che in quello incompiuto.

Dall'intenzione dell'agente – concepita come generica tensione della volontà verso la commissione di un reato – discende la tripartizione del genere di omicidio in doloso, preterintenzionale e colposo delineata dal Carrara a cui si rifà la dottrina prevalente che individua lo “*stato*” dell'intenzione come elemento essenziale del delitto.²⁶⁴

²⁶⁰ Cass. pen. sez. II, 16 marzo 2005, n. 10450.

²⁶¹ F. Antolisei, A. Rossi, C.F. Grosso, cit., 10.

²⁶² L. Serianni, *Omicidio*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, 1990.

²⁶³ A.R. Latagliata, *Considerazioni sulla rilevanza penale del feticidio non commesso per causa di onore*, in *Archivio Penale* 1971, 15.

²⁶⁴ F. Carrara, *Programma del corso di Diritto criminale, parte speciale*, I, Lucca, 1881, 125.

Ai fini della configurazione dell'omicidio doloso, l'agente deve non solo rappresentarsi, ma anche volere la morte della vittima come conseguenza della propria azione o omissione.²⁶⁵

Le diverse forme di dolo nell'omicidio vengono identificate in base al diverso modo di volere l'evento. Quando il soggetto si rappresenta l'evento in termini di mera possibilità *accettandone il rischio* si parlerà di dolo eventuale; quando l'evento si rappresenta come probabile o certo si parlerà di dolo diretto; quando l'evento costituisce lo scopo in vista del quale il soggetto agisce si parlerà di dolo intenzionale.

A differenza del progetto preliminare al codice penale e dei codici che lo avevano prima preceduto, il nostro codice non riporta "*il fine di uccidere*" nella definizione di omicidio doloso. Una parte della dottrina ritiene che la scelta del legislatore sia coerente alla previsione di diverse figure di omicidio - il riferimento va principalmente all'omicidio indiretto o eventuale - in cui viene a mancare *l'animus occidendi o necandi*. Per sussistere il dolo nell'omicidio sarà, pertanto, sufficiente che si verifichino le condizioni fornite dall'art. 43 c.p.²⁶⁶

Nel valutare la sussistenza della volontà di uccidere, il giudice deve effettuare un accertamento che non può essere fondato su un'indagine rivolta alla realtà interiore dell'agente, ma deve basarsi su dati esterni non aprioristicamente determinati e alla luce di massime di esperienza. Sono stati individuati, tra l'altro alcuni elementi indizianti di tipo soggettivo o oggettivo a seconda che afferiscano all'autore del fatto ovvero alla modalità della condotta. Tra i primi rientrano i motivi a delinquere, l'indole dell'agente e le di lui condizioni fisico-psichiche quando ha commesso il fatto, i suoi rapporti con la vittima, l'atteggiamento soggettivo dell'autore in casi simili con la vittima stessa o terzi nonché la condotta tenuta prima, durante e dopo il delitto. Tra gli indizi afferenti alla volontà di uccidere rientrano, invece, la natura dell'arma o degli strumenti utilizzati, le circostanze da cui è scaturita la condotta, l'intensità e le

²⁶⁵ P. Muscolo, *L'omicidio volontario*, Latina, 1978; M. Finzi, *La intenzione di uccidere*, considerata in relazione ai vari modi coi quali può commettersi un omicidio, Milano, 1954.

²⁶⁶ L. Masera, *I delitti contro la vita, Delitti contro l'integrità fisica*, in AA.VV., *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di AA. F. Viganò e C. Piergallini, Torino, 2015.

modalità e la violenza dell'aggressione, la direzione e il numero di colpi inferti, la distanza dell'arma al bersaglio, la 'qualità' della ferita e la parte del corpo colpita o presa di mira.²⁶⁷

In criminologia, l'omicidio viene considerato come il delitto "*primordiale*", "*originale*" e "*naturale*".²⁶⁸ L'omicidio, così come l'aggressione, può verificarsi per motivi e con *modus operandi* differenti. Secondo la teoria elaborata dai criminologi Ferracuti e Wolfgang, nei cosiddetti "*omicidi normali*" si individuano due tipi di comportamento: da una parte, l'omicidio premeditato, volontario, intenzionale, pianificato e razionale e, dall'altra, l'omicidio come risultato di uno stato emotivo violento della volontà di ledere senza intenzione di uccidere.²⁶⁹

Per interpretare l'omicidio occorre, inoltre, mettere in relazione le motivazioni e gli obiettivi, in quanto vi sono episodi di omicidio in cui gli aggressori, nel commettere il fatto, perseguono una "*motivazione strumentale*" ossia mirano ad un risultato - un guadagno - consistente; vi sono poi "*motivazioni espressive*" che derivano da passionalità o emotività ovvero ancora da desiderio di rivincita o vendetta. Il motivo si può pertanto definire come l'idea sotto la cui influenza si decide di agire in un certo modo, ma questo agire è solitamente l'attuazione di un'azione che era già stata precedentemente pensata. Esso assume caratteristiche varie e diverse a seconda dei casi specifici, può essere vero o falso, reale o prodotto da stati mentali alterati, conscio o inconscio, temporaneo o permanente ma sempre collegato a fattori esterni e ambientali.²⁷⁰

Per quanto riguarda le esigenze cautelari in materia di delitto di omicidio, queste possono essere soddisfatte con modalità alternative alla custodia in carcere. La Corte Costituzionale con sentenza 12 maggio 2011, n. 164, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, terzo comma, nella parte in cui prevede obbligatoriamente la custodia cautelare in carcere, a meno che non risulti che non sussistono esigenze cautelari. Non è fatta salva, invero,

²⁶⁷ M. Ronco, *codice penale commentato online*, cit., 19.

²⁶⁸ L'uccisione di Abele da parte di Caino narrata nella Genesi viene infatti considerata il prototipo dell'omicidio.

²⁶⁹ F. Ferracuti, M.E. Wolfgang, *Il comportamento violento*, Milano, 1966, 235.

²⁷⁰ A. Balloni, R. Bisi, R. Sette, *Principi di criminologia applicata*, cit., 130-132.

l'ipotesi in cui siano acquisiti, in relazione alla fattispecie concreta, elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure²⁷¹.

3.2 Prostituzione minorile.

Il reato di prostituzione minorile è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge 3 agosto 1998, n. 269, recante “Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di schiavitù”, e successivamente modificata dalla legge 6 febbraio 2006, n. 36. Con l’entrata in vigore della Convenzione del Consiglio d’Europa del 2007 per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale (*Convenzione di Lanzarote*),²⁷² e la relativa legge di ratifica (legge 1 ottobre 2012, n. 172) le norme di cui sopra sono state ulteriormente modificate.

La nuova fattispecie di reato disciplinata dall’art. 600-bis, punisce la condotta di «chiunque induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto ovvero ne favorisce o sfrutta la prostituzione» (primo comma). La legge, n. 172/2012 ha adempiuto al principio di determinatezza delle disposizioni penali inserendo accanto alle condotte di favoreggiamento e sfruttamento, quelle di reclutamento, gestione, organizzazione, controllo e di trarre profitto. La volontà del legislatore è quella di prevedere una norma a più fattispecie che porterà al concorso di reati nel caso di realizzazione di una pluralità di condotte. Il secondo comma incrimina «chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in denaro o altre utilità, anche solo promessi», è prevista altresì un’aggravante al terzo comma allorquando la condotta di cui al secondo comma venga commessa nei confronti di minore di anni sedici. La

²⁷¹ Sulla medesima questione v. Corte cost., 23 novembre 2011, n. 312 e Corte cost., 21 luglio 2011, n. 225.

²⁷² La Convenzione di Lanzarote, entrata in vigore il 1° luglio 2010, è il primo strumento internazionale con il quale si prevede che gli abusi sessuali contro i bambini siano considerati reati. La Convenzione disciplina le fattispecie di reato più diffuse in questo campo (abuso sessuale, prostituzione infantile, pedopornografia, partecipazione coatta di bambini a spettacoli pornografici) nonché i casi di *grooming* (adescamento attraverso internet) e di turismo sessuale.

disposizione del 2012 è intervenuta ad innalzare il trattamento sanzionatorio.

273

3.3 Pornografia minorile.

La legge, n. 172/2012 ha modificato anche il reato di pornografia minorile disciplinato dall'art. 600-ter, questo è stato oggetto di ulteriore modifica ad opera del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 39, recante "Attuazione della direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile" che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI.

L'articolo così novellato punisce il fenomeno della produzione del materiale pornografico di esibizioni e spettacoli pornografici e il reclutamento e l'induzione di minori a partecipare o, e trarne profitto, al primo comma. A questa disposizione di carattere generale, nei commi successivi, vengono contemplate le ipotesi di reato connesse al commercio, distribuzione, divulgazione o pubblicazione di tale materiale e la sua cessione, anche a titolo gratuito ed anche le condotte di distribuzione o divulgazione di «notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale» dei minori. Si tratta di reato doloso avente carattere residuale, la cui applicabilità è quindi condizionata alla mancata commissione di un fatto più grave.²⁷⁴

La norma disciplina le condotte accessorie al terzo comma, consistenti in strumenti atti a pubblicizzare e diffondere il materiale pornografico. Accanto alla diffusione di notizie generiche e informazioni specifiche su minori più facilmente assoggettabili all'adescamento o allo sfruttamento, queste costituiscono, "il presupposto iniziale" per le condotte di pedofilia elencate nella disposizione.²⁷⁵

²⁷³ F. Antolisei, cit., 196-197.

²⁷⁴ Appare opportuno specificare che l'offerta o la cessione a titolo gratuito non rientrano nelle fattispecie per le quali è prevista la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere.

²⁷⁵ A. Cadoppi, *sub art. 600-ter e II comma, c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di AA. A. Cadoppi, Padova, 2006.

3.4 Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile.

Le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, disciplinate dall'art. 600-*quinques*, prevedono che «*chiunque organizza o propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di finalità di prostituzione a danno di minori o comunque comprendenti tale attività*» è punito con la pena della reclusione e pecuniaria. Per la configurazione del reato, il viaggio deve avere l'esclusiva finalità di fruire della prostituzione minorile o comunque comprendere attività funzionali a tale scopo. È inoltre prevista un'aggravante nel caso in cui si tratti di minori di anni quattordici.²⁷⁶

L'intera fattispecie, così come le precedenti, è costruita in modo tale da punire tutte quelle condotte che possono arrecare un pregiudizio allo sviluppo psicofisico del minore che compie o subisce atti sessuali al fine di appagare l'istinto sessuale altrui, senza richiedere che ne derivi alcun profitto materiale.²⁷⁷

3.5 Disposizioni comuni per le fattispecie di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* così come delineate dagli artt. 609-*sexies*, 609-*septies*, 609-*nonies*, 609-*decies*.

Con la sentenza n. 322 del 24 luglio 2007, la Corte Costituzionale ha stabilito che nessuna scusante potesse essere invocata da chi compie un atto di violenza sessuale nei confronti di una persona con meno di quattordici anni. In particolare, riprendendo le parole della Corte: «*il giudizio di inevitabilità postula, in chi si accinga al compimento di atti sessuali con un soggetto che appare di giovane età, un «impegno» conoscitivo proporzionale alla pregnanza dei valori in gioco, il quale non può certo esaurirsi nel mero affidamento nelle dichiarazioni del minore: dichiarazioni che, secondo la comune esperienza, possono bene risultare mendaci, specie nel particolare*

²⁷⁶ F. Antolisei, cit., 213.

²⁷⁷ B. Romano, *La tutela penale della sfera sessuale*, Milano, 2008, 147ss.

contesto considerato. E ciò fermo restando, ovviamente, che qualora gli strumenti conoscitivi e di apprezzamento di cui il soggetto attivo dispone lascino residuare il dubbio circa l'effettiva età -maggiore o minore dei quattordici anni - del partner, detto soggetto, al fine di non incorrere in responsabilità penali, deve necessariamente astenersi dal rapporto sessuale giacché operare in situazione di dubbio circa un elemento costitutivo dell'illecito (o un presupposto del fatto) - lungi dall'integrare una ipotesi di ignoranza inevitabile - equivale ad un atteggiamento psicologico di colpa, se non, addirittura, di cosiddetto dolo eventuale".²⁷⁸

I delitti di cui agli articoli in discussione sono perseguibili a querela di parte, appare evidente che toccando la vita intima della persona occorre che sia la persona stessa ad avere la facoltà di scegliere se evitare un procedimento penale. Una volta presentata la querela questa è *irrevocabile* considerata la possibilità di eventuali ricatti indotti alla vittima per ritirare la querela. Deroghe alla procedibilità per querela si hanno, secondo l'art. 609-*septies*, quarto comma, allorché il fatto di cui al 609-*bis* è commesso nei confronti di persona che non ha compiuto anni quattordici, ovvero se il fatto è commesso dal genitore anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore, ovvero da altra persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia; se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni; se il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio.²⁷⁹

Infine, l'art. 609-*nonies* prevede delle pene accessorie nel caso di condanna per i suddetti reati se commessi in qualità di genitore, dalla perdita della potestà genitoriale e l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela o curatela, alla perdita del diritto agli alimenti e dei diritti successori verso la persona offesa.²⁸⁰

²⁷⁸ Corte cost., 24 luglio 2007 n. 322, in *Diritto Penale e Processo* 2007. In dottrina: M. Vizzardi, *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana Diritto e procedura penale* 2008, 1351ss.

²⁷⁹ V. Manzini, *Trattato diritto penale*, vol. VII, a cura di Nuvolone, Pisapia, Milano, 1985, 332.

²⁸⁰ F. Antolisei, cit., 241-246.

3.5.1 Violenza sessuale.

La legge 15 febbraio 1996, n. 66 ha rielaborato la fattispecie di violenza sessuale inserendola nei delitti contro la libertà personale.

Il primo comma punisce chi «*con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali*». Il secondo comma punisce la stessa condotta perpetuata tramite un abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa di qualsiasi età e che non sia in grado di opporre resistenza, ovvero tramite l'inganno per sostituzione di persona.

La violenza o l'induzione hanno per oggetto "l'atto sessuale" inteso come "ogni manifestazione dell'istinto sessuale espressa in tutte le forme in cui può estrinsecarsi la libidine".²⁸¹ La violenza deve essere, inoltre, causa effettiva dell'evento e chi la subisce deve essere realmente costretto e dissenziente.

La costrizione può essere fisica, tramite l'impiego della forza materiale, quanto psichica - *vis compulsiva* - e si esplica sia nel costringere a compiere che nel costringere a subire atti sessuali; la violenza e la minaccia devono essere tali da vincere la resistenza della vittima. La dilatazione della nozione di atti sessuali ricomprende non solo gli atti che involgono la sfera genitale ma anche quelli che riguardano le zone erogene su persona non consenziente.²⁸²

Il legislatore ha voluto frugare ogni dubbio riferendosi altresì alla ipotesi in cui le condotte sanzionate siano commesse con abuso di autorità, esplicandosi come violenza morale. Il riferimento va a quei soggetti che hanno compiti di educazione, cura, vigilanza, custodia, professione ed arte nei confronti della vittima.²⁸³

²⁸¹ Antolisei, cit., 226. V. anche: A. Pecoraro Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, 29ss.

²⁸² A. Colli, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Rivista Italiana* 1997, 1163ss.

²⁸³ M. Ventura, *Le circostanze aggravanti*, in *I delitti contro la libertà sessuale. Aggiornato al D.lgs. 4 marzo 2014, n. 39*, a cura di S. Tovani-A. Trinci, Torino, 2014, 221ss, Valsecchi, *Delitti contro l'inviolabilità e la libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in AA.VV., *Reati contro la persona e il patrimonio*, a cura di A.A. Viganò, Piergallini Torino, 2015, 285.

3.5.2 Atti sessuali con minorenni.

La fattispecie agisce in via residuale rispetto alle ipotesi di cui al 609-bis quando gli stessi fatti siano commessi con una persona che «*al momento del fatto non ha compiuto gli anni quattordici ovvero non ha compiuto gli anni sedici e il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza*». Non è invece punibile il minore che “fuori dalle ipotesi previste nell’art. 609-bis, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici se la differenza di età tra i due soggetti non è superiore a tre anni”.

La disposizione è tesa ad incriminare tutte le ipotesi di reato commesse dall’adulto cui il minore sia a qualunque titolo ‘affidato’.

Considerata la gravità dei fatti, l’ordinamento introduce una presunzione *iuris et de jure* tesa a non giustificare l’agente anche qualora ignorasse la minore età della vittima.

3.5.3 Violenza sessuale di gruppo.

La violenza sessuale di gruppo, introdotta nel nostro ordinamento dalla legge, n. 66/1996, punisce la condotta di più persone riunite che partecipano agli atti di violenza sessuale di cui all’art. 609-bis. Il forte disvalore della condotta giustifica la particolare severità della pena che il legislatore ha deciso attribuire a tali fatti. La scelta di introdurre la fattispecie di reato come autonoma è stata dettata da esigenze sociali vista la frequenza di “*aberrazioni collettive*”, soprattutto da parte di gruppi di giovani, a volte espresse anche in forma di rituali. La forte risposta sanzionatoria da parte dell’ordinamento emerge anche nella scelta di prevedere una fattispecie apposita volta a punire i singoli partecipi alla violenza sessuale di gruppo piuttosto che integrare il concorso di persone nel reato.²⁸⁴

²⁸⁴ C. Barbieri, N. Costa, A. Luzzago, *La violenza sessuale di gruppo: considerazioni criminologiche e psichiatrico-forensi*, in *Rassegna italiana di criminologia* 2005, 593; G. Fiandaca, *La cassazione definisce (ma non troppo) la violenza sessuale di gruppo*, in *Diritto Penale e Processo* 2000, 109.

A proposito della qualifica di gruppo, si ritiene che sia sufficiente la riunione di due individui finalizzata alla commissione delle condotte indicate dall'art. 609-*bis*. Trattandosi di reato plurisoggettivo proprio, ciascuna persona deve contribuire materialmente o moralmente all'azione collettiva. È sufficiente, inoltre, la commissione di un solo atto se in presenza e in funzione del gruppo.²⁸⁵

4. La *ratio* delle presunzioni assolute e relative in materia cautelare.

L'analisi delle fattispecie sostanziali consente di individuare la *ratio* della disciplina delle ipotesi di reato per cui vige una presunzione – *iuris tantum* o *iuris et de iure* – di adeguatezza della custodia cautelare.

L'assetto delineato dal codice di procedura penale in materia risale alla riforma del 2015 (legge 16 aprile 2015, n. 47), che ha di fatto trasposto nelle disposizioni codicistiche i *dicta* impartiti dalla Corte Costituzionale nel quinquennio 2010-2015.

Le numerose pronunce della giurisprudenza costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno giustificato la particolare severità del trattamento riservato agli indagati dei reati di cui agli artt. 416-*bis*, 270, 270-*bis* c.p., differenziando anche il regime di presunzione assoluta o relativa in considerazione della manifesta maggiore gravità del vincolo associativo rispetto alle altre fattispecie ricomprese nell'elenco del terzo comma, art. 275 c.p.p.²⁸⁶

A partire dalla sentenza “capostipite” delle otto pronunce di illegittimità costituzionale pronunciate in riferimento al terzo comma, art. 275, la soluzione individuata dalla Consulta per recuperare le garanzie costituzionali - che, in linea di principio, confliggono con la vigenza di una presunzione atta a limitare la libertà personale di un soggetto prima dell'intervento di una sentenza

²⁸⁵B. Romano, *Dalla violenza carnale in concorso alla violenza sessuale di gruppo: questioni intertemporali e problemi definitivi*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone* 1997, 144ss.

²⁸⁶V. le già cit. Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 450 del 1995 e C. Eur. Dir. Uomo, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, ricorso n. 60851/00.

definitiva di condanna volta ad accertarne la colpevolezza - si basa su regole probatorie.²⁸⁷

La ragionevolezza di una deroga talmente vistosa ai principi generali all'interno dell'ordinamento è stata individuata nella regola di esperienza sufficientemente condivisa dell'*id quod plerumque accidit*. Come ripete un *refrain* costante nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: "*l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia 'agevole' formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*".²⁸⁸

L'opera di 'salvataggio' delle presunzioni in commento da parte della Corte Costituzionale non è quindi avvenuta sulla base di regole di diritto sostanziale, che andrebbero a delineare un "diritto penale d'autore", ma per mezzo di regole probatorie.

Le diverse decisioni della Consulta hanno ritenuto viziata di illegittimità costituzionale la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare per i reati violenti, mentre hanno fatto salva la rigorosa scelta legislativa nel caso in cui si trattasse dei reati di associazione mafiosa e di associazione con finalità eversive dell'ordine democratico, in base al principio di offensività, assunto quale "*canone orientativo fondamentale per una politica criminale razionale*".²⁸⁹

L'esperienza del fenomeno mafioso ha dimostrato come la stabilità del sodalizio e il "mutuo soccorso" che lega i singoli associati si presentassero con una forza tale da rappresentare una seria minaccia per la tutela dell'ordine democratico e la sicurezza dello Stato. Per queste ragioni, la soluzione tesa ad ovviare ai *pericula*, sembra essere la custodia cautelare, in quanto idonea a "*tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti*

²⁸⁷ Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265.

²⁸⁸ V. per tutti Corte cost., 23 maggio 2012, n. 139; Corte cost., 12 luglio 2012, n. 172., richiamate dalla sentenza del 2010 in commento.

²⁸⁹ V. Manes, cit., 461.

*personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti”.*²⁹⁰

L’espandersi del fenomeno mafioso ha raggiunto dimensioni tali da minare le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva e portare lo Stato a costruire un sistema speciale e parallelo a quello ordinario di risposta ai fenomeni delittuosi. L’esigenza cautelare di rispondere ai delitti di stampo mafioso con l’estrema misura cautelare, non è dettata solo dagli innumerevoli reati collegati al contesto di criminalità organizzata – reati di per sé connotati da un alto coefficiente di pericolosità - ma anche e soprattutto per l’alone di omertà e d’intimidazione che circonda il contesto mafioso e che lo rende così saldamente radicato al territorio. Queste caratteristiche hanno ostacolato la magistratura e gli organi di polizia nelle attività di indagine volte all’individuazione dei responsabili e al reperimento delle fonti di prova dei diversi reati riconducibili al medesimo disegno criminoso.

La specificità del vincolo è tale che l’orientamento costante della giurisprudenza ritiene superata la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari nei soggetti gravemente sospettati dell’art. 416-*bis* solo allorquando *“siano acquisiti elementi tali da dimostrare in concreto un consistente ed effettivo allontanamento del soggetto rispetto all’associazione come nel caso del soggetto che dimostri di essersi allontanato da anni dal territorio sottoposto all’egemonia del gruppo criminale [...] e di avere ormai radicalmente “cambiato vita” o, ancora, al soggetto che abbia avviato un percorso di collaborazione serio e così rilevante da farsi “terra bruciata” attorno, di tal che un suo rientro nell’organizzazione si appalesi irrealizzabile”.*²⁹¹

Le considerazioni sopra esposte in materia di associazionismo mafioso non differiscono di molto rispetto a quelle in materia di terrorismo e fenomeni eversivi dell’ordine costituzionale.

²⁹⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, ricorso n. 60851/00.

²⁹¹ Cass. pen. sez. VI, 28 marzo 2018, n. 15753 che richiama la giurisprudenza della Suprema Corte, in particolare: Cass. pen. sez. V, 14 settembre 2017, n. 47401; Cass. pen. sez. II, 3 febbraio 2017, n. 19283; Cass. pen. sez. VI, 27 giugno 2013, n. 32412; Cass. pen. sez. VI, 29 gennaio 2014, n. 9748.

Quando il legislatore ha per la prima volta introdotto nel codice penale l'aggravante mafiosa, ha di fatto trasferito gli strumenti utilizzati per il contrasto del terrorismo alla fattispecie *de qua*; si è infatti rivisto nelle metodologie mafiose un ricordo di quelle terroristiche e nelle sue finalità una forma di sovversione dell'ordine democratico.

La compagine mafiosa è stata vista come il nuovo “*nemico dello Stato*”²⁹² sostituitosi alle associazioni terroristiche. Le metodologie non differiscono tra di loro: dalle stragi agli attentati, all'uccisione di uomini politici, magistrati, rappresentanti delle forze dell'ordine e così via. Connotati che risolvono qualsiasi dubbio circa l'inserimento dei reati-fine all'interno di un programma volto a destabilizzare le istituzioni.²⁹³

Anche per quanto riguarda le ipotesi di reato individuate dagli articoli 270 e 270-*bis* c.p., è la forza dell'organizzazione criminosa che lega i singoli membri facenti parte della rete a poter giustificare la massima misura cautelare come unico strumento idoneo a spezzare il collegamento tra le “cellule”. In genere, alle reti non è solo sotteso un gruppo strutturato ed organizzato, ma anche una connessione transazionale composta dalle diverse cellule, “*fatta di legami umbratili e omertosi*”²⁹⁴ che si avvale di canali di comunicazione difficili da scoprire e penetrare.

Sebbene la Corte Costituzionale abbia chiarito, nella sentenza n. 265 del 2010, come non possa essere la natura associativa della fattispecie di reato a determinare la particolare severità del trattamento riservato all'individuo *ante iudicatum*, è il dato empirico ad avere dimostrato come siano le caratteristiche proprie del legame intercorrente tra i membri del sodalizio – mafioso o terroristico – a consentire di presumere la sussistenza delle esigenze cautelari.

Nel tentativo di ricondurre la disciplina al dettato codicistico, emerge come possa facilmente essere presunto tanto il concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, quanto il pericolo di fuga. Considerata

²⁹² A. Macchia, P. Gaeta, “*al fine di...*”: ancora qualche riflessione su aggravante di agevolazione dell'associazione mafiosa e metodo giurisprudenziale, in *Cassazione Penale* 2021, 2659.

²⁹³ Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, X legislatura, A.S. n. 2808, cfr. A. Macchia, P. Gaeta cit., 2659.

²⁹⁴ V. Manes, cit., 466.

la “stabilità” del vincolo solidale che lega i singoli associati, è presumibile che questi offrirebbero “mutuo soccorso” per insabbiare le fonti di prova ovvero favorire la fuga.²⁹⁵

Le ulteriori caratteristiche dei fenomeni mafiosi e terroristici consentono di presumere che ci si trovi davanti a fattispecie gravi di reato e di ritenere sussistente il *periculum* di cui alla lettera *c* dell’art. 274 c.p.p. I delitti in questione hanno avuto delle portate enormi in materia di sicurezza e ordine dell’assetto democratico, oltre ad avere in qualche modo intaccato la figura stessa dello Stato; infatti, come già accennato, anche all’associazionismo mafioso può essere riconosciuta una finalità eversiva dimostrata dal fatto che si è parlato di un vero e proprio stato parallelo e illegittimo interno a quello costituito.

Pertanto, l’opera di “*chirurgia giuridica*” effettuata dalla Consulta ha avuto il pregio di ricondurre, entro parametri costituzionalmente accettabili, le deroghe alla disciplina generale, mantenendo inalterata la presunzione assoluta solo in riferimento a poche e particolarmente allarmanti ipotesi di reato. I connotati delle fattispecie in questione, correlati dal dato empirico e dall’esperienza storica, hanno dimostrato che si tratti di fattispecie che necessitano di una ‘cautela speciale’ fin dalla prima fase di istaurazione del procedimento penale.

Per quanto riguarda le fattispecie di reato assoggettate al regime di doppia presunzione relativa, pare che per comprendere la scelta di mantenere un regime presuntivo ‘attenuato’, occorra ragionare *a contrario* dalle motivazioni

²⁹⁵ Per quanto riguarda l’associazione mafiosa, la relazione del giudice Falcone prima citata funge da testimonianza circa la maggiore difficoltà nel reperire mezzi di prova rispetto ad altre ipotesi di reato. È emerso, infatti, come la struttura organizzativa sia in grado di rendere difficilmente reperibili i riscontri della sussistenza del sodalizio e che solo il metodo di ricerca volto a scovare gli ingenti movimenti di denaro derivanti dalle attività illecite consenta di risalire alla struttura organizzativa e alle sue dinamiche interne.

Non diversamente, le caratteristiche del fenomeno terroristico conducono a ritenere ragionevole la presunzione di sussistenza dei *pericula* indicati nelle lettere *a* e *b* dell’art. 274 c.p.p., in considerazione del “vincolo ideologico” che lega i singoli membri. La struttura dei gruppi terroristici internazionali è caratterizzata al suo interno da una flessibilità tale da consentire alla stessa di operare contemporaneamente in più Stati. Anche in questo caso, solo tramite la custodia cautelare, gli organi competenti potranno effettuare le opportune ricerche senza una manomissione da parte degli altri membri (volte ad inquinare il materiale probatorio ovvero a favoreggiare la fuga dell’indagato).

atte a consentire il mantenimento della presunzione assoluta per le fattispecie associative.

Dalle decisioni della Corte Costituzionale, emerge che l'adeguatezza della misura custodiale non può ricavarsi né dalla gravità astratta del reato, né dalla natura o dall'elevato rango dell'interesse tutelato. È opinione comune, infatti, che se questi fossero i criteri che giustificano un automatismo in sede cautelare, non si spiegherebbe perché molti e altri delitti ne resterebbero esclusi (il riferimento va a delitti di strage, devastazione o saccheggio, rapina ed estorsione aggravate, produzione, traffico e detenzione illeciti di stupefacenti). Si vede come, in tal caso, si potrebbe allargare indefinitamente il novero dei reati sottratti al principio in parola fino a tramutare la natura dell'istituto stesso. Ancora, non sarebbe ragionevole e risulterebbe viziata di illegittimità costituzionale la presunzione avente quale fonte di legittimazione l'esigenza di contrastare situazioni causanti un allarme sociale in un certo periodo storico per l'accrescimento statistico di alcuni delitti. Proprio questa tendenza è stata criticata – come si è già visto – al legislatore del 2009.²⁹⁶

La Corte Costituzionale ha preferito non adottare un approccio massimalista (né orientato nel senso di una completa mancata previsione delle presunzioni in materia cautelare - come fatto dal codice dell'88 - né un massimalismo del tipo delle riforme del '91 e del 2009, di eccessivo ampliamento delle fattispecie). In considerazione della scelta di non sostituirsi al legislatore, ma agendo tramite lo strumento delle sentenze interpretative-creative,²⁹⁷ è stato elaborato un terzo modello riconducibile all'art. 275, terzo comma.; i reati in questione rimangono così assoggettati ad un regime cautelare speciale, tuttavia attenuato dalla natura relativa – e quindi superabile – della presunzione di adeguatezza della custodia carceraria e, perciò, non incompatibile con il quadro costituzionale di riferimento.

La sentenza del 2010 ha applicato alla fattispecie una regola logica di tenuta della presunzione, per cui maggiore è l'ampiezza delle fattispecie considerate,

²⁹⁶ P. Tonini, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per un'effettiva tutela dei principi costituzionali*, Convegno Annuale ASPP, Trento, 11-13 ottobre 2013, 72.

²⁹⁷ *Ibidem*.

minore sarà il grado di resistenza della presunzione. Le diverse ipotesi ricomprendibili non possono avere la stessa gravità o il medesimo grado di allarme sociale e apparirebbe irragionevole agire in via preventiva, sussumendo la presenza di esigenze cautelari per ipotesi non riconducibili ad un *unicum*.²⁹⁸

La presunzione di adeguatezza “è suggerita da taluni aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi probatori di segno contrario”. La presunzione relativa diventa così strumento legittimo di “*semplificazione del procedimento probatorio*”²⁹⁹ che non eccede i limiti di compatibilità costituzionale ed evita l’irrazionale equiparazione dei procedimenti relativi a tali reati a quelli concernenti la criminalità di tipo mafioso, garantendo una maggiore discrezionalità al giudice nel differenziare le varie fattispecie concrete riconducibili ai paradigmi punitivi astratti.³⁰⁰

Il recupero in ottica probatoria della presunzione come strumento tecnico di semplificazione del procedimento è probabilmente stato dettato dalla constatazione che per le usuali modalità della condotta e per le caratteristiche dei delitti violenti, vi fosse una necessità di accelerare la risposta in chiave di cautela nei confronti della vittima, come affermato da autorevole dottrina.³⁰¹ L’esigenza di tutela della vittima debole nei reati di violenza assume ovviamente una configurazione diversa e porta il legislatore ad adottare un approccio maggiormente garantista. La Consulta ha fatto riferimento alla regola di esperienza e alla necessità di prevenire quello che comunemente avviene nell’ambito dei reati di questo tipo. È la tutela della vittima che impone, in taluni casi connotati da un indice di gravità e pericolosità insita, la necessità di un intervento rapido che garantisca l’allontanamento dell’indagato.

²⁹⁸ V. Manes, cit., 466 che cita la sentenza n. 265 del 2010 in relazione al delitto di violenza sessuale (609-bis) il quale «già in astratto comprende [...] condotte nettamente differenti quanto a modalità lesive del bene protetto, quali quelle corrispondenti alle previgenti fattispecie criminose della violenza carnale e degli atti di libidine violenti».

²⁹⁹ P. Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, cit., 949.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ P. Tonini, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell’allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, cit., 6.

Accanto alla tutela della vittima vulnerabile, può rinvenirsi un ulteriore nesso nel mantenimento di regimi presuntivi di adeguatezza della custodia cautelare. Per quanto riguarda i reati “*odiosi*” perpetuati a danno dei minori, le indagini istruttorie hanno rivelato come dietro i fenomeni di prostituzioni minorile, pedopornografia e iniziative turistiche volte allo sfruttamento dei minori, vi fosse una “rete” tra soggetti che si scambiano i materiali pedopornografici e che la stessa “rete” venga utilizzata per adescare i minori.³⁰²

In questo modo, la ragione volta a mantenere un regime di rigore nei confronti degli indagati di questi reati sarebbe comunque sorretta dalla maggiore pericolosità che il “reticolo” o “vincolo associativo” costituiscono rispetto alla lesione di beni giuridici (o dell’assetto costituzionale e dell’ordine democratico o della vittima debole) che subiscono una minaccia più seria rispetto a quando vengono perpetrati dal singolo individuo.

Accanto a questa riflessione, resta il dato che anche nel caso di fattispecie di reato monosoggettive (come nel caso dell’omicidio o della violenza sessuale), la presunzione di pericolosità trova la sua fonte nella lett. c) dell’art. 274: dalle modalità, dalle circostanze del fatto e dal comportamento del soggetto appare ragionevole presumere che questi possa commettere altri reati dello stesso tipo o comunque con l’uso di mezzi violenti.

La Consulta ha ritenuto di mantenere un regime differenziato perché si tratta di reati particolarmente gravi e che possono trovare la matrice in “*pulsioni occasionali o passionali*”, che variano da comportamenti *latu sensu* “*provocatori*” della vittima a tensioni maturate nei contesti sociali, familiari o di rapporti socioeconomici. Poiché l’omicidio, in particolare, ricomprende al suo interno svariate motivazioni, caratteristiche e fattispecie non necessariamente aventi la stessa gravità o indice di pericolosità, sembrerebbe contrario ai principi generali predeterminare un regime di cautela necessariamente dei più severi per soddisfare le diverse esigenze cautelari.³⁰³

³⁰² L. Giordano, *Pedopornografia: le modifiche al Codice penale della Legge europea*, in *Altalex*, 24 gennaio 2022.

<https://www.altalex.com/documents/2022/01/24/pedopornografia-le-modifiche-al-codice-penale-della-legge-europea>

³⁰³ Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164.

Nelle sentenze da ultimo citate, la Corte, ridimensionando o affievolendo il novero dei reati per cui vige il regime presuntivo, ha creato un sistema tale da consentire al giudice di rispondere alle esigenze cautelari con misure diverse e alternative a quella custodiale quando non appare *necessario* escludere in modo coatto l'imputato dal contesto di provenienza.³⁰⁴

Pare comunque opportuno interrogarsi sull'effettività delle misure alternative al carcere nelle ipotesi di reati violenti in contesti familiari. I dati statistici comunicati dall'ISTAT dimostrano come nel 2019 circa il 47,5% degli omicidi in Italia è stato compiuto in ambito familiare o affettivo, l'83.8% di questi ha come vittime le donne. Il dato dimostra come nei procedimenti giudiziari vi sia un accrescimento degli imputati per omicidio in "*contesti relazionali*".³⁰⁵

Pur non volendo 'massimizzare' la risposta cautelare, sembra che sia il dato empirico a suggerire che in ipotesi di violenza domestica le misure cautelari alternative e meno limitative della libertà personale non siano sempre in grado di rispondere alle esigenze prospettabili nel caso concreto.

³⁰⁴ P. Balducci in commento alla sentenza della Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164, in *Diritto Penale e Processo* 2011, 1221-1222.

³⁰⁵ <https://www.istat.it/it/archivio/253296>

CAPITOLO III

LA MODULAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI IN RAPPORTO ALLE ESIGENZE VECCHIE E NUOVE.

Una lettura “tra le righe” delle disposizioni codicistiche.

1. Come sono nate e si sono sviluppate le misure cautelari alternative alla custodia in carcere.

Tra i principi ispiratori della materia cautelare, il principio di gradualità è quello che mira a garantire il connotato di *extrema ratio* della custodia in carcere.

In sede di attuazione dei principi generali, il legislatore ha così previsto una pluralità di misure tese a rispondere alle esigenze cautelari indicate dall’art. 274 c.p.p., consentendo al giudice di scegliere la misura più adeguata in base all’intensità del *periculum*. L’ampio ventaglio di misure cautelari e la discrezionalità affidata al giudice – non solo nello scegliere la misura più adeguata al *periculum* del caso concreto, ma anche nelle modalità attuative della misura – permette di rivelare un’idoneità, di determinate misure cautelari, a tutelare esigenze diverse e nuove da quelle ‘tradizionali’.

