

# LUISS



Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Processuale Penale

Le cautele personali tra individuo e autorità:  
i presupposti applicativi

Chiar.mo Prof. Filippo Dinacci

---

RELATORE

Chiar.mo Prof. Alberto Macchia

---

CORRELATORE

Ludovica De Nuntiis 156823

---

CANDIDATO

Anno Accademico 2022/2023

## INDICE

### INTRODUZIONE

#### 1. CAPITOLO 1 – LA DIMENSIONE PARTECIPATIVA DELLO STATO NEL DIRITTO ALLA LIBERTÀ PERSONALE. LA COPERTURA SOVRANAZIONALE E COSTITUZIONALE DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI *CONTRA LIBERTATEM*

- 1.1. La preconditione valoriale: la libertà personale p. 14
- 1.2. Lo Stato costituzionale di diritto. p. 22  
La parte “organizzativa” e la parte “ordinativa” della Costituzione
- 1.3. Il fenomeno dello *scope and stringency* (anche) per la libertà personale. p. 25
- 1.4. I diritti cautelari nel panorama sovranazionale e costituzionale. p. 30
- 1.4.1. Il diritto alla libertà e alla sicurezza: l’inviolabilità della libertà personale. La riserva assoluta di legge e di giurisdizione p. 31
- 1.4.2. La proibizione della tortura e il divieto di violenza fisica o morale. Il regime carcerario duro p. 35
- 1.4.3. La presunzione di non colpevolezza alla luce di un giudizio pronostico cautelare quale valore assiomatico all’ipotesi di accusa p. 38

1.4.4.	Il diritto all'esercizio delle facoltà difensive. La declaratoria di incostituzionalità del visto di censura alla corrispondenza tra il detenuto ristretto in regime di 41-bis e il difensore	p. 41
1.4.5.	La riparazione degli errori giudiziari	p. 44
1.4.6.	Il ricorso in Cassazione per violazione di legge	p. 46
1.5.	La collaborazione dell'individuo con l'autorità. Il nuovo regime ostativo a fronte del d.l. n. 162 del 31 ottobre 2022	p. 48
1.6.	Le libertà dell'imputato in veste di "oggetto" di prova	p. 51
2.	<b>CAPITOLO 2 – I PRESUPPOSTI APPLICATIVI: IL <i>FUMUS COMMISSI DELICTI</i> E IL <i>PERICULUM LIBERTATIS</i></b>	
2.1.	Condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari personali	p. 54
2.2.	I gravi indizi di colpevolezza	p. 58
2.2.1.	Regole probatorie in tema di valutazione degli indizi. La chiamata in correità	p. 63
2.2.2.	L'irrelevanza delle fonti indiziarie anonime. Le segnalazioni del <i>whistleblower</i>	p. 66
2.2.3.	L'inutilizzabilità delle intercettazioni illegittimamente acquisite	p. 68

2.3. Le esigenze cautelari	p. 73
2.3.1. Il pericolo di inquinamento probatorio	p. 77
2.3.2. Il pericolo di fuga	p. 80
2.3.3. Il pericolo di recidiva o che siano commessi ulteriori delitti	p. 82
2.3.3.1. Il delitto di atti persecutori e la specificità del provvedimento ex art. 282-ter cod. proc. pen. quale contemperamento tra le esigenze di tutela della vittima e il minor sacrificio della persona sottoposta alle indagini: Cass. pen., sez.un., 29/4/2021 n. 3905	p. 85
3. CAPITOLO 3 – I CRITERI DI SCELTA DELLE MISURE CAUTELARI PERSONALI	
3.1. Il dogma dell’adeguatezza	p. 89
3.1.1. Profili di salvaguardia dei diritti della persona sottoposta a misure cautelari. La Raccomandazione C (2022) 8987 della Commissione europea sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione	p. 92
3.2. La logica della proporzionalità	p. 95
3.2.1. Il divieto di cui all’art. 275, comma 2-bis, cod. proc. pen.: contrastati ermeneutici in merito al giudizio pronostico sul <i>quantum</i> di pena	p. 97

3.3. Il principio di gradualità	p. 101
3.3.1. La presunzione di cui all'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, cod. proc. pen. Il fenomeno dell'affiliazione rituale all'associazione per delinquere di stampo mafioso	p. 104
3.3.2. Divergenze interpretative sul cosiddetto tempo silente per fini cautelari	p. 110
4. CAPITOLO 4 – IL CONFRONTO TRA INDIVIDUO E AUTORITÀ IN FASE CAUTELARE	
4.1. L'adozione a sorpresa delle cautele personali e il contraddittorio differito. L'istituto dell'interrogatorio di garanzia	p. 112
4.1.1. La tutela della libertà fisica e morale del soggetto sottoposto ad interrogatorio	p. 122
4.1.2. Profili di superfluità: Cass. pen., sez. un., 05/06/2020 n. 17274	p. 128
4.2. I diritti informativi del destinatario dell'ordinanza di custodia cautelare.	p. 131
4.2.1. La riforma Cartabia e la nuova lettera i-bis dell'art. 293 cod. proc. pen. L'autorità quale mediatore tra la persona offesa e l'autore del reato nella disciplina della giustizia riparativa.	p. 134

4.3. Le impugnazioni cautelari. Il sacrificio delle libertà comprese dalle cautele interdittive	p. 138
4.4. I limiti di durata delle cautele personali tra esigenze di interesse pubblico e diritti di libertà	p. 144
CONCLUSIONE	p. 149
BIBLIOGRAFIA	p. 152

## INTRODUZIONE

Trattare il tema delle cautele personali tra individuo e autorità presuppone inevitabilmente una considerazione della dinamica cautelare quale strumento di equilibrio tra libertà e autorità; difatti si deve anticipare sin d'ora che il giudizio cautelare deve essere condotto in un'ottica strettamente dialettica tra la libertà personale di un presunto innocente e le ragioni dello Stato. Pertanto, affrontare una simile tematica nel processo penale non significa esclusivamente esporre una generalizzazione sintetica delle disposizioni legislative che governano la materia *de libertate* ma anche cogliere, soprattutto, l'intenso legame morale che intercorre tra tali norme, la summenzionata libertà e gli altri diritti fondamentali che sono strettamente connessi all'argomento in questione.

A tal fine non si può prescindere, innanzitutto, da un'analitica esposizione in termini esegetici del concetto di libertà personale; tale analisi, che darà l'avvio al primo capitolo, deve proseguire dedicando attenzione al concetto *de quo* all'interno dell'ambito cautelare, illustrando le diverse accezioni attribuite alla libertà personale a seconda che si decida di comprimerla con una cautela coercitiva o con una cautela interdittiva. Difatti la libertà personale, pur dovendo essere intesa in termini generali quale valore supremo ed indefettibile e quale presupposto dei diritti fondamentali, sembra assumere connotazioni diverse in base allo specifico "tipo" di libertà che le cautele personali sono preordinate a circoscrivere.

Posto ciò, si deve rammentare che il carattere eterogeneo dell'ampio catalogo dei diritti fondamentali, in cui rientra certamente anche la libertà personale, comporta necessariamente l'introduzione di limitazioni a ciascun diritto poiché un esercizio intemperante e sregolato contrasta inevitabilmente con una pacifica e tollerabile convivenza civile; quanto più aumenta l'ambito di applicazione di un diritto, tanto più aumentano le ipotesi di sovrapposizione e conflitto con altri diritti di pari rango. Pertanto, si deve far ricorso ad un bilanciamento dei diritti, compreso il diritto alla libertà personale che non è di per sé esente, per quanto inviolabile valore supremo, da legittime restrizioni a fronte di altrettanti essenziali interessi pubblici o privati. Conseguentemente, il legislatore limita i diritti già nelle loro formulazioni testuali e ne consente ulteriormente una limitazione in sede giudiziaria. Invero, la Costituzione e l'ordinamento sovranazionale, di cui merita particolare attenzione la

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, simultaneamente alla proclamazione di un diritto, correlano esplicitamente una disciplina inibente del medesimo in presenza di determinate circostanze che la giustifichino. Siffatta costruzione delle libertà in relazione ai poteri che possono o non possono turbarle rende apparentemente evidente l'antagonismo tra individuo e potere che si presenta nel processo penale. Se si considera che le restrizioni della libertà sono ammesse già in termini cautelari e quindi ancor prima di una sentenza definitiva, tale antagonismo si inasprisce. Tuttavia, sia la legislazione nazionale che quella sovranazionale sono piuttosto rigide nell'affermare che le invasioni nella sfera liberal-individuale, soprattutto se *ante iudicatum*, oltre a dover essere improntate ai principi di legalità e di riserva di giurisdizione, devono al contempo anche essere giustificate da puntuali necessità ed esercitate nel rispetto dei principi cardine del diritto.

Dunque, affianco al potere di coercizione dello Stato si colloca anche il suo speculare ruolo di garante primario dei diritti fondamentali, costruendo così una dimensione partecipativa in cui lo Stato, agendo in funzione repressiva di comportamenti lesivi di talune libertà, agisce contemporaneamente in funzione garantista dei contrapposti interessi e diritti.

Di qui la considerazione per cui la libertà personale non può (e non deve) atteggiarsi unicamente come smisurato diritto dei cittadini all'autodeterminazione, bensì prevalentemente come pretesa affinché il potere statale di coercizione personale, necessario per garantire una società egualitaria e sicura, sia esercitato nelle sole circostanze e con le sole formalità dettate dalle norme di legge. Relativamente a ciò, appurato che la libertà personale è caratterizzata da una relativa inviolabilità, si deve introdurre la trattazione dei diritti fondamentali dei destinatari di provvedimenti *contra libertatem*. Si deve porre mente alle esigenze e ai casi che giustificano tali atti e alle modalità con cui questi possono essere assunti.

Con particolare riferimento alle modalità, non si può prescindere dall'analizzare il generale divieto di tortura (correlandolo successivamente al fenomeno del cosiddetto carcere duro) e il nuovo regime ostativo a fronte del decreto-legge n. 162 del 31 ottobre 2022. È successivamente indispensabile, in un'ottica strettamente connessa alle cautele personali, approfondire il principio della presunzione di non colpevolezza che è innegabilmente ed apparentemente in contrasto con un giudizio pronostico cautelare quale valore assiomatico all'ipotesi di accusa. Per tale ragione, come contrappeso a detta procedura predittiva, sono previste forme di riparazione degli errori giudiziari, tra le quali riveste primaria importanza,



in ambito cautelare, la riparazione per ingiusta detenzione. Sempre relativamente ai rimedi concessi al destinatario di provvedimenti limitativi della libertà personale, non si può concludere il panorama generale sui diritti cautelari, o più in generale sui diritti di libertà, senza menzionare il ricorso diretto in Cassazione per violazione di legge che costituisce, peraltro, corollario della già menzionata pretesa individuale ad un esercizio coercitivo statale improntato ai principi legali.

In perfetta armonia col dettato costituzionale e sovranazionale, si inseriscono i principi e le norme di legge contenuti nel libro quarto del codice di procedura penale; per quanto qui interessa, particolare attenzione è riservata al titolo primo relativamente ai presupposti applicativi delle misure cautelari personali.

Di talché, il secondo capitolo prende avvio dall'analisi, anzitutto, delle condizioni generali di applicabilità delle cautele personali con riferimento alla quantità di pena che ne consente l'applicazione e al sommario accertamento negativo circa la sussistenza di una causa di giustificazione, di non punibilità oppure di estinzione del reato o della pena. Si deve poi approfondire il discorso concentrandosi sui due presupposti indefettibili: il *fumus commissi delicti* e il *periculum libertatis*. La trattazione di questi è accompagnata da una considerazione di fondo che preme anticipare: la valutazione sull'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari costituisce un giudizio sommario di tipo probabilistico nettamente differente da quello processualmente certo che si concluderà con una sentenza definitiva.

Premesso ciò, quanto ai gravi indizi di reità richiesti dall'art. 273 cod. proc. pen., dato che questi assolvono sostanzialmente la funzione di elementi di prova nella valutazione incidentale del sub-procedimento cautelare, si procede a specificare i criteri valutativi che consentono di attribuirgli quella particolare gravità tale da legittimare l'applicazione della cautela personale. Ne consegue che il faro conduttore nella valutazione del *fumus commissi delicti* è rappresentato da canoni ermeneutici in tema di attendibilità probatoria che consentano di dimostrare, con alto grado di probabilità, l'esistenza di una fattispecie penalmente rilevante riconducibile ad un determinato soggetto. Si affronta quindi anche il tema dell'applicabilità ai gravi indizi cautelari di alcune disposizioni legislative in tema di prova.

Quanto alle esigenze cautelari richieste dall'art. 274 cod. proc. pen., la restrizione anticipata di libertà personale di un soggetto che è presunto innocente deve essere necessariamente

correlata ad un determinato pericolo di cui si intende evitare la concretizzazione; pericolo di inquinamento probatorio, pericolo di fuga oppure pericolo di recidiva o di commissione di particolari categorie di delitti. Per tale ragione si procede ad analizzare il rapporto strumentale tra l'interesse pubblico o di genuinità processuale che si intende salvaguardare e l'applicazione della cautela personale. Tale analisi è condotta tenendo a mente che il legislatore, nell'ottica di evitare indebiti abusi da parte del potere giudiziario, rivendica la necessità di un carattere concreto ed attuale del pericolo che la cautela personale da applicare è preordinata ad eludere.

Si conclude il discorso sulle esigenze cautelari esponendo un recente contributo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con cui è stato precisato che l'applicazione della cautela di cui all'art. 282 *ter* cod. proc. pen. deve essere corredata da indicazioni specifiche e puntuali al fine di scongiurare un'eccessiva (e ingiustificata) restrizione della libertà personale del sottoposto a provvedimento. Tale pronuncia riveste particolare importanza non tanto per l'apporto giurisprudenziale in termini manualistici, quanto piuttosto per l'avvaloramento di un concetto fondamentale, che costituisce oggetto di fondo anche del presente elaborato, improntato alla creazione di una dinamica processuale in chiave solidaristica: il necessario contemperamento dei diversi interessi coinvolti, cioè libertà personale da una parte e interesse pubblico o di genuinità processuale dall'altra.

Anticipato ciò, come deduzione logica di quanto fin qui esposto, nel terzo capitolo si deve affrontare il tema dei criteri di scelta delle cautele personali governati dal principio di adeguatezza, proporzionalità e gradualità. La discrezionalità del Giudice deve essere esercitata dando corpo al principio del minor sacrificio necessario in modo tale da rendere effettiva la finalità solidaristica suddetta.

Dopo aver precisato cosa si intende per necessità di adeguare la misura cautelare alla natura e al grado delle esigenze da soddisfare, si ritiene interessante esporre il fenomeno del sovraffollamento carcerario dovuto ad una visione presumibilmente troppo ampia del concetto di adeguatezza medesimo che comporta, inevitabilmente, un uso eccessivo della custodia cautelare. In assoluta coerenza, si inserisce la Raccomandazione C (2022) 8987 della Commissione europea sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione; difatti l'intento è quello di provare a garantire, in uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, un risultato uniforme che tenda ad armonizzare all'interno dei confini europei le norme in materia di detenzione.

Spostando l'attenzione al profilo della proporzionalità, si procede, in primo luogo, a specificarne i contenuti e la funzione essenziale: garantire che sia applicata una cautela personale idonea a soddisfare le esigenze del caso di specie avendo l'accortezza di non farle assumere il ruolo di anticipazione di pena nei confronti di un soggetto che, poiché presunto costituzionalmente non colpevole, potrebbe perfino essere dichiarato tale non subendo pena alcuna. In aggiunta, poiché il criterio della proporzionalità impone che il provvedimento *contra libertatem* sia rapportato anche alla sanzione che è stata irrogata o che si ritiene possa essere applicata, non si può non esporre il contrasto ermeneutico sulle conseguenze di un errato giudizio pronostico in merito al *quantum* di pena detentiva legittimante la custodia cautelare.

L'ultimo criterio di scelta delle cautele personali da trattare è costituito dal principio di gradualità, a norma del quale la carcerazione cautelare può essere disposta solo se le altre misure coercitive o interdittive risultano inadeguate. Proprio in virtù della regola dell'*extrema ratio*, non ci si può esimere dall'analizzare la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare sancita dall'art. 275 c. 3 cod. proc. pen. Si esamina il tema del ruolo, in ambito cautelare, dell'affiliazione rituale all'associazione per delinquere di stampo mafioso alla luce delle evoluzioni giurisprudenziali; ci si concentra sul grave indizio della condotta di partecipazione al sodalizio criminale che è bastevole all'emissione di un'ordinanza cautelare ma non automaticamente trasponibile in sede giudiziale per fondare una pronuncia di condanna secondo il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

In perfetta coesione e logicità, si procede ad un approfondimento sulle divergenze interpretative in merito al cosiddetto tempo silente a fini cautelari: ci si interroga sulla possibilità di considerare il decorso di un apprezzabile tempo tra l'emissione della misura cautelare e i fatti contestati quale circostanza a cui attribuire la capacità di superare l'assolutezza della presunzione ex art. 275 c. 3 cod. proc. pen. summenzionata.

Concluso il panorama generale sui diritti strettamente cautelari (e detentivi) e sui presupposti applicativi delle cautele personali, segue l'esposizione di un argomento essenziale che costituisce una conseguenza lapalissiana delle garanzie costituzionali e sovranazionali fin qui esposte: il confronto tra individuo e autorità in fase cautelare, raffigurante l'oggetto del quarto capitolo.

Pertanto, si affronta in primo luogo l'istituto dell'interrogatorio di garanzia che rappresenta il primario profilo dialettico tra le parti contrapposte; nonostante tale istituto assicuri un

dialogo tra il soggetto sottoposto a misura cautelare e il potere giudiziario, non si può non considerare che si tratta di un contraddittorio differito e posticipato all'emissione della cautela. Per tale ragione si prosegue illustrando diverse teorie concernenti la possibilità di introdurre un contraddittorio anticipato almeno per le ordinanze dispositive di custodia cautelare: il fine elementare è quello di raggiungere "economie penitenziarie" che permettano al soggetto nei cui confronti si intende applicare la carcerazione preventiva, di dimostrare l'eventuale inutilità o illegittimità della misura evitando così una sosta, anche solo per il tempo concesso fino all'interrogatorio di garanzia, negli istituti penitenziari. Sempre relativamente a ciò, si analizzano in primo luogo gli artt. 64 e 65 cod. proc. pen., finalizzati a tutelare la libertà fisica e morale del soggetto sottoposto ad interrogatorio imponendo dei limiti ben precisi al campo d'azione dell'autorità. In secondo luogo, si riporta un'interessante e recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di cautela coercitiva disposta dal Tribunale della Libertà a seguito dell'appello del pubblico ministero avverso il provvedimento di rigetto disposto dal Giudice per le indagini preliminari; la questione discussa è la superfluità dell'interrogatorio di garanzia a fronte di un contraddittorio già espletato nelle forme camerali.

Si inserisce in seguito il tema dei diritti informativi del destinatario dell'ordinanza di custodia cautelare a norma dell'art. 293 cod. proc. pen. che è preordinato a garantire, sin dall'inizio dell'esecuzione della misura carceraria, l'effettivo diritto di difesa personale e tecnica. Nonostante la riforma Cartabia non abbia sostanzialmente modificato in maniera incisiva il disposto normativo in ambito cautelare, appare interessante menzionare la nuova lettera i-bis del predetto articolo che prevede il diritto di informativa, contestualmente al ricevimento dell'ordinanza che dispone la custodia cautelare, in merito alla possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa. Emerge pertanto un significativo proposito del legislatore volto a valorizzare nuovamente il confronto dialettico tra la persona e lo Stato in un'ottica strumentale non solo alla riparazione delle conseguenze del reato, ma anche alla ricostituzione dei legami verosimilmente spezzati dall'autore con la società.