Ripercorrendo la storia delle misure alternative, soffermandoci in particolare sulle scelte compiute dal legislatore nell’istituirle, si nota come all’interno del *genus* di misure alternative vengano ricomprese tipologie di misure profondamente diverse tra di loro, tanto nella *ratio* che ha portato all’istituzione delle stesse, quanto nei *pericula* che queste sono tese a cautelare.

Se la misura degli arresti domiciliari è nata come modalità esecutiva della custodia in carcere, e quindi tesa a rispondere alle medesime esigenze della stessa, le misure del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa e dell’allontanamento della casa familiare sono invece nate per

rispondere ad esigenze orientate a tutelare la persona offesa nel caso di reati compiuti contro la vittima di episodi di violenza domestica, anche e soprattutto a seguito dell'accrescersi del fenomeno e di una maggiore percezione dello stesso negli ultimi anni.³⁰⁶

Gli arresti domiciliari sono stati introdotti dalla legge, n. 532/1982 come modalità esecutiva della custodia cautelare, atta, come si diceva, a rispondere alle medesime esigenze cautelari della custodia in carcere ma “*levior*” (poiché, viste le sue caratteristiche, questa sarà con maggiore efficacia in grado di rispondere alle esigenze cautelari indicate dalle lettere *a*) e *c*) del primo comma dell’art. 274, piuttosto che al pericolo di fuga³⁰⁷). Una volta istituita, la misura veniva considerata come appartenente al *genus* della custodia cautelare in quanto misura coercitiva a carattere detentivo.³⁰⁸ Rispetto al primo approccio dottrinale, però, a seguito dell’entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, si è iniziato a sottolinearne la natura obbligatoria.

La disciplina degli arresti domiciliari sotto la vigenza del vecchio codice di procedura penale prevedeva all’art. 254 che «l’imputato in luogo di essere custodito in carcere, rimane in stato d’arresto nella propria abitazione o in altro luogo [...]». La nuova formulazione della disciplina, invece, fa oggi riferimento all’art. 284 all’*obbligo* imposto all’imputato «di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo [...]». Le due previsioni hanno, ovviamente, in comune il contenuto essenziale della prescrizione che consiste nel “*soggiorno coatto*” imposto alla persona e l’estraneazione dalla società civile, ma la differenza nella scelta dei termini utilizzati dal legislatore del nuovo codice non è priva di significato. Infatti, secondo la previsione dell’art.

³⁰⁶ Soprattutto a partire dalla riforma del 2009 (decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11) cui è seguita nel 2019 l’istituzione del Codice Rosso. In dottrina: T. Pironti, *La violenza domestica e la misura dell’allontanamento dalla casa familiare: una misura efficace (anche) in temi di coronavirus*, in *Il sole 24ore*, 9 aprile 2020., Crudo V., *Violenza domestica. La Corte Costituzionale rimedia a una grave incoerenza di disciplina e rafforza la tutela della vittima*, in *Ilpenalista.it*, 28 gennaio 2019. <https://ilpenalista.it/articoli/giurisprudenza-commentata/violenza-domestica-la-corte-costituzionale-rimedia-una-grave>

³⁰⁷ G. Spangher, *Trattato di procedura penale*, cit., 117.

³⁰⁸ M. Parentini, *Arresti domiciliari*, in *Digesto di Diritto Penale* 1992, 461.

284, la coazione fisica dell'imputato sussisterebbe solo nella ipotesi di incarcerazione.³⁰⁹

La “*conquista di civiltà*”³¹⁰ raggiunta dal nuovo codice di procedura penale nel prevedere misure alternative al fine di graduare la risposta cautelare alle diverse circostanze del caso concreto, trova la più compiuta realizzazione nella materia degli arresti domiciliari che costituisce oggi non più una mera modalità esecutiva della custodia in carcere quanto piuttosto una misura dotata di autonomia strutturale e contenutistica.³¹¹

Sebbene non si possa negare di riconoscere una valenza afflittiva al contenuto della misura che non senza ragione si trova in ordine crescente nella scala di incisione sulla libertà personale del soggetto subito dopo la custodia in carcere, non può non tenersi in considerazione il connotato obbligatorio che la caratterizza ovvero l'imposizione dell'obbligo di non allontanarsi dal domicilio o dal luogo in cui sta eseguendo la misura stessa. È evidente come sia necessaria, ai fini della corretta attuazione della misura, un'adesione da parte della persona, un'“*accondiscendenza*” dell'imputato a rispettarne il contenuto.

A differenza della custodia in carcere, infatti, la persona non è in stato di custodia con conseguente controllo permanente sui suoi spostamenti.³¹² Ed è proprio in questi termini che la misura degli arresti domiciliari non può considerarsi equiparabile al carcere. Tale constatazione non vuole rappresentare una ‘critica’ né segnalare una ‘lacuna’ nella disciplina degli arresti domiciliari, ma è una rappresentazione pratica del principio che prevede la custodia in carcere come *extrema ratio*.

L'obiettivo dello scritto non è, infatti, quello di propendere per un'abolizione della custodia in carcere – non si ritiene ancora superabile la verità dettata dal Carrara sul “*male necessario*”³¹³ – ma anzi quello di tentare di garantire

³⁰⁹ L. Follieri, *Le misure cautelari personali nel nuovo codice penale di rito*, in *Archivio della Nuova Procedura Penale* 1990, 481.

³¹⁰ M. Chiavario, *Una “carta di libertà” espressione di impegno civile: con qualche squalcitura (e...qualche patinatura di troppo)*, cit., 211.

³¹¹ G. Spangher, cit., 123.

³¹² E. N. La Rocca, cit., 1.

³¹³ F. Carrara, *Programma del corso di Diritto criminale*, cit., 125.

l'attuazione del principio di cui sopra tramite la modulazione delle misure alternative.

La misura è comunque assimilata alla custodia in carcere sotto certi aspetti. All'interno del *genus* di misure coercitive si distinguono in custodiali, che danno luogo ad uno stato di soggezione della persona che è fisicamente impossibilitata a sottrarsi al comando, e non custodiali che, invece, limitano la libertà di movimento e di circolazione del soggetto in quanto impongono in capo allo stesso una serie di obblighi o divieti cui vengono ricollegate delle sanzioni nel caso di inosservanza.³¹⁴

Pertanto, considerata la natura custodiale della misura, pare opportuno ritenere che la stessa condivida con la custodia cautelare la medesima natura e se ne differenzi e in considerazione delle “*oggettive differenze ambientali di applicazione*”.³¹⁵ Infatti, il quinto comma, dell'art. 284 statuisce che la persona sottoposta agli arresti domiciliari si considera, quanto agli effetti, in stato di custodia cautelare.

Per espressa previsione codicistica, saranno applicabili alla misura diverse disposizioni che si riferiscono alla custodia cautelare: l'interrogatorio previsto dall'art. 294 c.p.p. volto a verificare la permanenza delle condizioni di applicabilità delle misure coercitive; la riparazione per la ingiusta detenzione (artt. 314 e 315 c.p.p.); la detrazione della custodia sofferta dalla durata della pena temporanea detentiva o dall'ammontare della pena pecuniaria *ex art.* 137 c.p.; la fungibilità dei termini di durata (art. 297 cod.proc.pen); la disciplina dei termini massimi e delle misure applicabili al soggetto una volta scarcerato per decorrenza dei termini (artt. 303 sg. c.p.p.).

In particolare, la dottrina ha individuato nelle disposizioni di cui agli artt. 276 e 175-*bis* (primo comma) l'emersione della stessa natura custodiale che accomuna la custodia cautelare e gli arresti domiciliari.³¹⁶ L'art. 276 c.p.p. prevede come conseguenza automatica alla violazione delle prescrizioni degli arresti domiciliari l'applicazione della custodia in carcere ed il primo comma dell'art. 275-*bis* stabilisce che l'applicazione della custodia in carcere sia una

³¹⁴ G. Rossetto, cit., 121.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ M. M. Monaco, *Arresti domiciliari*, in *Digesto di Diritto Penale* 2004, 1-3.

conseguenza immediata al mancato consenso da parte dell'interessato all'adozione del braccialetto elettronico. Infine, la disposizione di cui al quinto comma dell'art. 386 c.p.p. prevede che l'arrestato in attesa della convalida sia *custodito* presso uno dei luoghi indicati dall'art. 284. La disposizione rende evidente la natura custodiale della misura.³¹⁷ Inoltre, la giurisprudenza ha ritenuto estensibile alla misura in commento la previsione di cui al comma 2-*bis* dell'art. 275 per quanto attiene il divieto di applicazione della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena.³¹⁸

La misura si mostra maggiormente adeguata a svolgere una funzione sostitutiva alla custodia preventiva nella prassi attuativa in quanto, come vedremo più avanti, il giudice ha una discrezionalità tale nel disporre le modalità di esecuzione da poterla rendere gravosa quasi quanto la custodia in carcere.³¹⁹

Le esigenze cui può rispondere la misura degli arresti domiciliari sono differenti. All'interno della stessa misura occorre, infatti, distinguere tra l'arresto domiciliare nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, dall'arresto in luogo pubblico di cura o assistenza. Quest'ultima previsione consente di individuare all'interno della misura cautelare una tendenza a tutelare anche esigenze diverse da quelle indicate dall'art. 274 con obiettivi assistenziali che non sono riconducibili solo alla cura degli stati patologici dell'imputato.³²⁰

A differenza degli arresti domiciliari e delle altre misure previste dal codice – istituite per rispondere alle esigenze processuali ed extraprocessuali indicate dall'art. 274 – le misure alternative di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* nascono come misure idonee a rispondere ad episodi criminosi che hanno destato un forte allarme sociale negli ultimi anni e definite misure cautelari “*a tutela dell'offeso*”. Sebbene vengano ricomprese nell'esigenza di cui alla lettera *c*, di

³¹⁷ *Ibidem*, 3.

³¹⁸ Cass. pen. sez. VI, 21 novembre 1997, n. 4542 in *Rivista penale* 1998, 816; in dottrina P. Dell'Anno, *Sulla riferibilità dell'art. 275 comma 2-bis c.p.p. anche agli arresti domiciliari*, in *Cassazione Penale* 1997, 684.

³¹⁹ V. Grevi, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in *Tribunale della libertà e garanzie individuali* (a cura del medesimo), Bologna, 1983, 1.

³²⁰ P. Ferrua, cit., 86.

fatto rispondono ad una esigenza di tutela della vittima debole di episodi di violenza domestica.³²¹

Il numero sempre in crescita di denunce per minacce, lesioni e maltrattamenti perpetrati all'interno delle mura domestiche e le non infrequenti degenerazioni in casi di omicidio rappresenta un “*problema endemico*”³²² nella nostra società.

Una volta percepita come necessaria la risposta da fornire a livello statale al dilagarsi delle ipotesi criminose intrafamiliari, il legislatore ha preso atto della insufficienza degli strumenti repressivi già presenti nell'ordinamento. Stante l'urgenza della tutela da fornire alla vittima che condivide con il suo aggressore gli spazi di vita privata e con il quale condivide la quotidianità, la risposta da fornire non poteva consistere solo nell'istituzione di un procedimento penale.³²³ Questa affermazione è vera non solo in considerazione della patologica lentezza che connota la nostra macchina giudiziaria, ma anche in considerazione dell'inefficacia della risposta sanzionatoria considerati i bassi limiti edittali previsti per quelle ipotesi di reato.

Sullo Stato incombe infatti l'obbligo positivo di proteggere la vita delle persone dai comportamenti criminosi altrui in base a quanto disposto dagli artt. 2 e 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Per garantire l'adempimento di tale obbligo, lo Stato deve dotarsi di un apparato normativo e giudiziario efficiente ed efficace. Questi obblighi trovano la loro fonte anche nella Convenzione di Istanbul, che impone di adottare tutte le misure legislative atte a garantire che la risposta penale relativa alle forme di violenza di genere e di violenza domestica siano tempestive e tali da garantire la tutela della persona in tutte le fasi del procedimento penale.³²⁴

³²¹ P. Bronzo, *Profili critici delle misure cautelari 'a tutela dell'offeso'*, cit., 3470.

³²² C. De Robbio, *Le misure cautelari personali*, Milano, 2016, 159.

³²³ V. Casalnuovo, S. Colella, cit.

³²⁴ Nonostante gli sforzi del legislatore, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha, in diverse occasioni, ritenuto inadeguate le scelte normative (C. Eur. Dir. Uomo, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, ricorso n. 41237/14 e C. Eur. Dir. Uomo, 16 giugno 2022, *De Giorgi c. Italia*, ricorso n. 10929/19). La Corte di Strasburgo ha considerato la risposta delle autorità statali di fronte alle segnalazioni di abusi di violenza domestica inefficiente e tardiva. Lo Stato italiano è stato condannato per non aver rispettato gli artt. 2 e 3 della Convenzione e non aver adempiuto agli obblighi positivi di tutela della persona vulnerabile.

Gli obblighi positivi in capo allo Stato comprendono tanto una legislazione volta a prevenire e a punire i maltrattamenti compiuti da individui privati, quanto l'applicazione della legge nel caso in cui si è a conoscenza di un rischio in capo ad una persona o di un'aggressione già avvenuta.³²⁵

Una tra le più efficaci soluzioni adottate dal legislatore è stata quella di affidare alla disciplina cautelare il compito di rispondere a tale fenomeno.³²⁶ Una volta individuata nella disciplina cautelare la 'prescelta', il legislatore ha preso atto dell'insufficienza delle misure già presenti nel nostro ordinamento a svolgere una funzione di cautela per i reati ipotizzabili. Lo sfondo emergenziale appena delineato ha quindi indotto il legislatore a creare due nuove misure cautelari: l'allontanamento dalla casa familiare ed il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. Queste nascono quindi come misure previste per una tipologia di reati e per determinati autori.³²⁷

'L'occhio di riguardo' del legislatore nei confronti della persona offesa emerge già dal sesto comma dell'art. 282-bis nella parte in cui consente l'adozione della misura *anche fuori dai limiti previsti dall'art. 280* nei casi in cui si stia procedendo per diverse ipotesi di reato tra cui: violazione degli obblighi di assistenza familiare, abuso dei mezzi di correzione o di disciplina, maltrattamenti in famiglia, riduzione o mantenimento in schiavitù, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, tratta di persone, acquisto ed alienazione di schiavi, violenza sessuale, atti sessuali con minorenne, violenza sessuale di gruppo, minacce aggravate nei confronti del coniuge o dei prossimi congiunti.³²⁸

³²⁵ C. Eur. Dir. Uomo, *Rumor c. Italia*, ricorso n. 72964/10, con nota di Conti C., *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo – Obblighi positivi dello Stato ex art. 2, in relazione a casi di violenza domestica*, in *Diritto penale e Processo* 2014, 897.

³²⁶ Le misure "a tutela dell'offeso" traggono origine dai *restraining orders* e negli *stay away orders* di provenienza angloamericana.

³²⁷ C. De Robbio, cit., 160. In giurisprudenza v. Cass. pen. sez. V, 19 marzo 2014, n. 27177.

Il fatto che la misura sia applicabile solo in queste ipotesi, sebbene non esplicitamente stabilito, trova ulteriore conferma in quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene *illegittima* l'applicazione della misura nei confronti soggetto accusato di molestie nei confronti dei vicini di casa.

³²⁸ C. De Robbio, cit., 161.

La misura di cui all'art. 282-*bis* del codice di procedura penale è stata introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento dalla legge 4 aprile 2001, n. 154. La disposizione aveva quale obiettivo quello di fornire una tutela adeguata alla vittima di comportamenti commessi all'interno dell'ambito familiare. Il contenuto essenziale della prescrizione consiste nell'obbligo di lasciare immediatamente la casa familiare ovvero di non farvi rientro nel caso in cui l'imputato già si trovi in stato di arresto o detenzione o in luogo diverso dal domicilio domestico. Accanto al contenuto essenziale, il secondo comma prevede che il giudice possa irrigidire il contenuto afflittivo imponendo all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, nel caso in cui sussistano esigenze di tutela dell'incolumità della persona offesa o dei suoi prossimi congiunti.³²⁹

Il secondo comma, originariamente previsto dall'art. 282-*bis*, ha costituito la base per la previsione di una fattispecie autonoma ad opera del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 convertito con l. 23 aprile 2009, n. 38, che ha previsto all'art. 282-*ter* la misura del divieto di avvicinamento per la quale «il giudice prescrive all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla persona offesa». Contestualmente alla previsione del codice di procedura penale, il legislatore è intervenuto introducendo l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 612-*bis* codice penale.

È stata la legge 15 ottobre 2013, n. 119 in conversione al decreto legge 14 agosto 2013, n. 93, recante “Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province” a fornire una definizione, all'art. 3, dell'espressione “*condotte di violenza domestica*”. Queste ricomprendono tutti quei comportamenti che consistono in «uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione

³²⁹ G. Casella, *Violenza di genere: la tutela della vittima nella dimensione procedimentale e processuale*, *Gender Crimes: Procedural and Trial Protections of the Victim*, nota a Cass. pen. sez. VI, 29 aprile 2016, n. 17950, in *Cassazione penale* 2019, 1388.

affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».³³⁰

Si ritiene che la misura di cui all'art. 282-ter abbia un “*doppio contenuto*”: il primo consistente in un divieto generico di avvicinarsi ai luoghi frequentati con abitudine dalla vittima ed il secondo in un obbligo specifico di restare ad una determinata distanza, assorbente il primo. Inoltre, la cautela può ampliarsi con il divieto di comunicare con la persona offesa con qualsiasi mezzo.³³¹

La disposizione ha creato alcuni problemi interpretativi con riguardo all'indeterminatezza dei luoghi ai quali l'imputato non può accedere. Gli stessi sembrano oggi superati in quanto è ritenuto pacifico che le prescrizioni mantengano un “*contenuto coercitivo sufficientemente definito*” in quella che è l'imposizione *essenziale* di “*evitare contatti ravvicinati con la vittima, la presenza della quale in un certo luogo è sufficiente ad indicare lo stesso come precluso all'accesso dell'indagato*”.³³²

Le disposizioni di cui agli artt. 282-bis e 282-ter non si differenziano molto tra loro. Con l'allontanamento della casa familiare, il giudice può comunque stabilire l'ulteriore divieto di avvicinamento a determinati luoghi frequentati dalla vittima. Questa misura è però accessoria e limitata ai soli prossimi congiunti. Il divieto di avvicinamento, invece, estende la tutela anche a soggetti legati alla vittima da relazione affettiva. Il vero elemento di novità dell'istituto è stato individuato dalla dottrina nel divieto di avvicinamento “*materiale e virtuale*” all'offeso.³³³

La prima dottrina in commento alla riforma si è immediatamente precipitata a specificare come non si trattasse di una misura cautelare “*speciale*” istituita per determinate ipotesi delittuose. Una volta introdotta nell'ordinamento, della misura si è solo sottolineato l'aspetto alternativo alla custodia cautelare, l'approccio ha quindi limitato la portata innovativa della disposizione poiché se solo questa fosse stata la funzione affidata alla misura, sarebbe stata

³³⁰ A. Bassi, *La cautela nel sistema penale, mezzi e misure di impugnazione*, Padova, 2016, 90.

³³¹ L. Collini, cit., 1 e, A. Marandola, cit., 967.

³³² Cass. pen. sez. V, 18 gennaio 2012, n. 12568 in *Cassazione Penale* 2012.

³³³ L. Collini, cit., 2.

sufficiente la previsione già presente nell'ordinamento del divieto di dimora dell'art. 283 c.p.p.³³⁴

A differenza di quella che era l'opinione della prima dottrina in commento all'introduzione di questi istituti nell'ordinamento, la dottrina più recente è pacifica nel ritenere che l'introduzione di queste misure sia dovuta ad una evoluzione del nostro sistema cautelare, non più teso a tutelare la collettività quanto la singola vittima del reato. Oggi la dottrina ritiene che l'esigenza cautelare da tutelare tramite la disposizione di queste misure sia la libertà di circolazione della persona offesa e il “*libero svolgimento della propria vita sociale in condizioni di sicurezza da aggressioni alla propria incolumità*”.³³⁵

2.I contenuti eventuali delle misure e la discrezionalità del giudice.

Il *file rouge* degli argomenti trattati è individuabile nella ‘*atipicità del vincolo*’³³⁶ che accomuna le misure previste dagli artt. 282-*bis* e 282-*ter* all'art. 284 del codice di procedura penale. Dalle possibili ‘configurazioni’ che queste possono assumere, emerge come l'orientamento della disciplina cautelare sia oggi teso e a realizzare delle forme di trattamento “*individualizzate*”, in quanto create sulla base di uno specifico *periculum libertatis*.³³⁷

Oltre ai contenuti essenziali delle misure sopra accennate, al fine di attuare i principi di gradualità e di adeguatezza ai *pericula* concreti, tanto gli arresti domiciliari che l'allontanamento dalla casa familiare e il divieto di avvicinamento sono state previste dal legislatore con ulteriori connotati eventuali, aventi carattere accessorio al fine di ‘modellare’ la misura alla persona nei cui confronti viene disposta.

Per quanto riguarda l'allontanamento dalla casa familiare, il secondo comma dell'art. 282-*bis* prevede che il giudice possa disporre anche il divieto di non avvicinarsi a determinati luoghi, *abitualmente frequentati dalla persona offesa*

³³⁴ F. Ranzatto, *Misure a tutela delle vittime delle violenze in famiglia, commento a L. 4 aprile 2001*, in *Diritto penale e processo* 2001, 1335.

³³⁵ P. Bronzo, *Ancora precisazioni sulla determinatezza del divieto di avvicinamento*, cit., 2719.

³³⁶ P. Bronzo, *Profili critici delle misure cautelari ‘a tutela dell’offeso’*, cit., 3471.

³³⁷ G. Rossetto, cit., 123.

(tra i quali il codice indica il luogo di lavoro e il domicilio della famiglia di origine e dei prossimi congiunti). L'ultimo periodo del secondo comma rimette al giudice la facoltà di imporre ulteriori limitazioni e di determinare le modalità attraverso le quali si estrinsecherà il divieto. Per espressa disposizione codicistica, gli ulteriori limiti e aggravamenti della misura vengono disposti “*qualora sussistano esigenze di tutela dell'incolumità della persona offesa o dei suoi prossimi congiunti*”.³³⁸

La prescrizione ha natura accessoria e come tale non può essere disposta in via autonoma rispetto a quella principale, ma solo contestualmente alla stessa. Così il giudice dovrà valutare la richiesta del pubblico ministero di ampliare la portata coercitiva della misura qualora sussistano le esigenze di tutela della persona offesa. La stessa richiesta del pubblico ministero dovrà ricomprendere, oltre alla descrizione del fatto principale, ulteriori dettagli relativi alla vita della persona offesa, dei prossimi congiunti e del comportamento tenuto dall'imputato.³³⁹

Tra gli obblighi accessori è compreso quello a contenuto patrimoniale del «pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto della misura cautelare disposta, rimangono prive di mezzi adeguati».³⁴⁰

La molteplicità dei vincoli che possono essere modulati dal giudice in ordine crescente di intensità è stata prevista al fine di assicurare “*una reale effettività alla tutela*” apprestata dalla misura.³⁴¹ Infatti, le prescrizioni accessorie hanno il merito di consentire al giudice di adattare l'intervento cautelare, graduandolo in base all'entità dei fatti e al *periculum* nel caso concreto.³⁴²

Appare evidente come, nell'attribuire un contenuto eventuale alla misura del divieto di avvicinamento, il legislatore abbia inteso offrire uno strumento che

³³⁸ G. Canzio, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Diritto Penale e Processo* 2010, 988.

³³⁹ A. Bassi, cit., 93.

³⁴⁰ R. Bricchetti, *Per superare le difficoltà dei nuclei indigenti al giudice penale l'arma dell'assegno alle vittime*, in *Guida Diritto* 2001, 20.

³⁴¹ G. Conso, V. Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura dei medesimi, Padova, 2015, 1134.

³⁴² Trib. di Palermo, Lo Coco, del 25-06-2001, in *Giurisprudenza di merito* 2002, 1047.

ancor più si adattasse alle ulteriori e rafforzate esigenze di tutela della persona offesa.

La misura di cui all'art. 282-ter si caratterizza per non avere un vero e proprio contenuto di base cui si aggiungono prescrizioni eventuali, per questo motivo è stata oggetto di critiche in dottrina che ha segnalato una lacuna sul piano della tassatività, a fronte del contenuto eccessivamente generico che ha portato a ritenere violato il principio di legalità.³⁴³ A sostegno dell'orientamento dottrinale, pare opportuno considerare come il primo comma dell'articolo prevede, oltre all'obbligo di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, che il giudice possa regolare la modalità attuative aggiungendo al contenuto essenziale anche l'obbligo di mantenere una determinata distanza dai luoghi frequentati ovvero prescrivere l'utilizzo delle modalità di controllo elettronico *ex 275-bis*. Il secondo comma, inoltre, applica di fatto ai prossimi congiunti o alle persone legate da relazione affettiva con la persona offesa, le prescrizioni a tutela di quest'ultima. La misura può altresì subire un ulteriore aggravamento in quanto può essere prescritto all'imputato l'obbligo di non comunicare, *attraverso qualsiasi mezzo*, con le persone indicate nei commi precedenti.

Si ritiene che il legislatore abbia appositamente redatto la norma con termini generici in quanto la discrezionalità affidata al giudice risponde al precipuo scopo di adattarla al grado del *periculum* che ritiene sussistente nel caso concreto.³⁴⁴

Le diverse previsioni e l'aggravamento della misura che il giudice dispone sono, pertanto, direttamente proporzionali alla gravità e intensità del *periculum*.

La dottrina è pacifica nel ritenere che il *periculum* si sostanzia anche in condotte "ossessive o soffocanti" o altri atteggiamenti che non necessariamente si esplicano nell'uso della violenza. Per questa ragione il terzo comma dell'art. 282-ter prevede l'ulteriore divieto di porsi a contatto con la persona offesa *con*

³⁴³ M.R. Morelli, *Art. 9 d.l. 23.2.2009*, in *Legislazione Penale* 2009, 509.

³⁴⁴ L. Pistorelli, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, in AA.VV., *Diritto Penale della Famiglia*, a cura di A.A. Riondato, Milano, 2011, 92.

qualsiasi mezzo, (tra questi la dottrina ricomprende: telefono, fax, cellulari, s.m.s. e-mail, quindi l'uso di mezzi di comunicazione telematica in generale o addirittura l'accesso ad alcuni siti). Tra le condotte “*ossessive e soffocanti*” vanno infatti incluse le scritte murarie, gli annunci sui quotidiani, l'invio di regalie ovvero messaggi lasciati sul parabrezza dell'autovettura.³⁴⁵

Ovviamente, sebbene la “*scelta di privilegio*”³⁴⁶ tenda dalla parte della persona offesa, il legislatore non ha ommesso di considerare le esigenze dell'imputato. Le restrizioni imposte alla libertà del soggetto, di fatti, trovano un limite nel caso in cui questi si trovi costretto a frequentare gli stessi luoghi della vittima per esigenze di lavoro.

La convivenza della persona offesa con l'imputato non garantisce alla stessa la possibilità di vivere in modo sereno all'interno dei propri spazi di vita quotidiani. Le misure “*a tutela dell'offeso*” si mostrano così atte a garantire quello che potrebbe definirsi un ‘*diritto alla tranquillità*’ della persona all'interno del proprio domicilio, nei luoghi da questa solitamente frequentati e che si esplica anche nel diritto a non vedere invasi gli spazi di vita privata delle persone a questa legata da rapporti affettivi.

Sebbene sia da riconoscere alle misure “*a tutela dell'offeso*” il pregio di essere una novità nel nostro sistema cautelare, alcune delle caratteristiche appena menzionate sono rinvenibili già nella disciplina degli arresti domiciliari.

Il riferimento va non solo alla possibilità offerta al giudice di graduare la misura cautelare alle esigenze del caso - data l'atipicità del vincolo³⁴⁷ - ma anche alla scelta di favore nei confronti delle esigenze di tutela della persona offesa in quanto il comma 1-*bis* dell'art. 284 prevede che il giudice, nel disporre il luogo dove eseguire la misura degli arresti domiciliari, tenga conto delle *prioritarie* esigenze di tutela della persona offesa.

Anche per la misura degli arresti domiciliari il legislatore ha previsto, oltre al contenuto ‘essenziale’, contenuti ulteriori ai commi 2 e 3. Prevedendo, da una parte, un aggravamento della misura nel senso di un maggior irrigidimento

³⁴⁵ A. Marandola, cit., 968.

³⁴⁶ P. Bronzo, *Ancora precisazioni sulla determinatezza del divieto di avvicinamento*, cit., 2719.

³⁴⁷ L. Collini, cit., 3.

delle facoltà di comunicazione del soggetto; dall'altra, un ammorbidimento dell'obbligo di non allontanarsi dal luogo di esecuzione della misura per provvedere alle esigenze lavorative ovvero alle indispensabili esigenze di vita, quando l'imputato si trovi in uno stato di indigenza tale da non consentirgli di accedere alle stesse.³⁴⁸

A tal proposito la dottrina ha parlato di uno “*sdoppiamento*” del contenuto della misura. Da una parte, “l'arresto domiciliare” che viene equiparato, come abbiamo visto e sotto diversi aspetti, alla custodia cautelare, e dall'altra, la “prescrizione domiciliare” nella quale emerge il connotato obbligatorio della misura e che la rende più vicina all'obbligo di dimora previsto dal quarto comma, dell'art. 283.³⁴⁹ Già nella Relazione al progetto preliminare emerge come l'intento del legislatore fosse quello di prevedere una misura “*minor*” di arresti domiciliari per garantire una «adeguata graduazione della cautela in relazione alle varie esigenze concrete, anche sul piano dei controlli».³⁵⁰

Sempre nell'ottica di maggior graduazione delle misure alle esigenze concrete, bisogna aggiungere che l'obbligo di dimora previsto dal quarto comma presuppone un ulteriore grado intermedio di *periculum*, rispetto tanto alla misura ‘ordinaria’ di arresti domiciliari, quanto a quella ‘ordinaria’ dell'obbligo di dimora.

Sebbene l'idea originaria fosse quella di incorrere alle esigenze dell'imputato calibrando la misura restrittiva a seconda dell'effettivo ‘grado’ di pericolo, nella realtà delle cose è facilmente identificabile una disparità di trattamento in quanto il contenuto afflittivo delle due misure non è così differente. L'obbligo di dimora ‘aggravato’, non essendo equiparato alla custodia cautelare, non vedrà applicate le disposizioni a favore dell'imputato (tra tutte l'impossibilità

³⁴⁸ A. Giarda, *Arresti domiciliari e misure alternative alla custodia cautelare in attesa del nuovo codice*, in AA.VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di A.A. Grevi, Padova, 1989, 121.

³⁴⁹ G. Rossetto, cit., 138.

³⁵⁰ Relazione al progetto preliminare (G.U. 24-10-1988, n. 93, 74). In dottrina: M. Chiavario, *Misure cautelari e libertà personale alla luce della seconda legge-delega e del nuovo progetto preliminare di un codice di procedura penale*, in AA.VV., *verso una nuova giustizia penale*, Milano 1989, 105; V. Grevi, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in *Giurisprudenza penale* 1988, 481-503.

di scomputare il periodo di sottoposizione alla cautela dalla pena finale, la riparazione per ingiusta detenzione e così via).³⁵¹

Il maggior grado di afflittività della misura dipende, peraltro, anche dal luogo di esecuzione della stessa: il tipo di domicilio non sempre è lo stesso, in questo senso si è parlato di un connotato “*classista*”³⁵² nell’attuazione della misura.³⁵³ Anche in questo senso, l’ampia discrezionalità affidata al giudice può andare nel senso di adeguare il più possibile la misura all’imputato. In particolare, sarà probabile, o comunque facilmente prevedibile, che l’imputato si dia alla fuga se in luogo troppo angusto e privo di spazi vitali, così come sarà (quasi) svuotata di qualsiasi carattere afflittivo la misura disposta nei confronti della persona particolarmente abbiente che gode di spazi piuttosto ampi dove eseguire la misura.

L’autorizzazione ad allontanarsi dalla propria abitazione può essere concessa ogni qualvolta l’imputato non possa altrimenti provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita, non necessariamente ricollegandolo quindi alla mancanza di persone che possano provvedere alle sue indispensabili esigenze. Occorre premettere che, rispetto a quest’ultimo caso in cui l’imputato è autorizzato a provvedere alle esigenze di vita, tra cui vengono ricomprese anche tutte quelle attività in cui è necessaria la presenza dello stesso (come nel caso di visite mediche o proseguimento di un programma di disintossicazione ecc.), la persona che viene sottoposta alla misura può essere autorizzata anche quando deve provvedere ad esercitare un’attività lavorativa. In questo caso il

³⁵¹ M. Parentini, cit., 5. A tal proposito G. Amato, *sub art. 284 cpp*, in *Commentario Amodio-Dominioni*, vol. III, Milano, 1989, 87: il “*tempo strettamente necessario*” in cui l’indagato può allontanarsi dalla propria abitazione per svolgere l’attività lavorativa, “*eccederà la giornata*” nelle ipotesi di lavoro a tempo pieno. Pertanto, per evitare irragionevoli sperequazioni, l’autore ritiene preferibile che il giudice sostituisca la misura dei gli arresti domiciliari con il quarto comma dell’art. 283. Non differenziare, ai fini dello scomputo dalla pena definitiva, le situazioni di chi ha eseguito la misura degli arresti domiciliari “*blandi*” da chi ha eseguito la misura senza la possibilità di allontanarsi dal domicilio per motivi di lavoro, determinerebbe una discriminazione tra imputati.

³⁵² P. Ferrua, cit., 81.

³⁵³ G. Vassalli, *Premessa al Commento articolo per articolo della l. 12/9/1982 n. 532*, in *Legislazione penale* 1983, 59.

giudice dovrà valutare il patrimonio dell'imputato al fine di disporre l'autorizzazione.³⁵⁴

L'autorizzazione ad allontanarsi dal luogo in cui la misura viene eseguita incide in modo diverso sulla libertà del soggetto e sul grado di afflittività della misura a seconda che si tratti di autorizzazione ad allontanarsi per svolgere attività lavorativa ed autorizzazione per rispondere alle indispensabili esigenze di vita. Nel caso di svolgimento di attività lavorativa, il soggetto potrebbe di fatto allontanarsi dalla propria abitazione, o da altro luogo in cui esegue la misura, per gran parte del giorno e durante i giorni feriali. In questo modo, non solo la misura viene ad assumere delle caratteristiche tali da renderla paragonabile all'obbligo di dimora previsto dall'art. 283, quarto comma, ma i cui connotati la differenziano in modo sostanziale da quella 'ordinaria'.³⁵⁵

Per quanto riguarda i presupposti atti a consentire l'autorizzazione ad effettuare l'attività lavorativa durante il regime detentivo presso la propria abitazione, la giurisprudenza ha chiarito che il giudice debba non solo valutare la condizione di *assoluta indigenza* ma altresì valutare e motivare circa la compatibilità dell'attività autorizzata con i “*vincoli e controlli funzionali a garantire il soddisfacimento delle esigenze cautelari*”. Il soddisfacimento delle esigenze cautelari è ovviamente connesso alla personalità dell'indagato e alla natura del reato. La compatibilità della misura cautelare così modificata va ragguagliata altresì alla personalità dell'indagato, ai suoi precedenti per determinare la pericolosità sociale e 'l'idoneità' al rispetto delle cautele e degli obblighi imposti in sede di prevenzione. Inoltre, l'autorizzazione deve essere concessa per il tempo strettamente necessario a provvedere alle esigenze di vita indispensabili ovvero per esercitare una attività lavorativa.³⁵⁶

³⁵⁴ D. Carcano, G. Izzo, *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990, 89.

³⁵⁵ G. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 707.

³⁵⁶ V. per tutte: Cass. pen. sez. IV, 12 maggio 2016, n. 38077. La costante giurisprudenza del S.C. esclude che la concessione dell'autorizzazione a recarsi al lavoro si configuri come un diritto del detenuto agli arresti domiciliari al punto tale da consentire attività lavorative volte a snaturare il regime cautelare disposto. Di conseguenza, la valutazione da compiere deve essere improntata a criteri di particolare rigore, tenendo conto della attività lavorativa proposta rispetto alle esigenze cautelari poste a base della misura coercitiva.

La natura della disposizione autorizzativa a svolgere lavoro all'esterno è stata oggetto di dibattito in dottrina e in giurisprudenza fino a quando a risolvere il *quesitum* non sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

La questione sottoposta al vaglio della Corte riguardava la possibilità di impugnare autonomamente l'ordinanza autorizzativa a svolgere l'attività lavorativa all'esterno della propria abitazione. Nella disciplina del vecchio codice di procedura penale, l'appello era concesso solo per le ordinanze che decidono *sulla misura dell'arresto domiciliare*, stante il principio di tassatività, quindi, il gravame non poteva essere concesso in ipotesi diverse. Anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, parte della giurisprudenza ha ritenuto che le istanze emesse ai sensi del terzo comma, art. 284 non investissero il contenuto cautelare che incide sulla libertà personale in quanto non hanno ad oggetto *“la concessione, il diniego o la revoca degli arresti domiciliari”*.

Le Sezioni Unite, invece, hanno accolto la soluzione opposta basandosi sulla disposizione dell'art. 310 del codice di procedura penale, il quale consente di proporre appello *“contro le ordinanze in materia di misure cautelari personali”*. Come si è già visto, il codice abrogato non riconosceva un'autonomia alla misura degli arresti domiciliari, qualificandola piuttosto come modalità esecutiva della custodia cautelare e l'art. 254-*quinquies* prevedeva dei limiti all'impugnabilità dei provvedimenti riguardanti la misura degli arresti domiciliari.