Successivamente si passa all'analisi delle impugnazioni cautelari, che costituiscono un ulteriore mezzo di confronto tra individuo e autorità, sottolineando altresì il sacrificio delle cautele interdittive sottratte alla possibilità di avvalersi, al pari di quelle coercitive, dell'istituto del riesame e del ricorso in Cassazione *per saltum*.

Inoltre, al fine di bilanciare ulteriormente i diritti dell'individuo e le ragioni dell'autorità, la normativa codicistica impone dei limiti di durata delle cautele personali che devono ponderare l'interesse pubblico e i diritti di libertà.

Possiamo sostanzialmente concludere l'introduzione dell'elaborato ribadendo e precisando il filo conduttore del presente lavoro. È indubbio che la libertà personale sia inviolabile e che l'oggetto di tale libertà, in ambito processuale penale, si identifichi prevalentemente nell'idea della autodeterminazione e della sovranità fisica delle persone da assoggettamenti coattivi delle autorità statali. Tuttavia, questa concezione giusnaturalista di predominanza delle libertà individuali rispetto all'organizzazione politica e giurisdizionale deve confrontarsi con la necessità di garantire una tollerabile convivenza alla collettività.

L'ambizione di una coesistenza civile non può prescindere dall'attribuzione allo Stato della qualifica di garante primario deputato ad assicurarla; pertanto, in presenza di determinati interessi di tipo pubblicistico o di genuinità processuale, l'autorità non solo è legittimata a restringere anche un diritto fondamentale quale quello della libertà personale, ma ne ha anche il dovere. È inequivocabile che tali considerazioni siano piuttosto ovvie in presenza di un soggetto dichiarato colpevole in forza di una condanna pronunciata secondo il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Detta ovvietà non è però altrettanto scontata quando si tratta di misure cautelari personali, non solo perché il giudizio cautelare richiede una *probatio* minore di quella prevista per il giudizio cognitivo-decisorio, ma soprattutto perché la coercizione e l'interdizione cautelare sfociano in una restrizione di libertà personale nei confronti di un soggetto che è costituzionalmente presunto innocente, comportando limitazioni ai diritti di libertà di colui non è ancora stato dichiarato colpevole e non vi è certezza alcuna che lo sarà.

Di qui l'arduo e delicato fenomeno del temperamento tra la dimensione individuale e quella statale che, in ambito cautelare, risulta inevitabilmente spinoso.

## CAPITOLO 1

### LA DIMENSIONE PARTECIPATIVA DELLO STATO NEL DIRITTO ALLA LIBERTÀ PERSONALE. LA COPERTURA SOVRANAZIONALE E COSTITUZIONALE DEI PROVVEDIMENTI *CONTRA LIBERTATEM*

#### 1.1 La precondizione valoriale: la libertà personale

Per poter comprendere un concetto assai ampio quale è la libertà personale, è opportuno approfondirne i contenuti in un'ottica semantica partendo, inevitabilmente, da una breve analisi delle sue radici storiche<sup>1</sup>.

A livello nazionale, uno dei primi riconoscimenti formali di tale privilegio si colloca nel periodo del proto-costituzionalismo italiano, in particolare nel 1848, con l'adozione da parte di alcuni Stati preunitari di Carte costituzionali; tra queste merita particolare attenzione lo Statuto Albertino che, all'art. 26, assicurava la libertà individuale garantendo la sua inviolabilità per il tramite del principio di legalità. Nella sua prima accezione normativa, dunque, la libertà personale si presentava come il diritto riconosciuto in capo ad ogni cittadino di non essere arrestato «se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme che essa prescrive»<sup>2</sup>.

In virtù di tale disposizione, sebbene il Codice di Procedura Penale del 1865 prevedesse l'obbligo di convalida degli arresti, tuttavia non prevedeva che nell'ipotesi di mancata convalida all'arrestato potesse essere restituita la libertà; al contrario, stabiliva che in tale evenienza si procedesse alla raccolta di informazioni supplementari. A rafforzare ancora di più la scarsa tutela del soggetto, si ponevano, tra l'altro, alcune previsioni ancora meno garantiste: anzitutto, non era previsto alcun termine per la custodia cautelare; in secondo luogo, vi erano forti limiti alla concessione della libertà provvisoria e il meccanismo della

---

<sup>1</sup> In merito alle origini storiche della libertà personale, va ricordato che il termine "libertà" fa il suo ingresso nel panorama linguistico con un'accezione interamente politica: la libertà è l'opposto della servitù intesa in un contesto non personale bensì sociale. Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 105 ss.

<sup>2</sup> A norma dell'art. 26 dello Statuto Albertino, infatti: «La libertà individuale è *guarentita*. Niuno può essere arrestato, o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme ch'essa prescrive».

convalida, escluso nel caso di arresto di oziosi, vagabondi e mendicanti, era talmente farraginoso da non avere, di fatto, alcuna ripercussione sul piano pratico<sup>3</sup>.

Nell'ottica, dunque, di attribuire alla libertà personale un'accezione garantista sul piano politico e giuridico e per sopperire agli ampi spazi lasciati dallo Statuto, nell'ambito dell'Assemblea costituente il democristiano Dossetti presentò un ordine del giorno, teorizzando il concetto della prelazione della persona umana e dei suoi diritti fondamentali rispetto allo Stato<sup>4</sup>.

In virtù delle considerazioni appena viste, in sede di redazione di quello che sarebbe poi diventato l'attuale art. 13 Cost., si ritenne opportuno cristallizzare, in primo luogo, il diritto sancito e solo successivamente procedere con l'enunciazione dei mezzi processuali posti a sua garanzia. Si ebbe pertanto una svolta sistematica, finalizzata a far prevalere la dichiarazione generale dell'inviolabilità della libertà personale rispetto alle norme pratiche poste a sua tutela, che culminò definitivamente nel testo vigente dell'art. 13 Cost., al cui primo comma viene stabilito espressamente che «la libertà personale è inviolabile».

La Carta costituzionale rappresenta, dunque, il frutto più autentico di una concezione prettamente giusnaturalistica dei diritti di libertà poiché, come affermato in dottrina, «non pretende di creare geneticamente i diritti di libertà attribuendone la relativa titolarità con un atto di imperio, ma si limita a dichiararne l'esistenza e la speciale rilevanza sul piano costituzionale»<sup>5</sup>, connotandola di supremazia ed indefettibilità, caratteristiche tali da renderla inevitabilmente presupposto dei diritti fondamentali.

La locuzione “*libertà personale*” in sé invoca un concetto molto vasto idoneo a ricomprendere tutte le libertà negative, intese come pretese di astensione da parte dello Stato e come diritto all'autodeterminazione. Nella dinamica processuale penale, l'oggetto di tale libertà coincide principalmente con il diritto a far sì che siano salvaguardate l'autonomia e l'indipendenza individuali da abusi arbitrari delle autorità. Sostanzialmente si tratta della pretesa a non subire coercizioni, restrizioni fisiche e arresti, in modo tale da permettere all'individuo di esercitare pienamente tutti quei diritti che l'ordinamento giuridico riconosce come preesistenti al potere statale. Difatti, se si tiene mente alla formulazione testuale dell'art. 13 Cost. che sancisce l'inviolabilità della libertà personale, non si può non

---

<sup>3</sup> P. CARRETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002, p. 31.

<sup>4</sup> Ordine del giorno presentato da Giuseppe Dossetti nella Sottocommissione per la Costituzione competente in materia di diritti e doveri dei cittadini il 9 settembre del 1946.

<sup>5</sup> P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2006, p. 112.

considerare come tale concetto sia inteso in termini restrittivi facendo sostanzialmente riferimento alla nozione di *habeas corpus*<sup>6</sup> e, quindi, intendendo la libertà personale come una libertà prevalentemente fisica<sup>7</sup>. In questo modo il concetto di libertà personale sancito dall'art. 13 Cost. è inteso come pretesa, ribadita anche dalla Corte Costituzionale, di non subire illegittimamente alcuna “*potestà coercitiva personale*”, che gravi sui singoli, indipendentemente dal loro previo consenso o dalla loro spontanea collaborazione<sup>8</sup>.

I commi successivi al primo, nel disciplinare le modalità con cui la libertà personale può essere ristretta e i casi che giustificano tale limitazione, non sembrano lasciar dubbi in merito a tale impostazione *strictu sensu* orientata ad una concezione di libertà personale quale protezione della disponibilità del proprio essere fisico da coercizioni pubbliche materiali. Difatti, un approccio diverso e maggiormente inclusivo sarebbe difforme dal testo costituzionale non potendo esimersi dall'appurare che è la Costituzione stessa a “frazionare” le diverse libertà, collocandole espressamente e distintamente rispetto alla libertà personale. Per fare un esempio pratico di quanto detto, basti pensare che altre libertà come la libertà di domicilio o di corrispondenza sono trattate specificamente in altre disposizioni successive all'art. 13 citato.

Per quanto tale impostazione appaia come la più coerente con il dettato della Carta fondamentale, non si può non considerare come il comma secondo dell'art. 13 Cost., dopo aver affermato che non è ammessa alcuna forma di detenzione, ispezione o perquisizione se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, sancisce espressamente che tale divieto opera anche nei confronti di “*qualsiasi altra restrizione della libertà personale*”.

Dunque, sembrerebbe emergere una clausola aperta che consente di assoggettare alla riserva di legge e di giurisdizione anche altre restrizioni non espressamente predeterminate di libertà personale. Per tale ragione, accanto all'impostazione restrittiva imperniata sulla nozione di

---

<sup>6</sup> Il termine “*habeas corpus*” letteralmente significa “abbi il [tuo] corpo” ed è stato consacrato definitivamente nella tradizione giuridica di *common law* inglese con l'*Habeas Corpus Act* del 1679. Il termine, ampiamente considerato, significa “ti sia ridata la libertà fisica”, con tale facendo riferimento ad un atto di diritto inglese, esistente già nel XII secolo, con cui l'autorità giudiziaria competente ingiungeva a chi deteneva un prigioniero di dichiarare il giorno e la causa dell'arresto. Attualmente il principio in questione sancisce l'inviolabilità della libertà personale attraverso un sistema di garanzie che prevedono, in primo luogo, che l'imputato debba conoscere la causa del suo arresto e, in secondo luogo, che debba essere tradotto davanti all'autorità competente affinché questa possa decidere della sua eventuale scarcerazione.

<sup>7</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, pp.169 ss. Secondo l'Autore, l'art. 13 Cost. garantisce «la persona fisica contro le situazioni temporanee o durature di assoggettamento all'altrui volere conseguenti ad una situazione di coazione fisica».

<sup>8</sup> Corte cost., sentenza n. 11/1956.



*habeas corpus*, si sono delineati altri orientamenti aventi come minimo comun denominatore l'inclinazione a considerare il contesto costituzionale in una prospettiva onnicomprensiva correlando la libertà personale anche allo sviluppo della personalità e, più in generale, alla dignità<sup>9</sup>. In quest'ottica, la libertà individuale non si atteggia unicamente come pretesa a non subire coercizioni ma anche, e soprattutto, come base dei diritti di personalità.

All'interno della giurisprudenza costituzionale, accanto alla posizione maggioritaria che considera indiscutibilmente la libertà personale in termini restrittivi, se ne colloca una sicuramente minoritaria ma più flessibile. In particolare, i sostenitori di quest'ultimo orientamento più espansivo, sono favorevoli ad un'interpretazione *lato sensu* dell'art. 13 Cost., considerandolo come articolo preordinato ad includere nella libertà personale anche la libertà morale qualora limitazioni di essa determinino una degradazione giuridica della persona e un suo assoggettamento totale all'altrui potere<sup>10</sup>. È contemporaneamente opportuno specificare che anche la teoria maggiormente aperta ad una concezione di libertà personale più ampia, pone comunque dei limiti ad un'eccessiva interpretazione del concetto in questione; difatti è il medesimo Giudice delle leggi ad aver precisato che non tutte le limitazioni della libertà personale rientrano nel perimetro protettivo dell'art. 13 Cost.<sup>11</sup>

Ciò brevemente premesso, e appurato che la teoria prevalente e più coerente è quella incentrata su un'interpretazione della libertà personale quale pretesa a non subire coercizioni *sine legale iudicio*, si deve passare alla disamina di cosa effettivamente si intende per libertà personale nel contesto detentivo e cautelare, stante il silenzio della Carta costituzionale al riguardo.

La prima considerazione da cui partire per affrontare l'argomento è che il diritto penale costituisce il terreno classico delle restrizioni della libertà personale<sup>12</sup> ma ciò non consente automaticamente alla disciplina processuale del diritto in questione di comportare una *capitis*

---

<sup>9</sup> F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 12. L'Autore ritiene che nell'ambito del concetto di "libertà personale" possano essere ricomprese altre libertà, come «la libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità».

<sup>10</sup> Corte cost., sentenza n. 11/1956.

<sup>11</sup> La questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 30 del 1962 in merito alla legittimità dei rilievi segnaletici contemplati dall'art. 4 Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, finalizzati all'identificazione di un soggetto. A tal proposito la Consulta ha escluso che la disciplina garantista imperniata sulla riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. si applichi anche alle limitazioni di libertà di lieve entità. In particolare, il giudice delle leggi, distinguendo nettamente i rilievi segnaletici esterni (ad esempio le impronte digitali o le fotografie) dai contrapposti rilievi segnaletici interni (ad esempio i prelievi ematici), ha estromesso i primi, qualificandoli come limitazioni di libertà di lieve entità, dalla normativa della doppia riserva legale summenzionata.

<sup>12</sup> G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, p. 445.

*deminutio* del destinatario del provvedimento *de libertate*: i diritti inviolabili dell'uomo esistono e persistono anche in capo al soggetto che si trova in una situazione di minorata libertà personale. L'art. 2 della legge delega per il codice di procedura penale, d'altro canto, ha espressamente previsto che il sistema processuale penale debba conformarsi ai principi della Costituzione e delle Carte internazionali dei diritti. Per tale ragione, l'esecuzione di qualsiasi forma di restrizione della libertà individuale deve essere condotta in perfetta coincidenza con il dettato codicistico e tenendo a mente le garanzie costituzionali e sovranazionali poste a sua tutela, come vedremo più approfonditamente nel prosieguo della trattazione. Per ora ci si concentra sul profilo semantico della libertà personale tentando di delinearne il contenuto in tutte quelle occasioni in cui vi si stabiliscono dei limiti.

Qualora la limitazione di libertà consegua ad una sentenza di condanna a pena detentiva oppure all'applicazione di una misura cautelare coercitiva custodiale, ne consegue che la libertà che rileva è quella tradizionalmente accostata al concetto più volte menzionato di *habeas corpus*. Difatti è compromessa la libertà prettamente fisica di un soggetto che è ristretto in un istituto di pena o presso il proprio domicilio. Indipendentemente da dove la pena o la cautela custodiale siano eseguite, la finalità è comunque la medesima: imporre la permanenza obbligatoria dell'interessato all'interno di un predeterminato luogo che, a seconda dei casi, può assumere il nome generale ed esemplificativo di domicilio<sup>13</sup> o di carcere.

Va da sé che la libertà personale risulta senz'altro maggiormente compressa se la pena è scontata all'interno del contesto carcerario rispetto a quello di natura domiciliare, atteso che, anzitutto, l'interessato non è esposto all'impattante regime caratterizzante gli istituti penitenziari. In secondo luogo, se si considera che la normativa di cui agli articoli 284 cod. proc. pen. e 47 ord. penit. consente rispettivamente di poter eseguire la cautela custodiale o la pena detentiva anche direttamente presso la propria abitazione, ne consegue che in tale

---

<sup>13</sup> Precisamente, l'art. 284 cod. proc. pen. comprende nella nozione di domicilio per gli arresti domiciliari: l'abitazione o altro luogo di privata dimora, un luogo pubblico di cura o di assistenza o una casa famiglia protetta. L'art. 47 ord. penit. include nel concetto di domicilio per l'espiazione della pena in detenzione domiciliare: l'abitazione o altro luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza.

circostanza non vi è una totale eliminazione della quotidianità, quantomeno in un'ottica domestica e familiare<sup>14</sup>.

Le pene detentive e le cautele custodiali, pur rappresentando indubbiamente le evenienze più ostili in tema di libertà personale, non esauriscono tuttavia le innumerevoli ipotesi in cui questa può essere compromessa. Nonostante ciò, al fine di evitare di un'analisi comparativa che sconfini l'oggetto del presente elaborato, ci si astiene dall'effettuare una trattazione dettagliata di istituti quali le misure di sicurezza, le misure di prevenzione e le pene accessorie, incentrando preferibilmente il discorso sulle altre tipologie di cautele personali restrittive, anch'esse, dell'autonomia individuale.

A fianco delle misure cautelari custodiali, all'interno del profilo coercitivo, si collocano quelle obbligatorie<sup>15</sup> che vincolano il soggetto al rispetto di determinati obblighi. In particolare, impongono limitazioni non tanto alla libertà personale in un'accezione prettamente fisica, quanto, invece, alla libertà personale intesa come "libertà di movimento". A titolo esemplificativo, il divieto di espatrio di cui all'art. 281 cod. proc. pen. nega indubbiamente il «diritto fondamentale di abitare la Terra-casa comune di tutti i membri della famiglia umana»<sup>16</sup>, come peraltro sancito dal secondo comma dell'art. 16 Cost. Il provvedimento di cui all'art. 282 *ter* cod. proc. pen., nel prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla predetta persona, rappresenta certamente un limite notevole alla libertà di movimento dell'interessato. Se poi si tiene presente che le medesime prescrizioni possono essere disposte anche in riferimento ai luoghi abitualmente frequentati dai prossimi congiunti della persona offesa o da persone con questa conviventi o comunque legate da una relazione affettiva, ne consegue che la cautela obbligatoria in questione può assumere un carattere restrittivo piuttosto ragguardevole.

---

<sup>14</sup> Infatti, non si può non tenere conto di una questione fondamentale e tristemente nota: al 31 dicembre 2022, la popolazione carceraria era costituita da 56.196 detenuti, di cui 25.972 genitori. Considerando approssimativamente il numero di genitori detenuti e il numero medio di figli, si può stimare che a tale data fossero circa 60.000 i figli coinvolti in una situazione di detenzione genitoriale. Posto che la Costituzione riserva alla famiglia una particolare tutela (a titolo esemplificativo si può citare l'art. 31 Cost. che attribuisce alla Repubblica il compito di proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù favorendo gli istituti necessari a tale scopo), le disposizioni in tema di arresti domiciliari e detenzione domiciliare, anche non essendo espressamente preordinate a tale scopo, di fatto incidono in maniera meno invasiva sulla sfera affettivo-familiare del ristretto rispetto alla normativa che governa l'ambito carcerario.

<sup>15</sup> Le misure cautelari obbligatorie sono: il divieto di espatrio *ex art.* 281 cod. proc. pen., l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria *ex art.* 282 cod. proc. pen., l'allontanamento dalla casa familiare *ex art.* 282 *bis* cod. proc. pen., il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa *ex art.* 282 *ter* cod. proc. pen., il divieto e l'obbligo di dimora *ex art.* 283 cod. proc. pen.

<sup>16</sup> A. PAPISCA, *Art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti umani. Commentata da Antonio Papisca*.

In una prospettiva squisitamente ontologica della persona umana, la libertà personale non costituisce semplicemente la pretesa a non subire coercizioni fisiche che attingono ad una libertà prettamente corporea e di movimento, ma anche un impareggiabile mezzo di autorealizzazione e autodeterminazione personale. È questo il motivo per il quale si conclude la trattazione del concetto in questione affrontando il tema delle cautele interdittive<sup>17</sup> che, al contrario di quelle coercitive, lasciano libero “fisicamente” il destinatario del provvedimento ma lo intaccano, senz’altro, “moralmente”. Difatti l’interdizione cautelare ha come effetto principale quello di incidere temporaneamente ed *ante iudicium* sulle facoltà e sui diritti connessi ad uno *status* o ad una professione. A tal proposito, è necessario effettuare una considerazione di fondo: lo scopo interdittivo perseguito in termini cautelari dalle misure in questione, è il medesimo perseguito da altre tipologie di provvedimenti che non si inseriscono, però, nel panorama cautelare bensì in quello sanzionatorio. Si tratta delle pene accessorie di corrispondente contenuto di cui agli articoli 28, 30, 32 *bis*, 34, 35, 35 *bis* cod. pen.