Il disposto del codice di procedura penale che oggi disciplina l'appello delle misure è invece chiaro nel riconoscere che le ordinanze direttamente incidenti sul contenuto della misura possano essere oggetto di separata impugnazione. Il disposto di cui al quarto comma dell'art. 284 incide infatti sullo *status libertatis* perché modifica il contenuto della misura, *“finendo per dilatare o restringere il già limitato ambito della libertà della persona sottoposta alla misura”*. Sebbene l'ordinanza in commento abbia, secondo la giurisprudenza di legittimità, natura di modalità di attuazione della misura coercitiva, questa contribuisce ad *“inasprire ovvero attenuare il grado di afflittività della privazione di libertà”*.

L'ampia discrezionalità che viene affidata al giudice nel disporre la misura deve ovviamente essere ispirata ai principi di proporzionalità e adeguatezza e nel rispetto dei diritti della persona nei cui confronti si stia attuando la misura compatibilmente con le esigenze cautelari del caso concreto (277 c.p.p.).

Nel 2003 la Corte di Cassazione ha chiarito che la natura del provvedimento autorizzativo allo svolgimento di attività lavorativa per l'imputato agli arresti domiciliari sia riconducibile alla disciplina dell'art. 277 c.p.p. e non all'art. 276, in quanto non si tratta di sostituzione o revoca della misura ma di modalità attuativa della stessa. Pertanto, a differenza di quanto ritenuto da altra giurisprudenza, si è ritenuto legittimo il provvedimento disposto dal giudice per le indagini preliminari anche senza presentazione di domanda o parere da parte del pubblico ministero.³⁵⁷ Diversamente dal caso in cui l'attività officiosa del giudice sia rivolta a modificare *in peius* le condizioni e le modalità di attuazione della misura degli arresti domiciliari. La Corte di Cassazione, in questo caso, ha riconosciuto che in assenza di richiesta o parere del pubblico ministero, il giudice non possa modificare la misura nel senso di aggravare la modalità di esecuzione della misura con un maggior inasprimento e conseguente restringimento della libertà personale.³⁵⁸

Le limitazioni alla facoltà di comunicare con altre persone diverse dai conviventi devono “*costituire oggetto di specifiche esigenze cautelari, non possono tuttavia dar luogo ad una totale soppressione dei diritti e delle facoltà spettanti ad ogni individuo*”³⁵⁹ ovvero esplicitarsi in limiti o divieti diversi da quelli previsti dall'art. 284. Nel caso in cui le limitazioni non siano oggetto di specifica conforme richiesta del pubblico ministero, il provvedimento del giudice che adotta d'ufficio tale forma di restrizione della libertà personale è nullo (artt. 178, primo comma, lett. *b*) e art. 179 c.p.p.).

Sul fatto che l'autorizzazione in commento non possa essere concessa oltre i limiti della “*assoluta indigenza*” ovvero delle “*indispensabili esigenze di vita*” dell'imputato, la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto che, a differenza di quanto sostenuto dal giudice *a quo*, l'attività lavorativa svolta dall'imputato

³⁵⁷ Cass. pen. sez. VI, 14 luglio 2003, n. 35338.

³⁵⁸ Cass. pen. sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 44701.

³⁵⁹ Cass. sez. fer. pen., *Barbieri*, 6 agosto 1995, in *Rivista penale* 1996, 519.

agli arresti domiciliari non può ricoprire la stessa funzione rieducativa che l'attività in parola svolge per il condannato in stato carcerario o domiciliare. Nel caso in cui venga disposta la concessione di allontanarsi dal domicilio per l'imputato agli arresti domiciliari viene meno il presupposto della colpevolezza della persona che consente al giudice di valutare la funzione rieducativa. Sempre in considerazione della fase predibattimentale, nella quale vengono generalmente disposte le misure cautelari, e in base alla presunzione di innocenza dell'imputato, l'ordinanza che consente l'autorizzazione può essere disposta solo entro i limiti della necessità e dell'assoluta indigenza al fine di garantire il diritto della persona di potersi sostenere autonomamente.

Estendere tale autorizzazione a casi diversi e riconoscere un diritto dell'imputato a svolgere il lavoro durante il periodo in cui è sottoposto alla misura degli arresti domiciliari, significherebbe non solo svuotare di significato l'esigenza cautelare che comunque è sottesa alla disposizione della misura ma anche elidere la differenza tra pena e misura cautelare.³⁶⁰

Le misure cautelari in commento possono essere oggetto di forti modifiche nella fase attuativa al punto da modificare il grado di afflittività della misura stessa. L'ampia discrezionalità così affidata al giudice ha il pregio di consentire di "plasmare" la misura alle esigenze della persona offesa e dell'imputato. Tuttavia, parte della dottrina non ha mancato di sottolineare come la misura degli arresti domiciliari *ex* terzo comma dell'art. 284, non risponda più ad alcun *periculum libertatis* e non risulti atta a garantire le esigenze processuali.³⁶¹ Si è sostenuto infatti che la misura disposta dal citato terzo comma (c.d. *arresto domiciliare morbido*) si aggiungesse al ventaglio di strumenti sanzionatori tendendo ad anticiparli, realizzando una "*pena composita*".³⁶²

3 Critica alla lettera c dell'art. 274 c.p.p.

Le considerazioni che precedono – che sinteticamente potrebbero essere riassunte nell'incapacità degli arresti domiciliari "*minor*" e delle misure a

³⁶⁰ Corte cost., 18 dicembre 2002, n. 532.

³⁶¹ E. Fassone che P. Ferrua, rispettivamente nel 1985 e nel 1983, non avevano mancato di sottolinearlo.

³⁶² E. Fassone, *Commento all'art. 15 l. 28-7-1984, n. 398*, in *Legislazione Penale* 1985, 208.

“*tutela dell’offeso*” di tutelare uno specifico *periculum libertatis* per salvaguardare le esigenze processuali, poiché disposte per rispondere all’esigenza a maglie (fin troppo) larghe della lettera *c* art 274 – portano a domandarsi se non sia giunto il momento di ‘*ratificare la prassi*’ e riconoscere la sussistenza di nuove esigenze cautelari. L’avvilente e retorica alternativa sarebbe quella di constatare che le riforme della disciplina cautelare prendano le mosse dalla insufficienza di altri strumenti per mobilitare e ammodernare la farraginosa macchina processuale.

Seppur diverse dalla custodia in carcere, le misure cautelari personali rivestono un carattere particolarmente afflittivo nei confronti della persona cui vengono disposte e rispondono all’esigenza – oggi non esplicitamente pronunciata – di tutela della collettività che si concilia difficilmente con la presunzione di non colpevolezza, filo conduttore dell’intera disciplina penale.

Anche questa critica non è nuova in dottrina, le “*insopprimibili istanze della difesa sociale*” tendono a strumentalizzare la misura cautelare a scopi diversi rispetto a quelli che dovrebbero esserle affidati. Per dirlo con le parole di Ferrua: “*per quanto si circonda il discorso d’un nube di cautele linguistiche e retoriche, rimane il sospetto che il sacrificio della libertà personale a fini di ‘prevenzione speciale’ o di tutela della collettività sia sostanzialmente sorretto da una premessa di colpevolezza dell’imputato*”.³⁶³

Un riconoscimento della “*polivalenza finalistica*” delle misure cautelari ha trovato luogo in una sentenza della Corte Costituzionale³⁶⁴ con un’interpretazione che ricorda l’approccio del codice Rocco, ante-Costituzione. Nella sentenza del 1974, la Consulta ha ammesso che la libertà personale dell’imputato potesse essere sacrificata anche per finalità cautelari di natura extraprocessuale, come se le funzioni delle misure cautelari avessero anche un connotato sostanziale e quindi soddisfare un bisogno di “*pubblica difesa*”.³⁶⁵

³⁶³ P. Ferrua, cit., 76.

³⁶⁴ Corte cost., 22 gennaio 1974, n. 17 in *Giurisprudenza Costituzionale* 1974, 57, con nota di M. Chiavario M., *Scarcerazione automatica e rimessione del mandato di cattura: una reformatio in peius in nome del principio di uguaglianza*, ivi, 548.

³⁶⁵ V. Grevi, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell’emergenza*, in Atti del Convegno “Enrico De Nicola” problemi attuali di diritto e

Escludendo l'ipotesi in cui la disposizione delle misure sia accompagnata dall'utilizzo dei mezzi elettronici di controllo, il punto che accomuna le diverse misure in argomento è la genericità nel contenuto ed il fatto che vengono disposte per rispondere ad esigenze extraprocessuali.

Anche nella ipotesi di domiciliari 'ordinari' o di domiciliari disposti con l'ulteriore divieto di comunicazioni con persone diverse da quelle che con la stessa convivono, il soggetto, sebbene si trovi in uno *status* assimilabile a quello custodiale, non è *in vinculis*: la persona non può considerarsi libera ma non si può ritenere che essa sia sottoposta a vigilanza continua.

Allo stesso modo, le c.d. misure "del codice Rosso" vengono predisposte per rispondere ad esigenze extraprocessuali, in particolare di tutela della persona offesa. Anche in questo caso, pertanto, sarebbe del tutto inadeguata la predisposizione della misura per rispondere alle esigenze del pericolo di inquinamento probatorio ovvero del pericolo di fuga poiché la persona non è sottoposta ad un continuo controllo.

La lettera *c* dell'art. 274 si presta in tal modo ad essere riempita dei contenuti più disparati. A differenza della previsione contenuta nel vecchio codice di procedura penale, oggi il riferimento alla tutela della collettività è venuto meno³⁶⁶ e, sebbene sia da apprezzare il tentativo di tipizzare i criteri secondo i quali il giudice dovrebbe emettere la misura sulla base della «possibilità di commettere ulteriori reati [...]», non si può negare che il contenuto della disposizione ecceda in genericità e sia teso a tutelare esigenze che sono estranee al processo.³⁶⁷

L'esigenza proietta la pericolosità del soggetto nel bisogno di tutela della collettività, "*polo dialettico sostanziale del processo*". Non volendo essere disillusi al punto tale da ritenere che la politica criminale possa rinunciare a tale strumento, è lecito domandarsi i limiti degli scopi che la materia cautelare

procedura penale, *Disfunzioni del processo penale e difesa della società: i provvedimenti provvisori*, Milano, 1983, 29

³⁶⁶ Al riguardo v. E. Marzaduri, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Digesto Penale* 1994, 11.

³⁶⁷ G. Spangher, *Trattato*, cit., il riferimento ai criteri più precisi si riferisce all'obbligo di motivazione del giudice che deve essere il più specifico e dettagliato possibile per consentire un controllo effettivo sulle ragioni giustificatrici a disporre la misura.

può perseguire.³⁶⁸ L'estraneità di questa esigenza al percorso processuale in senso stretto ha portato la dottrina a considerarla una "*discrasia rispetto all'impalcatura costituzionale in tema di libertà personale*".³⁶⁹

Come evidenziato nel primo capitolo, con l'entrata in vigore della Costituzione, una delle principali critiche mosse dalla dottrina al sistema del codice Rocco era quello del 'vuoto dei fini' delle misure cautelari che le rendeva facilmente manipolabili a perseguire obiettivi diversi da quelli meramente cautelari. L'inviolabilità della libertà personale e la presunzione di non colpevolezza che ispirano l'intero impianto codicistico di stampo accusatorio non dovrebbero, infatti, tollerare una funzione special-preventiva della materia cautelare.

Per ricondurre entro parametri certi e orientati ai principi costituzionali la materia, non può ignorarsi che la funzione special-preventiva è sì parte della disciplina penalistica, ma non rientra nell'ambito cautelare. Tale funzione è affidata alla pena, perché certa e presupponente la responsabilità della persona. La prevenzione speciale negativa, infatti, è prevista tra i legittimi scopi della pena che per-definizione è "*proporzionata alla colpevolezza dell'autore per il singolo fatto di reato commesso*".³⁷⁰

A tal proposito Viganò ha affermato che la disposizione delle misure cautelari *ex art. 274 lettera c* limitano la libertà di circolazione e di movimento della persona allo scopo di "*neutralizzarne temporaneamente la pericolosità sociale*".³⁷¹

L'ottica preventiva cui è sempre di più orientato il diritto penale è evidente anche nella creazione di fattispecie incriminatrici di atti preparatori, come nel caso dell'art. 612-*bis* del codice penale, che consentono l'attivazione della coercizione statale con l'adozione di misure cautelari e precautelari, nell'ottica di prevenire possibili future aggressioni ai beni giuridici finali.

³⁶⁸ G. Spangher, cit., 72-73.

³⁶⁹ Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976.

³⁷⁰ F. Viganò, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale* 2012, 1354.

³⁷¹ *Ibidem*.

Un altro esempio è dato dalla misura del c.d. “Daspo”, misura che consiste nel divieto di accesso nei luoghi di svolgimento di manifestazioni sportive, di competenza del Questore e sottoposto a convalida da parte del giudice. Questa può anche essere accompagnata dall’obbligo di comparire personalmente presso gli uffici di polizia nei giorni in cui si svolgono quelle manifestazioni sportive per la quali vige il divieto di accesso. La misura si applica a quei soggetti che anche se non condannati sono stati denunciati per la commissione di reati-presupposto in occasione di manifestazioni sportive ovvero per avere, nelle stesse occasioni, preso parte attiva ad episodi di violenza. Il concetto troppo generico di pericolosità e la natura della misura sono stati oggetto di discussione in dottrina ed in giurisprudenza³⁷², soprattutto a seguito dell’estensione della misura, non più solo nella prevenzione di violenze antisportive ma nel più ampio settore della sicurezza pubblica, e in particolare la legge 18 aprile 2017, n. 48 ha introdotto delle misure di “Daspo urbano” consistenti nell’ordine di allontanamento e nel divieto di accesso in determinati luoghi urbani per assicurare il decoro e applicabili nei confronti di categorie criminologiche espressione di marginalizzazione sociale. La funzione stigmatizzante e distorsiva delle misure *praeter delictum* emerge in considerazione del fatto che quest’ultima tende ad applicarsi nei confronti di soggetti quali clochard, prostitute, commercianti o parcheggiatori abusivi.³⁷³

In questo senso, il concetto di “pericolosità sociale” accomuna le misure cautelari disposte ex lettera *c* alle misure di sicurezza o misure di prevenzione. Nei confronti di colui il quale è considerato un «*pericolo per la sicurezza e per la pubblica moralità*» vengono adottare misure che lo sottopongono ad una

³⁷² La Corte Costituzionale ha sollecitato il legislatore (Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177; Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24) a conformare la misura del Daspo alle garanzie costituzionali e convenzionali, soprattutto nell’ottica di garanzia e tutela del principio di legalità-tassatività nella definizione delle fattispecie di pericolosità.

Analogamente la Corte Europea dei diritti dell’uomo (C. Eur. Dir. Uomo, *Tomislav Seražin c. Croazia*, 8 novembre 2018, ricorso n. 19120/15, con nota di A. Costantini, *Il Daspo è una “sanzione penale” agli effetti della Cedu? Riflessi in materia di ne bis in idem processuale*, in *Diritto Penale e Processo* 2019, 1158), si è interrogata sulla natura di una misura presente nell’ordinamento croato assimilabile al Daspo italiano, al fine di differenziare la natura di una misura preventiva alla pena, ha posto l’accento sul criterio teleologico della finalità (*purpose*) della sanzione: sebbene tutte le sanzioni siano di per sé afflittive, solo le misure connotate da finalità punitiva possono definirsi “pene” ai sensi della Convenzione. La finalità di impedire il verificarsi di episodi di violenza sportiva ha natura meramente preventiva.

³⁷³ A. Costantini, cit., 1165.

forte limitazione della libertà personale, i controlli e la vigilanza cui questi è sottoposta fungono da “*divulgatori dello status di inquisito*” e risultano lesivi della dignità della persona.³⁷⁴

A tal proposito, quando la Corte Costituzionale è stata chiamata ad esprimersi sulla compatibilità con i dettami costituzionali delle misure di prevenzione ha chiarito che il concetto di “pericolosità sociale” della persona nei cui confronti viene disposta la misura tende non più ad essere di carattere generico ma specifico, individuando una ‘categoria di delitti’.

A seguito della sentenza *De Tommaso contro Italia*, infatti, la Corte EDU ha considerato contraria alle disposizioni convenzionali la mancata tipizzazione dei comportamenti e delle circostanze che rendono una persona ‘socialmente pericolosa’. La Consulta ha così illustrato come la tendenza giurisprudenziale – della stessa e anche della Suprema Corte – sia oggi nel senso di riconoscere una “*pericolosità qualificata*” e non più generica, tesa a garantire alla persona di poter prevedere le conseguenze dei propri comportamenti e di non vedersi applicate delle misure che, similmente a quelle cautelari, si caratterizzano per un’ampia discrezionalità affidata all’autorità decidente.³⁷⁵

Il concetto di pericolosità non più generica che si sta sviluppando negli orientamenti giurisprudenziali corrisponderebbe allora ad una ‘*tipizzazione del pericolo*’.

Ed è in questi termini che emerge l’altro obiettivo di questo scritto ovvero una presa di coscienza di quello che è l’attuale utilizzo delle misure cautelari nel nostro sistema e che vuole tentare di recuperare le esigenze di tutela della persona tramite una maggiore discrezionalità rilasciata all’organo giudicante. Lo sforzo esegetico consisterebbe nell’“allentare la presa” su una rigida tipizzazione delle misure cautelari e tendere piuttosto a ‘tipizzare il pericolo’ che sta alla base dell’adozione della misura.

Stante che i fenomeni di cui trattiamo presentano un connotato emergenziale e che la persona da questi offesa è particolarmente vulnerabile, lo strumento delle

³⁷⁴ P. Ferrua, cit., 93 e C. U. Del Pozzo, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962, 483.

³⁷⁵ Corte cost., 21 novembre 2018, n. 24.

misure cautelari è sicuramente adeguato a rispondere alle prioritarie esigenze di tutela di quest'ultima e va accolta con favore la scelta di privilegio effettuata dal legislatore. Il punto è proprio quello di riconoscere esplicitamente l'esistenza di altre esigenze che il sistema cautelare tutela che non rispondono più ad un'ottica di tutela della collettività intesa in senso generico, ma di tutela della singola vittima di fatti di violenza personale.

Un maggior utilizzo ed una maggiore efficienza delle misure alternative possono evitare il ricorso frequente alla carcerazione preventiva e adeguare la misura alla personalità dell'imputato al fatto che gli viene contestato e alle singole circostanze del caso concreto. Consentendo al giudice una maggiore discrezionalità nell'attuazione delle misure si può "riconduurre entro i binari", quindi ai principi che reggono la disciplina cautelare, la prassi.

4 Un tentativo di recupero delle istanze costituzionali.

Come si è già visto, una delle critiche mosse dalla dottrina al terzo comma dell'art. 284 è quella di non perseguire una finalità cautelare ma di aggiungersi al ventaglio di strumenti sanzionatori rappresentando una "*pena composita*". Rispetto a tale approccio sembrerebbe preferibile parlare di "*paradigmi di secondi fini*"³⁷⁶ che caratterizzano la misura cautelare in commento ma anche quelle di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter*.

Prima di disporre una delle misure alternative, il giudice è tenuto ad accertare necessariamente l'esistenza di almeno uno dei *pericula libertatis* e solo dopo tale valutazione potrà scegliere tra i diversi gradi di coercizione che la misura cautelare presenta per adeguare al meglio la disposizione all'esigenza concreta da tutelare. La discrezionalità del magistrato – perimetrata tra i confini dei principi di proporzionalità e di adeguatezza che permeano l'intera disciplina ed orientata verso il *favor libertatis* – consente di rispondere tanto alle esigenze di tutela che lo Stato deve fornire per prevenire la commissione di ulteriori illeciti, quanto di rispondere in via cautelare alla commissione di un illecito con il

³⁷⁶ A. Macchia, *Arresti domiciliari – Libertà provvisoria – Scarcerazione*, in *Giustizia Penale* 1987.

giusto rigore senza porre in secondo piano le esigenze di libertà e la garanzia dei diritti in capo all'imputato.³⁷⁷

Considerato il richiamato “*paradigma di secondi fini*” le esigenze cautelari da tutelare possono anche essere reinterpretate in chiave non strettamente letterale. Seguendo questa lettura si potrebbe individuare nelle esigenze dell'art. 274 c.p.p. delle ‘macro-sfere’ che possono essere ‘frammentate’, presentando diverse connotazioni che variano dall'esigenza di tutela della vittima alle esigenze di studio o di coltivazione di certi aspetti della personalità dell'imputato, al fine di garantire una risposta più precisa alle particolarità del caso concreto.

Già la prima dottrina in commento alla riforma degli arresti domiciliari ha sottolineato come, sebbene i termini «indispensabili» e «assoluta indigenza» impongano al giudice di ancorare i provvedimenti autorizzatori a criteri di particolare rigore, la “*particolarità della materia e la sostanziale genericità dei criteri*” offrono ampio spazio ad una valutazione discrezionale affidata al precedente apprezzamento del caso singolo.³⁷⁸

L'ampia discrezionalità affidata al giudice ed il riconoscimento di nuove misure cautelari se, da una parte, portano inevitabilmente al rischio di vedere assottigliata la tutela della tipicità riconosciuta all'imputato, dall'altra parte – oltre ad essere necessariamente orientate al *favor libertatis* – hanno quale unico scopo quello di adeguare la misura alla persona nei cui confronti viene disposta, riconoscendo al tempo stesso alla stessa di coltivare certi aspetti della propria personalità. L'ampliamento della sfera di libertà dell'imputato rimane comunque subordinata alla compatibilità con le esigenze cautelari che rivestono indubbiamente una posizione preminente.

La possibilità di riconoscere una maggiore ‘flessibilità’ alle misure cautelari alternative muove dall'indispensabile presupposto della loro autonomia. Il carattere autonomo delle stesse è stato di recente riconosciuto dalla decisione

³⁷⁷ *Ibidem*, 12. In giurisprudenza: Cass. sez. un. pen., *Marrari*, 19 maggio 1984, con nota di V. Grevi, *Arresti domiciliari e libertà provvisoria prima e dopo l'intervento delle sezioni unite (con postilla successiva alla legge 28 luglio 1984 n. 398)* in *Foro Italiano* 1984, 425.

³⁷⁸ A. Macchia, *ult.cit.*, 18.

della Corte Costituzionale del 2020, n. 32. In questa occasione, la Corte ha riconosciuto *carattere sostanziale* alle misure alternative alla pena, in quanto contribuiscono a modificare in modo *qualitativo* la compressione ovvero l'ampliamento della sfera di libertà personale del soggetto. Come nel caso degli arresti domiciliari con autorizzazione a compiere lavoro all'esterno ovvero nelle numerose modalità di attuazione delle misure del codice Rosso, anche le misure alternative alla pena non comportano semplicemente una modifica delle modalità esecutive (della pena in quest'ultimo caso e della misura cautelare in quello che qui interessa) "*bensi una trasformazione della natura della pena (misura cautelare) e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato (imputato)*".

Il riconoscimento del carattere sostanziale delle misure alternative comporta che la modifica nel *grado* di afflittiva non possa considerarsi priva di rilievo costituzionale. Per dirlo con le parole della Consulta: "*modifiche che comportano una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale non possono considerarsi fenomeno privo di rilievo sotto il profilo costituzionale*"³⁷⁹.

Nel caso delle misure alternative alla detenzione, la Consulta ha affermato che considerata la "*fisiologica funzionalizzazione a garantire la diversificazione tipologica del trattamento sanzionatorio, corollario del principio rieducativo di cui all'art. 27, co. 3, Cost.*" le stesse non potrebbero essere considerate delle mere modalità di esecuzione della pena, essendo invece istituti che "*incidono sulla qualità essenziale della pena stessa*".³⁸⁰ Pertanto, la diversificazione tipologica del trattamento delle misure alternative alla pena trova la sua ragione giustificatrice nel principio rieducativo.

In parallelo a tale ragionamento potrebbe allora sostenersi che questo valga anche per la materia cautelare nel senso di garantire esigenze altre che non possono limitarsi a quelle di cui all'art. 274 c.p.p. e che rispondono alle esigenze dell'imputato di coltivare la propria personalità trovando qui la *ratio* giustificatrice nel principio della presunzione di non colpevolezza.

³⁷⁹ Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306.

³⁸⁰ Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32.

Alla luce delle premesse fatte, si potrebbe anche sostenere che la modulazione delle misure cautelari potrebbe rappresentare una delle chiavi per sopperire a quella atipicità, che è in *re ipsa* all'istituto, e ricondurre la disciplina ad un rispetto più rigoroso dei principi generali della materia penale.

Infatti, proprio modulando la misura nella sua fase esecutiva, si potrebbe concedere all'imputato di esercitare quelli che sono i diritti costituzionalmente garantiti ad una persona che, seppure presunta pericolosa, è innocente.

Sempre in considerazione delle circostanze del caso concreto e della personalità dell'imputato, si potrebbe mantenere, per esempio, l'obbligo di eseguire la misura degli arresti domiciliari ma concedendo al tempo stesso la possibilità di esercitare il diritto allo studio ovvero il diritto a coltivare certi aspetti della personalità del soggetto.

Il punto di partenza sarebbe, anzitutto, quello di reinterpretare il concetto di «indispensabili esigenze di vita».³⁸¹ Se è pacifico tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza che queste corrispondano a “*quella sfera di diritti del soggetto sottoposto alla misura, che, se compresa, porterebbe a travalicare lo scopo e la funzione del provvedimento cautelare, sì da pregiudicare gravemente la stessa qualità della vita del sottoposto*”,³⁸² a parere di una parte della dottrina potrebbero ricomprendere le “*moderne esigenze*”³⁸³ riconducibili all'elevazione degli standard di vita delle persone. Tale interpretazione estensiva ha in parte trovato un riconoscimento in quella giurisprudenza che ha riconosciuto una concezione “non pauperistica” ai requisiti atti a consentire l'autorizzazione a svolgere attività lavorativa per l'imputato sottoposto agli arresti domiciliari.³⁸⁴

Tra le indispensabili esigenze di vita, dovrebbero ricomprendersi tutte quelle esigenze non riconducibili ad un ambito strettamente economico ma a diritti e bisogni dell'imputato la cui compressione e/o insoddisfazione

³⁸¹ Corte cost., 18 dicembre 2002, n. 532, in *Cassazione Penale* 2003, 873.

³⁸² A. C. Manchìa, *Autorizzazione all'allontanamento dell'imputato dal domicilio in caso di “assoluta indigenza”*, nota a Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 2004, n. 19634, in *Diritto Penale e Processo* 2005, 451.

³⁸³ *Ibidem*, 452.

³⁸⁴ Cass. pen. sez. VI, 28 aprile 2004, n. 19634, in *Diritto penale e processo* 2005.

“pregiudicherebbe gravemente la qualità della vita, non trovando questa alcuna giustificazione nelle finalità cautelari della misura”.³⁸⁵

Tuttavia, l’orientamento cui si è per lungo tempo assestata la giurisprudenza è stato caratterizzato da un maggior rigorismo nell’interpretazione della disposizione di cui all’art. 284, terzo comma, nel senso di riconoscerle carattere eccezionale per non vanificare la *ratio legis*.³⁸⁶

Fermo restando il carattere eccezionale della misura di cui all’art. 284, allorquando il soggetto non pare particolarmente pericoloso - tenendo in primo luogo a mente le esigenze cautelari del caso concreto - così come può essere concesso a questi di soddisfare esigenze lavorative, dovrebbe essergli riconosciuta la possibilità di soddisfare esigenze non prettamente materiali ma in qualche modo ‘spirituali’.

Questa lettura segue il ragionamento giuridico del bilanciamento degli interessi: da una parte l’interesse dello Stato a garantire la sicurezza e perseguire, anche in via preventiva, i reati commessi all’interno del territorio nazionale e dall’altra quella dell’individuo che vede, in modo più o meno intenso, limitata la propria libertà personale in via anticipata, quando ancora è costituzionalmente presunto innocente.

In un caso relativamente recente sottoposto al vaglio del tribunale di Bologna, che ha ritenuto come nel bilanciamento tra gli interessi in gioco, anche se il diritto riconosciuto alla persona risulti costituzionalmente garantito, è escluso che il suo esercizio *“possa impedire l’applicazione di un presidio cautelare o possa imporne a priori l’esecuzione in determinate forme”*.³⁸⁷ Tale indirizzo trae la sua fonte dalla decisione della Corte Costituzionale che, proprio nella materia della detenzione domiciliare, ha ritenuto come *“l’esercizio di taluni diritti e facoltà spettanti ad ogni persona libera, come tali riconosciuti inviolabilmente dalla Carta costituzionale, possono risultare, nel concreto,*

³⁸⁵ G. Amato, *Sub art. 284*, cit., 95.

³⁸⁶ Cass. pen. sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 213142.

³⁸⁷ Trib. Bologna, ordinanza del 27 febbraio 2008, con nota di S. Renzetti, *Arresti domiciliari e diritto allo studio*, in *Cassazione penale* 2009, 2629.

limitati in misura maggiore o minore, purché non soppressi in ogni loro articolazione".³⁸⁸

In ogni caso, per quello che più interessa in questa sede è che la Corte ha ricondotto al parametro delle indispensabili esigenze di vita le esigenze di studio. La mancata concessione dell'allontanamento dal luogo di esecuzione della misura è stata determinata dalla mancanza di garanzie nell'effettuazione dei controlli in modo agevole ed in considerazione della possibilità per l'imputato di esercitare tale diritto anche all'interno delle mura domestiche. Eventuali complicità o costi economici e morali conseguenti dovevano essere ricompresi nelle conseguenze proprie che la condizione di limitazione della libertà personale per motivi cautelari comporta.³⁸⁹

La decisione in commento è stata criticata in quanto contrastante con quell'orientamento giurisprudenziale che in un caso analogo ha ritenuto di consentire l'allontanamento dal domicilio al soggetto sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari per esercitare il diritto di culto e quindi allontanarsi per partecipare alle messe.³⁹⁰

La decisione, peraltro, non si pone in contrasto con quanto finora qui affermato in quanto si ritiene di poter ampliare la portata applicativa del terzo comma, dell'art. 284 solo quando compatibile con le esigenze cautelari e con la possibilità di effettuare e rendere agevoli i controlli da parte degli organi di polizia.

Ulteriore spunto di riflessione può essere tratto da una sentenza della Corte Costituzionale che, sebbene avente ad oggetto la materia della concessione di permessi ai detenuti studenti universitari al fine di sostenere esami di profitto, presenta delle somiglianze con la concessione ad allontanarsi dal domicilio per esigenze di studio ex art. 284, terzo comma.

Infatti, i premi e le licenze per la pena e le misure alternative per quanto riguarda l'ambito cautelare, nascono dal presupposto che "*l'afflittività della*

³⁸⁸ Corte cost., 16 febbraio 1993, n. 53, in *Cassazione Penale* 1994, 2855.

³⁸⁹ S. Renzetti, cit., 2629.

³⁹⁰ *Ibidem*, 2631. In giuri: Cass. sez. fer. pen., *Barbieri*, 27 luglio 1995, in *Cassazione penale* 1996, 238.

pena e della misura debba risiedere esclusivamente nella limitazione della libertà personale e facoltà ad essa connesse”³⁹¹ ed ogni ulteriore limitazione della libertà personale e delle facoltà ad essa collegate sarebbe “*inutile*” e “*disumana*”. Così, la mancata possibilità di estendere le ipotesi di allontanamento dal domicilio per il soggetto sottoposto alla misura degli arresti domiciliari – quando compatibile con le esigenze cautelari da tutelare e che hanno una prevalenza nel bilanciamento degli interessi – rappresenterebbe una inutile soppressione delle facoltà connesse al godimento della propria libertà in quanto persona e di sviluppare certi aspetti della propria personalità.

Sempre nell’ottica di tracciare un filo conduttore tra la materia dei permessi e quella degli arresti domiciliari per concedere alla persona di allontanarsi per motivi di studio si può fare riferimento alla dottrina che, nell’individuare le ‘matrici’ che hanno dato origine alla nascita dell’istituto dei permessi premio, ne sottolinea quella di “*umanizzazione*” della pena. In questo senso, l’istituto nasce per attenuare l’isolamento carcerario. Pare allora che oltre a partecipare a quegli eventi del mondo esterno che riguardano l’imputato da vicino, il permesso potrebbe anche essere destinato “*all’attuazione di un vero diritto di non emarginazione del detenuto*”. Così potrebbero ricomprendersi tanto la possibilità per la persona di avere rapporti sessuali quanto, in una prospettiva “*solidaristica*”, di adempiere ai doveri inerenti alla qualità di figlio, genitore ovvero coniuge.³⁹²

A differenza dei permessi che comunque vengono concessi a prescindere dalla gravità del reato, nella materia cautelare – a meno che non si rientri nelle ipotesi particolari di 416-bis – l’esercizio di certi diritti sarebbe sempre calibrato alle esigenze cautelari sussistenti nel caso concreto, non potendo essere possibile concederli se in contrasto con gli stessi.

La natura dell’istituto dei permessi non risponde ad una funzione special-preventiva. La Corte Costituzionale ha infatti in quest’occasione ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 30 dell’ordinamento penitenziario in quanto non si consentisse di allontanarsi per

³⁹¹ F. Giunta, *I permessi ai detenuti tra innovazioni legislative e dubbi di costituzionalità*, nota a Corte Cost., 26-29 marzo 1984, n. 77, in *Giustizia Costituzionale* 1985, 254.

³⁹² *Ibidem* 256-257.

frequentare le lezioni o sostenere esami di profitto fuori dall'istituto di pena per garantire una funzione risocializzante o rieducativa al permesso. Allo stesso modo, si sottolinea come anche per gli arresti domiciliari la possibilità di concedere alla persona l'allontanamento dal domicilio non svolga una funzione di risocializzazione per rieducare il soggetto, perché sarebbe del tutto incompatibile con la funzione cautelare che è l'unica funzione svolta dalle misure stesse. La 'matrice' di un'interpretazione estensiva del terzo comma, dell'art. 284 risiede piuttosto nell'esercizio di un "*diritto connesso al rispetto ed all'accrescimento della personalità*".³⁹³

Il diritto allo studio e ogni diritto individuale "*non può risultare più ristretto in capo al detenuto che non rispetto al cittadino libero*". La salvaguardia della garanzia di cui all'art. 277 per c.p.p. è resa possibile solo se "*i diritti del singolo privato della propria libertà, inevitabilmente affievoliti, non subiscano tuttavia una radicale soppressione*".³⁹⁴ Pertanto, anche se è vero che il soggetto potrebbe comunque esercitare il diritto allo studio nelle mura domestiche, è innegabile che vi sia uno svantaggio nella mancata possibilità di frequentare le lezioni e confrontarsi direttamente con il mondo accademico.

L'interpretazione del requisito della indispensabili esigenze di vita in senso più ampio e coerente con le più moderne connotazioni dei diritti della personalità porta a ricomprendere tra queste anche il diritto ad allontanarsi dal domicilio per svolgere il ruolo di genitore. Così, nel 2016 la Corte di Cassazione ha affermato che i bisogni dell'individuo dovrebbero essere intesi non come materiali ma 'spirituali' ricomprendenti quindi il rapporto con il figlio minore previsto dall'atto di separazione personale. Il contenuto delle indispensabili esigenze di vita si carica allora di significati "*concreti*" e si trova ad essere declinato alle "*esigenze sociali dell'individuo ed alla tutela dei suoi diritti fondamentali*".³⁹⁵

Tra le ragioni a motivazione di quest'orientamento, la Corte di Cassazione ha sottolineato come un'interpretazione meramente "*pauperistica*" dei requisiti atti a concedere l'allontanamento dal domicilio rappresenterebbe un'inutile

³⁹³ *Ibidem*, 263.

³⁹⁴ P. Renzetti, cit., 2629.

³⁹⁵ Cass. pen. sez. II, 30 marzo 2016, n. 16964.

ripetizione, essendo lo stato di «assoluta indigenza» quello volto a garantire che il soggetto sottoposto alla misura degli arresti domiciliari possa provvedere a mantenersi per garantirsi l'approvvigionamento dei beni essenziali ricomprendendo quindi gli alimenti, il vestiario per sé e la sua famiglia.

Una concezione non materiale ma 'spirituale' è da attribuirsi allora al requisito delle «indispensabili esigenze di vita» in quanto volte a garantire l'espletamento di alcuni diritti fondamentali e in questo caso di espletare le funzioni genitoriali e di coltivare i rapporti nella vita di relazione.³⁹⁶

Il principio di solidarietà espresso dall'art. 2 della Costituzione consente di affermare come sia un "*principio di civiltà*" quello di riconoscere la titolarità di situazioni giuridiche soggettive e l'espletamento di alcuni diritti fondamentali al soggetto cui venga limitata la libertà personale. Se tale estensione delle libertà della persona va rispettata nei confronti del soggetto che sta scontando la pena, il precetto costituzionale deve trovare rigorosa attuazione nella fase *ante iudicatum* in quanto l'espletamento di questi diritti e il mantenimento di relazioni familiari e sociali non può essere intaccato neppure dalla pena detentiva.³⁹⁷

La linea interpretativa appena tracciata non si vuole spingere a riconoscere la sussistenza di un diritto in capo all'imputato di allontanarsi dal domicilio per svolgere attività lavorativa ovvero per motivi di studio o in senso più ampio per esercitare e coltivare alcuni aspetti della propria personalità. È orientamento costante nella giurisprudenza di legittimità, infatti, quello di non ammettere aprioristicamente l'esistenza di tale diritto in capo alla persona nei cui confronti viene posta in essere la misura.³⁹⁸ Pertanto, quello che rileva è come il rispetto dei principi della inviolabilità della libertà personale e della presunzione di non colpevolezza impongono di ridurre il più possibile le

³⁹⁶ La Cass. pen. sez. VI, 27 settembre 2018, n. 1733, ha interpretato in senso ampio il requisito delle indispensabili esigenze di vita ricomprendendo tra i bisogni spirituali dell'individuo quelli dell'istruzione.

³⁹⁷ Cass. pen. sez. II, 30 marzo 2016, n. 16964.

³⁹⁸ Cass. pen. sez. II, 17 febbraio 2015, n. 9004; Cass. pen. sez. VI, 21 ottobre 2015, n. 553; Cass. pen. sez. III, 20 dicembre 2012, n. 3472.

ripercussioni negative che le misure coercitive necessariamente e di per sé producono nei confronti del soggetto.³⁹⁹

5 I diritti della personalità e la categoria della vulnerabilità.

La possibilità di interpretare in modo più ampio il terzo comma, dell'art. 284 e che si ricollega anche al tema delle nuove misure cautelari prende le mosse dal ruolo giocato dai diritti della personalità nel nostro ordinamento.

Il profilo dei diritti della personalità che qui interessa accetta l'interpretazione di questi come *“la identità e identificazione del soggetto nei suoi diversi aspetti oggettivi e soggettivi”*⁴⁰⁰ e l'interesse del soggetto nel sé stesso *“colto nell'individualità della sua dimensione fisica e morale”*.⁴⁰¹

La categoria dei diritti della personalità non trova una sistemazione nel codice ma nasce e si sviluppa per creazione giurisprudenziale e viene man mano riempita di contenuti diversi per giustificare il *“trend”* che, in base alla percezione comune e dato il contesto storico-sociale, tende a far prevalere la tutela di determinati diritti della personalità. Non trovando una precisa collocazione, la giurisprudenza tende ad annoverare questi diritti tra le garanzie fondamentali della Carta costituzionale, come quelle dell'art. 2.

I diritti della personalità sono imprescrittibili perché inerenti alla persona, si tratta di diritti personali e indisponibili di cui la persona non potrà perderne la titolarità. Sebbene nel caso che qui interessa l'esercizio e il godimento degli stessi possono essere in qualche modo ridimensionati, è innegabile che si tratti di diritti che ricoprono un ruolo predominante nel bilanciamento di interessi. Il ridimensionamento nell'esercizio di questi corrisponderebbe ad un'inutile compressione degli stessi ogni qual volta non venga calibrato alle esigenze da tutelare nel procedimento cautelare. Si ricorda a tal proposito quanto affermato dalla dottrina prima citata secondo la quale è fondamentale che nei confronti dell'imputato non ancora condannato *“i diritti del singolo privato della propria libertà, inevitabilmente affievoliti, non possono tuttavia subire una radicale*

³⁹⁹ E. Marzaduri, *Arresti domiciliari e diritto al lavoro*, in *Cassazione Penale* 1984, 1833.

⁴⁰⁰ V. Zeno-Zencovich, *Personalità (diritti della)* in *Digesto Civile* 1995, 4.

⁴⁰¹ *Ibidem*, 7.

soppressione”.⁴⁰² Questo ovviamente non porta a riconoscere in capo alla persona privata della libertà personale per motivi cautelari gli stessi diritti esercitabili da una persona libera, ma una limitazione di quei diritti perimetrata alle esigenze cautelari e all’oggettivo stato di custodia, pur nella forma degli arresti domiciliari, in cui si trova l’imputato.

Le caratteristiche di questi diritti spiegano allora perché il rimedio cautelare è stato spesso considerato il più efficace. La persona che vede in qualche misura limitato l’esercizio dei propri diritti alla personalità - si pensi alla vittima di *stalking* - ha quale primario obiettivo non quello di ottenere un risarcimento o altra forma di vendetta/ricompensa, quanto piuttosto l’immediata inibizione dell’attività perpetrata a suo danno. Così i rimedi consistenti in obblighi di *facere o non facere* hanno facilmente trovato spazio e largo utilizzo nella tutela dei diritti.⁴⁰³

Questo riporta al tema della tutela della vittima tramite la modulazione delle misure cautelari: la tendenza sempre più diffusa e contrapposta a quella del periodo fascista – di mettere al centro del dibattito e come ago della bilancia l’individuo invece che lo Stato/collettività – emerge nella categoria della vulnerabilità.

A differenza dell’approccio passato che vedeva la persona come parte di una collettività, oggi una parte della dottrina arriva a parlare del concetto di vulnerabilità come “*paradigma interpretativo*” per l’interprete⁴⁰⁴. Poiché la Costituzione non parla di vulnerabilità ma di *sussidiarietà* coniugata a tutti gli aspetti della società, alla giurisprudenza spetta il compito di individuare di volta in volta la categoria e di compiere quelle che prima sono state definite “*scelte di privilegio*” nei confronti di quei soggetti che sono vulnerabili. In questo senso, nella sentenza del 2019 sul noto caso Cappato, la Corte Costituzionale ha affrontato il tema proponendo una ridefinizione della

⁴⁰² P. Renzetti, cit., 2629 e F. Giunta, cit., 262.

⁴⁰³ *Ibidem*, 14.

⁴⁰⁴ B. Pastore, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, M. Bertolino, *i diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale* 2018, 21.

disciplina penale che consideri il concetto di vulnerabilità, in modo da ottenere che il “*presidio alla vulnerabilità diventi una norma penale*”.⁴⁰⁵

I concetti di individuo, di persona e diritti della personalità consentono di recuperare in un’ottica costituzionale la teoria esposta nello scritto.

Riconoscere l’esistenza di nuove esigenze cautelari ed in particolare quelle di tutela della vittima – soggetto vulnerabile – nelle ipotesi di violenza domestica tramite gli strumenti forniti dal legislatore come prima risposta cautelare al fenomeno, va di pari passo con quella che è la maggiore discrezionalità affidata al magistrato nel regolare le misure e nell’individuare le nuove esigenze da cautelare nel caso concreto. Questo garantisce non solo una tutela rafforzata al soggetto debole in determinate ipotesi, ma in via più universale delle esigenze *personali* dell’imputato sottoposto ad una delle misure cautelari alternative, in pieno riconoscimento dei principi di presunzione di non colpevolezza e di legalità della materia penale.

Sottoponendo a previo controllo la conformità dell’esercizio di parte dei diritti connessi alla personalità dell’imputato con le misure cautelari, si garantiscono misure che tendono a tutelare tanto i soggetti deboli, come vittime di determinati illeciti particolarmente violenti, quanto la persona dell’imputato cui deve essere garantito il massimo rispetto dei diritti costituzionali nonostante la limitazione dello stato di libertà per motivi cautelari.

6 Nuovi approdi legislativi e dottrinali

Una modulazione efficace delle misure cautelari alternative alla detenzione in carcere risponde all’esigenza di rendere concretamente quest’ultimo l’*extrema ratio* conformemente ai principi costituzionali.

Le tendenze legislative degli ultimi anni, spinte da raccomandazioni e solleciti sovranazionali, sono sempre più volte a ridurre l’affollamento carcerario che caratterizza le strutture di detenzione del nostro Paese.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242.

⁴⁰⁶ F. Fiorentin, *Un primo passo verso la riforma dell’ordinamento nella direttiva tracciata dal Piano sui nuovi istituti*, in *Guida al Diritto* 2013, 26.

Da ultimo, la Raccomandazione della Commissione Europea del 8 dicembre 2022 “Sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione” sollecita gli Stati membri ad adottare misure concrete affinché la custodia cautelare rimanga una misura eccezionale, da utilizzare nel rispetto della presunzione di innocenza. Diversi dati forniti dall’Agenzia per i diritti fondamentali sulle condizioni di detenzione nei diversi Stati hanno rivelato che spesso le condizioni materiali di detenzione risultano inadeguate ed oltre la metà degli Stati membri, tra cui l’Italia, hanno dichiarato di avere un sovraffollamento delle strutture di detenzione (con un tasso di occupazione superiore al 100%). Uno dei fattori che contribuisce a tale fenomeno è il ricorso spropositato alla custodia cautelare.

La disciplina dei tempi di durata massima, il ricorso alla misura custodiale in ultima istanza e il riesame delle decisioni è, inoltre, disomogeneo all’interno dello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia dell’UE. Questi fattori contribuiscono a non rendere efficace, nella pratica, i meccanismi del mandato d’arresto europeo e non garantiscono la tutela della dignità ed il rispetto dei diritti fondamentali delle persone sottoposte a custodia cautelare. Anche per questi motivi, diverse raccomandazioni e direttive adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio hanno negli ultimi anni perseguito lo scopo di realizzare “*norme minime specifiche*” applicabili allo stesso modo in tutti i sistemi di detenzione degli Stati membri.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ Tra le direttive ricordiamo: 2010/64/UE, 2012/13/UE, (UE) 2016/343, (UE) 2016/800 e (UE) 2016/1919 e la Raccomandazione della Commissione del 27 novembre 2013 sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali. In particolare, la Direttiva (UE) 2016/343 “sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali”, ribadendo che il principio di non colpevolezza e il diritto a un equo processo siano sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, dal Patto internazionale sui diritti civili e politici e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, la Corte afferma che per rispettare i principi sopra menzionati, le decisioni preliminari di natura procedurale, adottate dalle autorità giudiziarie competenti e fondate su indizi di reità, non debbano presentare l’indagato o imputato come colpevole e prima di prendere una decisione preliminare di natura procedurale. L’autorità competente dovrebbe verificare la sussistenza di sufficienti prove a carico dell’indagato o imputato prima di emettere una decisione.

Al fine di realizzare questi obiettivi, per quello che più interessa in questa sede, la Commissione ha esortato gli Stati a «rendere disponibile e applicare, ogniqualvolta fattibile, la più ampia gamma possibile di misure meno restrittive e alternative alla detenzione».⁴⁰⁸ Gli Stati membri dovrebbero adottare anche una “*presunzione a favore della liberazione*”, richiedendo alle autorità nazionali competenti di assumere l’onere della prova circa la dimostrazione della necessità di imporre la custodia cautelare. Infine, gli Stati membri dovrebbero garantire che i detenuti in stato di custodia cautelare siano tenuti separati dai detenuti condannati.

Tra le misure alternative, la Commissione elenca: a) l'impegno a comparire davanti all'autorità giudiziaria come e quando richiesto, a non interferire con il corso della giustizia e ad astenersi da determinate condotte, comprese quelle legate a una professione o a un impiego particolari; b) l'obbligo di presentarsi quotidianamente o periodicamente presso l'autorità giudiziaria o di polizia o altra autorità; c) l'obbligo di accettare la sorveglianza da parte di un'agenzia nominata dall'autorità giudiziaria; d) l'obbligo di sottoporsi a monitoraggio elettronico; e) l'obbligo di risiedere ad un indirizzo specificato, con o senza condizioni sulle ore in cui esservi presente; f) il divieto di lasciare o raggiungere luoghi o zone specificati senza autorizzazione; g) il divieto di incontrare persone specificate senza autorizzazione; h) l'obbligo di consegnare il proprio passaporto o altro documento di identificazione; e i) l'obbligo di fornire o reperire garanzie finanziarie o di altro tipo relativamente alla condotta personale nelle more del processo.

La Commissione ribadisce, inoltre, come la custodia cautelare dovrebbe essere imposta solo sulla base di un “*sospetto ragionevole*” limitando le esigenze cautelari a: a) rischio di fuga; b) rischio di recidiva; c) rischio che l’indagato o l’imputato interferisca con il corso della giustizia; d) rischio di minaccia per l’ordine pubblico.

Il legislatore nazionale, spinto dalle pressioni sovranazionali e dal dato empirico che mostra le situazioni nelle carceri italiane, nella recente riforma della giustizia, in parte entrata in vigore il 30 dicembre 2022 (D.lgs. n.

⁴⁰⁸ Raccomandazione della Commissione, 8 dicembre 2022, (23).

150/2022), ha ripensato il sistema sanzionatorio ed è intervenuto a modifica delle sanzioni sostitutive alle pene alternative.

La riforma fa sì che, al fine di modulare al meglio le misure alternative e garantire la loro efficacia sostitutiva, venga ampliata l'indagine sulla personalità dell'imputato e le previsioni di ipotesi trattamentali dei condannati. Il giudice, nel sostituire la pena detentiva deve infatti scegliere quella che «contribuisca alla rieducazione del condannato e assicuri, la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (art. 1, diciassettesimo comma, lett. c), l. 27 settembre 2021, n. 134); fino a questo momento, infatti, la decisione di disporre delle sanzioni sostitutive prendeva le mosse da un giudizio correlato all'entità della pena e alla necessità di evitare effetti che un breve periodo di tempo presso gli istituti penitenziari può causare. Le misure alternative vengono così ad essere “*plasmate sulla storia individuale del condannato*”.

Al fine di ridurre la pressione nelle carceri la riforma è intervenuta a modificare le sanzioni sostitutive abolendo le misure della semidetenzione e della libertà controllata, e prevedendo quali sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi la semilibertà, la detenzione domiciliare, i lavori di pubblica utilità e la pena pecuniaria.⁴⁰⁹

Nella materia qui discussa, la riforma è intervenuta anche a modifica del Codice rosso, nel senso di includere tra i reati per cui è prevista la procedura d'urgenza anche i delitti in forma tentata, quali il tentato omicidio o la tentata violenza sessuale.

Il legislatore, tra l'altro, ha aggravato la violazione delle misure del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa e dall'allontanamento dalla casa familiare prevedendo l'arresto obbligatorio in flagranza, modificando l'art. 380, secondo comma, lett. I-ter) c.p.p. La misura è stata oggetto di critiche in dottrina in quanto la portata innovativa della stessa rischia, nella pratica, di rimanere inattuata in quanto è mancato un coordinamento tra le diverse norme. La disposizione difatti non ha rialzato la

⁴⁰⁹ R. De Vito, *Fuori dal carcere? La “riforma Cartabia”, le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *Questione Giustizia* 2021, n. 4.
<https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/fuori-dal-carcere-la-riforma-cartabia-le-sanzioni-sostitutive-e-il-ripensamento-del-sistema-sanzionatorio>

cornice edittale della fattispecie di cui all'art. 387-bis c.p. e neppure ha modificato l'art. 280, sulle condizioni generali di applicabilità delle misure coercitive, e l'art. 275, comma 2-bis, c.p.p., sul limite di cinque anni per l'applicazione della custodia cautelare in carcere.⁴¹⁰

La tendenza a tutelare la vittima in quanto persona vulnerabile trova una conferma nell'introduzione all'interno dell'ordinamento della mediazione penale. L'istituto prevede un confronto tra la vittima e il reo e stravolge la prospettiva di giustizia "tradizionale", consentendo alla prima di esternare il dolore e il male patito facendone prendere atto al reo. Il procedimento, subordinato al previo consenso delle parti, ha lo scopo di mutare la funzione stessa della pena. La norma mira a realizzare la possibilità per la vittima di esprimere il "danno" subito non tramite la ricerca di "vendetta" (viene meno l'idea di giustizia come soddisfacimento da parte della vittima del male subito) ma tramite un confronto diretto che consente al tempo stesso all'imputato di potere prendere coscienza dell'illecito compiuto, tentando di realizzare una rieducazione dello stesso già nelle prime fasi di istaurazione del procedimento.⁴¹¹

L'esigenza di superamento del ricorso al carcere è da tempo palesata in dottrina non solo per lo stato in cui si trovano le strutture di detenzione ma anche perché incompatibile con le più moderne istanze di giustizia, con la funzione della pena e con il trattamento rieducativo, "[...] *Questa è la riprova d'una ovvietà: il carcere è il carcere e, per sfuggire alla sua logica, occorre il non-carcere. Per venire incontro a ciò che la dignità implica bisogna uscire dal carcere. Il carcere è la sanzione ufficiale dell'indegnità delle persone.*"⁴¹²

⁴¹⁰ G. Pestelli, *Riforma Cartabia, da "codice rosso" ad "allarme rosso": arresti inefficaci in caso di violazione dell'art. 387-bis cod.pen.*, in *Altalex*, 29/09/2021.

<https://www.altalex.com/documents/2021/09/29/riforma-cartabia-da-codice-rosso-ad-allarme-rosso-arresti-inefficaci-in-caso-di-violazione-dell-art-387-bis-c-p>

⁴¹¹ I. Marconi, *Riforma del processo penale e giustizia riparativa: un'opportunità che è necessario saper cogliere*, in *Altalex*, 04/02/2022.

<https://www.altalex.com/documents/news/2022/02/04/riforma-del-processo-penale-e-giustizia-riparativa-opportunita-che-e-necessario-saper-cogliere>

Relazione n. 2/2023, Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, 289.

⁴¹² G. Zagrebelsky, *Che cosa si può dare per abolire il carcere*, in *La Repubblica*, 23/01/2015.
<https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2015/01/23/che-cosa-si-puo-fare-per-abolire-il-carcere41.html>

Per queste ragioni le istanze di giustizia riparativa-riconciliativa, le sanzioni restitutorie o risarcitorie, nonché le misure alternative alla detenzione vengono guardate con favore dagli studiosi. Secondo una dottrina, peraltro, il carcere risponderebbe al soddisfacimento di una “*pulsione sociale*” che si esplica nella segregazione e nella espiazione della pena “*attraverso il dolore*” che non si può negare venga inflitto ai condannati in considerazione delle già più volte menzionate condizioni delle carceri.⁴¹³

Di tutela della personalità e della vulnerabilità se ne parla non solo in riferimento alla vittima, ma anche alla persona sottoposta a misura cautelare coercitiva o a detenzione in carcere che si ritrova vulnerabile alla violenza, ai maltrattamenti e all’isolamento sociale che la restrizione della libertà comporta.⁴¹⁴ In relazione al disagio psicologico connesso alla condizione carceraria, si è parlato di coefficiente di “*pena aggiuntiva*” e “*disagio aggiuntivo*”, che nasce dalla “*depersonalizzazione*” e “*spersonalizzazione*” che la realtà carceraria costruisce al fine di creare una realtà cui inculcare dei valori che i soggetti sottoposti non conoscono o che hanno comunque violato. La richiamata “*pena aggiuntiva*” è stata individuata nel contrasto che esiste tra un approccio “*universale*” o “*omogeneo*” rinvenibile nei trattamenti rieducativi (le regole interne al carcere sono costruite intorno a un “*detenuto modello*”: maschio, giovane, sano fisicamente e psichicamente, eterosessuale, italiano) e la disomogeneità umana che invece caratterizza le carceri.⁴¹⁵

La “*popolazione*” carceraria, i settori di devianza, le etnie e le culture presenti all’interno delle carceri, impongono un riesame dei trattamenti rieducativi. Non solo per consentire l’efficacia degli stessi ma anche per consentire la riappropriazione di quella che spesso sembra essere solo una ‘lettera di stile’ che è la funzione rieducativa della pena. Questa riflessione attesta come sia fondamentale ripensare le strutture anche in una prospettiva ‘spirituale’ e soprattutto ‘personalistica’ del carcere “*che frantumi la collettività in tante individualità per consentire di vivere quella [...] esperienza in modo utile, che [...] responsabilizzi chi lo ha attraversato*”. In questo modo si consentirebbe a

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ Raccomandazione della Commissione 8 dicembre 2022, cit., 6.

⁴¹⁵ F. Gianfilippi, *Teoria e realtà delle misure cautelari personali: il carcere è realmente una extrema ratio*, in convegno tenuto dalla Scuola Superiore di Magistratura in data 06/2021, 4.

quella realtà innegabilmente “*complessa*” di rappresentare in modo giusto la funzione di “*contenitore di una gamma infinita di soggettività*” che lo caratterizza.⁴¹⁶

Nella prospettiva del soggetto che risulta sottoposto alla misura cautelare custodiale, inoltre, il trattamento penitenziario – che finisce per coincidere con lo sconto della pena il più delle volte – si limita per lo più a sanzioni disciplinari. L’imputato detenuto non è nella realtà carceraria tenuto separato da chi sta scontando la pena⁴¹⁷ e per questi non è previsto neppure l’accesso a trattamenti rieducativi perché in contrasto con il principio della presunzione di innocenza.

Occorrerebbe ripensare il trattamento dell’imputato per motivi cautelari in carcere anche in considerazione del fatto che una lunga permanenza in carcere per eseguire la misura cautelare finisce inevitabilmente per frustrare i profili rieducativi della pena, soprattutto quando la prima fase perduri ben più a lungo di quanto non resterà per l’esecuzione penale.⁴¹⁸

⁴¹⁶ A. Macchia, *Disagio carcerario o sindrome da intolleranza?*, In *Cassazione Penale* 2019, 3837.

⁴¹⁷ Principio che trova espresso riconoscimento nell’art. 14, quarto comma, ord.pen. e che è stato ribadito dalla Raccomandazione della commissione europea del 2022.

⁴¹⁸ F. Gianfilippi, cit., 3.

CAPITOLO IV

IL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO.

1. Il Mandato di arresto europeo: il principio del “mutuo riconoscimento” delle decisioni giudiziarie e i caratteri di “accessorietà” e “giudiziarità”.

Il mandato d’arresto europeo è stato istituito dalla decisione-quadro del 2002 avente carattere vincolante per gli Stati parte tanto sul piano dei fini perseguiti che dei relativi mezzi per attivarli. Peraltro, non trattandosi di una fonte auto applicativa, necessita di normative statali volte ad attuarne il contenuto. L’Italia ha infatti attuato la decisione quadro con la legge 22 aprile 2005, n. 69.

L’articolo 1 della decisione-quadro fornisce la definizione di euromandato come «una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell’arresto e della consegna, da parte di un altro Stato membro, di una persona ricercata ai fini dell’esercizio dell’azione penale o dell’esecuzione di una pena o di una misura privativa di libertà». ⁴¹⁹ Il mandato di arresto europeo si caratterizza per perseguire finalità “*esecutive*”, “*processuali*” e “*cognitive/cautelari*”. ⁴²⁰

L’istituto nasce con l’intento di sostituire il meccanismo dell’extradizione tra gli Stati membri dell’Unione, collocando lo strumento all’interno della creazione di uno «spazio comune di giustizia» (punto 11 del Preambolo alla decisione-quadro). Tra gli scopi perseguiti dall’Unione Europea vi è sicuramente quello di disporre strumenti più rapidi e di immediato collegamento tra le autorità processuali dei singoli Paesi. Se infatti il tratto comune dei due istituti è l’obiettivo della consegna allo Stato competente di soggetti nei cui confronti sono state emesse sanzioni detentive di una certa

⁴¹⁹ M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, Milano, 2022, 1280-1281.

⁴²⁰ *Ibidem*, 1282.

entità ovvero misure custodiali per reati di una certa gravità, questi si differenziano in quanto l'euromandato consente un diretto dialogo tra le autorità giudiziarie nei diversi Paesi membri allo scopo di garantire una più rapida esecuzione della procedura in quanto fondata sulla "reciproca fiducia" intercorrente tra le Parti, mentre la procedura di estradizione è maggiormente affidata alla discrezionalità politica.⁴²¹

La decisione-quadro si inserisce in un ampio processo normativo che ha quale punto di origine il Trattato istitutivo dell'Unione Europea. Questo prevede la realizzazione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia per garantire alle persone di spostarsi liberamente nel territorio degli Stati membri e di godere del rispetto dei diritti e delle libertà con eguali condizioni di legalità e sicurezza. Nella riunione di Tampere del 1999, il Consiglio dell'Unione Europea fissò, quale ulteriore principio, quello di favorire una "convergenza" degli ordinamenti giuridici dei vari Stati, anche in materia penale, con l'obiettivo precipuo di garantire una maggiore snellezza e rapidità nei procedimenti interni allo spazio europeo, tramite il riconoscimento delle decisioni emesse negli altri Stati.⁴²²

Il principio del "mutuo riconoscimento" delle decisioni giudiziarie costituisce il presupposto essenziale allo scopo di realizzare lo spazio giuridico europeo. Ai fini della sua concreta attuazione è sufficiente una corrispondenza delle garanzie procedurali e dei principi regolatori del sistema penale da parte dei singoli Stati membri. *A contrario*, le divergenze tra i sistemi penali dei singoli Stati, legittimano il disconoscimento della decisione resa dall'autorità straniera solo se la stessa è inficiata dalla violazione dei diritti fondamentali della persona come riconosciuti e tutelati dalla Convenzione EDU. Occorre sottolineare, però, che non si giunge ad analoga soluzione quando le differenze tra gli ordinamenti nazionali non determinano un *vulnus* delle garanzie fondamentali e costituiscano mera "fisiologiche" differenze tra gli ordinamenti

⁴²¹ F. Dinacci, *Vecchio e nuovo nel mandato d'arresto europeo, tra limiti costituzionali, necessità evolutive e diritti fondamentali*, in *Cassazione penale* 2017, 3778-3798.

⁴²² E. Aprile, *Note a margine delle prime pronunce della cassazione in tema di mandato di arresto europeo: dubbi esegetici e tentativi di interpretazione logico-sistematica della materia*, cit., 516.

nazionali, poiché è il principio del “mutuo riconoscimento” a prevalere come regola generale.⁴²³

La logica insita alla disciplina del mandato di arresto è di un “*obbligo di principio*”, da parte dei singoli Stati, alla sua esecuzione. La *base* della decisione quadro è infatti quella del “principio del riconoscimento reciproco” così come statuito dall’art. 1, paragrafo 2 della decisione. Tale obbligo può trovare delle limitazioni a carattere eccezionale e quindi oggetto di interpretazioni restrittive.⁴²⁴ D’altra parte, esistono anche delle limitazioni intrinseche, attinenti alla definizione di euromandato. Ci si riferisce all’ipotesi in cui un atto, sebbene denominato “mandato d’arresto europeo”, non abbia le caratteristiche sue proprie, di giudiziarietà e accessorietà così come delineate dalla fonte europea.⁴²⁵

Il requisito della giudiziarietà nel mandato d’arresto europeo si riferisce alla necessità che il provvedimento venga emesso con una decisione giudiziaria, potendo essere solo l’autorità giudiziaria a decidere sul *placet* del M.A.E.⁴²⁶

Occorre anzitutto sottolineare come per decisione giudiziaria non si intenda necessariamente una pronuncia di condanna, in quanto, il riferimento nella decisione-quadro alla sanzione «irrogata o irrogabile» consente di ritenere che la procedura del mandato d’arresto può attivarsi nella fase istruttoria o delle indagini preliminari.⁴²⁷ In considerazione di quanto precede, si spiega come l’art. 6 paragrafo 3 della decisione-quadro imponga agli Stati di comunicare al Segretario generale del Consiglio europeo «l’autorità competente in base al proprio diritto interno». A tal proposito, la Corte di Giustizia – competente a verificare, quando sollecitata, la rispondenza tra la natura dell’organo emittente e la nozione di giudiziarietà degli organi e delle decisioni cui fanno riferimento le norme europee – ha interpretato la nozione di “autorità giudiziaria” come non solo ricomprendente i giudici o organi giurisdizionali degli Stati membri, ma atta a ricomprendere «le autorità chiamate a partecipare all’amministrazione della giustizia nell’ordinamento giuridico in questione».

⁴²³ G. Della Monica, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, 2012, 4.

⁴²⁴ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, C 367-16.

⁴²⁵ M. Chiavario, cit., 1291.

⁴²⁶ *Ibidem*.

⁴²⁷ G. Della Monica, cit., 14.

Tuttavia, la nozione non può essere interpretata nel senso di ricomprendere anche i servizi di polizia di uno Stato membro.⁴²⁸ Restano così esclusi organi del potere esecutivo, quale un Ministero ovvero una Direzione generale dei servizi di polizia nazionali. I *dicta* della Corte di Giustizia si traducono, nell'ordinamento interno, in un'autorizzazione alla competenza del pubblico ministero, questi potrebbe emettere l'euromandato in quanto appartenente all'organizzazione italiana della magistratura requirente, indipendente da altri Poteri dello Stato. Diversamente, però, la legge di attuazione ha stabilito che legittimata ad emettere il mandato di arresto europeo, in funzione "processuale" è solo l'autorità giurisdizionale, in favore della separazione di funzioni tra giudice e pubblico ministero (a differenza di quando il mandato è in funzione esecutive in cui l'emissione del mandato spetta a quest'ultimo).⁴²⁹

Tra le limitazioni 'intrinseche' cui si accennava prima in relazione al carattere della "giudiziarità", la Corte di Giustizia ha affermato che nel caso in cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione chiamata a decidere sulla consegna di una persona oggetto di un mandato d'arresto europeo abbia a sua disposizione elementi che "*testimonino carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario nello Stato membro di emissione [...], non può negare la qualità di autorità giudiziaria emittente*" allorquando quelle carenze esistevano al momento di emissione del mandato o sono emerse in un momento successivo allo stesso. Ne consegue che solo a seguito di un controllo concreto e preciso del contesto fattuale, della "*situazione individuale*" della persona e della natura del reato, che abbia dimostrato la carenza delle garanzie di imparzialità dell'organo giudiziario da cui proviene la richiesta, lo Stato di esecuzione del mandato europeo potrà rifiutarsi di proseguire nel procedimento di consegna.⁴³⁰

Un'altra caratteristica del mandato di arresto europeo è il suo carattere "accessorio" rispetto ad altro provvedimento che può essere tanto una sentenza di condanna che un atto dispositivo di una misura cautelare coercitiva. La 'accessorietà' emerge già nella definizione fornita dall'articolo 1 paragrafo 1

⁴²⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 10 novembre 2016, *Poltorak*, C-452/16.

⁴²⁹ M. Chiavario, cit., 1284.

⁴³⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 17 dicembre 2020, *L. e P.*, C-354/20 PU e C-412/20.

della decisione-quadro, nella parte in cui si afferma che il mandato viene emesso «in vista dell'arresto e della consegna [...] di una persona». Inoltre, l'articolo 8 annovera alla lettera c) tra i contenuti necessari del mandato, «l'esistenza di una sentenza esecutiva, di un mandato d'arresto o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la stessa forza».⁴³¹ La Corte di Giustizia ha chiarito come, dal carattere accessorio del mandato d'arresto rispetto al provvedimento restrittivo della libertà, il primo sarebbe invalido se mancasse di dare conto di alcuna indicazione dell'esistenza del secondo.⁴³²

1.2 La procedura del mandato di arresto.

La decisione quadro ha operato una distinzione tra procedura “attiva” e “passiva” di consegna. Quando si fa riferimento alla procedura “attiva” ci si riferisce al procedimento volto ad eseguire un mandato di arresto emesso dall'autorità giudiziaria italiana, mentre quella “passiva” presuppone una richiesta di consegna proveniente da altro Stato membro. Il mandato di arresto europeo è infatti emesso da uno degli Stati membri per ottenere la consegna di un soggetto da sottoporre ad una misura restrittiva della libertà personale, si connota in questo senso come atto avente funzione strumentale e di mero adempimento esecutivo. La funzione strumentale si esplica nel fornire un adeguato supporto informativo alle autorità dello Stato richiesto in vista dell'esecuzione di una condanna ovvero di un'ordinanza impositiva della custodia cautelare per quel soggetto che si trova fuori dal territorio nazionale.

Occorre precisare che il mandato è connesso sì al provvedimento ‘presupposto’ ma solo da un punto di vista funzionale. Le autorità dello Stato di esecuzione, infatti, si limitano ad esaminare la completezza delle informazioni allegate alla richiesta di consegna, effettuando quindi un controllo solo formale, senza entrare nel merito del provvedimento sottostante. È proprio l'autonomia del mandato di arresto rispetto alle vicende del procedimento penale, a

⁴³¹ M. Chiavario, cit., 1285.

⁴³² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 1 giugno 2016, *Bob-Dogi*, C-241/15.

rappresentare l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie di altri Stati all'interno dello spazio comune europeo.⁴³³

L'avvio della procedura passiva presuppone la richiesta di consegna di una persona che si trova in Italia ed è ricercata dall'autorità di altro Stato ai fini dell'esecuzione di un provvedimento restrittivo della libertà personale. La consegna non può essere concessa senza la decisione favorevole della Corte di appello che è l'organo deputato alla verifica delle condizioni necessarie ai fini del trasferimento coattivo della persona ricercata.⁴³⁴

La procedura "attiva", invece, prende avvio con l'emissione da parte dell'autorità giudiziaria italiana del mandato di arresto volto ad ottenere la consegna di una persona che si trova sul territorio di un altro Stato membro dell'Unione. L'emissione del mandato di arresto è affidata agli organi giudiziari dello Stato richiedente e l'attività finalizzata alla consegna del ricercato è gestita dalle autorità dello Stato richiesto, pertanto, solo la fase di emissione del mandato è demandata agli organi giudiziari dello Stato italiano. Il mandato di arresto può essere emesso dall'autorità giudiziaria italiana nelle ipotesi previste dall'art. 28, primo comma, della legge di attuazione: per l'esecuzione della misura cautelare della custodia in carcere o degli arresti domiciliari; per l'esecuzione della pena detentiva non inferiore ad un anno, a meno che non operino cause di sospensione; per l'esecuzione di misure di sicurezza personali di natura detentiva.⁴³⁵

1.3 L'avvio della procedura passiva di consegna.

L'avvio della procedura passiva di consegna è disciplinato dagli artt. 9 e 10 della Decisione quadro, può prendere le mosse dalla diretta trasmissione del mandato di arresto europeo da parte del Ministro della giustizia all'autorità giudiziaria competente ovvero essere avviato dalla segnalazione nel Sistema informativo Schengen (SIS) o dalla richiesta di arresto provvisorio diffusa

⁴³³ Cass. pen, sez. I, 16 aprile 2009, n. 18569, in *Foro Italiano* 2009, 648.

⁴³⁴ G. Della Monica, cit., 31-33.

⁴³⁵ D. Cimadomo, cit., 507.

tramite Interpol, o, infine, tramite l'attivazione della procedura direttamente trasmessa tra le autorità giudiziarie (art. 4, quarto comma).⁴³⁶

Le ipotesi di avvio della procedura per segnalazione nel SIS o per la richiesta di arresto provvisorio tramite Interpol sono attività che implicano la cattura immediata da parte della polizia giudiziaria, a seguito della localizzazione della persona ricercata sul territorio dello Stato, quando non si conosce il luogo in cui si trovi il ricercato. Mentre nell'ipotesi di trasmissione diretta dell'euromandato, si suppone che lo Stato di emissione conosca l'esatta localizzazione della persona richiesta di consegna. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, non è nota l'esatta localizzazione del ricercato e pertanto la modalità di più frequente applicazione è quella disciplinata dall'art. 11.

Nell'ipotesi in cui sia il Ministro della giustizia a ricevere un mandato di arresto europeo, questi avrà l'onere di trasmetterlo *senza ritardo* al presidente della Corte d'appello; sebbene non siano previsti termini perentori a pena di nullità per l'inoltro del mandato di arresto – e, stante il principio di tassatività delle ipotesi di nullità, si ritiene che le espressioni “senza ritardo” e “immediata comunicazione” rivestano carattere meramente ordinatorio⁴³⁷ - la celerità della trasmissione “senza ritardo” è adesso espressione del principio generale contemplato dall'art. 1 c. 3-*bis* in base alla modifica apportata dal D.lgs. n. 10 del 2021.

La fase successiva è quella dell'inoltro dell'euromandato al presidente della Corte d'appello per aprire la fase dei c.d. adempimenti urgenti. Questi adempimenti consistono nella comunicazione al procuratore generale dell'esistenza dell'euromandato, nel controllo preliminare della documentazione ricevuta e nel vaglio sommario sulla competenza. Il criterio che regola il compimento delle predette attività quello dell'economia processuale. Al termine degli adempimenti urgenti, il presidente riunisce la

⁴³⁶ F. Lo Voi, *Il procedimento davanti alla Corte d'appello e i provvedimenti de liberate. Il consenso*, in AA.VV., *Il mandato d'arresto. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di A.A. Bargis, Selvaggi, Torino, 2005, 244.

⁴³⁷ Cass. pen. sez. VI, 6 marzo 2008, n. 10544.

Corte d'appello per la decisione sull'eventuale applicazione di una misura cautelare.⁴³⁸

La procedura appena descritta non era l'unica via percorribile dal legislatore nazionale. Infatti, le alternative rilasciate agli Stati membri nell'attuare la decisione-quadro erano di tre diversi ordini, sebbene il legislatore nazionale abbia preferito non seguire in modo netto nessuna di queste, pare comunque interessante menzionarle per comprendere l'ottica del legislatore comunitario.

La prima opzione prevedeva la produzione di immediati effetti esecutivi al rilascio del mandato di arresto; depongono in tal senso gli artt. 11, 12, 13, 14 della decisione-quadro che, quando si riferiscono ai diritti, al mantenimento in custodia o al consenso alla consegna e audizione del ricercato, si riferiscono alla persona nello *status* di arrestato, quasi come se nessun controllo debba essere posto alla richiesta di arresto. L'ulteriore alternativa era di eseguire il mandato di arresto solo a seguito della verifica del *fumus commissi delicti* e del *periculum in libertate*, tale opzione trae fondamento dal fatto che gli artt. 3, 4 e 5 consentono ai singoli Stati di rifiutare l'esecuzione del mandato qualora non fossero integrati i presupposti *ivi* disciplinati. Ulteriori motivi a fondamento di quest'opzione sono la considerazione dell'esclusione di ogni automatismo nell'adozione di un provvedimento restrittivo della libertà, così come stabilito, peraltro, dall'art. 5 CEDU.⁴³⁹

Un'ultima opzione sarebbe stata quella di considerare l'esecuzione dell'arresto come mezzo per permettere all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di decidere circa il mantenimento o meno dello *status custodiae*, prevedendo però una previa verifica dei presupposti cautelari secondo la normativa interna e del pericolo di fuga.⁴⁴⁰

⁴³⁸ G. Colaiacovo, *Sub art. 9 l. n. 69/2005*, in *Codice di procedura penale. rassegna di procedura penale*, diretta da Lattanzi-Lupo, Aggiornamento, X. Parte speciale, Milano 2019.

⁴³⁹ G. Iuzzolino, *Mandato di arresto e garanzie costituzionali*, in *Il giusto processo*, a cura di Gaito, 2002, 188.

⁴⁴⁰ C. Tracogna, *La tutela della libertà personale nel procedimento di consegna attivato dal mandato d'arresto europeo*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale* 2007, 991-992.