Nonostante tale simmetria sostanziale, occorre precisare che le cautele interdittive garantiscono semplicemente finalità istruttorie e preventive non potendo assumere la valenza sanzionatoria tipica delle predette pene accessorie; pertanto sembrerebbe che non possano aggredire attribuzioni soggettive quali, ad esempio, titoli, dignità o decorazioni perché la loro cessazione assumerebbe la natura afflittiva tipica della sanzione penale e, quindi, un significato del tutto estraneo alla sfera funzionale delle misure cautelari<sup>18</sup>.

Infatti, se in fase cautelare il fenomeno interdittivo ha la finalità di soddisfare una delle esigenze di cui all’art. 274 cod. proc. pen., in quella sanzionatoria ed esecutiva il fine ultimo è quello di punire l’autore di una condotta antiggiuridica.

Ne consegue che, nel bilanciamento degli interessi dello Stato con quelli dell’individuo, a norma dell’art. 662 c. 2 cod. proc. pen., nella durata delle pene accessorie temporanee applicate dal giudice penale deve essere computata la misura interdittiva di contenuto corrispondente. Sempre nell’ottica di contemperare le ragioni dell’autorità con i diritti di libertà del destinatario della cautela, i provvedimenti di cui agli artt. 288, 289 e 280 cod. proc. pen., consentono al Giudice di limitare anche solo in parte, e non obbligatoriamente in

---

<sup>17</sup> Le cautele interdittive sono: la sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale ex art. 288 cod. proc. pen., la sospensione dall’esercizio di un pubblico ufficio o servizio ex art. 289 cod. proc. pen., il divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione ex art. 289-bis cod. proc. pen., il divieto temporaneo di esercitare alcune attività professionali o imprenditoriali ex art. 290 cod. proc. pen.

<sup>18</sup> F. PERONI, *Misure interdittive*, in *Enciclopedia del diritto*, IV Agg., Milano, 2000, p. 740.

tutto, lo *status* o la professione del soggetto interessato al fine, appunto, di non ledere in maniera drastica, rispettivamente, la stabilità del nucleo familiare o l'esercizio personale del pubblico ufficio, servizio, attività professionale o imprenditoriale. Il provvedimento di cui all'art. 289 *bis* cod. proc. pen., pur ponendo il divieto tassativo di contrattare con la pubblica amministrazione, contempla quale eccezione i contratti relativi alle erogazioni di pubblici servizi, con tali intendendosi quelli prestati per il soddisfacimento di bisogni collettivi. Va, tuttavia, precisato che permane comunque la possibilità per il Giudice di imporre dette limitazioni in maniera totale, con la conseguenza che anche le cautele interdittive, per quanto indubbiamente non restrittive di una libertà personale intesa in termini fisici, rappresentano comunque degli ostacoli di rilievo alla libertà personale intesa in termini familiari o lavorativi.

In definitiva, si possono trarre due conclusioni. La prima è che la libertà personale di cui all'art. 13 Cost. è da intendersi sostanzialmente quale libertà dagli arresti, pur essendoci autorevole giurisprudenza costituzionale che propende per una interpretazione maggiormente espansiva ed inclusiva di accezioni morali. Di talché, se si tiene a mente che le misure cautelari personali, pur costituendo un *unicum*, si distinguono espressamente in coercitive ed interdittive, ne deriva, in secondo luogo, che queste sono preordinate alla tutela di beni diversi e quindi a limitazioni di diversi "tipi" di libertà.

Pertanto, non ci si può esimere dall'appurare che le tipologie di libertà personale *lato sensu* non perfettamente rientranti nel concetto di *habeas corpus* (quali la capacità giuridica individuale connessa ad uno *status* o ad una professione) sono sottratte a tutte quelle garanzie costituzionali e codicistiche che ne consentono una maggiore tutela. Difatti per le cautele interdittive non è ammesso né il ricorso *per saltum* in Cassazione, né l'istituto del riesame. Di ciò si tratterà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione.

## 1.2 Lo Stato costituzionale di diritto. La parte “organizzativa” e la parte “ordinativa” della Costituzione

Lo Stato costituzionale di diritto rappresenta l’evoluzione dello Stato di diritto così come individuato originariamente nella Repubblica di Weimar (dallo *Staatsrecht* al *Verfassungsrecht*; dallo stato alla Costituzione)<sup>19</sup> o, come affermato da Rodotà, il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale dei diritti<sup>20</sup>. In particolare, per Stato costituzionale si intende la sottoposizione delle autorità statali al rispetto delle norme di diritto costituzionali, implicando conseguentemente un agire demaniale vincolato e condizionato alla legislazione suprema vigente. Nei paesi riconosciuti come Stati costituzionali di diritto – o, *constitutional rule of law* –, invero, alla sommità dell’ordinamento giuridico si trova una Costituzione scritta, rigida, garantita e lunga, nella quale sono incorporati diritti, principi e sovente dei veri e propri contenuti morali. Di conseguenza, la norma positiva è in una posizione di subordine rispetto ad un diritto di livello superiore, determinato dai contenuti dispositivi della Costituzione, con il quale deve sempre essere misurata sotto il controllo di una Corte a ciò preposta.<sup>21</sup>

Difatti la Costituzione esprime oggi un insieme di ideali che non si fondano più sulla convinzione di una sovranità statale limitante, bensì su quella dell’esistenza di una convivenza pacifica di due sfere distinte: quella individuale e quella statale, la cui interazione richiede necessariamente l’attivazione di meccanismi atti a proteggere i diversi interessi coinvolti. Va da sé che la protezione dei diversi valori implicati non può essere lasciata allo spontaneismo della popolazione sociale, soprattutto per quanto interessa la libertà personale, richiedendo al contrario di essere organizzata attraverso l’azione dei poteri pubblici. In altre parole, il compito dello Stato è quello di svolgere un ruolo attivo e simultaneo di protezione e promozione dei diritti fondamentali. Le norme costituzionali, d’altro canto, altro non sono se non dei principi, la cui applicazione pratica richiede un’attività di concretizzazione e, conseguentemente, di traduzione in regole.

---

<sup>19</sup> P. RIDOLA, *Dallo stato di diritto allo stato costituzionale*, in AA.VV., *Dialoghi con Guido Alpa*, Roma, 2018, 459 ss.

<sup>20</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006.

<sup>21</sup> G. COGLIANDRO, *Rule of Law*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Torino, 2015, pp. 463 ss.

Di qui la riflessione del politico, giurista ed avvocato italiano Piero Calamandrei relativamente alla parte “organizzativa” e alla parte “ordinativa” della Costituzione<sup>22</sup> ; la parte “organizzativa” identifica gli obiettivi cui è finalizzato l’apparato pubblico e la parte “ordinativa” è preordinata a definire le metodologie per raggiungere tali fini. Infatti la semplice enunciazione dei diritti fondamentali nella parte “organizzativa”, sebbene cristallizzata nella legge suprema dell’ordinamento, non è di per sé idonea ad una loro concreta tutela, necessitando piuttosto la predisposizione di assetti procedurali che rendano concretamente possibile l’esercizio dei diritti; questa è la parte “ordinativa”, che richiede l’intervento dello Stato quale apparato addetto non solo a proteggere siffatti privilegi ma anche, e soprattutto, a renderli effettivi.

Coerentemente a tali convinzioni, si inserisce il brocardo *ubi remedium ubi ius*, su cui si fonda anche il *writ* del sistema di common law inglese; un diritto soggettivo può dirsi esistente solo se esiste un *writ* che lo renda azionabile (“*remedies precede rights*”). Anche la dottrina tedesca ha contribuito in tal senso elaborando la teoria dell’obbligo di protezione dei diritti fondamentali, la cosiddetta “*Grundrechtliche Schutzpflichten*”, che considera da un lato lo Stato come l’entità che deve essere limitata per garantire i diritti ma, al contempo, lo qualifica anche come il soggetto che deve agire per proteggerli. Inoltre, sempre di origine germanica, è la teoria del giurista Georg Jellinek, che individua quattro *status*: *passivus* (che esprime la soggezione degli individui rispetto al potere statale), *negativus* (che corrisponde alla pretesa di godere di libertà svincolate da interferenze esterne), *positivus* (relativamente alle prestazioni pubbliche) e *activus* (espressione della partecipazione alla formazione della volontà statale).<sup>23</sup> Conseguentemente, aderendo alla tesi di Hobbes per cui l’uomo è come un lupo per l’altro uomo, la mediazione dello Stato è imprescindibile per una società civile; tale mediazione trova il più alto riconoscimento in termini astratti nella parte “organizzativa” della Costituzione ma deve successivamente essere tradotta in termini concreti nella parte “ordinativa” della Costituzione.

L’art. 3 Cost. può essere considerato il disposto normativo che meglio esprime il carattere programmatico ambito da Calamandrei della carta costituzionale e, conseguentemente, il binomio norme precettive – norme programmatiche. Il comma 1 dell’art. 3 Cost. è

---

<sup>22</sup> P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in AA. VV., *Dieci anni dopo. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, 1955, 246 ss.