2. La legge di attuazione (legge 22 aprile 2005, n. 69).

L'obbligo di adeguamento dell'ordinamento statale ai principi dell'Unione Europea e quello di applicazione conforme del diritto interno al tenore letterale e alla *ratio* delle direttive impartite dalle decisioni quadro è complementare tra di loro. Entrambi, infatti, convergono verso lo stesso fine di armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali attraverso il raggiungimento degli obiettivi fissati dalle decisioni-quadro. La sussistenza di entrambi i principi ha determinato non poche difficoltà applicative nel bilanciamento tra l'armonizzazione dei differenti sistemi penali e l'esigenza di elevare la cooperazione giudiziaria nell'ambito dell'Unione.⁴⁴¹

L'Italia ha attuato le disposizioni contenute nella decisione-quadro con la legge n. 69/2005, con un ritardo di oltre due anni rispetto al termine fissato per il 31 dicembre 2003. Tra le disposizioni di principio (artt. 1-4) emerge, in primo luogo, la premessa di attuazione "*sub condicione*"⁴⁴² contenuta nell'art. 1, primo comma: il legislatore esplicita di attuare la decisione-quadro «nei limiti in cui tali disposizioni non sono incompatibili con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e del giusto processo». Sempre all'art. 1, terzo comma, il legislatore ha voluto precisare come l'Italia darà esecuzione al mandato di arresto solo se il provvedimento cautelare su cui si fonda la richiesta dell'altro Stato risulti motivato e sottoscritto da un giudice, nonostante per il legislatore comunitario – come accennato in precedenza – il mandato di arresto per l'esecuzione di una misura cautelare può anche non essere sottoscritto da un giudice.

L'art. 2 della legge di attuazione rappresenta il principio ispiratore da seguirsi nella materiale esecuzione dello strumento di cooperazione giudiziaria. Secondo il disposto, lo Stato italiano dà esecuzione al mandato d'arresto europeo «nel rispetto dei seguenti diritti e principi stabiliti dai trattati internazionali e dalla Costituzione: a) i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva dalla legge 4

⁴⁴¹ G. Della Monica, cit., 8.

⁴⁴² A. Chelo, *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010, 16.

agosto 1955, n. 848, in particolare all'articolo 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza) e dall'articolo 6 (diritto ad un processo equo), nonché dai Protocolli addizionali alla Convenzione stessa; *b*) i principi e le regole contenuti nella Costituzione della Repubblica, attinenti al giusto processo, ivi compresi quelli relativi alla tutela della libertà personale, anche in relazione al diritto di difesa e al principio di eguaglianza, nonché quelli relativi alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penali».

La disposizione provvede immediatamente dopo la statuizione di principio, a porre un limite all'effettiva applicazione del mandato: al terzo comma si prevede infatti che «l'Italia rifiuterà la consegna dell'imputato o del condannato in caso di grave e persistente violazione, da parte dello Stato richiedente, dei principi di cui al primo comma, lett. *a*)». La previsione di rifiuto è apparsa alla dottrina "*più teorica che effettivamente verificabile*"⁴⁴³ poiché richiama la formula del *considerandum* n.10 della decisione quadro, dove si prevede che la grave e persistente violazione deve essere constatata dal Consiglio dell'Unione europea con il procedimento previsto dall'art. 7 TUE. Pertanto, la semplice violazione dei diritti del soggetto raggiunto da un euromandato non può essere sufficiente per rifiutare l'esecuzione, richiedendosi invece "*una situazione di generale violazione dei diritti umani nello Stato richiedente*"⁴⁴⁴; apparirebbe, inoltre, inattuabile nella pratica in quanto dovrebbe essere la Corte d'appello a riuscire nell'arduo compito di valutare tali situazioni. Date queste considerazioni, la dottrina ha ritenuto fosse preferibile rifarsi al *considerandum* n. 12 che invece prevede un'ipotesi di rifiuto alla consegna in presenza di situazioni discriminatorie o di violazione dei principi e dei diritti di cui all'art. 6 TUE.⁴⁴⁵

In via generica, possono individuarsi due le condizioni in base alle quali lo Stato italiano darà esecuzione ad un mandato d'arresto europeo proveniente da altro Stato membro: nelle ipotesi di provvedimento cautelare questo deve

⁴⁴³ *Ibidem*, 21.

⁴⁴⁴ A. Lanciotti, *I coinvolgimenti sovranazionali*, in *Diritto penale e processo* 2005, 809. Sul tema anche S. Buzzelli, *Il mandato d'arresto europeo e le garanzie costituzionali sul piano processuale*, in AA.VV. *andato d'arresto europeo, dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. Bargis e E. Selvaggi, Torino, 2005, cit., 88.

⁴⁴⁵ A. Chelo, cit., 21. In senso critico anche G. Della Monica, cit., 24-27.

essere motivato e sottoscritto da un giudice; nel caso in cui si tratti dell'esecuzione di una sentenza, questa deve essere passata in giudicato.⁴⁴⁶

Tornando però al richiamo ai diritti e principi costituzionali e sovranazionali, il riferimento va, in primo luogo, all'art. 13 Cost., in quanto la tutela della libertà della persona deve necessariamente essere assicurata anche in un procedimento di consegna forzata. La tutela della garanzia accordata dal disposto costituzionale viene garantita dalla stessa legge di recepimento della decisione quadro, rispondendo alla previsione dei «casi e modi previsti dalla legge» e dal fatto che è l'autorità giudiziaria competente a valutare sulla decisione di consegna.⁴⁴⁷

Inoltre, al primo comma, dell'art 2, lett. b), è previsto un richiamo ai principi costituzionali posti a tutela della libertà personale “*in senso ampio*”: sono ricompresi il diritto di difesa e il principio di uguaglianza, nonché a quelli relativi alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penale (artt. 3, 24, 25 e 27 Cost.). Troverà applicazione altresì il principio del giusto processo garantito dall'art. 111 Cost., esplicitamente richiamato dalla lettera b) e in altre previsioni che saranno più avanti analizzate, come la possibilità di esperire il ricorso per Cassazione avverso i provvedimenti che statuiscano sulla consegna del soggetto, nonostante la mancata previsione di impugnazioni nella disciplina europea.⁴⁴⁸

L'esplicito richiamo ai principi costituzionali nella legge di attuazione non contrasta con quanto stabilito dalla normativa europea che nel *considerandum* n. 12, stabilisce «la decisione quadro non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione».

Un discostamento dalla disciplina europea è quindi possibile e ‘ammesso’ quando ci si riferisce ad un ampliamento del novero dei diritti e principi

⁴⁴⁶ A. Sorgato, *Mandato d'arresto europeo: prime applicazioni tra dubbi e incertezze*, in *Ventiquattrore Avvocato* 2006, 88-89.

⁴⁴⁷ E. Selvaggi- O. Villoni, *Questioni reali e non sul mandato europeo di arresto*, in *Cassazione penale* 2002, 446.

⁴⁴⁸ A. Chelo, cit., 22.

fondamentali applicabili in materia, crea, invece, maggiori difficoltà quando si risolve in disposizioni “*di ostacolo*” all’attuazione del mandato di arresto europeo. Il legislatore italiano, come vedremo, sembra essere quasi ‘scettico’ nell’attuare le disposizioni della decisione-quadro; tra i diversi esempi, i più rilevanti potrebbero essere tanto quelli relativi all’introduzione dei motivi di rifiuto alla consegna non previsti dalla decisione quadro – motivo per il quale la legge di attuazione è stata oggetto di critica non solo da parte della dottrina, ma anche dalla Commissione U.E. nella valutazione del 2006⁴⁴⁹ - quanto le ipotesi di reintroduzione della “doppia incriminazione” come condizione ostativa all’esecuzione del mandato proveniente da altro Stato membro.

2.1 Il campo di applicazione dell’euromandato.

Nel delineare l’ambito di applicazione della decisione quadro del 2002, il legislatore europeo ha ritenuto di includere tutti quei fatti puniti dalla legge dello Stato membro emittente con una pena coercitiva o con una misura di sicurezza privativa della libertà di una durata massima non inferiore a dodici mesi e quelli per i quali è stata pronunciata condanna di durata non inferiore a quattro mesi. Nella stessa disposizione (art. 2) il legislatore ha posto quale principio generale quello della irrilevanza della doppia incriminazione, prevedendo comunque la possibilità per gli Stati membri di derogare alla stessa.

La legge italiana di attuazione ha ristretto l’area delle situazioni in cui le autorità giudiziarie del nostro Paese possono emettere un mandato di arresto europeo. Con specifico riferimento al mandato in funzione cautelare, vi è stato un ridimensionamento dell’area di competenza all’emissione del mandato, attribuendo al giudice «che ha applicato la misura della custodia in carcere e

⁴⁴⁹ A tal proposito la Cass. sez. un. pen., *Ramoci*, 30 gennaio 2007, n. 4614 con nota di Aprile E., *Note a margine della prima pronuncia delle sezioni unite sulla disciplina del mandato di arresto europeo*, in *Cassazione Penale* 2007, 1941. La Suprema Corte ha convenuto con i rilievi espressi dalla Commissione Europea, precisando che, essendo la stessa decisione-quadro ad autorizzare gli Stati ad ampliare il catalogo delle ipotesi di non esecuzione del mandato di arresto europeo, in tutti i casi in cui siano implicate norme costituzionali relative al giusto processo, questo deve essere “inteso nella sua dimensione soprannazionale”. Cfr. A. Chelo, cit., 23-24.

degli arresti domiciliari» (art 28 c.1 lett. a, l., n. 69/2005). Questo implica che la cerchia dei delitti compresi è quella per i quali viene stabilita la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni. Quando invece si fa riferimento al mandato emesso all'estero e ricevuto dall'autorità italiana, la disciplina interna si è allineata alle regole sovranazionali circa l'entità della sanzione stabilita dalla disciplina europea (dodici e quattro mesi, al di sotto dei quali l'esecuzione del M.A.E. di provenienza estera, risulta precluso, *ex art. 7 c.3 l., n. 69/2015*).

La normativa nazionale si discosta dalle indicazioni europee anche laddove stabilisce che, all'interno dell'ambito di operatività stabilito dal mandato, il fatto debba essere punito anche dall'ordinamento italiano.⁴⁵⁰ I dubbi che tale disposizione ha creato sono differenti, anche la Corte di Giustizia ha stabilito che *“il carattere vincolante delle decisioni quadro, formulato in termini identici a quelli dell'art. 249, terzo comma comporta in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme al diritto nazionale. [...] il principio di leale cooperazione [...] implica in particolare gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea e ciò anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale”*.⁴⁵¹ Si dovrebbe pertanto configurare la responsabilità dello Stato secondo le regole del diritto dell'Unione.

Obiettivo del legislatore europeo era quello di giungere ad una totale abolizione del requisito di “doppia incriminazione” mentre il legislatore italiano sembra avere in qualche modo reintrodotta lo stesso in sede attuativa, sovvertendo il rapporto di regola/eccezione e prevedendo l'esigenza della doppia incriminazione con eccezione in materia di tasse e imposte, di dogana e di cambio.

⁴⁵⁰ M. del Tufo, *Profili di diritto sostanziale*, in *Diritto penale e processo* 2005, 939.

⁴⁵¹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 16 giugno 2005, *Pupino*, C/103. Nel 2007 la Corte di Giustizia è tornata sul tema statuendo che la soppressione del controllo sulla doppia incriminazione non contrasta né con il principio di uguaglianza e di non discriminazione, né con il principio di legalità in materia penale. (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 3 maggio 2007, C-303/05).

Il principio della doppia incriminazione è uno dei presupposti classici della procedura per l'extradizione, questa non viene concessa qualora il fatto per il quale è richiesta non sia previsto come reato in entrambi gli ordinamenti. Viene considerata come espressione del principio di legalità: infatti, lo Stato richiesto non può collaborare alla repressione di un fatto che non costituisce reato nel suo ordinamento.⁴⁵²

La prassi convenzionale in materia del principio della doppia incriminazione mostra che per la Convenzione europea di estradizione del 1957, il fatto debba essere punibile in entrambi gli Stati a partire da una eguale soglia minima di pena; mentre per la Convenzione di Dublino, pur prevedendo una deroga alla doppia incriminazione per fatti particolarmente gravi quali quelli relativi alla criminalità organizzata, mantiene la regola della doppia incriminazione. Appare significativo, invece, menzionare l'Accordo tra Italia e Spagna del 28 novembre del 2000 per reati di terrorismo, criminalità organizzata, traffico di stupefacenti, traffico di armi, tratta di esseri umani, abusi sessuali contro minori, punibili con una pena detentiva massima non inferiore a quattro anni, si procede alla estradizione, superando i limiti della doppia incriminazione, della specialità, della prescrizione nello Stato richiesto e della contumacia. Per gli altri reati si può invece richiedere la doppia incriminazione. È stata la decisione quadro in commento a segnare il vero passo in avanti verso l'abolizione della doppia incriminazione, limitando le ipotesi in cui è previsto e quando previsto lo interpreta in chiave di *punibilità in astratto*.⁴⁵³ La scelta è stata tuttavia oggetto di critiche da parte della dottrina sulla considerazione che la mancata previsione della doppia incriminazione sarebbe contraria ai principi di tassatività della norma penale e della riserva di legge. Risolvendosi, a parere della dottrina, in una "*enunciazione sommaria*" degli oggetti rilevanti in sede penale.⁴⁵⁴

La decisione-quadro non abolisce completamente l'istituto della doppia incriminazione, ma differenzia due fasce di fattispecie.

⁴⁵² S. Maranella, *Mandato d'arresto europeo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani* 2004, 4.

⁴⁵³ M. del Tufo, cit., 940.

⁴⁵⁴ V. Caianello, G. Vassalli, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cassazione Penale* 2002, 462.

Nella prima, l'operare della regola della doppia incriminazione viene meno. Infatti, viene stabilito che in base ai delitti definiti dallo Stato emittente, la consegna deve avvenire purché il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati sia pari o superiore a tre anni di detenzione. Pertanto, l'autorità ricevente non sarà legittimata a verificare se la valutazione di illiceità penale sia presente anche nel suo ordinamento poiché si fa solo riferimento alla legislazione dello Stato richiedente. All'interno di questa fattispecie sono ricompresi crimini molto gravi (il riferimento va alla tratta di essere umani, sfruttamento sessuale di minorenni, rapina, omicidio, criminalità informatica o ambientale). Le 32 fattispecie si caratterizzano per un elevato tasso di antisocialità e per una gravità tale da essere ritenuti meritevoli di sanzione penale da parte di tutti gli Stati membri, a prescindere dalle singole formule legislative utilizzate da ciascuno di essi per individuali.⁴⁵⁵ Per questi reati viene in rilevanza solo la disciplina dello Stato che ha emesso il mandato di arresto europeo: non solo in relazione al *quantum* di pena ma anche rispetto alla riconducibilità del reato alla "*lista positiva*" stabilita dalla decisione-quadro. Inoltre, la lista è tassativa ma non definitiva, infatti, il Consiglio dell'Unione può decidere in qualsiasi momento di estendere o modificare l'elenco. La scelta effettuata in sede europea della presa in considerazione del solo livello sanzionatorio stabilito dallo Stato di emissione, senza considerare le conseguenze penali collegate al fatto nell'ordinamento dello Stato di esecuzione, risponde al principio della almeno tendenziale abolizione del requisito della doppia incriminazione.⁴⁵⁶

Nella seconda fascia, invece, si applica la clausola della "doppia incriminazione" ma intesa solo nel senso che in questo caso, lo Stato richiesto ha una facoltà di rifiuto dell'esecuzione del mandato ma non sussiste un relativo obbligo. La legge di attuazione, in adesione con la previsione comunitaria, stabilisce che «l'Italia dà esecuzione al mandato d'arresto europeo solo nel caso in cui il fatto sia previsto come reato dalla legge

⁴⁵⁵ N. Bartone, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003.

⁴⁵⁶ M. del Tufo, cit., 938-939.

nazionale, indipendentemente dalla qualificazione giuridica e dai singoli elementi costitutivi del reato» (art. 7 c. 1, l., n. 69/2005).⁴⁵⁷

La scelta di non prevedere una precisa descrizione delle fattispecie incluse nelle due fasce è stata imposta da esigenze di ordine tecnico e politico, tanto per la difficoltà di elaborare delle nozioni giuridiche che siano in grado di abbracciare le diverse nozioni di reato all'interno dei singoli sistemi giuridici che in considerazione del fatto che l'elaborazione di fattispecie su creazione europea avrebbe rappresentato una via alternativa allo strumento prescelto di unificazione, cioè la cooperazione giudiziaria.⁴⁵⁸

La situazione è differente nell'ordinamento interno. Infatti, la legge di attuazione ha di fatto previsto all'art. 7 la “*doppia punibilità*”, nel senso che il fatto di reato deve essere previsto come tale anche dalla legge italiana – con eccezione delle ipotesi di reato in materia valutaria e doganale. Nelle ipotesi di esecuzione di una sentenza, la condanna non può essere inferiore a 4 anni. La clausola vale anche per le ipotesi di reato diverse rispetto a quelle appositamente inserite nell'elenco dei trentadue illeciti penali per cui valeva tale principio. Ed ancora, per tali reati, la legge italiana di implementazione ha proposto una ridefinizione di ciascuna fattispecie incriminatrice, come a creare “*un sistema penale parallelo*” a quello del codice e delle leggi penali speciali. Inoltre, la legge italiana pare discostarsi dai principi stabiliti nella decisione-quadro anche quando ha attribuito un ruolo di maggior rilievo al Ministro della giustizia, divergendo dal principio di “giudiziarità” previsto dalla decisione-quadro. Ancora, un'ulteriore differenza quasi a conferma del sistema “*parallelo*”, cui si diceva, sono le aggiuntive e numerose ipotesi di rifiuto alla consegna rispetto a quelle prestabilite dalla decisione-quadro.⁴⁵⁹ Ulteriori dubbi sono stati sollevati anche in riferimento a quella che fosse l'esatta connotazione di “fatto” ai fini di applicazione della disciplina. È stata la giurisprudenza a fornire dei parametri interpretativi in tal senso. Infatti, non sarebbe necessario per soddisfare la condizione della doppia punibilità lo schema astratto della norma incriminatrice, ma è sufficiente che la concreta

⁴⁵⁷ M. Chiavario, cit., 1292-1296.

⁴⁵⁸ G. Della Monica, cit., 12.

⁴⁵⁹ E. Aprile, cit., 2518.

fattispecie sia punibile come reato in entrambi gli ordinamenti,⁴⁶⁰ non rilevando l'eventuale diversità del trattamento sanzionatorio. È irrilevante altresì l'eterogeneità delle previsioni inerenti alle circostanze aggravanti a meno che la natura o il contenuto della circostanza presentino caratteristiche tali da immutare il fatto nel nucleo essenziale della sua configurazione materiale.⁴⁶¹ A tali fini è necessario che l'autorità dello Stato di emissione fornisca una compiuta descrizione sul piano naturalistico-strutturale per consentire al giudice italiano di accertare in modo effettivo e non formale la sussistenza del requisito della doppia incriminabilità o di una ipotesi di consegna obbligatoria.

⁴⁶²

A differenza della ipotesi delineata all'art. 7, l'art. 8 enuclea, conformemente alla disposizione europea, le 32 categorie di reato per cui è stabilita la consegna obbligatoria, a prescindere dalla doppia incriminazione se il massimo della pena o della misura di sicurezza sia pari o superiore a 3 anni senza considerare le aggravanti. I problemi principali che si pongono in relazione alla disciplina appena delineata riguardano le concrete fattispecie individuabili nelle categorie astratte di reato nei singoli Stati membri. Il mandato è costruito come un sistema di crociature nella casella relativa alle singole fattispecie, non appare difficile, pertanto, ipotizzare complicanze pratiche.⁴⁶³ Il legislatore italiano ha elaborato, in sede di attuazione, una soluzione peculiare, che si differenzia da quella degli altri Stati dell'Unione. Il giudice italiano, ex art. 8 della l. n. 69/2005, potrà consentire alla consegna solo dopo una serie di verifiche: anzitutto che l'autorità giudiziaria dello Stato emittente consideri il fatto come rientrante in uno dei 32 reati indicati dalla decisione quadro; inoltre, l'esecuzione del mandato dovrà essere riconducibile alle 'descrizioni' che l'Italia ha formulato in sede attuativa. Solo dopo aver constatato che il fatto per il quale viene richiesta la consegna rientri in una delle situazioni descritte dall'art. 8, la consegna potrà avere luogo.⁴⁶⁴ Dal confronto tra le 32 fattispecie contenute nella Decisione quadro e quella contenuta nella formulazione

⁴⁶⁰ Cass. pen. sez. VI, 29 maggio 2017, n. 27483.

⁴⁶¹ Cass. pen. sez. VI, 17 gennaio 2013, n. 3255; Cass. pen. sez. VI, 16 gennaio 2018, n. 2059.

⁴⁶² Cass. sez. fer. pen., 27 agosto 2019, n. 36844.

⁴⁶³ A. Sorgato, cit., 89.

⁴⁶⁴ M. del Tufo, cit., 941.

originaria della legge di recepimento, emerge che il legislatore italiano aveva introdotto dei requisiti specifici in alcune categorie di reati che avevano l'effetto di limitare la rilevanza penale del fatto.⁴⁶⁵

A seguito delle critiche non solo della dottrina ma anche della Commissione Europea⁴⁶⁶, il legislatore italiano è intervenuto in modifica della legge di attuazione. Il decreto legislativo del 2021 ha modificato la disciplina eliminando le previsioni estranee alla Decisione quadro e riformulando le norme secondo le indicazioni del legislatore europeo. Oggi, infatti, si prevede all'art. 7 la necessità che il fatto sia previsto come reato anche nell'ordinamento italiano ma *l'esecuzione dell'euromandato deve avvenire indipendentemente dalla qualificazione giuridica e dai singoli elementi costitutivi del reato*.⁴⁶⁷ Anche per quanto riguarda le ipotesi di reati in materia di tasse, imposte, dogana e cambio il legislatore del 2021 ha riscritto la previsione e, al fine di verificare la sussistenza della doppia incriminazione, non è necessario che la legge italiana imponga lo stesso tipo di tasse o di imposte o contenga lo stesso tipo di disciplina in queste materie della legge italiana e neppure è necessario raggiungere la soglia edittale dei tre anni.⁴⁶⁸

Il decreto del 2021 ha invece completamente rielaborato l'art. 8 e il catalogo di reati che non richiedono la doppia incriminazione: il giudice dovrà ora fare riferimento all'elenco nell'art. 2.2 della decisione quadro per verificare tale presupposto.⁴⁶⁹

Occorre comunque precisare che, a tutela dei diritti del ricercato, si pone quale condizione ostativa alla prosecuzione della procedura di consegna, il principio di specialità (artt. 26 e 32 l., n. 69/2005) che prevede, per eventuali fatti precedenti alla consegna e diversi da quello per cui è concessa, che il soggetto non possa essere sottoposto ad una privazione della libertà personale.⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ A. Chelo, cit., 103.

⁴⁶⁶ Relazione a norma dell'art. 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, del 24 gennaio 2006.

⁴⁶⁷ G. Colaiacovo, *sub. art. 7-8*, cit., 548.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, 551.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, 548.

⁴⁷⁰ A. Sorgato, cit., 89.

L'art. 26 va letto in combinato disposto l'art. 25 della l., n. 69/2005. Quest'ultimo prevede che la consegna della persona sia «subordinata alla condizione che la stessa non venga consegnato ad altro Stato membro in esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso per un reato anteriore alla consegna medesima». L'art. 26 prevede invece che la consegna sia sempre subordinata alla condizione che «per un fatto anteriore alla stessa e diverso da quello per il quale è stata concessa, la persona non venga sottoposta a un procedimento penale, né privata della libertà personale in esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, né altrimenti assoggettata ad altra misura privativa della libertà personale».

La Convenzione Europea dell'Estradizione prevedeva già che la clausola di specialità dovesse essere inserita in modo espresso in ogni atto di concessione dell'extradizione e un'impossibilità di esercitare l'azione penale in caso di violazione della disposizione; la clausola, si pone come una condizione di improcedibilità nei confronti del soggetto estradando per evitare che il provvedimento di estradizione richiesto per un reato possa essere strumentalmente utilizzato per processare la persona per fatti diversi da quelli per i quali è stata concessa l'extradizione e commessi prima della consegna.⁴⁷¹

La legge attuativa del mandato di arresto enuncia, all'art. 26, una serie di deroghe espresse al principio che ha invece portata generale e si ritiene sempre applicato.

Tra le deroghe al principio di specialità sono ricomprese non solo quella dell'espresso consenso dell'extradando ad eliminare tale clausola come previsto dalla procedura di estradizione ovvero l'espressa rinuncia a beneficiare del principio di specialità rispetto a particolari reati anteriori alla sua consegna, ma tutta una serie di altre deroghe tra cui: il mancato abbandono del territorio dello Stato estradante nei quarantacinque giorni concessi; il «*volontario ritorno*» del soggetto una volta abbandonato il Paese richiedente; le ipotesi in cui il reato non sia punibile con una pena o misura di sicurezza privative della libertà personale e quelle in cui sia il procedimento penale a non consentire l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale;

⁴⁷¹ G. La Cate, *La clausola di specialità nell'extradizione ed i principi costituzionali*, in *Rivista Penale* 1985, 1045.

un'ulteriore deroga è rappresentata dalla situazione in cui si trovi la persona, in particolare quando questa sia soggetta a una pena o misura che non implichi la privazione della libertà personale.⁴⁷²

2.2 Le ipotesi di rifiuto alla consegna.

La decisione-quadro prevede le ipotesi di rifiuto alla consegna distinguendole in obbligatorie e facoltative. Il rifiuto alla consegna è obbligatorio tutte le volte in cui il reato per cui si procede è coperto da amnistia nello Stato richiesto; quando la persona ricercata è stata già giudicata per lo stesso fatto, con sentenza definitiva in un altro Stato membro diverso da quello di emissione (a condizione che la sanzione sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione o non sia più eseguibile in base alle norme vigenti del Paese dove è stata pronunciata la sentenza); se la persona ricercata, in accordo con la legge dello Stato di esecuzione, non può essere considerata penalmente responsabile in quanto minore.

Le ipotesi di rifiuto facoltativo sono indicate dall'art. 4 della decisione quadro e ricomprendono: le ipotesi in cui il reato oggetto del mandato non sia compreso nella lista di cui all'art. 2 e manchi il requisito della doppia incriminazione; se la persona ricercata è sottoposta a processo nello Stato di esecuzione e per gli stessi fatti sia stato emesso il mandato di arresto; se l'autorità dello Stato di esecuzione ha, precedentemente all'emissione del mandato, ritenuto insussistenti i presupposti per l'esercizio dell'azione penale per quello stesso fatto; nelle ipotesi in cui in un diverso Stato sia intervenuta una sentenza definitiva che preclude la riapertura del processo per lo stesso reato a carico della stessa persona; se in base alle norme vigenti nello Stato di esecuzione, il reato oggetto del mandato di arresto rientra anche nella competenza di tale Stato e il reato risulta prescritto; se la persona ricercata è stata già giudicata per lo stesso fatto, con sentenza definitiva ed in uno Stato non parte dell'Unione a condizione che, se condannato, l'imputato deve avere già scontato la pena ovvero stia scontando la stessa ovvero ancora la sanzione

⁴⁷² G. Dalia, *L'adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali*, in AA.VV. *Il mandato di arresto europeo e procedure di consegna* a cura di A.A. Kalb, cit., 51.

non sia più eseguibile in forza della legge del Paese dove è stata pronunciata quella sentenza. Ulteriori previsioni di rifiuto facoltativo sono previste allorquando la persona nei cui confronti è stato emesso il mandato di arresto europeo sia cittadino o residente nello Stato richiesto che si impegna ad eseguire la pena detentiva o una misura comunque limitativa della personale; allorquando la consegna sia richiesta per reati che sono considerati dalla legge dello Stato di esecuzione commessi nel suo territorio in tutto o in parte; se il reato è stato commesso al di fuori del territorio dello Stato di emissione e la legge dello Stato di esecuzione non consente di perseguire tale reato in casi analoghi e risulti quindi consumato oltre i confini nazionali; se il reato oggetto del mandato di arresto è stato commesso al di fuori del territorio dello Stato di emissione e la legge dello Stato di esecuzione non consente di perseguire tale reato in casi analoghi, laddove, cioè il reato risulti consumato oltre i confini nazionali.⁴⁷³

Le ipotesi di rifiuto alla consegna sono disciplinate nella legge di attuazione all'art. 18. Molte delle situazioni ostative alla consegna non sono tuttavia previste dalla normativa europea e per alcuni versi sono anche parse in contrasto con la finalità di “mutuo riconoscimento” dello strumento europeo.⁴⁷⁴

All'interno della corposa disposizione, pare interessante soffermarsi sulla distinzione tra le ipotesi di rifiuto alla consegna per il ricorrere di cause ostative con quelle di rifiuto allorquando il provvedimento cautelare risulti emesso in mancanza di motivazione, così come previsto dall'art. 18, lett. t) della legge di attuazione. In risposta ai principi generali, con un richiamo in particolare all'art. 1, terzo comma, la disposizione prevede che a prescindere dal merito o dalla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, quando il provvedimento risulti carente di motivazione dovrà essere disatteso in quanto carente del *minimum* di tutela che deve essere garantita all'imputato o condannato. Il riferimento non va ad una completa omissione della motivazione, quanto

⁴⁷³ G. Della Monica, cit., 13-14.

⁴⁷⁴ A. Perduca, *sub art. 18*, in *Il mandato di arresto europeo. Commento alla l. 22 aprile 2005*, n. 69, a cura di AA. Chiavario, De Francesco, Manzoni, Marzaduri, Torino, 2005, 310.

piuttosto ad una motivazione insufficiente perché “*assertiva, dogmatica o si risolva in un petitio principii impedendo il controllo degli atti accusatori*”.⁴⁷⁵

L’ipotesi di rifiuto disciplinata dall’art. 18 alla lettera e) della disciplina di attuazione ha, invece, sollevato non pochi dubbi – giunti fino alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione– circa la conformità con il principio del mutuo riconoscimento. L’articolo stabilisce infatti che la Corte di appello rifiuta la consegna «se la legislazione dello Stato membro di emissione non prevede i limiti massimi della carcerazione preventiva». Occorre premettere che la disposizione può essere applicata solo nelle ipotesi di consegna a fini processuali. A tal proposito, considerando le diverse procedure adottate negli altri Stati membri, vi possono essere tre diversi modelli procedurali per computare la durata della misura cautelare: un primo modello potrebbe essere quello scandito su termini massimi ovvero interfascici come il nostro; gli Stati potrebbero altresì verificare l’efficacia della misura coercitiva tramite controlli periodici a breve termine; infine, gli altri ordinamenti potrebbero prevedere tanto verifiche a scadenze fisse che termini massimi al decorrere dei quali la misura coercitiva perde di efficacia.⁴⁷⁶

Le questioni giunte al vaglio della Suprema Corte a Sezioni Unite riguardavano in primo luogo la considerazione che la disposizione di cui alla lettera e) fosse, oltre che incompatibile con la decisione quadro, anche suscettibile di declaratoria di illegittimità costituzionale. A tal proposito, la Corte ha chiarito come non vi fosse un’incompatibilità con la disciplina europea. Tali considerazioni prendono le mosse dalla constatazione che tanto le disposizioni interne che quelle sovranazionali assicurano il rispetto dei diritti fondamentali e vanno tutelate anche nel procedimento di consegna previsto dal mandato di arresto. La Corte si riferisce a quella “*sensibilità condivisa*” in materia di giusto processo i cui principi così come declinati nei singoli Stati vanno incondizionatamente rispettati. Per queste ragioni, la Corte ha ritenuto che, essendo la ragionevole durata afferente ai cardini del giusto processo, può essere introdotto nella legislazione di attuazione un diniego di consegna,

⁴⁷⁵ A. Sorgato, cit., 90.

⁴⁷⁶ C. Tracogna, cit., 1000-1003.

laddove non sussistano nello Stato richiedente “*verificabili limiti al protrarsi della custodia preventiva*”.⁴⁷⁷

Un altro dubbio sollevato dalla disposizione in commento riguarda la valutazione sulla normativa cautelare straniera. In particolare, se questa debba essere valutata avendo come parametro di riferimento l’istituto della custodia cautelare come modulato nell’ordinamento interno ovvero se il giudizio dell’autorità competente debba arrestarsi su livelli di compatibilità, tramite un giudizio ‘per equivalente’ volto a verificare se la disciplina dell’altro ordinamento garantisca una tutela della persona sottoposta a misura coercitiva equivalente a quella interna.⁴⁷⁸

A tal proposito la Cassazione ha ritenuto che dovesse essere la valutazione in concreto o ‘per equivalente’ quella idonea a stimare se il regime cautelare straniero fosse in grado di offrire garanzie sufficienti circa la durata della limitazione della libertà personale. In ottica di ‘salvataggio’ dell’ipotesi di rifiuto alla consegna, la Suprema Corte ha preferito un’interpretazione ‘flessibile’ dei parametri costituzionali indicati dalle disposizioni di cui all’art. 27 secondo comma, e art. 13, quinto comma, adattabile ai vari sistemi processuali. In questo senso, sebbene nell’ordinamento italiano il combinato disposto dei due articoli imponga dei limiti di durata della restrizione della libertà fino a quando non sia intervenuta una sentenza definitiva, tale assunto non può essere vero in tutti gli altri ordinamenti che potrebbero anche prevedere ipotesi di non cogenza della presunzione di non colpevolezza dopo la prima sentenza di condanna. Così, l’unica via per conciliare la norma interna con quella di altri Stati, può solo essere quella di adottare un’interpretazione ‘ampia’ dei termini di “*durata*” e soprattutto di “*limite*” come indicato dall’art. 13: la Corte ha ritenuto di interpretare quest’ultimo come comprensivo di anche di provvedimenti giudiziali, positivi o negativi, che intervengano “*a una certa e prefissata cadenza temporale*”.

⁴⁷⁷ Cass. sez. un. pen., *Ramoci*, 30 gennaio 2007, n. 4614. In dottrina: G. Iuzzolino, *La decisione sull’esecuzione del mandato d’arresto europeo*, in AA.VV. *Mandato di arresto europeo*, a cura di AA. Bargas, Selvaggi, cit., 287ss.

⁴⁷⁸ C. Tracogna, cit., 1001.

La decisione della Corte è stata in parte criticata dalla dottrina in considerazione delle possibili conseguenze pratiche: il rischio è quello di affidare alle Corti d'appello un ampio margine di discrezionalità che necessariamente porterà a soluzioni tra loro contrastanti circa la compatibilità o meno dei sistemi stranieri a quello italiano. Tale rischio si sarebbe potuto evitare se il legislatore italiano, in sede di attuazione della decisione-quadro, avesse seguito l'invito di introdurre limiti interfascici nella valutazione dell'efficacia della misura piuttosto che un termine massimo della durata della custodia cautelare.⁴⁷⁹

Di recente, la Corte Costituzionale è intervenuta in materia di mandato di arresto europeo sollevando due rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia, in considerazione della competenza in capo a quest'ultima dell'individuazione dei casi, al di fuori delle ipotesi previste dalla legge di attuazione e dalla decisione-quadro, in cui l'autorità giudiziaria nazionale può rifiutarsi di dare esecuzione a un mandato di arresto europeo.⁴⁸⁰

L'ordinanza n. 216 del 2021 ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano in riferimento al contrasto tra gli artt. 18 e 18-*bis* della legge, n. 69/2005 e i disposti costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 32, 111 per la mancata previsione, tra i motivi di rifiuto della consegna, delle *“ragioni di salute croniche di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta”*.

Nel caso di specie, la Corte d'appello competente riteneva di non poter procedere alla consegna del cittadino italiano richiesta dal Tribunale di Zara che aveva emesso un mandato di arresto europeo ai fini dell'esercizio dell'azione penale. I motivi tesi a giustificare il rifiuto si basavano sul concreto rischio alla salute che sarebbe derivato dal trasferimento dell'interessato. A prova di ciò, una perizia psichiatrica aveva accertato che il soggetto soffrisse di disturbo psicotico, oltre a segnalare *“un forte rischio suicidario”* connesso alla possibile incarcerazione.

⁴⁷⁹ C. Tracogna, cit., 1003.

⁴⁸⁰ Corte cost., 23 settembre 2021, n. 216; Corte cost., 21 ottobre 2021, n. 217.

La Corte d'appello sottolinea la mancanza, tanto nell'ordinamento interno che in quello europeo, di una previsione di rifiuto alla prosecuzione del mandato d'arresto fondata sulla *“necessità di evitare violazioni ai diritti fondamentali della persona richiesta in consegna”* come, nel caso concreto, del diritto alla salute.

Prima di investire la Corte di Giustizia sulla questione - in quanto, *“spetta in primo luogo al diritto dell'Unione stabilire gli standard di tutela dei diritti fondamentali al cui rispetto sono subordinate la legittimità della disciplina del mandato di arresto europeo, e la sua concreta esecuzione a livello nazionale, trattandosi di materia oggetto di integrale armonizzazione”*⁴⁸¹ - la Corte Costituzionale ha specificato perché altri rimedi alternativi, diversi da quelli elencati tra le ipotesi di rifiuto alla consegna, non fossero adeguati a garantire la tutela del diritto alla salute nel caso concreto.

In questo senso, non è stato ritenuto idoneo il rimedio esperibile ex art. 23, terzo comma, della legge di attuazione che di fatto consente di sospendere l'esecuzione del provvedimento di consegna *“quando sussistono motivi umanitari o gravi ragioni per ritenere che la consegna metterebbe in pericolo la vita o la salute della persona”*. Il rimedio ha carattere *“meramente temporaneo”* poiché prevede che l'esecuzione del mandato proseguirà non appena saranno cessati i motivi ostativi alla consegna e per questo motivo non è parso idoneo ad ovviare a situazioni di patologie croniche di durata interminabile. La disposizione della misura sospensiva sarebbe, infatti, contraria al senso di umanità perché protrarrebbe l'esecuzione del mandato per una durata indefinita.