<sup>23</sup> A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in “Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale”, 2016, p. 6.

immediatamente vincolante nell'affermare che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali; rappresenta, pertanto, una norma precettiva. Il comma 2 dell'art. 3 Cost. è invece una norma programmatica in considerazione del fatto che affida alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impedendone il pieno sviluppo e l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

A tal proposito, l'art. 3 c.2 Cost. pare essere stato d'ispirazione per la proposta n. 2954 del 16 marzo 2021<sup>24</sup>, con la quale è stato formulato uno schema di legge costituzionale di modifica dell'art. 101 Cost. finalizzato, per il tramite di una nuova norma programmatica, ad attribuire anch'esso alla Repubblica il compito di tutelare la sicurezza dei cittadini. Si prospetta la possibilità di teorizzare a livello costituzionale un diritto dei cittadini alla sicurezza da intendersi *lato sensu*, come «situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza»<sup>25</sup>. Sebbene tale proposta sia stata formulata in ragione dell'offensiva terroristica islamista, il fine dei proponenti è quello di assicurare in concreto il sereno svolgimento della vita di una comunità, indicando lo Stato quale organizzazione deputata a garantire tale sicurezza «attraverso un'attività (appunto di pubblica sicurezza) volta ad impedire il compimento di atti contrastanti con l'ordinamento giuridico, ovvero in grado di infrangere l'ordinata e pacifica convivenza sociale»<sup>26</sup>. Si potrebbe, quindi, considerare la sicurezza come valore costituzionale tale da legittimare, al pari di altri valori, anch'essa un limite all'esercizio di talune libertà fondamentali in contemperamento con specifici interessi pubblici; il fine sembrerebbe essere quello di raggiungere un ambiente idoneo alla fruizione delle libertà costituzionali (tra cui quella personale) anche rispetto alla sicurezza sociale.<sup>27</sup> Da quanto sin qui esposto emerge che l'ingerenza statale rappresenta l'impareggiabile mezzo per rendere effettivi i diritti sanciti dalla Costituzione e si atteggia, al contempo, anche come contrappeso all'esercizio di libertà e facoltà che sarebbero altrimenti smisurate e plausibilmente lesive di altri valori.

---

<sup>24</sup> Proposta di legge costituzionale n. 2954 del 16 marzo 2021 con la quale i proponenti, al primo comma dell'art. 101 Cost., vorrebbero premettere il seguente: “*La Repubblica tutela la sicurezza dei cittadini*”.

<sup>25</sup> Corte cost., sentenza n.2 del 23 giugno del 1956.

<sup>26</sup> Proposta di legge costituzionale citata.

<sup>27</sup> Cfr. G. TROMBETTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti? Brevi riflessioni intorno a una recente proposta di legge costituzionale*, in “Forum di Quaderni Costituzionali”, 4, 2021, p. 159 ss.



### 1.3 Il fenomeno dello *scope and stringency* (anche) per la libertà personale

La presenza di un ampio catalogo di diritti fondamentali riconosciuti dal costituzionalismo contemporaneo comporta necessariamente una limitazione ai diritti stessi dovuta al fenomeno dello *scope and stringency*; l'estensione di un diritto (*scope*) genera automaticamente la diminuzione della sua forza (*stringency*) perché quanto più aumenta l'ambito applicativo di un diritto quanto più prolifereranno ipotesi di conflittualità tra tale diritto e altri principi costituzionalmente garantiti.<sup>28</sup> Se si considera poi che il grande repertorio costituzionale comprende diritti formulati in termini ampi e indefiniti e il cui campo di applicazione è potenzialmente assai vasto e indeterminato, tale fenomeno rappresenta un'assoluta conseguenza lapalissiana. I diritti fondamentali inevitabilmente tendono a sovrapporsi e ad entrare in conflitto tra loro; se alla luce di un principio/diritto una determinata condotta può essere permessa, alla luce di un altro principio/diritto quella medesima condotta potrebbe essere vietata. Pertanto, vi è la necessità di bilanciare, ove necessario, i diritti fondamentali; ciò significa far prevalere uno dei diritti in conflitto avendo l'accortezza non solo di non abrogare tacitamente gli altri ma anche di apportare il minor sacrificio possibile al diritto "accantonato". Sostanzialmente si tratta di trovare una soluzione che assicuri comunque il rispetto anche per il diritto parzialmente sacrificato. D'altro canto, come ribadito dalla Corte costituzionale, la «Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi»<sup>29</sup>.

Interessante, a tal proposito, è la filosofia del Prof. Roberto Bin, secondo il quale ogni progresso nella tutela di un diritto ha un suo contrappeso, con tale intendendosi che ogni passo avanti nella protezione di un diritto provoca inevitabilmente la regressione della tutela di un altro.<sup>30</sup> Per tale ragione, è evidente che ogni limitazione di un diritto può essere ritenuta valida solo ed esclusivamente se giustificata dall'espansione del diritto concorrente a quello limitato. Bin quindi propone, per illustrare come funziona il bilanciamento dei diritti nella giurisprudenza costituzionale, l'immagine dei diritti come ombrelli e non come pentole; erroneamente si è indotti all'identificazione del diritto come "una cosa" e quindi si ragiona

---

<sup>28</sup> G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017

<sup>29</sup> Corte cost., sentenza n. 20/2017.

<sup>30</sup> R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, Relazione al Convegno Diritti dell'individuo e diritti del consumatore, Milano, 14 dicembre 2017. L'autore qualifica i diritti come a "somma zero", intendendo che premiare un diritto come maggiormente importante significa sacrificarne automaticamente un altro.

nella logica dentro/fuori (un certo bene entra o meno nella protezione di un diritto). Al contrario, invece, è opportuno non avvicinarsi alla tutela costituzionalistica dei diritti in una prospettiva “contenitiva” (metaforicamente correlata alle pentole), quanto piuttosto in una prospettiva rappresentata da un ombrello: «l’ombrello serve a garantire la massima copertura al capo di chi lo apre [...]. La logica del bilanciamento dei diritti segue la logica dell’ombrello: ogni diritto è stato scritto in Costituzione pensando alla testa (la persona fisica che non può essere violata [...]), ma nella pratica copre anche beni attinenti all’interesse protetto ma non con la medesima intensità garantita alla testa: dipende anche da dove tira il vento, ossia da che parte premano interessi collettivi [...] o ciò che sgocciola da altri ombrelli, cioè dalla protezione di altri diritti con cui occasionalmente ci si scontra».<sup>31</sup> Sostanzialmente i diritti, essendo soggetti ad una discrezionalità interpretativa (soprattutto in sede giudiziaria), sono un limite al libero esplicarsi della politica democratica. Ciò premesso, per quanto qui interessa, il bilanciamento della libertà personale dell’imputato nel corso del procedimento con gli scopi di giustizia è coerentemente definita da Carrara come «necessaria ingiustizia»<sup>32</sup>; se da un lato è incontrovertibile che sia necessario sacrificare determinati diritti per garantire l’accertamento dei fatti ed ulteriori pericoli, dall’altro è altrettanto incontestabile l’“immoralità” (almeno in termini etici) della restrizione *ante iudicatum* di colui che è costituzionalmente presunto innocente fino a che la sua colpevolezza non sia giudizialmente accertata. Come esito vi è il generico e tormentato legame tra individuo e autorità che, nell’ambito delle cautele personali, si accentua; difatti le misure cautelari personali, pur non avendo astrattamente la finalità di anticipazione dell’esecuzione della pena, concretamente si atteggiavano in tal senso perché restringono le libertà dell’indagato/imputato che, proprio essendo tale, ancora non è stato (e non è indubbio che lo sarà) irrevocabilmente dichiarato colpevole. Però c’è al contempo da considerare che il potere di coercizione rappresenta uno strumento essenziale per il funzionamento del processo e che le cautele costituiscono, a loro volta, un elemento imprescindibile per garantire la disponibilità del giudicante rispetto allo svolgimento del processo e al risultato del medesimo.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> R. BIN, P. CHIARRELLA, *Critica alla teoria dei diritti. Conversazione con Roberto Bin*, in “Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee”, 2, 2018, p. 329.

<sup>32</sup> F. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in “Opuscoli di diritto criminale”, vol. IV, Lucca, 1874, p. 300; più precisamente l’autore si riferisce alla custodia cautelare quale “necessaria ingiustizia” scaturente dall’inevitabile conflitto tra interessi contrapposti: l’inviolabilità della libertà personale da una parte e la tutela del giusto processo e della collettività dall’altra.

<sup>33</sup> G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979, p. 30.

Come poc' anzi affermato, quindi, l'imprescindibilità di tale «necessaria ingiustizia» può trovare giustificazione se ci si pone nell'ottica del bisogno non solo di far fronte alle esigenze processuali, mediante l'applicazione di una misura cautelare, ma, soprattutto, di tutelare i diritti fondamentali, in particolare, della persona verosimilmente offesa dal reato per cui si procede o, in generale, della collettività.

Difatti il raggiungimento della meta di «libera vita civile»<sup>34</sup> non può prescindere dalla giustizia sociale, intesa non solo come eguaglianza formale e sostanziale di tutti i cittadini, ma anche come seria garanzia di tutela di tutti gli interessi che potrebbero essere messi in pericolo da una totale e assoluta indifferenza in termini cautelari del potere giudiziario dinanzi ad una notizia di reato. Ne consegue che, seppur relativamente alla sfera individuale l'intervento cautelare dello Stato possa apparire antitetico rispetto ai valori costituzionali, con riferimento alla sfera sociale e collettiva questa «intromissione» è del tutto essenziale.

«Bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»<sup>35</sup>. Difatti, se l'esercizio dei diritti di libertà fosse illimitato, i diritti fondamentali non potrebbero più essere esercitati dalla collettività perché si tradurrebbero in comportamenti caratterizzati da arbitrarietà e pertanto fruibili soltanto da quei soggetti che rivestono ruoli di maggior forza. Conseguentemente, per evitare che l'esercizio di un diritto confligga con altri di pari rilievo, la dimensione liberal-individuale deve in qualche modo armonizzarsi con quella istituzionale ed ordinamentale; in fase cautelare questa armonizzazione è assai delicata, soprattutto in tema di cautele personali a causa dell'inevitabile antinomia tra la libertà individuale e l'autorità dello Stato. La comparazione tra questi due profili deve necessariamente trovare una corretta coniugazione<sup>36</sup> finalizzata a bilanciare equamente l'interesse dell'apparato repressivo statale per la creazione e il mantenimento di una società al riparo da minacce e l'interesse del singolo individuo per la propria libertà personale. Difatti bisogna distinguere tra la libertà naturale e la libertà civile: se la prima ha come limite le sole forze dell'individuo, analoga affermazione non può essere riproposta per la seconda che è invece limitata dalla

---

<sup>34</sup> Messaggio inaugurale del Presidente della Repubblica Italiana Luigi Einaudi alle camere riunite il 12 maggio del 1948. In particolare, il Presidente ritiene che una delle funzioni principali della Costituzione sia quella di garantire una struttura sociale fondata sulla libertà della persona umana non solo contro l'onnipotenza dello Stato ma anche contro la prepotenza privata.