Il giudice delle Leggi non ha ritenuto adeguati neppure gli artt. 1-2 della legge attuativa – così come sostenuto dall'avvocatura dello Stato – né nella formulazione anteriore al 2021, vigente all'epoca dei fatti sottoposti al vaglio della Corte, né a seguito della riforma. Infatti, l'art. 1 prevedeva che l'attuazione della disposizione del mandato di arresto europeo è limitata alla compatibilità *«con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e giusto processo»*;

⁴⁸¹ Corte cost., 23 settembre 2021, n. 216, § 7.4.

mentre all'art. 2 veniva esplicitato che l'Italia avrebbe dato esecuzione al mandato di arresto europeo nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, in particolare agli artt. 5-6 e dei protocolli addizionali, nonché «i principi e le regole contenuti nella Costituzione della Repubblica, attinenti al giusto processo». Stante la constatazione per cui gli articoli da ultimo citati nulla dicano riguardo all'autorità giudiziaria competente ad effettuare il controllo di compatibilità tra la richiesta di consegna e i principi fondamentali a tutela dei diritti della persona, la stessa Corte di Giustizia è intervenuta precludendo agli Stati membri di condizionare l'attuazione del diritto dell'Unione, nei settori oggetti di integrale armonizzazione, al rispetto degli standard *“puramente nazionali”* di tutela dei diritti fondamentali per non inficiare *“il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”*.⁴⁸² *“I diritti fondamentali al cui rispetto la decisione quadro è vincolata ai sensi del suo art. 1, paragrafo 3, sono, piuttosto, quelli riconosciuti dal diritto dell'Unione europea, e conseguentemente da tutti gli Stati membri allorché attuano il diritto dell'Unione: diritti fondamentali alla cui definizione, peraltro, concorrono in maniera eminente le stesse tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (artt. 6, paragrafo 3, TUE e 52, paragrafo 4, C.D.FUE)”*.⁴⁸³

Oltre ai rimedi interni, la Corte Costituzionale ha ritenuto che neppure dai precedenti delle Corti europee potessero ricavarsi alternative idonee a evitare il rinvio pregiudiziale.

Infatti, quando in diverse occasioni gli Stati membri hanno sollevato questioni ostative all'esecuzione del mandato di arresto al di fuori delle ipotesi delineate dalla decisione-quadro, la Corte di giustizia ha individuato procedure di diretta comunicazione tra gli Stati interessati atte a conciliare tanto le esigenze di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, che il rispetto dei diritti fondamentali.⁴⁸⁴ La Corte Costituzionale ha ritenuto tali garanzie non idonee in quanto solitamente volte a rimediare carenze sistemiche all'interno degli ordinamenti di altri Paesi membri che non garantivano il rispetto dei diritti della

⁴⁸² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 26 febbraio 2013, *Fransson*, C-617/10.

⁴⁸³ Corte cost., 23 settembre 2021, n. 216.

⁴⁸⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU.

persona. Nel caso in esame, invece, si tratta di una diversa ipotesi in cui “*le condizioni patologiche di carattere cronico e di durata indeterminabile, della singola persona richiesta siano suscettibili di aggravarsi in modo significativo nel caso di consegna, laddove lo Stato di emissione ne dovesse disporre la custodia in carcere*”.

Premettendo che la Corte Costituzionale ha individuato nella Corte di giustizia l’organo competente a decidere sulla questione a questa sottoposta, ha ritenuto che una diretta interlocuzione tra le autorità giudiziarie dei due Stati coinvolti nel procedimento del mandato di arresto europeo – in analogia a quanto decretato dalla Corte di giustizia nelle decisioni sopra accennate – potrebbe consentire di individuare soluzioni in grado di sottoporre a processo l’interessato nello Stato di emissione in modo tale da garantire la pienezza dei diritti di difesa ed evitare di esporlo al pericolo di grave danno alla salute. E, solo all’esito della diretta interlocuzione tra le due autorità, dovrebbe consentirsi all’autorità di esecuzione di rifiutare la consegna.

Nel secondo caso sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale, la Corte d’appello competente aveva chiesto di dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge di attuazione della decisione quadro, nella parte in cui non prevede la possibilità di rifiutare la consegna di un cittadino di Stato terzo che abbia residenza *legittima ed effettiva* nel nostro Paese, nonostante lo Stato italiano si fosse impegnato ad eseguire nel suo territorio la pena inflitta all’interessato.⁴⁸⁵

Secondo il giudice rimettente l’art. 18-*bis* della legge, n. 69/2005 ha, nell’attuazione della disciplina europea, indebitamente ristretto l’ambito applicativo poiché ha limitato la facoltà di rifiutare la consegna in caso di mandato di arresto finalizzato all’esecuzione della pena o della misura di sicurezza ai soli cittadini italiani o di altri Stati membri, ad esclusione dei cittadini di Paesi terzi. Il giudice rimettente considera, quindi, la disposizione nazionale in contrasto con gli artt. 3, 11, 117 27 Cost., e agli artt. 8 CEDU e 17 paragrafo 1 della Convenzione Internazionale dei Diritti Civili.

⁴⁸⁵ *Mandato d’arresto europeo rifiuto della consegna e tutela dei diritti fondamentali: due rinvii pregiudiziale della Corte Costituzionale alla Corte di Giustizia*. In [sistemapenale.it](https://www.sistemapenale.it) del 19 novembre 2021. <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/corte-costituzionale-2021-216-217-mandato-arresto-europeo-rinvio-pregiudiziale-corte-di-giustizia?out=print>

Infatti, a differenza della disciplina interna, la decisione quadro prevede tra i motivi di non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo, la possibilità di rifiutare la consegna della persona che sia cittadino, ovvero, *“pur senza esserlo, «dimori» o «risieda» nello Stato richiesto, impegnandosi a eseguire esso stesso la pena o misura di sicurezza irrogate, conformemente al suo diritto interno”*. La funzione dell'istituto sarebbe, a parere della Consulta, quella di garantire *“un'effettiva funzione risocializzante della pena”*⁴⁸⁶ tramite il mantenimento dei legami familiari e sociali della persona necessari per favorire il corretto reinserimento sociale al termine dell'esecuzione della condanna. Agli stessi scopi è posto l'art. 5 punto 3 della decisione quadro, in quanto consente di condizionare l'esecuzione del mandato emesso ai fini dell'esercizio dell'azione penale verso il *«cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione»*, all'ipotesi che la persona venga rinviaa nello Stato di esecuzione per scontare la pena o la misura di sicurezza irrogata nello Stato emittente.

Prima di rimettere la questione pregiudiziale, la Corte Costituzionale ha richiamato una serie di decisioni giudiziarie della Corte Edu volte a sostenere come il reinserimento sociale del condannato rientri tra le funzioni della pena e, pertanto, l'esecuzione di una pena detentiva a grande distanza dalla residenza familiare del condannato possa comportare la violazione dell'art. 8. Inoltre, sempre la Corte EDU sottolinea la necessità di effettuare un bilanciamento tra le ragioni poste a base dell'allontanamento dello straniero, come quello volto a scontare la pena nel Paese in cui ha commesso il fatto, e le ragioni a tutela del diritto dell'interessato ex art. 8 CEDU *“a non essere sradicato dal luogo in cui intrattenga la parte più significativa dei propri rapporti sociali, lavorativi, familiari, affettivi”*.⁴⁸⁷

Pertanto, nel rimettere la questione pregiudiziale, la Corte Costituzionale ha chiesto di chiarire se la normativa italiana di attuazione fosse in contrasto con l'art. 4, punto 6, della direttiva 2002/584/GAI, in quanto preclude *“in maniera assoluta e automatica”* alle autorità giudiziarie di rifiutare la consegna di

⁴⁸⁶ Corte cost., 21 ottobre 2021, n. 217, § 1.2.

⁴⁸⁷ V. per tutte C. Eur. Dir. Uomo, 24 novembre 2020, *Bardali c. Svizzera*, ricorso n. 31623/17.

cittadini di paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio, “*indipendentemente dai legami che essi presentano con quest’ultimo*”; in secondo luogo, e nel caso di risposta affermativa al quesito, la Corte Costituzionale ha richiesto alla Corte di Giustizia sulla base di quali criteri e presupposti i legami che la persona ha nel territorio siano tanto significativi da imporre un rifiuto alla consegna della persona.

3. La custodia cautelare nella procedura M.A.E.

Le disposizioni di riferimento del procedimento cautelare nell’ambito del mandato di arresto europeo sono quelle di cui agli artt. 9 e 10 della l., n. 69 del 2005. In particolare, l’art. 9 dispone il richiamo alle previsioni contenute nel titolo I del libro IV del codice di procedura penale. Il rimando al codice non è comunque totale in quanto vi sono delle esclusioni: non si applicano infatti i commi 1 e 1-*bis* dell’art. 273 c.p.p.; l’art. 280 e le lett. *a)* e *c)* dell’art. 274.⁴⁸⁸

3.1 La procedura cautelare e il pericolo di fuga.

In tema di mandato d’arresto volto ad eseguire una misura cautelare limitativa della libertà personale, il legislatore italiano ha disegnato un autonomo procedimento per l’applicazione della cautela. L’autorità giudiziaria italiana sarà chiamata ad esprimere una valutazione circa la ricorrenza dei presupposti per la privazione della libertà del soggetto prima di pronunciarsi sulla consegna.

L’art. 9 della legge, n. 69/2005 disciplina l’*iter* procedurale da seguirsi per l’applicazione di una misura cautelare nei casi in cui il mandato d’arresto europeo sia stato trasmesso all’autorità centrale ovvero all’autorità giudiziaria competente da quella dello Stato di emissione.

Il Ministro della giustizia, una volta ricevuto il mandato di arresto emesso dall’autorità competente di altro Stato parte dell’Unione Europea, lo trasmette alla Corte d’appello competente in base al disposto di cui all’art. 5 della

⁴⁸⁸ G. Della Monica, cit., 56.

medesima legge. Quando il presidente della Corte d'appello riceve l'euromandato e ravvisa la propria competenza, deve darne immediata comunicazione al procuratore generale. In considerazione della completa giurisdizionalizzazione delle procedure, la legge in commento stabilisce che, nel caso in cui insorgano difficoltà relative alla ricezione ovvero all'autenticità dei documenti trasmessi dall'autorità giudiziaria straniera, il giudice italiano prende contatti direttamente con l'autorità che ha emesso l'euromandato. Nei casi di trasmissione dell'euromandato per via diretta o tramite l'autorità centrale, il potere cautelare spetta al collegio. Il presidente, infatti, riunisce la Corte d'appello che, sentito il procuratore generale, procede all'applicazione della misura coercitiva se la ritiene necessaria.

L'ordinanza cautelare deve essere motivata e, a differenza della disciplina codicistica, può essere solo coercitiva. Inoltre, l'atto introduttivo per l'avvio del procedimento cautelare non trae la sua fonte dalla domanda del pubblico ministero ma direttamente dal mandato di arresto. Viene a mancare, pertanto, il principio della "domanda" da parte del p.m.⁴⁸⁹

La misura cautelare deve essere applicata solo "*se ritenuta necessaria*", appare chiaro, allora, come intento del legislatore sia quello di escludere qualsiasi automatismo e di limitare l'applicazione della misura nei soli casi in cui vi sia in concreto "*l'esigenza di garantire che la persona della quale è richiesta la consegna non si sottragga alla stessa*". Infatti, l'unica esigenza da tutelare nella procedura europea è quella del pericolo di fuga, pare essere questo il motivo per cui le uniche misure cautelari esperibili siano quelle coercitive essendo le uniche idonee a prevenire il *periculum*. In ogni caso, le regole codicistiche trovano applicazione solo nel caso di compatibilità, per questo motivo si ritiene non operante il presupposto che il pericolo di fuga possa essere salvaguardato quando il giudice ritiene che sarà irrogata una pena superiore a due anni di reclusione.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ G. Iuzzolino, *La decisione sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, cit., 276.

⁴⁹⁰ A. Chelo, *Mandato d'arresto europeo e procedura di consegna tra Stati membri, commento all'art. 9 della l. 22.4.2005, n. 69*, in AA.VV. *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di AA. A. Marandola, Milano, 2018, 504-506.

La valutazione del pericolo di fuga deve essere ancorata ad elementi oggettivi dai quali sia deducibile la ragionevole probabilità che la persona ricercata, una volta lasciata libera, si renda irreperibile. Il pericolo deve essere concreto ed effettivo, non basato su mere congetture. Il motivo per cui non si ritiene applicabile la parte della lettera *b*) dell'art. 274 relativa alla mancata possibilità in capo al giudice di non disporre la misura se ritiene che in sede di giudizio verrà concessa la sospensione condizionale della pena, è dovuto alla constatazione che l'istituto della sospensione condizionale potrebbe non essere contemplato dall'ordinamento dello Stato di emissione o essere disciplinato in termini non conciliabili con quelli stabiliti dal sistema penale interno e comporterebbe, allo stesso tempo, un'ardua valutazione prognostica sull'esito del giudizio svolto in un altro Stato da parte del giudice.⁴⁹¹

La giurisprudenza di legittimità ha, in diverse occasioni, sottolineato come l'obbligo di motivazione in relazione al pericolo di fuga del soggetto nei cui confronti è stata disposta la misura deve assumere connotati di concretezza e deve fondarsi su un giudizio prognostico con l'indicazione di circostanze sintomatiche, rilevatrici di un attuale e reale pericolo di allontanamento clandestino del soggetto.⁴⁹²

La casistica giurisprudenziale ha annoverato alcune delle ragioni che possono porsi a fondamento della scelta di limitare la libertà della persona per prevenirne la fuga. Tra queste, non possono essere ricomprese né il mancato consenso da parte del soggetto alla consegna⁴⁹³; né la mera constatazione che la persona non sia stabilita in Italia ma risulti essere residente all'estero⁴⁹⁴; il pericolo di fuga non può essere garantito dalla necessità di garantire la partecipazione alla procedura di decisione della consegna⁴⁹⁵, infatti, anche nell'ambito di cautele aventi quale fonte il mandato di arresto europeo,

⁴⁹¹ G. Della Monica, cit., 59

⁴⁹² Cass., sez. fer. pen., 27 luglio 2010, n. 30047, in *Giustizia penale* 2011, 166; Cass. pen. sez. VI, 10 novembre 2005, n. 42803, in *Cassazione penale* 2006, 2515, con nota di E. Aprile, in *Giustizia penale* 2007.

⁴⁹³ Cass. sez., fer. pen., 27 luglio 2010, n. 30047

⁴⁹⁴ Cass. pen. sez. VI, 15 gennaio 2008, n. 4052, in *Cassazione penale* 2009, 1633.

⁴⁹⁵ Cass. pen. sez. VI, 10 luglio 2008, n. 28805.

l'adozione di una misura coercitiva non può essere strumentalizzata per fini altri rispetto alle esigenze cautelari da garantire nel caso concreto.

A contrario, la Corte di Cassazione ha in diverse occasioni valutato corrette le motivazioni volte a ritenere *necessaria* la misura coercitiva in quanto il soggetto si trovi in condizione di clandestinità⁴⁹⁶, ovvero sull'indisponibilità di una stabile dimora.⁴⁹⁷ Poiché facilmente può ipotizzarsi in questi casi che la persona si dia alla fuga o non si renda comunque reperibile. Si è ritenuta altresì valida la motivazione fondata sulla grave condanna riportata dallo Stato di emissione⁴⁹⁸, in considerazioni di ulteriori elementi che lasciano presumere una pericolosità del soggetto.⁴⁹⁹

Tra le cause ostative alla consegna, come già accennato, rientrano le ipotesi in cui la Corte d'appello, sebbene ritenga sussistenti le esigenze cautelari, ravvisi la sussistenza di cause di rifiuto della consegna. Il vaglio in materia deve essere compatibile con la sommaria delibazione propria del giudizio cautelare, la giurisprudenza ha specificato a tal proposito che il motivo del rifiuto deve apparire come "evidente".⁵⁰⁰

3.2 L'ambito di applicazioni delle disposizioni codicistiche.

Come si era già accennato, tra le disposizioni codicistiche non applicabili alla disciplina delle misure cautelari in ambito europeo sono ricompresi i commi 1 e 1-bis dell'art 273, tale esclusione parrebbe legittimare l'applicazione del secondo comma della stessa disposizione ed impone al giudice di verificare l'effettiva utilità della misura cautelare, con l'obiettivo di salvaguardare le garanzie previste dall'ordinamento in tema di libertà personale.⁵⁰¹

L'esclusione dell'operatività del primo comma, in particolare, comporta l'irrelevanza del divieto di applicazione di una misura cautelare quando a carico

⁴⁹⁶ Cass. pen. sez. VI, 27 aprile 2007, n. 22716, in *Cassazione penale* 2008, 2973.

⁴⁹⁷ Cass. sez. fer. pen., 13 settembre 2007, n. 35001.

⁴⁹⁸ Cass. pen. sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 1724, in *Cassazione penale* 2013, 253; Cass. pen. sez. VI, 5 aprile 2007, n. 42767, in *Cassazione penale* 2008, 3770.

⁴⁹⁹ G. Colaiacovo, *sub art. 9*, cit., 558.

⁵⁰⁰ Cass. pen. sez. VI, 5 maggio 2006, n. 19764.

⁵⁰¹ G. Della Monica, cit., 59.

del soggetto non sussistano gravi indizi di colpevolezza. Nella disciplina del mandato di arresto, infatti, tale verifica non spetta alla Corte d'appello in quanto si tratterebbe di una 'invasione' nel campo di discrezionalità affidato ad altro giudice e risulterebbe in contrasto con il principio-base della materia del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra i membri dell'Unione.

Non è, tuttavia, chiara la relazione che intercorre tra questa disposizione e quella dell'art. 17 della medesima disposizione che, in riferimento all'emissione di un mandato emesso sulla base di un provvedimento cautelare, impone la verifica di sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.⁵⁰²

A tal proposito, la dottrina risulta piuttosto divisa: una parte di questa ritiene che in considerazione della condizione ostativa alla consegna rappresentata dalla mancanza dei gravi indizi di colpevolezza per l'applicazione della misura cautelare, al fine di rispettare il divieto di cui all'art. 9, sesto comma, si dovrebbe procedere alla valutazione degli stessi in sede cautelare⁵⁰³; per altra parte della dottrina, invece, la valutazione sui gravi indizi è o meno richiesta a seconda della maggiore o minore quantità del materiale probatorio a disposizione, pertanto, si dovrebbe procedere al vaglio di sussistenza dei gravi indizi nel momento in cui viene decisa la richiesta di consegna, mentre al momento della valutazione circa la sussistenza delle esigenze cautelari opererebbe una "presunzione" di sussistenza del *fumus* cautelare⁵⁰⁴; altra dottrina ancora ritiene che l'assenza di indizi di colpevolezza non costituisca una causa ostativa ma piuttosto un profilo connotato da autonomia e non rilevante ai fini del giudizio cautelare.⁵⁰⁵

Ulteriori questioni sono sorte circa l'applicabilità o meno del secondo comma dell'art. 273 c.p.p.: parte della dottrina ritiene che neppure quest'ultimo sia applicabile, a meno che non rientri tra le ipotesi riconducibili al rifiuto di consegna come previsto dall'art. 18, primo comma, lett. b), c), n), p) della legge attuativa. In questo senso verrebbe ricreata altresì una coerenza nel sistema, con particolare riferimento alla previsione che l'art. 9, sesto comma,

⁵⁰² A. Chelo, *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010, 126.

⁵⁰³ A. Chelo, ult. cit., 126

⁵⁰⁴ G. Frigo, *Lettura riduttiva della Cassazione*, in *Guida al diritto* 2005, 78.

⁵⁰⁵ A. Scalfati, *Misure coercitive in attesa della pronuncia*, in AA.VV. *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di A.A. Pansini, Scalfati, Napoli 2005, 79.

vieta l'applicazione di misure cautelari qualora vi siano «ragioni per ritenere che sussistono cause ostative alla consegna»⁵⁰⁶; mentre altra parte della stessa ritiene che nel caso in cui il fatto risulti commesso in presenza di cause di giustificazione, di non punibilità o quando sussista una causa di estinzione del reato o della pena, in corrispondenza di ipotesi già fissate dalla legge sul mandato europeo (artt. 18 lett. c) e i)), nessuna misura possa essere irrogata. Secondo questo orientamento dottrinale, si tratterebbe sì di un'estensione ampia della discrezionalità del giudice italiano ma in qualche modo 'compensata' dall'esclusione di qualsiasi giudizio sulla presenza di gravi indizi di colpevolezza: quindi vengono esclusi i riferimenti a ulteriori elementi di prova confermativi dell'attendibilità del coimputato o dell'imputato in procedimento connesso o collegato, alla inutilizzabilità della testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la fonte da cui ha appreso la notizia ecc.⁵⁰⁷

Tra le disposizioni del codice di procedura non applicabili alla disciplina del mandato di arresto europeo è ricompreso l'art. 280. L'estromissione ha avuto luogo in considerazione della tipologia dei reati che rientrano nel campo di applicazione del mandato di arresto, per alcuni di questi è infatti richiesto un limite massimo di pena inferiore a quello previsto dalla norma del codice.⁵⁰⁸

Si ritiene che siano anche altre le disposizioni escluse, il riferimento va agli articoli relativi ai criteri di scelta misure o quelli relativi al computo della pena per l'applicazione delle stesse. Nel capo II si ritiene che siano escluse, oltre al già visto 280, le misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare, del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa o il divieto di dimora, non apparendo tali misure idonee a soddisfare il pericolo di fuga.

Neppure gli artt. 278 e 279 troveranno applicazione poiché relativi ad aspetti che trovano già autonoma disciplina nella legge in commento, tanto nelle modalità di determinazione del computo della pena che per la limitazione della libertà del soggetto tramite misura cautelare. Per quanto riguarda l'art. 279,

⁵⁰⁶ A. Chelo, cit., 127

⁵⁰⁷ A. Sorgato, cit., 91.

⁵⁰⁸ G. Della Monica, cit., 59.

invece, si ritiene questo non trovi applicazione in quanto il giudice competente è sempre individuato nella Corte d'appello ex art. 5 della legge di attuazione.

L'opera di recepimento in relazione al capo IV del titolo I del libro sulle misure cautelari è stata definita come di "*intervento chirurgico*". In particolare, dell'art. 291 si applicherà il solo secondo comma, il ruolo attribuito al pubblico ministero risulta, infatti, limitato. Non essendo egli a presentare la domanda cautelare è ragionevole ritenere che non potrà neppure presentare gli elementi su cui la richiesta si fonda ovvero quelli a favore dell'imputato. Il secondo comma è, invece, applicabile allorquando la Corte di appello deduca la sua incompetenza e «potrà disporre una misura cautelare quando ne ricorrono le condizioni e sussiste l'urgenza di soddisfare taluna delle esigenze cautelari previste dall'art. 274»⁵⁰⁹ (art. 9 della legge attuativa). In linea generale, la differenza tra il procedimento delineato dalla decisione quadro e quello codicistico consiste nella riduzione del campo d'indagine devoluto all'organo procedente.⁵¹⁰

Per il richiamo operato all'art. 27 c.p.p., il giudice avrà l'obbligo di emettere una nuova ordinanza cautelare entro venti giorni dalla ricezione degli atti con la conseguenza, una volta spirato il termine, della perdita di efficacia della misura.

Discussa è altresì l'eventuale applicabilità dell'art. 292 in considerazione del fatto che l'ordinanza motivata non potrà contenere tutti gli elementi richiesti dalla norma.⁵¹¹ L'ordinanza applicativa della misura della custodia cautelare non deve contenere la descrizione sommaria del fatto e l'indicazione delle norme violate contenute nel mandato di arresto non deve farsi carico delle valutazioni in tema di adeguatezza e proporzionalità della misura. Nella sommaria deliberazione effettuata dalla Corte d'appello, questa potrà valutare l'esistenza di elementi certi che offrano ragioni idonee a ritenere che non ricorrano elementi ostativi alla consegna. Risulterà inoltre applicabile l'art. 293 c.p.p. ma non l'art. 294.

⁵⁰⁹ A. Chelo, cit., 130.

⁵¹⁰ G. Colaiacovo, *Sub art. 9*, cit., 557.

⁵¹¹ A. Marandola, cit., 505-505.

Ancora, nel capo V troverà applicazione l'art. 299 in quanto la misura disposta può essere revocata o sostituita con altra; il capo VI si ritiene non applicabile, visto il richiamo all'art. 719 c.p.p. dall'ultimo comma della disposizione. L'unico mezzo di impugnazione dell'ordinanza pare infatti essere il ricorso per Cassazione, con parziale applicazione dell'art. 311 c.p.p. Risultano poi applicabili gli artt. 314 e 315 c.p.p. poiché sussiste il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione con riferimento al periodo di custodia cautelare patita ai fini di consegna all'estero.⁵¹²

L'applicazione di una misura cautelare non costituisce una conseguenza automatica dell'emissione dell'euromandato ma è necessario, prima, verificare la sussistenza dei presupposti individuati nei commi 4, 5 e 6 della norma in questione. Tali presupposti devono sussistere fino all'esaurimento della procedura e non nel solo momento di emissione della stessa.

Per quanto riguarda i termini di durata della misura cautelare, la disciplina originaria non prevedeva espressamente limiti temporali. È stato il decreto legislativo del 2 febbraio 2021, n. 10 ad introdurre delle modifiche a questa disciplina. In primo luogo, è venuto meno il riferimento - presente nella disciplina antecedente - alla perdita di efficacia della misura qualora non fosse pervenuto l'euromandato nel termine di dieci giorni dall'applicazione della misura cautelare ed è stato abrogato l'art. 21, che si riferisce alla perdita di efficacia della misura quando la Corte d'appello non ha deciso sulla consegna nei termini di cui agli artt. 14 e 17.⁵¹³

La disciplina relativa ai termini di durata delle misure cautelari è stata prevista dall'art. 22-bis. Il terzo comma della disposizione *prevede* che, qualora siano stati superati i termini di sessanta e trenta giorni per la decisione fissati dai primi due commi dello stesso art. 22-bis, la Corte di appello è chiamata a valutare se la custodia cautelare sia ancora "assolutamente necessaria" per garantire l'esigenza cautelare del pericolo di fuga e se la durata della stessa sia proporzionata rispetto all'entità della pena irrogabile. Qualora la Corte d'appello dovesse ritenere che la misura non risulta più proporzionata, ne dispone la revoca o la sostituzione, anche cumulativa, con altre misure

⁵¹² A. Marandola, cit., 508.

⁵¹³ G. Colaiacovo, *sub art. 9*, cit., 560-561.

cautelari. La disposizione è da ritenersi maggiormente in linea con il principio di proporzionalità⁵¹⁴ ma non soddisfa, secondo una parte della dottrina, il precetto contenuto nell'art. 13, quinto comma, Cost. Il disposto costituzionale risulta invece soddisfatto dal quarto comma dell'art. 22-*bis*: questo stabilisce che quando il ritardo nell'adozione della decisione sulla richiesta di consegna si protrae *ingiustificatamente* oltre la scadenza dei termini previsti dal secondo comma sono decorsi novanta giorni dalla scadenza dei termini di custodia senza che sia intervenuta la decisione definitiva sulla consegna, la Corte di appello revoca la misura della custodia cautelare e, se persiste l'esigenza di garantire che la persona non si sottragga alla consegna, applica, anche cumulativamente, le misure cautelari di cui agli artt. 282, 282, 283 c.p.p.⁵¹⁵

3.3 Inizio del procedimento (art. 10, legge, n. 69/2005).

L'art. 10 della legge di attuazione prevede che, entro cinque giorni dall'esecuzione delle misure indicate dall'art. 9, il presidente della Corte di appello proceda a sentire la persona sottoposta alla misura cautelare. La dottrina ha a tal proposito ritenuto che l'articolo in commento abbia introdotto un istituto assimilabile all'interrogatorio di garanzia disciplinato dall'art. 294 c.p.p. in quanto il magistrato procede a «sentire» la persona e non solo ad «informarla».⁵¹⁶ Il diritto della persona sottoposta a misura cautelare di essere informata sull'emissione di un mandato di arresto nei suoi confronti e sul contenuto dello stesso e il diritto ad essere sentita trovano tutela anche in altre disposizioni della legge di attuazione, in particolare, agli artt. 11 e 14. Al fine di attuare davvero i principi in commento, la persona deve essere sentita ed informata «in una lingua alla stessa conosciuta», nominando nel caso un interprete.

⁵¹⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 16 luglio 2015, *lanigan*, C-237/15, con nota di Selvaggi, in *Cassazione penale* 2015, 3799.

⁵¹⁵ G. De Amicis, G. Iuzzolino, *Guida al mandato d'arresto europeo*, Milano, 2008, 47.

⁵¹⁶ G. Vitari, *Commento all'art. 10*, in *Il mandato di arresto europeo, commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69*, diretto da M. Chiavario, G. De Francesco, D. Manzione, E. Marzaduri, Torino, 2006, 254.

All'interrogatorio della persona provvede il presidente della Corte di appello o il magistrato da lui delegato. L'interrogatorio non può avvenire in assenza del difensore.

Il termine dei cinque giorni, che decorre dall'esecuzione di misure provvisorie adottate ai sensi dell'art. 9, è perentorio; nel caso in cui non si giungesse all'audizione della persona, infatti, la sanzione prevista sarebbe quella della caducazione della misura restrittiva (per il richiamo operato dall'art. 39 della legge in commento all'art. 302 del c.p.p.).⁵¹⁷

Parte della dottrina ha definito il contenuto dell'audizione della persona ex art. 10 come “*bipolare*” in quanto questa debba essere sentita e informata. L'imputato potrà infatti dichiarare qualsiasi informazione utile, gli potranno essere rivolte domande senza, però, potersi ritenere applicabile la disciplina dell'interrogatorio come previsto dagli artt. 64-65 c.p.p. (tranne forse per la parte in cui si fa riferimento alla libertà della persona nel comparire all'interrogatorio e al divieto di uso di metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminarsi o alterare la capacità di ricordare o valutare i fatti).

Per quanto attiene al profilo informativo, la dottrina ha individuato due “*filoni interpretativi*”: a favore della persona ristretta o a favore della procedura. Quando si fa riferimento al favore della persona ristretta, ci si riferisce alle indicazioni di cui agli artt. 6 e 16 per l'*iter* di esecuzione della misura. Il magistrato deve informare la persona del contenuto del mandato. Per garantire una maggiore celerità al procedimento, il contenuto dell'art. 6 deve essere comunicato in via 'sintetica'. A conclusione non differente giunge la dottrina per quanto riguarda le informazioni riguardanti la procedura non essendo necessario applicare in modo pedissequo l'art. 369-*bis* del codice di procedura, poiché è sufficiente fornire delle informazioni *in modo sintetico* sull'inizio di una complessa procedura giudiziaria con possibile esito di condanna.⁵¹⁸

L'informazione riguarda altresì la comunicazione circa la facoltà da parte della persona ad acconsentire alla propria consegna all'autorità giudiziaria procedente (art. 14) e la possibilità di rinunciare al beneficio di non essere

⁵¹⁷ *Ibidem*, 255.

⁵¹⁸ *Ibidem*, 256.

sottoposta ad altro procedimento penale, di non essere condannata o privata della libertà personale per reati anteriori alla consegna diversi da quello per il quale la stessa verrà eventualmente disposta.⁵¹⁹ Il pervenuto deve essere altresì edotto della facoltà di rinunciare al principio di specialità (art. 26) e delle conseguenze che derivano da questa; in base alle modifiche apportate dal D.lgs. del 2021, n. 10, il magistrato è tenuto ad informare che il consenso e la rinuncia, una volta resi, non sono revocabili.⁵²⁰

Una volta esaurito l'incidente *de libertate*, il magistrato procedente dovrà fissare la data dell'udienza in camera di consiglio per la decisione sulla consegna che si terrà entro quindici giorni dall'esecuzione della misura cautelare. Contestualmente, sarà disposto il deposito del mandato di arresto europeo e della documentazione allegata presso la cancelleria del giudice competente. Il decreto di fissazione dell'udienza è letto immediatamente alla persona richiesta in consegna e al suo difensore e deve essere comunicato al procuratore generale non oltre il giorno successivo. Anche lo Stato di emissione ha il diritto di ricevere l'avviso e ha anche la facoltà di partecipare al procedimento rappresentato da un avvocato abilitato al patrocinio davanti all'autorità giudiziaria italiana.

Il legislatore del 2021 ha altresì provveduto alla lacuna individuata dalla dottrina nella precedente disciplina. Il riferimento va alla mancata previsione delle conseguenze nel caso in cui la Corte d'appello non avesse emesso alcuna misura. Prima del 2021, infatti, la disciplina dava per scontata l'applicazione di una misura e non si preoccupava di disciplinare l'avvio del procedimento nell'ipotesi in cui invece nessuna misura fosse stata disposta. Il comma 4-*bis*, dell'art. 7 oggi prevede che nel caso in cui non sia applicata nessuna misura cautelare, all'esito della camera di consiglio, il presidente della Corte d'appello, o chi da lui delegato, dispone il deposito dell'euromandato e fissa, con decreto, l'udienza per la decisione non oltre quindici giorni successivi alla camera di consiglio. Il decreto viene comunicato al procuratore generale e

⁵¹⁹ *Ibidem*, 257.

⁵²⁰ G. Colaiacovo, *sub art. 10*, cit., 566.

notificato al soggetto interessato e al difensore almeno cinque giorni prima della data dell'udienza fissata.⁵²¹

In giurisprudenza sono stati sollevati dei dubbi, poi rimessi al vaglio della Suprema Corte⁵²², sul tipo di udienza da seguire nel caso di mandato di arresto europeo. In particolare, ci si è chiesti se fosse possibile o meno celebrare il rito nella forma della camera di consiglio delineata dall'art. 127 c.p.p. A differenza delle conclusioni cui sono giunte le sezioni unite in materia di estradizione, la Suprema Corte ha ritenuto che in termini generali il sistema delle misure cautelari nel procedimento di consegna comunitaria sia costruito attraverso un rinvio alle disposizioni del codice ma che allo stesso tempo vi sono delle specifiche disposizioni che hanno l'effetto di impedire il ricorso ad altre norme del procedimento ordinario. L'interprete dovrà, pertanto, verificare l'assenza di una disposizione *ad hoc* prima di applicare la disciplina ordinaria. Nel caso di specie, la Cassazione ha ritenuto di escludere il rito camerale per la mancanza, nella legge, n. 69/2005, di una previsione assimilabile all'art. 718 c.p.p., la trattazione dell'istanza dovrebbe allora avvenire secondo la disciplina delineata dall'art. 299 c.p.p. per la revoca o modifica delle misure cautelari. La Corte ha ritenuto che fosse la previsione di cui al 299 a garantire una maggiore velocizzazione e semplificazione del procedimento senza, tuttavia, pregiudicare il diritto di difesa, il comma 3-*ter* della disposizione in esame, infatti, consente al consegnando di interloquire con la corte territoriale.⁵²³

3.4 Arresto ad iniziativa della polizia giudiziaria.

La procedura delineata dagli artt. 11, 12 e 13 della legge, n. 69/2005 costituisce la seconda modalità di attivazione del procedimento di consegna. Questa consiste nell'arresto del ricercato da parte della polizia giudiziaria quando l'autorità competente di un altro Stato membro abbia effettuato una segnalazione nel Sistema di informazione Schengen. La procedura si

⁵²¹ *Ibidem*, 567.

⁵²² Cass. sez. un.pen., *Di Filippo*, 18 maggio 2003, n. 26156, con nota di Ciampi, *La garanzia e la disciplina del controllo giurisdizionale sulla richiesta di revoca o sostituzione delle misure cautelari disposte a fini di estradizione*, in *Cassazione Penale* 2003, 2978.

⁵²³ G. Colaiacovo, *Presupposti per l'applicazione di misure cautelari e controlli giurisdizionali nel procedimento di consegna comunitaria*, in *Cassazione penale* 2011, 2656-2657.

caratterizza per la particolare celerità e si ritiene essere la modalità di attivazione più frequentemente applicata. Una volta che la segnalazione viene inserita nel SIS, questa comparirà in tempo reale su tutti i sistemi nazionali collegati, consentendo di identificare la persona e di essere a conoscenza dei motivi per i quali è ricercata, in modo tale da assicurare un'effettiva collaborazione tra gli Stati membri anche per quanto riguarda le azioni da eseguire per arrestare il ricercato.⁵²⁴

La procedura in commento trova l'antecedente normativo nella previsione degli artt. 64 e 95 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, ratificata in Italia con la legge 30 settembre 1993, n. 388. Le disposizioni di cui alla Convenzione da ultimo menzionata costituiscono un completamento della Convenzione europea di estradizione del 13.9.1957.