<sup>35</sup> Corte cost., sentenza n. 1 del 5 giugno 1956.

<sup>36</sup> A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in "Trattato di procedura penale", (a cura di) A. Scalfati, diretto da G. Spangher, Prove e Misure cautelari, Vol. 2, parte II, Torino, 2008, p. 6

volontà generale<sup>37</sup>. Nella rete dei rapporti sociali formata dai diversi interessi dei consociati, individuando come meta il raggiungimento del bene comune, qualsiasi libertà deve essere correlata con legittime e ponderate limitazioni perché, tendenzialmente, l'individuo che gode di un potere o di un diritto è portato ad abusarne. Per tale ragione, all'interno di un ordinamento democratico che pone a fondamento della propria essenza l'eguaglianza di tutti gli individui, al fine di evitare abusi delle libertà che siano lesivi degli interessi contrapposti, è necessario che il potere argini il potere<sup>38</sup>. Ovviamente la libertà personale che "merita" di essere arginata e contenuta è solo ed esclusivamente quella che si traduce in un "atto sociale", cioè quella il cui esercizio interferisce con le sfere giuridiche ed individuali degli altri consociati; in caso contrario, la limitazione alla libertà personale si tradurrebbe in un irragionevole arbitrio statale.

In perfetta armonia con questa prospettiva solidaristica, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 168/1971, ha precisato che esiste un limite a tutte le libertà rappresentato dall'ordine pubblico in termini materiali, inteso come l'insieme delle condizioni che, complessivamente considerate, sono idonee ad assicurare la sicurezza morale e materiale della comunità democratica. «La garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo diventerebbe illusoria per tutti, se ciascuno potesse esercitarli fuori dell'ambito delle leggi, della civile regolamentazione, del ragionevole costume».<sup>39</sup> Tuttavia, la regola da seguire perché tali limiti siano ammissibili è quella della «necessarietà e ragionevolezza della limitazione»<sup>40</sup>. Pertanto, il Giudice delle leggi ritiene assoluta la necessità di contemperare (anche) i diritti fondamentali con le esigenze di una sopportabile coesistenza sociale, considerando tale contemperamento quale *condicio sine qua non* per un effettivo godimento dei diritti inviolabili dell'uomo. La Corte puntualizza anche che nessun diritto fondamentale garantito costituzionalmente può essere compromesso se l'autorità giudiziaria si attiene fedelmente all'ermeneutica imposta dalla lettera della norma, ribadendo l'imprescindibile caratteristica del provvedimento giudiziario: la conformità ai principi legali<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Bologna, 1966.

<sup>38</sup> Cfr. N. MATTEUCCI, *Antologia degli scritti politici di Montesquieu*, Bologna, 1961.

<sup>39</sup> Corte cost., sentenza n. 168/1971. La Consulta ritiene errata la tesi in virtù della quale l'ordine pubblico debba necessariamente sottostare ai diritti costituzionalmente garantiti anche qualora l'esercizio di questi ultimi possa compromettere altri beni e diritti pubblici e individuali. Difatti afferma, per contro, che una simile impostazione non sarebbe coerente con lo spirito della Costituzione e ne sovvertirebbe i fini.

<sup>40</sup> Corte cost., sentenza n. 141/1996.

<sup>41</sup> Corte cost., sentenza n. 168/1971 cit.

L'assoluta esigenza di bilanciare la dimensione individuale e quella statale, anche relativamente al tema delle cautele personali, è assolta in sede legislativa attribuendo il ruolo da protagonista alla giurisdizione costituzionale e sovranazionale, e di co-protagonista a quella ordinaria. In definitiva, appurato l'inevitabile bilanciamento dei diversi interessi coinvolti e ribadita la necessità di una ponderata intersecazione tra individuo e autorità, come contrappeso al potere giudiziario sono previste una serie di garanzie atte a prevenirne utilizzi arbitrari. La carta costituzionale, legge suprema del nostro Paese e gerarchicamente sovraordinata, e le normative sovranazionali di cui merita particolare attenzione la CEDU, si esprimono nel merito dettando le basi a cui l'ordinamento codicistico e la prassi applicativa devono obbligatoriamente uniformarsi.

#### 1.4 I diritti cautelari nel panorama costituzionale e sovranazionale

Se si pone mente allo scenario costituzionale e sovranazionale nel quale si colloca la disciplina della libertà personale, emerge un contesto normativo del tutto scarno in una prospettiva semantica. Difatti gli articoli maggiormente rilevanti ed espressamente dedicati alla libertà personale, ovverosia l'art. 13 Cost. e l'art. 5 CEDU, si limitano meramente ad affermarne l'inviolabilità e il diritto in capo ad ogni individuo, prescindendo da una descrizione nel merito del concetto in questione che è invece caratterizzato da confini ampi e non del tutto concordemente definiti. Per tale ragione, se si considera che la legislazione di riferimento è costruita essenzialmente sulla base di quelli che sono i poteri legittimati a limitare la libertà personale, i modi con cui tale limitazione può essere praticata nonché i casi che la possono giustificare, ne consegue che detto valore fondamentale si inserisce in un panorama normativo dedicato principalmente alla sfera di esercizio della giurisdizione penale, in linea con il significato consegnatoci dalla tradizione storica secondo cui il concetto di libertà personale deve tradursi in «libertà dagli arresti»<sup>42</sup>.

Sulla base di ciò e di quanto detto poc'anzi in merito ad una concezione di libertà personale imperniata sulla nozione di *habeas corpus*, sembrerebbe dunque che l'intento del legislatore costituzionale e di quello sovranazionale sia stato quello di organizzare la materia *de libertate* non tanto in un'ottica ontologica quanto piuttosto in una prospettiva finalizzata a tracciare i confini che lo Stato non può assolutamente valicare e quelli che, seppur valicabili, lo sono solo al ricorrere di determinate ed indefettibili circostanze. Sostanzialmente l'attenzione è posta non sul diritto di libertà in sé, bensì sui rigorosi divieti indirizzati ai pubblici poteri. Proprio in virtù di dette considerazioni, nonostante la poca dedizione degli autori legislativi al profilo semantico della libertà personale, analoga censura non può essere mossa in merito alle garanzie poste a sua tutela. La carta costituzionale e la CEDU enucleano una serie di principi che governano l'azione statale delineando un contorno unitario e protettivo della libertà personale in funzione difensiva della persona umana e della sua dignità.

---

<sup>42</sup> P. CARRETTI, voce *Libertà personale*, in "Digesto delle discipline pubblicistiche", Torino, 1994, vol. IX, pp. 231 ss.

1.4.1. Il diritto alla libertà e alla sicurezza: l'inviolabilità della libertà personale. La riserva assoluta di legge e di giurisdizione

In perfetta coerenza con la *communis opinio* esposta poc'anzi che attribuisce agli artt. 13 Cost. e 5 CEDU il valore di norme squisitamente attinenti al panorama processuale penale, emerge dal dettato testuale dei suddetti articoli il «principio portante di tutto il sistema penale italiano»<sup>43</sup>: il principio di legalità, da cui derivano una serie di corollari in funzione prettamente garantista della libertà personale. Difatti, sebbene il nostro testo costituzionale e la normativa sovranazionale consentano l'intrusione dei pubblici poteri nella sfera liberal-individuale dei singoli, i medesimi testi si preoccupano al contempo di evitare invasioni arbitrarie e illegittime contemplando una serie di garanzie procedurali e sostanziali.

L'art. 13 Cost., dopo aver enunciato al primo comma che la libertà personale è inviolabile, sancisce al secondo comma che «non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge»; l'art. 5 CEDU, dopo aver affermato che ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza, stabilisce che nessuno può essere privato della libertà «se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge». Di qui i primi due sotto-principi del dogma di legalità: la riserva di giurisdizione e la riserva assoluta di legge.

Quanto alla riserva di giurisdizione, sebbene questa sia espressamente menzionata nella Carta costituzionale richiedendo testualmente un atto motivato del potere giudiziario, analoga conclusione non può essere riproposta nel contesto della CEDU all'interno del quale, per converso, detta rivendicazione è tacita e sottintesa. Difatti l'art. 5 CEDU non la prevede esplicitamente ma senz'altro la contempla implicitamente quando impiega, nell'elencazione dei casi che giustificano la restrizione di libertà personale, i termini “regolarmente” e “regolare”: un periodo di detenzione o, più in generale, di restrizione della libertà personale, «è regolare solo se si basa sul provvedimento di un tribunale»<sup>44</sup> e quindi, in generale, del potere giudiziario. Per tale ragione, anche tutti i provvedimenti *contra libertatem* adottati da autorità diversa da quella giudiziaria, devono essere convalidati da

---

<sup>43</sup> M. FERRANTE, *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in «Archivio penale», LXIV (2012), n. 2, p. 596.

<sup>44</sup> *Guida all'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, a cura della Corte europea dei diritti dell'uomo, aggiornata al 31 dicembre 2019, p.13.

questa entro un ragionevole tempo<sup>45</sup>. A tal proposito, occorre precisare che l'autorità giudiziaria legittimata ad incidere risolutivamente sulla libertà personale è la sola autorità giudicante procedente<sup>46</sup>, non anche quella requirente. Se si pone mente al contesto cautelare e all'art. 291 cod. proc. pen., ne consegue che il Pubblico Ministero ha solo il potere di chiedere l'applicazione di una misura cautelare, cristallizzando il principio del *ne procedat iudex ex officio*, non godendo quindi contestualmente anche del potere dispositivo che è invece affidato al Giudice competente. Pertanto, ogni decisione idonea a sacrificare la libertà, è riservata al solo Giudice nella sua accezione di soggetto terzo ed imparziale, garante del principio di legalità. Sostanzialmente la riserva di giurisdizione contemplata dalla Carta fondamentale si attegga quale requisito indefettibile nei confronti di tutti i provvedimenti incidenti nella sfera liberal-individuale di un soggetto, ragion per cui l'intervento giurisdizionale opera, di regola, preventivamente «eccezion fatta per il vincolo provvisorissimo delle misure precautelari, ove l'intervento giurisdizionale è assicurato dalla convalida successiva»<sup>47</sup>.