L'articolo 64 afferma che una segnalazione nel SIS corrisponde, al livello di effetti, alla domanda di arresto provvisorio prevista dall'art. 16 della Convenzione sull'extradizione. Questo comporta che le autorità competenti della Parte richiedente potranno domandare l'arresto provvisorio dell'individuo ricercato, allegando alla domanda le indicazioni sul reato per il quale l'extradizione è stata domandata, il tempo e il luogo dove è stata commesso e il segnalamento dell'individuo ricercato. Le autorità della Parte richiesta statuiscono sulla domanda in base alle proprie leggi. La domanda di arresto provvisorio viene trasmessa alle autorità competenti per via diplomatica ovvero per posta o telegrafo o attraverso l'organizzazione internazionale di Polizia criminale (Interpol). Inoltre, l'arresto provvisorio ha una durata non superiore a 40 giorni e cessa di avere qualsiasi effetto se, entro 18 giorni dall'arresto, la Parte richiesta non dispone della domanda di estradizione.⁵²⁵

Occorre evidenziare che il territorio dell'UE non ha la medesima estensione di quello nel quale ha vigenza l'accordo Schengen e pertanto, al fine di garantire che la diffusione delle ricerche si estenda a tutto il territorio dell'Unione, è necessario che l'autorità giudiziaria, oltre alla segnalazione prevista dall'art. 95

⁵²⁴ G. Colaiacovo, *sub art. 10*, cit., 568

⁵²⁵ E. De Pasquale, *Commento all'art. 11- arresto ad iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Il mandato di arresto europeo, commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69*, diretto da M. Chiavario, G. De Francesco, D. Manzione, E. Marzaduri, Torino, 2006, 260.

della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, attivi le ricerche anche tramite l'Interpol.⁵²⁶

In applicazione dei principi generali in materia, nel sistema dell'euromandato l'arresto del ricercato si configura come un "*atto dovuto*" nel senso che è subordinato alla sola verifica della competenza dell'autorità che ha effettuato la segnalazione e che questa sia stata emessa nel rispetto delle forme richieste, senza alcun intervento nel merito della vicenda.

Gli artt. 11 e 12 della legge di attuazione prescrivono degli adempimenti cui è tenuto l'ufficiale di polizia giudiziaria che ha proceduto all'arresto, mentre l'art. 13 stabilisce che il presidente della corte d'appello debba, entro quarantotto ore dalla ricezione del verbale, dopo aver informato il procuratore generale, provvedere a sentire l'arrestato con la presenza del difensore e di un interprete. A seguito di tale adempimento, il giudice decide se convalidare o meno l'arresto. Il giudice dovrà disporre con decreto motivato l'immediata rimessione in libertà dell'arresto nel caso in cui ritenga di diniego alla convalida; nell'ipotesi in cui invece ritenga di convalidare l'arresto, il giudice dispone con ordinanza che ha un'efficacia di dieci giorni se non perviene il mandato d'arresto europeo o la segnalazione nel SIS contenente le indicazioni previste dal mandato. Queste indicazioni sono quelle indicate dagli artt. 9 e 10 della legge di attuazione che, come visto sopra, forniscono delle indicazioni sui presupposti e sulle modalità di applicazione delle misure cautelari quando il procedimento passivo di consegna avviene nelle forme ordinarie. Di conseguenza, anche per l'ipotesi di arresto da parte della polizia giudiziaria a seguito della segnalazione nel SIS varranno le disposizioni di cui alla disciplina codicistica in materia di misure cautelari salve le esclusioni già indicate.⁵²⁷

In considerazione del fatto che i principi costituzionali e convenzionali devono trovare applicazione anche nella materia del mandato d'arresto, la giurisprudenza ha ritenuto di escludere qualsiasi automatismo nell'applicazione di una misura pre-cautelare. Un esempio è dato dalla sentenza *Fuso* con la quale è stata annullata senza rinvio l'ordinanza di convalida dell'arresto per completa omissione delle ragioni legittimanti l'adozione della

⁵²⁶ G. Colaiacovo, *sub art.* cit., 569.

⁵²⁷ E. Aprile, cit., 2519.

misura limitativa della libertà personale in relazione al pericolo di fuga e al connotato di necessità della misura per garantire l'esigenza che la persona non si sottragga alla consegna. Anche nelle ipotesi di segnalazione al SIS, valgono le stesse garanzie disciplinate dall'art. 9 della legge di attuazione, per il richiamo operato dall'art. 13 l., n. 69/2005. Oltre ai principi della legge attuativa, la Corte ha altresì motivato la propria decisione in considerazione del principio generale sancito dalla Costituzione, di un necessario controllo da parte dell'autorità giudiziaria sulle iniziative della polizia giudiziaria limitative della libertà personale.⁵²⁸

Per evitare un'ingiustificata presenza all'interno dell'ordinamento di automatismi nell'applicazione di misure che limitano la libertà personale di un soggetto prima di un completo accertamento circa la sua responsabilità, la dottrina ha ritenuto necessario un accertamento preliminare in ordine all'esistenza di un pericolo di fuga. Al contrario, il rischio sarebbe quello di creare una disparità di trattamento tra il ricercato per applicazione della disciplina del mandato di arresto europeo – la cui libertà può essere limitata solo a seguito dell'adozione, da parte di un organo collegiale, di un provvedimento di applicazione di una misura coercitiva - e il ricercato per segnalazione nel SIS, del quale la polizia dovrebbe sempre e comunque disporre l'arresto senza alcuna verifica.⁵²⁹

Come si è già accennato, la normativa italiana ha in qualche modo deviato rispetto a quelle che erano le direttive impartite dall'Unione Europea nell'elaborazione della disciplina. Tra i principali punti di contrasto, l'art. 17 della legge, n. 69/2005 ha creato dei dubbi in giurisprudenza sottoposti anche al vaglio della Corte di Cassazione. L'orientamento di quest'ultima però non è stato sempre conforme.

Un primo esempio è dato dalla sentenza del 13 settembre 2005, *Hussain*, riguardante il caso di un cittadino eritreo arrestato in Italia e destinatario di un mandato di arresto europeo emesso dall'autorità del Regno Unito in quanto

⁵²⁸ Cass. pen. sez. VI, 10 novembre 2005 n. 42803.

⁵²⁹ P. Troisi, *L'arresto operato dalla polizia giudiziaria a seguito della segnalazione nel Sistema di informazione Schengen*, in AA.VV. *Mandato di arresto europeo e procedura di consegna*, cit., 211.

gravemente indiziato di essere uno dei terroristi autori degli attentati verificatisi a Londra il 21 luglio 2005. Il quesito sottoposto alla Corte riguarda se ed in quale misura la Corte di appello debba verificare la valenza indiziaria degli elementi a carico del soggetto ricercato per ragioni processuali destinatario di un mandato di arresto europeo.

L'art. 17 della legge di attuazione prevede infatti che il giudice, quando si tratti di provvedimento restrittivo della libertà personale, deve allegare una copia del provvedimento e una relazione sui fatti addebitati alla persona, con indicazione delle fonti di prova del tempo e luogo di commissione del fatto e la qualificazione giuridica. A questo punto, la Corte emetterà la sentenza con cui dispone la consegna “*in assenza di cause ostative [...] se sussistono gravi indizi di colpevolezza*”. Tale controllo non è richiesto quando il mandato è stato adottato per dare esecuzione ad una sentenza irrevocabile di condanna. Stante il principio del mutuo riconoscimento, una interpretazione letterale dell'art. 17 risulterebbe in contrasto con i principi fondanti l'istituto del mandato di arresto. Per questo motivo, la Cassazione ha specificato come la Corte di appello, non essendo un tribunale del riesame, non può (ri)valutare i gravi indizi su cui si basa il provvedimento cautelare straniero, ma deve solo limitarsi ad accertare la sussistenza di una motivazione ovvero la sua non mera apparenza, effettuando un controllo *formale* sul contenuto del mandato di arresto.

La Corte è però giunta ad una diversa conclusione nella sentenza *Ilie Petre* del settembre 2005, un caso sostanzialmente analogo a quello della sentenza *Hussain*. Nell'*iter* decisione della Suprema Corte, dopo aver preso atto del contrasto esistente tra l'art. 17 e la decisione-quadro del 2002, si statuisce che “*l'autorità giudiziaria italiana deve limitarsi a verificare che il mandato emesso all'estero sia fondato su un compendio indiziaro ritenuto dall'autorità giudiziaria emittente come evocativo di un fatto di reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna*”. Pertanto, sulla base della norma di principio per cui “*vige la presunzione di conformità della legge interna alla normativa europea, sicché fra le possibili soluzioni interpretative va prescelta quella conforme al dettato di tale normativa*”, la Corte ha ritenuto che il giudizio affidato alla Corte di appello italiana non può differire da quel

“*controllo sufficiente*” del mandato di arresto da parte dell’autorità giudiziaria dello Stato richiesto.

I gravi indizi di colpevolezza costituiscono “*indefettibile ragione*” per cui viene emesso il mandato di arresto e le ragioni devono essere riconoscibili dall’autorità italiana. Tuttavia, non appare chiara la portata del “*controllo sufficiente*” cui si riferisce la Corte. La dottrina ha ritenuto che possa trattarsi di una verifica che si pone “*a metà strada*” tra il controllo puramente formale sulla sussistenza della motivazione nel provvedimento coercitivo e un pieno controllo di merito.

Inoltre, la Corte aggiunge come la Corte di appello debba spiegare perché gli elementi di accusa siano stati ritenuti dall’autorità straniera come “*seriamente evocativi*” del reato contestato al soggetto. In questo senso, tale onere potrebbe essere adempiuto con l’allegazione delle evidenze fattuali a carico delle persone di cui si chiede la consegna. La dottrina ha ritenuto la soluzione proposta eccessivamente indeterminata, con il rischio di attribuire al giudice italiano un ruolo discrezionale troppo ampio.⁵³⁰

3.5 I Termini.

Tra gli scopi che la normativa europea si era prefissata nella realizzazione di uno spazio comune di giustizia vi era quello di garantire una semplificazione e soprattutto una velocizzazione dei tempi di consegna dell’estraddando, soprattutto rispetto alla disciplina dell’estraddizione. Una parte della dottrina ha comunque sottolineato come tale obiettivo venga spesso disatteso in quanto l’esecuzione di un mandato d’arresto può essere rimandata per molto tempo, lasciando l’interessato in custodia in violazione dei principi a tutela della libertà personale e di quelli sul giusto processo.

La decisione-quadro fissa all’art. 17 un termine di sessanta giorni per la conclusione della fase giurisdizionale. Questo termine decorre dalla data di

⁵³⁰ Cass. pen. sez. VI, 13 ottobre 2005, n. 37649; Cass. sez. fer. pen., 13 settembre 2005, n. 34355.

esecuzione dell'arresto, poiché è a partire da questo momento che lo Stato richiesto ha la disponibilità fisica del ricercato.

Nel caso in cui l'interessato acconsenta alla consegna, vi è un'ulteriore semplificazione della procedura in quanto il termine di durata della fase giurisdizionale viene ridotto a dieci giorni dalla comunicazione del consenso. Vi sono inoltre dei casi particolari – non specificati dalla normativa europea e, pertanto, individuabili dai singoli Stati - in cui la decisione può essere prorogata. Quando neppure questi termini vengano rispettati, lo Stato ha l'obbligo di informare *Eurojust* specificando le ragioni del ritardo e nel caso di reiterazione nel ritardo, lo Stato che ha richiesto la consegna della persona può adire il Consiglio per verificare il grado di attuazione della decisione-quadro da parte dello Stato inadempiente.

La normativa europea non prevede un termine massimo della durata della custodia cautelare - che è invece stato previsto dalla legge di attuazione italiana - prevedendo solamente all'art. 12 che l'arrestato possa essere provvisoriamente liberato in qualsiasi momento, purché siano adottate le misure necessarie ad impedire la fuga.⁵³¹

Il legislatore italiano non si è conformato del tutto alle norme della decisione quadro circa la durata della fase giurisdizionale; il termine di sessanta giorni fissato a livello europeo per la pronuncia della decisione definitiva sulla consegna è stato riproposto come termine per la celebrazione del primo grado di giudizio davanti alla corte d'appello, il termine per la decisione di primo grado è anche termine di custodia cautelare “*di fase*”, questo vuol dire che scaduto inutilmente il decorso di quest'ultimo, viene disposta l'immediata liberazione del ricercato. (art. 21). La legge di attuazione ha altresì previsto ulteriori e più specifici termini di impugnazione davanti la Corte di Cassazione. Un'ulteriore differenza con la normativa europea consiste nella data di decorso

⁵³¹ M.T.M. Rubera, *Termini per eseguire il mandato d'arresto europeo e tutela della libertà personale*, in *Diritto penale e processo* 2011, 238-243.

del termine a disposizione della Corte d'appello: non dalla data dell'arresto ma quello di esecuzione della misura cautelare.⁵³²

Sebbene non siano mancate critiche in dottrina alle scelte legislative in quanto contrastanti con la normativa sovranazionale,⁵³³ va riconosciuto alla norma italiana di avere posto un limite alla durata della carcerazione preventiva nelle more della procedura di decisione sul mandato di arresto europeo.

La critica mossa dalla dottrina alla normativa italiana è principalmente incentrata sulla constatazione che la decorrenza del termine risulta collegata all'applicazione di una misura cautelare e non all'inizio dello stato di coercizione. La conseguenza è una dilatazione dei tempi massimi di carcerazione e una disparità di trattamento per tutti i casi in cui la procedura abbia tratto impulso da una segnalazione nel S.I.S., si è pertanto ritenuto che vi fosse un contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

Inoltre, i casi legittimanti la proroga del termine non sono stati indicati con tassatività, precisione e determinatezza. Per questo motivo, si è ritenuto che vi fosse un contrasto con l'art. 13, secondo comma, della Costituzione nella parte in cui la proroga, incidendo sulla libertà personale del ricercato, ne protrae per ragioni non determinate e concordanti con i presupposti di legge, la durata. Infine, il fatto che non sia stato fissato un limite di durata massima della coercizione personale nel caso d'impugnazione del provvedimento dispositivo della consegna risulterebbe in contrasto con l'art. 13, quinto comma, della Costituzione sarebbe, secondo la critica mossa al disposto nazionale.⁵³⁴

Appare importante ricordare che anche nella disciplina delle misure cautelari disposte in ambito europeo devono rispettarsi i principi generali della strumentalità, provvisorietà e del minimo sacrificio necessario. A conferma di questo assunto, occorre l'art. 714, terzo comma, del codice di procedura penale,

⁵³² M. Tiberi, in *Codice di procedura penale ipertestuale: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, a cura di A. Gaito, II, *sub art. 14 l. n. 69 del 2005*, Torino, 2006, 823.

⁵³³ P. Marchetti, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di G. Spangher e A. Giarda, *sub art. 17 l. n. 69 del 2005*, Milano, 2008, 7339.

⁵³⁴ Cass. pen. sez. VI, 5 luglio 2010, n. 25870, ha ritenuto non irrazionale o pregiudizievole nei confronti della persona cui è stato disposto il mandato di arresto europeo, la mancata previsione di un termine massimo di scadenza della custodia nella fase successiva alla decisione della Corte di appello, in considerazione dei brevi tempi previsti per proporre ricorso in Cassazione.

il quale effettua un richiamo alla disciplina codicistica nella procedura di estradizione, rendendo applicabile all'estradando il medesimo trattamento di chi sia imputato nel giudizio di cognizione domestico. La stessa giurisprudenza, con riferimento all'art. 13, quinto comma, Cost., ha affermato che, anche per il procedimento d'extradizione, è necessario che la legge fissi in modo espresso limiti certi ed ineludibili alla durata della coercizione provvisoria superati i quali è inconferente ogni residua esigenza cautelare, anche se questa sia da considerarsi ancora sussistente.⁵³⁵

A tal proposito, l'art. 21 della legge n. 69 del 2005 prevede l'immediata liberazione della persona ricercata qualora la decisione sulla consegna non venga adottata dalla Corte d'appello nei termini di cui agli artt. 14 e 17 della stessa legge attuativa.

La sentenza della Corte d'appello deve essere adottata entro il termine di sessanta giorni, ovvero dieci in caso di consenso alla consegna. I termini possono essere prorogati sino a un massimo di trenta giorni per cause di forza maggiore e previa informazione al Ministro della giustizia ovvero in caso di richiesta di informazioni ed accertamenti integrativi (art. 16, primo comma, della legge di attuazione) qualora la corte competente ravvisi l'insufficienza della documentazione trasmessa dallo Stato membro emittente. Il termine oltre il quale, in mancanza di una decisione, la persona deve essere posta in libertà non decorre dalla data dell'arresto da parte della polizia giudiziaria ma dalla data di notifica della misura coercitiva emessa dal Presidente della corte d'appello.

In termini di proroga, la Corte di Cassazione ha stabilito come la delibazione della Corte d'appello debba avvenire anteriormente alla scadenza del termine di cui all'art. 17, secondo comma. Attese le esigenze di particolare celerità e semplificazione che connotano le modalità di instaurazione e la successiva progressione della nuova procedura di consegna, compito della Corte di appello è quello di offrire una tempestiva e adeguata giustificazione delle eccezionali situazioni di prolungamento del termine ordinario, *«poiché il loro manifestarsi può produrre conseguenze direttamente incidenti sulla restrizione della libertà*

⁵³⁵ Cass. sez. un. pen., *Giuffrida*, 28 novembre 2006, n. 42363.

personale». Il rispetto delle regole formali, in particolare delle prescrizioni temporali per l'adozione della decisione sull'esecuzione del M.A.E., incluse quelle che regolano le eventuali proroghe, diviene, dunque, *condicio sine qua non* per potere mantenere lo *status detentionis* del soggetto arrestato. La loro inosservanza, per contro, fa venire meno l'efficacia della misura cautelare disposta a garanzia della consegna, precludendone la rinnovazione per il semplice motivo che sono ormai decorsi i termini di durata massima.⁵³⁶

3.6 Le impugnazioni.

L'art. 9, settimo comma, della legge di attuazione ha introdotto nell'ordinamento la possibilità di ricorrere per cassazione avverso i provvedimenti *de libertate*. Il disposto codicistico appena menzionato ha infatti richiamato l'art. 719 c.p.p. riguardante la possibilità di impugnare il provvedimento cautelare emesso nella procedura di estradizione tramite il ricorso in Cassazione per violazione di legge.

La previsione è stata introdotta a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite del 1988⁵³⁷ dove la Suprema Corte ha affermato che vi era una lacuna nella procedura di estradizione, in considerazione dell'immediata applicazione nell'ordinamento delle disposizioni CEDU quando queste sono chiare nel contenuto precettivo e non abbisognino di una specifica attività normativa dello Stato.⁵³⁸

L'introduzione normativa è sicuramente apprezzabile in quanto maggiormente in linea con i principi costituzionali e convenzionali in materia (il riferimento va ovviamente agli artt. 111 Cost. e 5, n. 4, CEDU), ma al tempo stesso appare sintetica nella formulazione. Vengono, infatti, previsti solo i soggetti

⁵³⁶ Cass. pen. sez. VI, 7 novembre 2014, n. 46165, con nota di C. Scaccianoce, *In tema di mandato di arresto europeo e custodia cautelare: termini e preclusioni*, in *Archivio Penale: rivista quadrimestrale di diritto, procedura e legislazione speciale, europea e comparata* 2015, 299-300.

⁵³⁷ Cass. sez. un. pen., *Polo Castro*, 23 novembre 1988, n. 15, con nota di Uccella-Bazzucchi, *I controlli sui provvedimenti coercitivi in materia di estradizione secondo le Sezioni unite*, in *Cassazione Penale* 1989, 1418.

⁵³⁸ G. Colaiacovo, *Presupposti*, cit., 265.

legittimati a proporre ricorso e quelli destinatari della notifica o della comunicazione del provvedimento.

Poiché la disposizione manca di indicare quali siano gli atti impugnabili, è stato l'intervento della Corte di Cassazione chiarire che questi fossero il provvedimento dispositivo della misura cautelare, le decisioni sulla convalida dell'arresto e quelle sull'istanza di revoca o modifica della stessa e sulla proroga del termine di estinzione della misura cautelare.

La Corte ha ricondotto la disciplina ai disposti del codice di procedura penale, stabilendo che l'art. 311 dello stesso si applica al mandato di arresto europeo per quanto riguarda i termini e le modalità di presentazione del ricorso. L'atto motivato deve essere presentato presso la cancelleria della Corte d'appello entro dieci giorni dalla notifica o comunicazione dell'ordinanza. Per quanto riguarda il giudizio davanti la Corte di Cassazione, questo si svolge in concordanza con quanto stabilito dall'art. 127, quinto comma, c.p.p., con possibilità di presentazione di nuovi motivi fino all'inizio della discussione.

Di recente, le Sezioni Unite hanno chiarito come il ricorso debba essere presentato esclusivamente nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, non trovando applicazione gli artt. 582 e 383 c.p.p.⁵³⁹ In caso di accoglimento del ricorso dell'imputato e di annullamento con rinvio dell'ordinanza, non trova applicazione il comma 5-*bis* dell'art. 311 che impone al giudice di pronunciarsi entro dieci giorni dalla ricezione degli atti.⁵⁴⁰

Una particolarità nella procedura *de qua* consiste nelle possibilità per il ricorrente di impugnare il provvedimento *de libertate* davanti la Corte di Cassazione deducendo solo il vizio della violazione di legge. La dottrina maggioritaria ha, a tal proposito, evidenziato come si dovessero ricomprendere le ipotesi di motivazione contraddittoria, o manifestamente illogica ex art. 606, lett. e) cod.proc.pen, essendo la motivazione dell'ordinanza cautelare prevista come obbligatoria.⁵⁴¹ La giurisprudenza ha però chiarito come non fossero

⁵³⁹ Cass. sez. un. pen., *Bottari*, 24 settembre 2020, n. 1626, in *Guida Diritto* 2021, 62.

⁵⁴⁰ Cass. pen. sez. VI, 21 marzo 2019, n. 17992, con nota di G. Colaiacovo, in *Cassazione Penale* 2020, 2434.

⁵⁴¹ A. Chelo, *Il mandato*, cit., 320.

estensibili tali motivi di impugnazione a quello sull'ordinanza cautelare.⁵⁴² Infatti, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il ricorso può essere proposto per l'inesistenza della motivazione o per la presenza di una motivazione solo apparente, ma non per mero vizio logico della stessa.⁵⁴³

La scelta di non ricomprendere tra i motivi d'impugnazione il vizio di motivazione – salvo i casi in cui questa sia del tutto inesistente o meramente apparente – è dovuta alla considerazione che in tal caso la Corte dovrebbe entrare nel merito della decisione ovvero rimettere la questione al giudice del merito, cagionando un allungamento dei tempi del procedimento incompatibile con le ragioni cautelari.⁵⁴⁴

Sempre tramite l'intervento della Corte di Cassazione si è chiarito che, stante il carattere breve e meramente esecutivo del mandato di arresto europeo, non possa più sussistere un interesse ad impugnare il provvedimento cautelare quando è intervenuta decisione favorevole alla consegna. Saranno per questo motivo irrilevanti le questioni attinenti ai *pericula libertatis*.⁵⁴⁵

Per quanto attiene agli altri rimedi impugnatori esperibili, mentre in materia di estradizione era già stata esclusa la possibilità di esperire, oltre al ricorso per Cassazione, l'appello o il riesame, in materia di mandato di arresto europeo è stata sollevata questione di legittimità costituzionale.

Il Giudice delle Leggi ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione poiché il giudice rimettente aveva sottoposto allo scrutinio della Consulta l'art. 22 della legge di recepimento, che disciplina l'impugnazione della decisione sulla consegna, e non l'art. 9.⁵⁴⁶ In ogni caso, la Corte Costituzionale ha chiarito che non potesse ritenersi sussistente una qualsiasi lesione del diritto di difesa o del principio di uguaglianza per la diversa tutela accordata al consegnando. Tale scelta ha trovato un 'appoggio' in dottrina e in giurisprudenza in

⁵⁴² Cass. pen. sez. VI, 10 maggio 1999, n. 1734

⁵⁴³ Cass. pen. sez. VI, 6 marzo 2013, n. 10906.

⁵⁴⁴ G. Frigo, *Inadeguato il regime delle impugnazioni nella procedura passiva di consegna*, in *Guida al Diritto* 2005, 89.

⁵⁴⁵ Cass. pen. sez. VI, 3 maggio 2007, n. 17631, con nota di G. Iuzzolino, *Estradizione e mandato di arresto europeo. Il regime giuridico delle misure coercitive applicate nelle procedure passive di consegna: varianti e invarianti*, in *Foro Italiano* 2007, 205.

⁵⁴⁶ Corte cost., 30 luglio 1009, n. 256, in *Giurisprudenza costituzionale* 2009, 3513.

considerazione della differenza che intercorre tra il procedimento cautelare codicistico e quello della legge di attuazione della decisione-quadro del 2002.

547

In ogni caso, la dottrina non ha mancato di evidenziare come il rinvio operato dalla normativa sul mandato d'arresto a quella sull'estradizione prende le mosse da una "*pretesa identità di ratio*" delle due situazioni. Quando la Corte di Cassazione si è trovata investita della questione, le motivazioni che hanno indotto la stessa a ritenere esclusa la possibilità di esperire il riesame da parte dell'estradato muovevano dalla considerazione che in quel caso si tratta di una procedura amministrativa, relativa a rapporti intercorrenti tra i diversi Stati dove l'intervento della giurisdizione è limitato. A conferma del carattere amministrativo, infatti, rileva il riferimento al fatto che, nell'ambito della procedura di estradizione, le misure sono applicate solo a richiesta del ministro della Giustizia e vengono altresì revocate se il ministro lo richiede (artt. 714,715,718 c.p.p.).

In sede di mandato d'arresto, invece, emerge tra le caratteristiche principali dell'istituto quello della giurisdizionalità. Le misure cautelari vengono applicate *ex officio* dal giudice competente, senza una richiesta del pubblico ministero. In considerazione di queste caratteristiche la dottrina non rinviene una *ratio* nella scelta di non prevedere un'impugnazione nel merito. Per queste ragioni, si ritiene che vi sia una disparità di trattamento tra i provvedimenti cautelare applicati in ragione del mandato d'arresto e quelli interni.⁵⁴⁸

Sebbene non si possano che ritenere ragionevoli le deduzioni dottrinali, il punto d'accordo è stato individuato dalla Corte di Cassazione. Ulteriori rimedi impugnatori non risultano esperibili non solo in ragione della diversa cadenza temporale che connota il procedimento interno e quello europeo, e della necessità, insita nel procedimento relativo al mandato di arresto europeo, di giungere il prima possibile ad un provvedimento dispositivo della consegna della persona,⁵⁴⁹ ma anche in considerazione del principio di mutuo riconoscimento che regola la materia, che nella pratica vuol dire che l'atto

⁵⁴⁷ G. Colaiacovo, *Presupposti*, cit. 2659-2660.

⁵⁴⁸ G. Frigo, cit., 89-90.

⁵⁴⁹ Cass. sez. un. pen., *Polo Castro*, 23 novembre 1988, n. 15.

emanato dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro sia egualmente rispettoso delle garanzie a tutela della persona previste dal nostro ordinamento. Pertanto, nel caso in cui venissero presentati istanza di riesame o appello cautelare da soggetto legittimato, questi saranno qualificati come ricorso per Cassazione ex art. 568, quinto comma, c.p.p.⁵⁵⁰

Rispetto a quanto statuito dalle Sezioni Unite, il legislatore è intervenuto in modifica della disciplina con il D.lgs. del 2021. A seguito della riforma, viene meno qualsiasi applicazione del capo VI del titolo I del libro IV del codice di procedura sulle impugnazioni cautelari alla procedura del mandato di arresto europeo. Qualora, quindi, venga proposta l'istanza del riesame, questa verrà dichiarata inammissibile e solo l'appello potrà essere 'convertito' in ricorso per Cassazione, così come stabilito dalle Sezioni Unite *Terkuci*.

⁵⁵⁰ Cass. sez. un. pen., *Terkuci*, 28 aprile 2004, n. 31297.

CONCLUSIONI

La linea di demarcazione tra la situazione cautelare e quella esecutiva non appare così netta da poterle ricondurre entro un sistema ‘binario’.

La custodia cautelare è posta al limite della legittimità costituzionale rispetto al principio di presunzione di non colpevolezza, la persona si trova di fatti ad eseguire la misura nello stesso luogo di detenzione di chi sta scontando la pena e per un periodo di tempo che può essere piuttosto ampio (considerando che non sia ancora stata accertata la riconducibilità del fatto di reato alla stessa). Dalla prassi emerge che la disciplina della misura cautelare custodiale confligge anche con la funzione rieducativa della pena: non è improbabile che la persona si trovi, una volta accertato il fatto di reato di cui fino a quel momento risultava solo probabilmente colpevole, ad aver scontato già gran parte della sua condanna senza avere però la possibilità di accedere ai trattamenti rieducativi.⁵⁵¹

Senza entrare nel merito delle spinte dottrinali che da tempo promuovono un superamento del carcere, non si può non fare riferimento a quell’aspetto “*spersonalizzante*” che l’istituto porta con sé, “*spersonalizzazione*” che la realtà carceraria costruisce al fine di inculcare dei valori uniformi in capo a soggetti che sono molto diversi tra di loro. Questa riflessione evidenzia come sia fondamentale ripensare le strutture anche in una prospettiva ‘spirituale’ e soprattutto ‘personalistica’ non solo del carcere, ma dell’intero assetto delle pene e delle misure cautelari.⁵⁵²

Un’efficace modulazione delle misure cautelari alternative realizzerebbe il principio della custodia cautelare come *extrema ratio*, fornendo una risposta cautelare modellata sulla personalità dell’imputato e sulle esigenze cautelari che occorre tutelare.

Di personalità dell’imputato, del resto, se ne parla in riferimento alla lettera c dell’art. 274 che, per la genericità del contenuto, è stata in molteplici occasioni

⁵⁵¹ F. Gianfilippi, cit., 3.

⁵⁵² A. Macchia, *Disagio carcerario o sindrome da intolleranza?*, cit., 3837 e G. Zagrebelsky, cit.

sfruttata per rispondere a finalità non meramente ‘cautelari’. Per evitare ulteriori e futuri oscillamenti volti ad affidare alla materia cautelare il compito di rispondere alle pulsioni sociali rispetto ad un determinato fenomeno criminoso, la soluzione potrebbe consistere nello sfruttare il più possibile il vaglio delle misure alternative per consentire a queste di rispondere ad esigenze anche diverse. Le misure alternative vengono così ad essere “*plasmate sulla storia individuale del condannato*”.⁵⁵³

La disposizione di cui alla lettera *c* dell’art. 274 c.p.p. è indubbiamente un vaso troppo ampio che viene riempito dei contenuti più disparati, rispondendo ad una funzione non solo di carattere estraneo al processo ma volta anche a tutelare la collettività dall’individuo pericoloso. In questo modo, la misura cautelare si fa carico di funzioni general-preventive che non le sono proprie e che appartengono all’istituto della pena in quanto presupponente l’accertamento *al di là di ogni ragionevole dubbio* della colpevolezza dell’imputato.

Quello che qui si vuole invece proporre è una ‘ratifica della prassi’, un guardare alla realtà processuale e cautelare e riconoscere l’esistenza di esigenze ‘altre’: l’esigenza di tutela della vittima vulnerabile, nel caso di reati violenti contro la persona e/o di tutela dell’imputato nel consentirgli, quando compatibile con le esigenze cautelari, di coltivare certi aspetti della propria personalità mentre è sottoposto ad una misura cautelare. Rispetto a quest’ultimo caso, i principi del rispetto dell’inviolabilità della libertà personale e della presunzione di non colpevolezza impongono di ridurre il più possibile le ripercussioni negative che le misure cautelari, di per sé, provocano nei confronti del soggetto.⁵⁵⁴

D’altronde, è da tempo che le tendenze legislative si sono mosse da un orientamento teso a tutelare, di fronte ad un’ipotesi di reato, la collettività verso una tendenza a tutelare la singola vittima. Il diverso *focus* cui è indirizzata la politica criminale dipende dai fenomeni criminosi che caratterizzano il nostro periodo storico. Infatti, sebbene ancora sussistenti, i fenomeni mafiosi o terroristici non vengono avvertiti dal comune sentire con quel connotato emergenziale come negli anni delle leggi antimafia o dei tempi del terrorismo,

⁵⁵³ Raccomandazione della Commissione, 8 dicembre 2022, (23).

⁵⁵⁴ E. Marzaduri, *Arresti domiciliari e diritto al lavoro*, cit., 1833.

mentre il fenomeno delle vittime di violenza domestica viene adesso percepito come un “*problema endemico*”⁵⁵⁵ della nostra società.

La tendenza sempre più diffusa – e contrapposta a quella del periodo fascista - di mettere al centro del dibattito e come ago della bilancia l’individuo invece che lo ‘Stato-collettività’, emerge nella categoria della vulnerabilità. A differenza di quello che era l’approccio passato che vedeva la persona come parte di una collettività, oggi una parte della dottrina arriva ad annoverare la vulnerabilità tra i “*paradigmi interpretativi*” a disposizione dell’interprete del diritto.⁵⁵⁶

Non si vuole quindi negare che anche nella materia cautelare le tendenze legislative vadano di pari passi con il comune sentire sociale, ma ricondurre entro parametri che siano più in linea con i principi costituzionali queste tendenze.

Infatti, per recuperare in chiave garantista il concetto di pericolosità dell’individuo ed evitare di incorrere in un utilizzo delle misure cautelari volto a “*neutralizzare*” il soggetto pericoloso per tutelare la collettività⁵⁵⁷, gli orientamenti giurisprudenziali si sono avvicinati ad un concetto di “*tipizzazione del pericolo*”.⁵⁵⁸ Il recupero dei diritti dell’imputato non può che essere ottenuto se non tramite una maggiore discrezionalità affidata all’organo giudicante: ‘allentare la presa’ su una rigida tipizzazione delle misure cautelari in favore della tipizzazione dei *pericula libertatis* anche diversi da quelli codificati.

La discrezionalità del magistrato, perimetrata tra i confini dei principi di proporzionalità e di adeguatezza e orientata verso il *favor libertatis*, consente di rispondere tanto alle esigenze di tutela che lo Stato deve fornire per prevenire la commissione di ulteriori illeciti, quanto di rispondere in via cautelare alla

⁵⁵⁵ C. De Robbio, cit., 159.

⁵⁵⁶ B. Pastore, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, cit., M. Bertolino, cit., 21.

⁵⁵⁷ F. Viganò, cit., 1354.

⁵⁵⁸ V. Corte cost., 21 novembre 2018, n. 24.

commissione di un illecito con il giusto rigore, senza porre in secondo piano le esigenze di libertà e la garanzia dei diritti in capo all'imputato.⁵⁵⁹

Inoltre, si potrebbe sostenere che la modulazione delle misure cautelari rappresenti una delle chiavi per sopperire a quella atipicità, che è in *re ipsa* alla materia delle misure cautelari, e ricondurre la disciplina al rispetto dei principi generali della materia penale.

In questo modo, si garantisce non solo una tutela rafforzata al soggetto debole in determinate ipotesi ma, in via più universale, anche una tutela delle esigenze personali dell'imputato sottoposto ad una delle misure cautelari alternative, in pieno riconoscimento dei principi di presunzione di non colpevolezza e di legalità della materia penale. Sottoponendo a previo controllo la conformità dell'esercizio dei diritti connessi alla personalità dell'imputato con le esigenze cautelari, si realizzano misure che tutelano tanto le persone offese deboli, quanto la persona dell'imputato cui deve essere garantito il massimo rispetto dei diritti costituzionali, nonostante la limitazione dello stato di libertà per motivi cautelari.

⁵⁵⁹ Cass. sez. un. pen., *Marrari*, 19 maggio 1984, con nota di Grevi V., *Arresti domiciliari e libertà provvisoria prima e dopo l'intervento delle sezioni unite (con postilla successiva alla legge 28 luglio 1984 n. 398)*, cit., 425.

BIBLIOGRAFIA

Adorno R., *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di "contesto mafioso"*, nota a Corte cost., 25 marzo 2013, n. 57, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2013, 2408.

Albeggiani F. e Fiandaca G., *Struttura della mafia e riflessi penal-processuali*, in *Foro Italiano* 1989, 77 sg.

Aloisi U., *Gli studi di diritto penale e processuale penale in Italia nel ventennio fascista*. In AA.VV., *Il pensiero giuridico italiano (Bibliografie del ventennio)*, Roma 1943, 14.

Amato G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, 425.

Amato G., *sub art. 284 cpp*, in *Commentario Amodio-Dominioni*, vol. III, Milano, 1989, 87.

Amodio E., *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1967, 861–866.

Amodio E., *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia: annuario di scienze penalistiche* 2010, 17–18.

Antolisei F., Rossi A., Grosso C.F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2016, 785-786.

Aprile E., nota a Cass. pen. sez. VI, 10 novembre 2005, n. 42803, in *Cassazione Penale* 2006, 2515.

Aprile E., *Note a margine delle prime pronunce della Cassazione in tema di mandato di arresto europeo: dubbi esegetici e tentativi di interpretazione logico-sistematica della materia*, in *Cassazione penale* 2006, 2516.

Aprile E., *Note a margine della prima pronuncia delle sezioni unite sulla disciplina del mandato di arresto europeo*, nota a Cass. sez. un. pen., *Ramoci*, 30 gennaio 2007, n. 4614, in *Cassazione Penale* 2007, 1941.

Balducci P., nota a Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164, in *Diritto Penale e Processo* 2011, 1221-1222.

- Balloni A., Bisi R., Sette R., *Principi di criminologia applicata. Criminalità, controllo, sicurezza*, Padova, 2015, 110-112.
- Barbieri C., Costa N., Luzzago A., *La violenza sessuale di gruppo: considerazioni criminologiche e psichiatrico-forensi*, in *Rassegna italiana di criminologia* 2005, 593.
- Bartone N., *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003.
- Bassi A., *La cautela nel sistema penale, mezzi e misure di impugnazione*, Padova, 2016, 90.
- Battaglia A., *Processo alla giustizia*, Bari, 1954, 22-27.
- Bertolino M., *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale* 2018, 21.
- Bitonti A., *Presunzioni di adeguatezza carceraria: un difficile connubio tra esigenze di tutela della sicurezza pubblica e rispetto delle garanzie costituzionali*, nota a Corte cost., 12 dicembre 2011, n. 331, in *La giustizia Penale* 2012, 140.
- Boido A., *Codice penale commentato online*, a cura di A.A. Ronco, Romano, Wolters Kluwer, 10.
- Bricchetti R., *Per superare le difficoltà dei nuclei indigenti al giudice penale l'arma dell'assegno alle vittime*, in *Guida diritto* 2001, 20.
- Bricchetti R., Pistorelli L., *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere*, in *Guida Diritto* 2009, 48.
- Bronzo P., *Ancora precisazioni sulla determinatezza del divieto di avvicinamento*, in *Cassazione penale* 2013, 2719.
- Bronzo P., *Profili critici delle misure cautelari 'a tutela dell'offeso'*, in *Cassazione Penale* 2012, 3470.
- Buzzelli S., *Il mandato d'arresto europeo e le garanzie costituzionali sul piano processuale*, in AA.VV. *Mandato d'arresto europeo, dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di A.A. Bargis, Selvaggi, Torino, 2005, 88.
- Cadoppi A., *sub art. 600-ter e II comma, cod.pen.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di AA. Cadoppi, Padova, 2006.
- Caianello V., Vassalli G., *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cassazione Penale* 2002, 462.

Calò L., *Repetita iuvant: il carcere cautelare obbligatorio per legge, tra Corte Costituzionale e legislatore*, nota a Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2015, 979.

Canzio G., *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Diritto Penale e Processo* 2010, 988.

Cao U., *Dottrina penale fascista. In Conferenza promossa dal Centro di cultura e propaganda corporativa di Cagliari*, 1931.

Carcano D., Izzo G., *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990, 89.

Carrara F., *Immoralità del carcere preventivo. Programma del corso di diritto criminale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Bologna, 1872, 401.

Casalnuovo V., Colella S., *Il codice rosso: guida operativa alla L. n. 69 del 2019*, Roma, 2019.

Casella G., *Violenza di genere: la tutela della vittima nella dimensione procedimentale e processuale, Gender Crimes: Procedural and Trial Protections of the Victim*, nota a Cass. pen. sez. VI, 29 aprile 2016, n. 17950, in *Cassazione Penale* 2019, 1388.

Chelo A., *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010, 16.

Chelo A., *Mandato d'arresto europeo e procedura di consegna tra Stati membri, commento all'art. 9 della l. 22.4.2005, n. 69*, in AA.VV., *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di AA. A. Marandola, Milano, 2018, 504-506.

Chiavario M., *Diritto processuale penale*, Milano, 2022, 1280-1281.

Chiavario M., *Misure cautelari e libertà personale alla luce della seconda legge-delega e del nuovo progetto preliminare di un codice di procedura penale*. In atti del convegno "Enrico de Nicola-Problemi attuali di diritto e procedura penale" - *Verso una nuova giustizia penale*, Lecce 1988, 131.

Chiavario M., *Scarcerazione automatica e rimessione del mandato di cattura: una reformatio in peius in nome del principio di uguaglianza*, nota a Corte cost., 22 gennaio 1974, n. 17 in *Giurisprudenza Costituzionale* 1974, 548.

Chiavario M., *Una “carta di libertà” espressione di impegno civile: con qualche sgualcitura (e qualche...patinatura di troppo)*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* (a cura dello stesso), Torino, 1990, 5.

Chiodi G., *Codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità*. In AAVV, *L'inconscio inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura A.A. Garlati, Milano, 2010, 307–308.

Ciampi, *La garanzia e la disciplina del controllo giurisdizionale sulla richiesta di revoca o sostituzione delle misure cautelari disposte a fini di estradizione*, nota a Cass. sez. un. pen., *Di Filippo*, 18 maggio 2003, n. 26156, in *Cassazione Penale* 2003, 2978.

Cimadomo D., *La procedura “attiva” di consegna*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedura di consegna. Commento alla Legge 22 aprile 2005, n. 69: “Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri” e sintesi dei lavori parlamentari*, a cura A.A. Kalb, Milano, 2005, 507.

Codice di procedura penale commentato, a cura di A. Giarda e G. Spangher, tomo I, V edizione, Torino, 2017, 2878.

Codice penale commentato, a cura di E. Dolcini e G.L. Gatta, tomo II, V edizione, Torino, 2021, 2093.

Colaiacono G., nota a Cass. pen. sez. VI, 21 marzo 2019, n. 17992, in *Cassazione Penale* 2020, 2434.

Colaiacono G., *Presupposti per l'applicazione di misure cautelari e controlli giurisdizionali nel procedimento di consegna comunitaria*, in *Cassazione Penale* 2011, 2656-2657.

Colaiacono G., *Sub art. 9 l. n. 69/2005*, in *Codice di procedura penale. rassegna di procedura penale*, diretta da Lattanzi-Lupo, Aggiornamento, X. Parte speciale, Milano, 2019.

Colli A., *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Rivista italiana* 1997, 1163ss.

Conso G., Grevi V., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura dei medesimi, Padova, 2015, 1134.

Conti C., *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo – Obblighi positivi dello Stato ex art. 2, in relazione a casi di violenza domestica*, nota a C. Eur. Dir. Uomo, *Rumor c. Italia*, ricorso n. 72964/10, in *Diritto penale e Processo* 2014, 897.

Cordero G., *Procedura penale*, Milano, 2012, 707.

Costantini A., *Il Daspo è una “sanzione penale” agli effetti della Cedu? Riflessi in materia di ne bis in idem processuale*, nota a C. Eur. Dir. Uomo, 8 novembre 2018, *Tomislav Serazin c. Croazia*, ricorso n. 19120/15, in *Diritto Penale e Processo* 2019, 1158.

Crosti B., *Sulla valutazione autonoma delle esigenze cautelari ai fini del diniego degli arresti domiciliari nel caso di cattura obbligatoria*, in *Cassazione Penale* 1988, 1687.

D'Ambrosio G., *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Diritto Penale e Processo* 1995, 1177.

Dalia G., *L'adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali*, in AA.VV. *Il mandato di arresto europeo e procedure di consegna* a cura di A.A. Kalb, Milano, 2005, 51.

Daniele M., *I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p.*, In *Diritto Penale e Processo* 2016, 115.

De Amicis G., Iuzzolino G., *Guida al mandato d'arresto europeo*, Milano, 2008, 47.

De Caro A., *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., G. Spangher, *Trattato di procedura penale*, a cura di A.A. Scalfati, *Le misure cautelari*, Torino 2008, 77.

De Francesco G., *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Digesto Penale* 1987, 298.

De Liguori A., *L'oggetto giuridico della tutela penale nell'art. 416-bis: limiti e funzioni*, in *Cassazione Penale*, 1990, 1714-1715.

De Luca G., *Lineamenti della tutela cautelare penale*, Padova, 1953, 32-35.

De Pasquale E., *Commento all'art. 11- arresto ad iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Il mandato di arresto europeo, commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69*, diretto da M. Chiavario, G. De Francesco, D. Manzione, E. Marzaduri, Torino, 2006, 260.

De Robbio C., *Le misure cautelari personali*, Milano, 2016, 159.

Del Pozzo C.U., *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962, 483.

Dell'Anno P., *Sulla riferibilità dell'art. 275 comma 2-bis c.p.p. anche agli arresti domiciliari*, in *Cassazione Penale* 1997, 684.

Della Monica G., *Il mandato di arresto europeo*, Torino, 2012, 4.

Di Nanni L., Fusco G., Vacca G., *Nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*, Napoli, 1988, 95.

Dinacci F., *Vecchio e nuovo nel mandato d'arresto europeo, tra limiti costituzionali, necessità evolutive e diritti fondamentali*, in *Cassazione Penale* 2017, 3778-3798.

Falcone G., Turone G., *Tecniche d'indagine in materia di mafia*, in *Cassazione Penale* 1983, 1038-1057.

Fassone E., *Commento all'art. 15 l. 28-7-1984, n. 398*, in *Legislazione Penale* 1985, 208.

Fassone E., *La coercizione personale*, in *Magistratura Democratica* 1978, 14.

Ferracuti F., M.E. Wolfgang, *Il comportamento violento*, Milano, 1966, 235.

Ferrarotti F., *Inchiesta sociologica sulla mafia in Sicilia*, documentazione allegata alla relazione conclusiva della Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia, Doc. XXIII, n. 2, IV Legislatura, volume I, 1967, 123-252.

Ferrua P., *Le misure «alternative» alla custodia in carcere*, in *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura di Grevi, 1983, 86.

Fiandaca G., C. Visconti C., *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro Italiano* 2006, 86 sg.

Fiandaca G., E. Musco E., *Diritto penale. Parte speciale*, Zanichelli, 2015, 491-498.

Fiandaca G., *La Cassazione definisce (ma non troppo) la violenza sessuale di gruppo*, in *Diritto penale e processo* 2000, 109.

Fiandaca G., *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Il Foro italiano* 1995, 21.

Finzi M., *La intenzione di uccidere, considerata in relazione ai vari modi coi quali può commetersi un omicidio*, Milano, 1954.

Fiorentin F., *Un primo passo verso la riforma dell'ordinamento nella direttrice tracciata dal Piano sui nuovi istituti*, in *Guida al Diritto* 2013, 26.

Flick G.M., *L'associazione a delinquere di tipo mafioso interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall'art. 416-bis c.p.* In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1988, 849-856.

Follieri L., *Le misure cautelari personali nel nuovo codice penale di rito*, in *Archivio della nuova procedura penale* 1990, 481.

Frigo G., *Inadeguato il regime delle impugnazioni nella procedura passiva di consegna*, in *Guida al Diritto* 2005, 89.

Frigo G., *Lettura riduttiva della Cassazione*, in *Guida al diritto* 2005, 78.

Gianfilippi F. *Teoria e realtà delle misure cautelari personali: il carcere è realmente una extrema ratio*, in convegno tenuto dalla Scuola Superiore di Magistratura, giugno 2021, 4.

Giarda A., *Arresti domiciliari e misure alternative alla custodia cautelare in attesa del nuovo codice*, in AA.VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di A.A. Grevi, Padova, 1989, 121.

Giarda A., *Un'importante 'raccomandazione' del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in tema di carcerazione preventiva*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1981, 696-698.

Giunta F., *I permessi ai detenuti tra innovazioni legislative e dubbi di costituzionalità*, nota a Corte cost., 26-29 marzo 1984, n. 77, in *Giustizia Costituzionale* 1985, 254.

Grevi V., *Arresti domiciliari e libertà provvisoria prima e dopo l'intervento delle sezioni unite (con postilla successiva alla legge 28 luglio 1984 n. 398)*, nota a Cass. sez. un. pen., *Marrari*, 19 maggio 1984, in *Foro Italiano* 1984, 425.

Grevi V., *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in Atti del Convegno "Enrico De Nicola" problemi attuali di diritto e procedura penale, *Disfunzioni del processo penale e difesa della società: i provvedimenti provvisori*, Milano, 1983, 29

Grevi V., *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in *Giurisprudenza Penale* 1988, 481-503.

Grevi V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976.

Grevi V., *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in AA.VV. *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura del medesimo, Bari 1993, 10.

Grevi V., *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in *Tribunale della libertà e garanzie individuali* (a cura del medesimo), Bologna, 1983, 1.

Grevi V., *Verso il nuovo processo penale-Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in *Giustizia Penale* 1988, 482.

Illuminati G., *La presunzione d'innocenza*, Bologna, 1979, 27-28.

Ingroia A., *Associazione per delinquere e criminalità organizzata. L'esperienza italiana*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transazionale*, Milano-Friburgo, 2000, 83.

Iuzzolino G., *Estradizione e mandato di arresto europeo. Il regime giuridico delle misure coercitive applicate nelle procedure passive di consegna: varianti e invariante*, nota a Cass. pen. sez. VI, 3 maggio 2007, n. 17631, in *Foro Italiano* 2007, 205.

Iuzzolino G., *La decisione sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in AA.VV. *Mandato di arresto europeo*, a cura di AA. M. Bargis-e E. Selvaggi, 287ss.

Iuzzolino G., *Mandato di arresto e garanzie costituzionali*, in *Il giusto processo*, a cura di Gaito, 2002, 188.

La Cute G., *La clausola di specialità nell'estradizione ed i principi costituzionali*, in *Rivista Penale* 1985, 1045.

Lanciotti A., *I coinvolgimenti sovranazionali*, in *Diritto penale e processo* 2005, 809.

Latagliata A.R., *Considerazioni sulla rilevanza penale del feticidio non commesso per causa di onore*, in *Archivio Penale* 1971, 15.

Lattanzi G., Lupo E., *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Volume IV Misure cautelari*, a cura di P. Bronzo, E. Aprile, G. Canzio, A. Caputo, G. Colaiacovo, G. Gallucci, S. Giuliani, K. La Regina, F. Lattanzi, L. Ludovici, S. Modugno, V. Napoleoni, E. Perusia, P. Silvestri, P. Spagnolo., Giuffrè Francis Lefebvre, 2017, 193.

Lo Voi F., *Il procedimento davanti alla corte d'appello e i provvedimenti de liberate. Il consenso*, in AA.VV., *Il mandato d'arresto. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di A.A. Bargis, Selvaggi, Torino, 2005, 244.

Lorusso S., *Sicurezza pubblica e diritto emergenziale: fascino ed insidie dei rimedi processuali*, in *Diritto Penale e Processo* 2010, 269.

Lucchini L., *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899, 1-40.

Lupacchini O., *Dubbi sull'effettiva portata delle modificazioni agli artt. 274 e 275*, in *Diritto Penale e Processo* 1996, 126.

Macchia A., *Arresti domiciliari – Libertà provvisoria – Scarcerazione*, in *Giustizia Penale* 1987.

Macchia A., *Cautela penale e principi costituzionali alla luce dei più recenti approdi del giudice delle leggi*. In *Cassazione Penale* 2021, 887–1907.

Macchia A., *Disagio carcerario o sindrome da intolleranza?*, in *Cassazione Penale* 2019, 3837.

Macchia A., Gaeta P., *“al fine di...”: ancora qualche riflessione su aggravante di agevolazione dell'associazione mafiosa e metodo giurisprudenziale*, in *Cassazione Penale* 2021, 2659.

Macchia A., *Il problema del sovraffollamento nelle carceri ovvero, aspettando Godot. Note minime attorno alla sentenza della Corte Costituzionale n. 279 del 2013*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica* 2013, 223.

Macchia A., *Provvedimenti de libertate, no al cumulo ma il nodo è l'equilibrio del sistema*, in *Diritto e Giustizia* 2006, 48.

Manchià A.C., *Autorizzazione all'allontanamento dell'imputato dal domicilio in caso di “assoluta indigenza”*, nota a Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 2004, n. 19634, in *Diritto penale e processo* 2005, 451.

Manes V., *Lo “sciame di precedenti” della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Diritto Penale e Processo* 2014, 461.

Mantovani G., *Dalla Corte europea una «legittimazione» alla presunzione prelativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Legislazione Penale* 2004, 513.

- Manzini V., *Trattato diritto penale*, vol. VII, a cura di Nuvolone, Pisapia, Milano, 1985, 332.
- Marandola A., *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Diritto Penale e Processo* 2009, 967.
- Marandola A., *Misure cautelari personali: ancora lacunosa la disciplina*, in *Diritto Penale e Processo* 2018, 1249.
- Maranella S., *Mandato d'arresto europeo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani* 2004, 4.
- Marchetti P., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di G. Spangher e A. Giarda, *sub art. 17 l. n. 69 del 2005*, Milano, 2008, 7339.
- Marconi G., Marongiu A., *La procedura penale italiana: commento pratico al Codice approvato con R.D. 19 ottobre 1930*, Milano, 1931.
- Mariotti A., *Codice penale commentato online*, a cura di Ronco, Romano, Wolters Kluwer, 5-7.
- Marzaduri E., *Arresti domiciliari e diritto al lavoro*, in *Cassazione Penale* 1984, 1833.
- Marzaduri E., *Il ricorso alla decretazione di urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*, in *Guida Diritto* 2009, 39.
- Marzaduri E., *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Digesto Penale* 1994, 11.
- Marzaduri E., *Pacchetto sicurezza: per la custodia cautelare interventi che non incidono sulle garanzie*, in *Guida diritto* 2007, 48, 12.
- Marzaduri E., *Sub art. 5 l. 332 del 1995. In Legislazione Penale* 1995, 625.
- Mascia A., *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo – Trattamenti inumani e degradanti*, in *Il corriere Giuridico* 2013, 424-426.
- Masera L., *I delitti contro la vita, Delitti contro l'integrità fisica*, in AA.VV., *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di AA. F. Viganò e C. Piergallini, Torino, 2015.
- Mazzitelli M., Pezzano R., *Codici penali del Regno d'Italia: RD 30 giugno 1889, n. 6133 cp; RD 19 ottobre 1930, n. 1398 cp; RD 26 novembre 1865, n. 2589 cpp; RD 19 ottobre 1930, n. 1399 cpp: testi non commentati*, Napoli, 2008.

- Miletti, M., *La scienza nel codice: il diritto processuale penale nell'Italia fascista*. In AA.VV., *L'incoscio inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di A.A. Garlati, Milano 2010, 71-76.
- Monaco M.M., *Arresti domiciliari*, in *Digesto di Diritto Penale* 2004, 1-3.
- Montaldo R., *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esisti e l'effettività delle riforme*, in *Forum Costituzionale* del 3 febbraio 2016, 8.
- Morelli M.R., *Art. 9 d.l. 23.2.2009*, in *Legislazione Penale* 2009, 509.
- Morlacchini F., *Osservazioni a prima lettura*. Osservatorio sulla Corte di Cassazione, commento alla sentenza delle Sezioni Unite del 28 aprile 2016. In *Archivio penale* 2016, 2.
- Moscarini P., *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Diritto Penale e Processo* 2010, 228.
- Muscolo P., *L'omicidio volontario*, Latina, 1978.
- Musti L., Spangher G., *La libertà personale dell'imputato tra interventi novellistici e riforma del processo penale*. In *Questione Giustizia* 1988, 826.
- Orlandi R., *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*. In *Criminalia: annuario di scienze penalistiche* 2010, 207-226.
- Pace A., *Sull'uso "alternativo" del decreto legge, in luogo del decreto delegato, per eludere i principi della delega*, nota a Corte cost., 18 maggio 1992, n. 255, in *Giurisprudenza Costituzionale* 1992, 1786-1789.
- Palermo G., *Maffie. Dinamiche, ruoli e identità delle organizzazioni criminali mafiose, Benevento*, 2012, 36.
- Parentini M., *Arresti domiciliari*, in *Digesto di Diritto Penale* 1992, 461.
- Pastore B., *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021.
- Pecoraro Albani A., *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, 29ss.
- Pelissero M., *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Diritto penale e processo* 2006, 969.
- Perduca A., *sub art. 18*, in AA.VV. *Il mandato di arresto europeo. Commento alla l. 22 aprile 2005, n. 69*, a cura di AA. Chiavario, De Francesco, Manzione, Marzaduri, Torino, 2005, 310.

- Pironti T., *La violenza domestica e la misura dell'allontanamento dalla casa familiare: una misura efficace (anche) in temi di coronavirus*, in *Il sole 24ore*, 9 aprile 2020.
- Pisapia G.D., *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in *Rivista di Diritto Processuale* 1965, 75-90.
- Pistorelli L., *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, in AA.VV., *Diritto penale della famiglia*, a cura di A.A. Riondato, Milano, 2011, 92.
- Ranzatto F., *Misure a tutela delle vittime delle violenze in famiglia, commento a L. 4 aprile 2001*, in *Diritto Penale e Processo* 2001, 1335.
- Renzetti S., *Arresti domiciliari e diritto allo studio*, nota a Trib. Bologna, 27 febbraio 2008, in *Cassazione Penale* 2009, 2629.
- Roberti F., *Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo*, in AA.VV., *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, a cura di A.A. Dalia, Milano, 2006, 451-453.
- Rocco A., *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, in *La Giustizia Penale* 1905.
- Romano B., *Dalla violenza carnale in concorso alla violenza sessuale di gruppo: questioni intertemporali e problemi definitori*, in *Il diritto di famiglia e delle persone* 1997, 144ss.
- Romano B., *La tutela penale della sfera sessuale*, Milano, 2008, 147ss.
- Ronco M., Romano B., *Codice penale commentato online*, Wolters Kluwer, 18.
- Rosi E., *Le modifiche al diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale. Modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, a cura di AA. Rosi, Scopelliti, Milano, 2006, 62.
- Rossetto G., *Arresti domiciliari e custodia cautelare*, in *Libertà e cautele nel processo penale. Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario-Marzaduri, Torino, 1996, 123.
- Rossi G., *Custodia cautelare in carcere e braccialetto elettronico. Dubbi interpretativi fra dottrina e giurisprudenza e la pronuncia delle Sezioni unite n. 20769/2016. Osservatorio sulla Corte di Cassazione*, nota a Cass. sez. un. pen., Lovisi, 28 aprile 2016, n. 20769, in *Archivio Penale* 2017, 5-6.
- Rubera M.T.M., *Termini per eseguire il mandato d'arresto europeo e tutela della libertà personale*, in *Diritto Penale e Processo* 2011, 238-243.

- Rubiola F., *Associazione per delinquere di tipo mafioso*, in *Enciclopedia Giuridica*, III, Roma, 1988, 4;
- Ruggeri S., *Commento all'art. 2 d.l. 23.2.2009, n. 11*, in *Legislazione Penale* 2009, 430.
- Scalfati A., *Misure coercitive in attesa della pronuncia*, in AA.VV. *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di AA.VV. Pansini, Scalfati, Napoli, 2005, 79.
- Scaparone M., *La libertà personale*, in atti del convegno “*Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive*”, Roma, 1992, 112-113.
- Scaccianoce C., *In tema di mandato di arresto europeo e custodia cautelare: termini e preclusioni*, nota a Cass. pen. sez. VI, 7 novembre 2014, n. 46165, in *Archivio Penale: rivista quadrimestrale di diritto, procedura e legislazione speciale, europea e comparata* 2015, 299-300.
- Selvaggi E., Villoni O., *Questioni reali e non sul mandato europeo di arresto*, in *Cassazione Penale* 2002, 446.
- Serianni L., *Omicidio*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, 1990.
- Sorgato A., *Mandato d'arresto europeo: prime applicazioni tra dubbi e incertezze*, in *Ventiquattro Avvocato* 2006, 88-89.
- Spagnolo G., *L'associazione di tipo di mafioso*, Padova, 1997, 23.
- Spangher G., *Un restyling per le misure cautelari*, in *Diritto Penale e Processo* 2015, 531.
- Storti C., “*L'acuta tesi della difesa*”: *profili dell'istruzione nella giurisprudenza di Cassazione tra 1930 e 1959: le nullità e le funzioni della sezione istruttoria*, in AA.VV. *L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, cit. 131-138.
- Tabasco G., *Illegittima l'obbligatorietà della custodia carceraria anche per il traffico illecito di sostanze stupefacenti*, nota a Corte cost. 19 luglio 2011, n. 231, in *Diritto Penale e Processo* 2012, 171.
- Tiberi M., in *Codice di procedura penale ipertestuale: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, a cura di A. Gaito, II, *sub art. 14 l. n. 69 del 2005*, Torino, 2006, 823.
- Tona G., *Reati di criminalità organizzata ed esigenze cautelari*, in *Merito* 2005, n. 3, 52.

- Tonini P., *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*. In Atti del convegno "Le fragili garanzie della libertà personale" - *Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Trento 11-13 ottobre 2013, 65-78.
- Tonini P., *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, nota a Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265, in *Diritto Penale e Processo* 2010, 949.
- Tracogna C., *La tutela della libertà personale nel procedimento di consegna attivato dal mandato d'arresto europeo*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale* 2007, 991-992.
- Troisi P., *L'arresto operato dalla polizia giudiziaria a seguito della segnalazione nel Sistema di informazione Schengen*, in AA.VV. *Mandato di arresto europeo e procedura di consegna*. a cura di L. Kalb, Milano, 2005, 211.
- Tufo M., *Profili di diritto sostanziale*, in *Diritto penale e processo* 2005, 939.
- Turone G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, 158.
- Uccella-Bazzucchi, *I controlli sui provvedimenti coercitivi in materia di estradizione secondo le Sezioni unite*, nota a Cass. sez. un. pen., *Polo Castro*, 23 novembre 1988, n. 15, in *Cassazione Penale* 1989, 1418.
- Valsecchi A., *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Diritto penale e processo* 2005, 1222.
- Valsecchi A., *Delitti contro l'inviolabilità e la libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in AA.VV., *Reati contro la persona e il patrimonio*, a cura di A.A. Viganò, Piergallini Torino, 2015, 285.
- Vassalli G., *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, 148.
- Vassalli G., *L'inconscio inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura A.A. Garlati, Milano, 2010, 13-17.
- Vassalli G., *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Scritti Mortati, Padova*, 1995, 1122-1123.
- Vassalli G., *Osservazioni sulla custodia preventiva, La riforma della custodia preventiva*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1954, 486.
- Vassalli G., *Premessa ai commenti alla L. 12/8/1982 n. 532*, in *Legislazione Penale* 1983, 60.

Vassalli G., *Premessa al Commento articolo per articolo della l. 12/9/1982 n. 532*, in *Legislazione Penale* 1983, 59.

Ventura M., *Le circostanze aggravanti*, in AA.VV., *I delitti contro la libertà sessuale. Aggiornato al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39*, a cura di A.A. Tovani, Trinci, Torino, 2014, 221ss.

Viganò F., *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale* 2012, 1354.

Viganò F., *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cassazione Penale* 2007, 3975.

Vitari G., *Commento all'art. 10*, in *Il mandato di arresto europeo, commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69*, diretto da M. Chiavario, G. De Francesco, D. Manzione, E. Marzaduri, Torino, 2006, 254.

Vizzardi M., *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza*, in *Rivista Italiana Diritto e procedura penale* 2008, 1351ss.

Zeno-Zencovich, V. *Personalità (diritti della)* in *Digesto Civile* 1995, 4.

SITOGRAFIA

Collini L., *Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa tra principio di legalità e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 24 gennaio 2012.

<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/Allegato%20Collini%20in%20pdf%20con%20front.pdf>

Crudo V., *Violenza domestica. La Corte Costituzionale rimedia a una grave incoerenza di disciplina e rafforza la tutela della vittima*, in *Ilpenalista.it.*, 28 gennaio 2019.
<https://ilpenalista.it/articoli/giurisprudenza-commentata/violenza-domestica-la-corte-constituzionale-rimedia-una-grave>

De Vito R., *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *Questione Giustizia* 2021, n. 4.

<https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/fuori-dal-carcere-la-riforma-cartabia-le-sanzioni-sostitutive-e-il-ripensamento-del-sistema-sanzionatorio>

Giordano L., *Pedopornografia: le modifiche al Codice penale della Legge europea*, in *Altalex*, 24 gennaio 2022.

<https://www.altalex.com/documents/2022/01/24/pedopornografia-le-modifiche-al-codice-penale-della-legge-europea>

La Rocca E.N., *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari persone (Ddl 1232b)*, in *Archivio Penale online* 2015, n.2, 1.

<https://archiviopenale.it/l-16042015-n-47--modifiche-al-cppin-materia-di-misure-cautelari-personali-modifiche-alla-l-26071975-n-354-in-materia-di-visita-a-perso/contenuti/4786>

Mandato d'arresto europeo rifiuto della consegna e tutela dei diritti fondamentali: due rinvii pregiudiziale della Corte Costituzionale alla Corte di Giustizia. In *sistemapenale.it* del 19 novembre 2021.

<https://www.sistemapenale.it/it/documenti/corte-costituzionale-2021-216-217-mandato-arresto-europeo-rinvio-pregiudiziale-corte-di-giustizia?out=print>

Marconi I., *Riforma del processo penale e giustizia riparativa: un'opportunità che è necessario saper cogliere*, in *Altalex*, 04/02/2022.

<https://www.altalex.com/documents/news/2022/02/04/riforma-del-processo-penale-e-giustizia-riparativa-opportunita-che-e-necessario-saper-cogliere>

Mazza O., *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, Convegno annuale dell'Associazione Franco Bricola, "Pericolosità e giustizia penale", Udine, 25-26 marzo 2011, in *Diritto penale contemporaneo online*, 20 aprile 2012.

<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1334842479relazione%20mazza.pdf>

Osservatorio diritti, 2 agosto 2022.

<https://www.osservatoriodiritti.it/2022/08/02/carceri-italiane-condizioni-situazione/#:~:text=Con%20il%20caldo%2C%20il%20sovraffollamento,detenute%20negli%20istituti%20di%20pena.>

Pestelli G., *Riforma Cartabia, da "codice rosso" ad "allarme rosso": arresti inefficaci in caso di violazione dell'art. 387-bis cod.pen.*, in *Altalex*, 29/09/2021.

<https://www.altalex.com/documents/2021/09/29/riforma-cartabia-da-codice-rosso-ad-allarme-rosso-arresti-inefficaci-in-caso-di-violazione-dell-art-387-bis-c-p>

Zagrebelsky G., *Che cosa si può dare per abolire il carcere*, in *La Repubblica*, 23/01/2015.

<https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2015/01/23/che-cosa-si-puo-fare-per-abolire-il-carcere41.html>

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale

Corte cost., 22 marzo 1962, n. 30.

Corte Cost., 20 giugno 1964, n. 68.

Corte cost., 23 aprile 1970, n. 64.

Corte cost., 22 gennaio 1974, n. 17.

Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177.

Corte cost., 26-29 marzo 1984, n. 77.

Corte cost., 20 gennaio 1992, n. 4.

Corte cost., 18 maggio 1992, n. 255.

Corte cost., 16 febbraio 1993, n. 53, in *Cassazione Penale* 1994, 2855.

Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306.

Corte cost., 24 novembre 1994, n. 419.

Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 450.

Corte cost., 18 dicembre 2002, n. 532, in *Cassazione Penale* 2003, 873.

Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322. In *Diritto Penale e Processo* 2007.

Corte cost., 30 luglio 2009, n. 256, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2009, 3513.

Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265.

Corte cost. 19 luglio 2011, n. 231.

Corte cost., 12 dicembre 2011, n. 331.
Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164.
Corte cost., 21 luglio 2011, n. 225.
Corte cost., 23 novembre 2011, n. 312.
Corte cost., 23 maggio 2012, n. 139.
Corte cost., 2 luglio 2012, n. 172.
Corte cost., 25 marzo 2013, n. 57.
Corte cost., 9 ottobre 2013, n. 279.
Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48.
Corte cost., 21 novembre 2018, n. 24.
Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24.
Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242.
Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32.
Corte cost., 23 settembre 2021, n. 216.
Corte cost., 21 ottobre 2021, n. 217.
Corte cost., 7 aprile 2022, n. 127.

Corte di Cassazione

Cass. pen. sez. III., 26 febbraio 1964, in *Giustizia Penale* 1964, 321.
Cass. pen. sez. I, 8 ottobre 1984, n. 2090.
Cass. sez. un. pen., *Marrari*, 19 maggio 1984.
Cass. sez. un. pen., *Costanzo*, 2 settembre 1985, n. 170305 in *Cassazione Penale*.
Cass. pen. sez. I, 5 maggio 1986, 6228.
Cass. sez. un. pen., *Polo Castro*, 23 novembre 1988, n. 15.
Cass., sez. un. pen., *Demitry*, 5 ottobre 1994, n. 16.

Cass. sez. fer. pen., *Barbieri*, 6 agosto 1995, in *Rivista Penale* 1996, 519.

Cass. pen. sez. VI, 21 novembre 1997, n. 4542, in *Rivista penale* 1998, 816.

Cass. pen. sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 213142.

Cass. pen. sez. VI, 10 maggio 1999, n. 1734.

Cass. pen. sez. VI, 11 gennaio 2000, n. 1612.

Cass. pen. sez. VI, 14 luglio 2003, n. 35338.

Cass. sez. un. pen., *Di Filippo*, 18 maggio 2003, n. 26156.

Cass. pen. sez. I, 12 dicembre 2003, n. 9604.

Cass. sez. un. pen., *Terkuci*, 28 aprile 2004, n. 31297.

Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 2004, n. 19634.

Cass. pen. sez. II, 16 marzo 2005, n. 10450.

Cass. sez. un. pen., *Mannino*, 12 luglio 2005, n. 33748.

Cass. pen. sez. VI, 10 novembre 2005, n. 42803.

Cass. pen. sez. VI, 13 ottobre 2005, n. 37649.

Cass. sez. fer. pen., 13 settembre 2005, n. 34355.

Cass. pen. sez. I, 15 giugno 2006, in *Diritto e giustizia* 2006, 82.

Cass. sez. un. pen., *La Stella*, 30 maggio 2006, in *Cassazione Penale* 2006, 4389.

Cass. sez. un. pen., *Giuffrida*, 28 novembre 2006, n. 42363.

Cass. sez. un. pen., *Ramoci*, 30 gennaio 2007, n. 4614.

Cass. pen. sez. VI, 5 aprile 2007, n. 42767, in *Cassazione Penale* 2008, 3770.

Cass. pen. sez. VI, 27 aprile 2007, n. 22716, in *Cassazione Penale* 2008, 2973.

Cass. pen. sez. VI, 3 maggio 2007, n. 17631.

Cass. sez. fer. pen., 13 settembre 2007, n. 35001.

Cass. pen. sez. VI, 15 gennaio 2008, n. 4052, in *Cassazione penale* 2009, 1633.

Cass. pen. sez. VI, del 10 luglio 2008, n. 28805.

Cass. pen. sez. VI, 6 marzo 2008, n. 10544.

Cass. pen. sez. I, 16 aprile 2009, n. 18569, in *Foro italiano* 2009, 648.

Cass. pen. sez. III, 23 dicembre 2009, n. 49437, in *Diritto Penale e Processo* 2010, 292-293.

Cass. pen. sez. VI, 5 luglio 2010, n. 25870.

Cass. sez. fer. pen., 27 luglio 2010, n. 30047, in *Giustizia Penale* 2011, 166.

Cass. pen. sez. V, 10 novembre 2010, n. 6185.

Cass. pen. sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 1724/12, in *Cassazione Penale* 2013, 253.

Cass. pen. sez. V, 16 gennaio 2012, n. 13568.

Cass. pen. sez. V, 18 gennaio 2012, n. 12568, in *Cassazione Penale* 2012.

Cass. pen. sez. I, 2 aprile 2012, n. 19633.

Cass. pen. sez. IV, 12 giugno 2012, n. 40061.

Cass. pen. sez. V, 19 giugno 2012, in *Massimario Ufficiale*, n. 253716.

Cass. pen. sez. III, 20 dicembre 2012, n. 3472.

Cass. pen. sez. VI, 17 gennaio 2013, n. 3255.

Cass. pen. sez. VI, 6 marzo 2013, n. 10906

Cass. pen. sez. VI, 27 giugno 2013, n. 32412.

Cass. sez. fer. pen., 12 settembre 2013, n. 44315.

Cass. pen. sez. VI, 29 gennaio 2014, n. 9748.

Cass. pen. sez. V, 19 marzo 2014, n. 27177.

Cass. pen. sez. II, 23 settembre 2014, n. 261439.

Cass. pen. sez. VI, 7 novembre 2014, n. 46165.

Cass. pen. sez. II, 17 febbraio 2015, n. 9004.

Cass. pen. sez. I, 10 settembre 2015, n. 36687.

Cass. pen. sez. VI, 21 ottobre 2015, n. 553.

Cass. pen. sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 44701.

Cass. pen. sez. II, 30 marzo 2016, n. 16964.

Cass. sez. un. pen., *Lovisi*, 28 aprile 2016, n. 20769.

Cass. pen. sez. VI, 29 aprile 2016, n. 17950.

Cass. pen. sez. IV, 12 maggio 2016, n. 38077.

Cass. pen. sez. II, 3 febbraio 2017, n. 19283.

Cass. pen. sez. VI, 29 maggio 2017, n. 27483.

Cass. pen. sez. V, 14 settembre 2017, n. 47401.

Cass. pen. sez. V, 13 novembre 2017, n. 50189.

Cass. pen. sez. VI, 16 gennaio 2018, n. 2059.

Cass. pen. sez. VI 28 marzo 2018, n. 14232.

Cass. pen. sez. VI, 27 settembre 2018, n. 1733.

Cass. pen. sez. VI, 21 marzo 2019, n. 17992.

Cass. pen. sez. VI, 2 luglio 2019, n. 9001.

Cass. sez. fer. pen., 27 agosto 2019, n. 36844.

Cass. sez. un., *Bottari*, 24 settembre 2020, n. 1626, in *Guida diritto* 2021, 62.

Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2022, n. 23156.

Tribunale

Trib. Palermo, 25 giugno 2001, in *Giurisprudenza di merito* 2002, 1047.

Trib. Bologna, 27 febbraio 2008.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

C. Eur. Dir. Uomo, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, ricorso n. 60851/00.

C. Eur. Dir. Uomo, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso n. 22635/03.

C. Eur. Dir. Uomo, 3 marzo 2009 *Hilgartner c. Polonia*.

C. Eur. Dir. Uomo, *Rumor c. Italia*, ricorso n. 72964/10.

C. Eur. Dir. Uomo, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, ricorso n. 41237/14.

C. Eur. Dir. Uomo, 8 novembre 2018, *Tomislav Seražin c. Croazia*, ricorso n. 19120/15.

C. Eur. Dir. Uomo, 16 giugno 2022, *De Giorgi c. Italia*, ricorso n. 10929/19.

C. Eur. Dir. Uomo, 24 novembre 2020, *Bardali c. Svizzera*, ricorso n. 31623/17.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, C 367-16.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 10 novembre 2016, *Poltorak*, C-452/16.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 17 dicembre 2020, *L. e P.*, C-354/20 PU e C-412/20.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 1 giugno 2016, *Bob-Dogi*, C-241/15.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 16 giugno 2005, *Pupino*, C/103.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 3 maggio 2007, C-303/05.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 26 febbraio 2013, *Fransson*, C-617/10.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 16 luglio 2015, *lanigan*, C-237/15, con nota di Selvaggi, in *Cassazione penale* 2015, 3799.