Quanto alla riserva assoluta di legge, questa è «presupposto necessario per caratterizzare sul piano formale la democrazia penale»<sup>48</sup> in quanto rappresenta una deduzione coerente dell'intangibilità della libertà personale; difatti, se si premette che la libertà personale è inviolabile, ne consegue che in uno Stato costituzionale di diritto che affonda le sue radici in principi democratici, limitazioni a detto valore possano essere imposte solo in forza di norme che siano diretta emanazione dell'organo rappresentativo del potere sovrano, cioè il Parlamento. D'altro canto, sia l'art. 13 Cost. che l'art. 5 CEDU sono palesemente chiari nell'affermare che la libertà personale possa essere sacrificata solo nei casi e nei modi previsti dalla legge. Posto ciò, nonostante l'apparente limpidezza delle norme in questione, non si può non considerare che è il solo articolo 5 CEDU ad enunciare puntualmente quelli

---

<sup>45</sup> In particolare, il comma terzo dell'art. 13 Cost., dispone che i provvedimenti provvisori per ragioni di necessità ed urgenza adottati dall'Autorità di Pubblica sicurezza, devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria che è tenuta a convalidarli nelle successive quarantotto ore pena la revoca del provvedimento in questione e la sua successiva inefficacia.

<sup>46</sup> L. BRESCIANI, *Libertà personale dell'imputato*, in Dig. Pen. Vol. VII, Torino, 1988, p. 453.

<sup>47</sup> L. GIULIANI, *La libertà personale dell'imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana*, in Editoriale del Dossier "Libertà personale dell'imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale", 2021, p. 1563.

<sup>48</sup> D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in "Riserva di legge e democrazia penale", a cura di Insolera G., Bologna, 2005, p. 121.



che sono i casi e le finalità<sup>49</sup> che consentono limitazioni alla libertà personale, palesando pertanto la regola per la quale dette restrizioni devono essere giustificate da una precisa necessità. L'art. 13 Cost., al contrario, nulla dispone in relazione a quelle che sono le ipotesi e soprattutto le finalità in ragione delle quali il sacrificio della libertà personale possa essere ritenuto legittimo; sicché tale trascuratezza è definita in dottrina «vuoto dei fini»<sup>50</sup>, atteso che l'articolo cui ci si riferisce difetta di qualunque vincolo teleologico che è invece imposto dalla Convenzione. Difatti, «ai fini della legittimità convenzionale della privazione della libertà, è necessario, in ogni caso, accertare che la detenzione sia compatibile con la disciplina pattizia e con gli scopi dell'art. 5 par. 1 CEDU»,<sup>51</sup> tra i quali rientra indubbiamente anche la necessità di adattare la legge nazionale alla legislazione convenzionale. Conseguentemente, posto che la Convenzione specifica i casi e le finalità che possono giustificare una restrizione della libertà personale, analogo requisito definitorio deve specularmente trovare spazio anche nella disciplina normativa nazionale. Per tale ragione, il «vuoto dei fini» che caratterizza l'art. 13 Cost., pur rimanendo tale a livello costituzionale, è colmato a livello ordinario dall'organo legislativo, a cui è affidato il compito esplicativo in merito agli scopi, ai motivi e alle esigenze che consentono l'adozione di provvedimenti *contra libertatem*. Il legislatore, dal canto suo, ha adempiuto in tal senso con il libro quarto del Codice di Procedura Penale, compiendo un'opera di chiarificazione e determinazione di tutti quei «casi e modi» che la Carta costituzionale si limita semplicemente ad esigere. Per giunta, al fine di corroborare il generale principio di legalità, si ribadisce la riserva di legge

---

<sup>49</sup> In particolare, a norma dell'art. 5 CEDU, i casi che giustificano restrizioni della libertà personale si riferiscono precisamente: a chi è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; a chi si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge; a chi è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso; al minore detenuto allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; alla detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; all'arresto o alla detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione.

<sup>50</sup> L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 951. Cfr. V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976. Difatti la dottrina, nell'appurare che l'art. 13 Cost. non fornisce indicazioni in merito a quelli che sono i fini che possano giustificare *ante iudicatum* la restrizione della libertà personale, ha ritenuto che detto articolo dovesse orientarsi in termini finalistici con l'art. 27 c. 2 Cost. a norma del quale l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Pertanto, secondo l'intuizione dottrinale, la lettura combinata degli artt. 13 e 27 c. 2 Cost. permetterebbe di configurare la presunzione di non colpevolezza quale direzione finalistica e regola di trattamento in ambito cautelare.

<sup>51</sup> Corte eur., 23/06/2002, Butkevicius c. Lituania.

anche in ambito codicistico *ex art. 272 cod. proc. pen.*: «le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo». Le riserve di legge e di giurisdizione non esauriscono, però, i corollari del principio di legalità; volgendo la mente al dato testuale dell'art. 13 Cost., che richiede un provvedimento motivato dell'Autorità giudiziaria, si impone in funzione garantista della libertà personale anche l'obbligo di motivazione intimato per ogni atto restrittivo della medesima. L'obbligo motivazionale è intimamente connesso in un'ottica strumentale al divieto di arbitrarietà e di eccessiva discrezionalità del Giudice; sarà esaminato, relativamente al contesto cautelare, più dettagliatamente nel prosieguo. Qui basta ricordare che, a norma dell'art. 111 comma 6 della Costituzione, «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati» e che, *ex art. 125 c. 3 cod. proc. pen.*, le ordinanze (tra le quali rientrano certamente anche quelle relative alle misure cautelari), al pari delle sentenze, devono essere motivate a pena di nullità<sup>52</sup>.

In definitiva, la libertà personale è corredata da una serie di garanzie costituzionali e convenzionali il cui fine è quello di garantire la libertà dei singoli individui imponendo un *non agere* alla sfera pubblica in tutte quelle ipotesi in cui il suo intervento non è rigorosamente ed assolutamente necessario per il soddisfacimento di interessi di natura pubblicistica o processuale<sup>53</sup>. Il diritto alla libertà personale e la sua conseguente inviolabilità, se da un lato devono atteggiarsi quale faro conduttore delle opzioni legislative e giudiziali, dall'altro devono pur sempre confrontarsi con altri diritti di pari rilievo e con esigenze di vario tipo che ne consentono limitazioni; ne consegue indubbiamente che l'inviolabilità della libertà personale costituisce «un crocevia nevralgico dell'intera rete dei rapporti tra la tematica dei diritti fondamentali della persona e la tematica del processo»<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Occorre a tal proposito specificare che, *ex art. 546 cod. proc. pen.*, la sentenza è nulla solo per assenza completa della motivazione; in ipotesi di illogicità, contraddittorietà o semplice incompletezza, il provvedimento deve essere oggetto di apposita impugnazione. Analogo discorso può essere avanzato per le ordinanze dispositive delle misure cautelari, relativamente alle quali l'art. 292 c.2 lettera b, c, *c bis* e d cod. proc. pen. impone al Giudice un preciso onere motivazionale.

<sup>53</sup> F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue dimensioni costituzionali*, in "Diritti umani. Teoria, analisi e applicazioni" a cura di S. Vida, Bologna, 2008. In particolare, l'Autore, esalta il ruolo fondamentale della carta costituzionale nell'ambito del diritto alla sicurezza e alla libertà personale, non solo rimarcando la necessità di un potere repressivo statale improntato al rispetto della riserva di legge e di giurisdizione ma considerando anche dette garanzie quali corollari più autentici del costituzionalismo liberale e dello Stato di diritto.

<sup>54</sup> M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano 1984, p. 299.

#### 1.4.2. La proibizione della tortura e il divieto di violenza fisica o morale. Le recenti pronunce della Corte EDU sul regime carcerario duro

Nell'ambito dei diritti intramurari riconosciuti a qualsiasi soggetto *in vinculis*, si inserisce indubbiamente il combinato disposto degli artt. 13 c. 4 e 27 c. 3 Cost. e dell'art. 3 CEDU, a norma dei quali non solo non è ammessa alcuna forma di violenza fisica o morale su persone sottoposte a restrizione della libertà, ma è illegittima anche la tortura e ogni pena che si traduca in un trattamento inumano e degradante. La normativa in materia, apprestandosi a predisporre opportune garanzie trattamentali a chiunque si trovi in una situazione di minorata libertà personale, rappresenta «un'evoluzione secolare [...] nel segno di una crescita della civiltà giuridica»<sup>55</sup> finalizzata a scongiurare la *capitis deminutio* dell'umanità e della dignità di ogni individuo.<sup>56</sup> Difatti, «chi si trova in uno stato di detenzione, seppur privato della maggior parte delle sue libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua libertà individuale»<sup>57</sup>; in questo “residuo”, figura indubbiamente la dignità che non è suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento con altri diritti, assurgendosi piuttosto quale bilancia medesima dell'intero costituzionalismo contemporaneo.<sup>58</sup>

Ciò premesso, nel sancire il divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti, tuttavia, né la Carta costituzionale né l'art. 3 CEDU hanno tipizzato le condotte integratrici della violazione del divieto medesimo, ragion per cui la giurisprudenza europea è, sovente, intervenuta per specificarne la portata<sup>59</sup>, sancendo costantemente come il citato art. 3 contenga uno dei valori fondamentali su cui si fondano le società democratiche. A tal riguardo, occorre precisare che la disciplina normativa in questione non si impone come un mero obbligo di *non facere* consistente nell'astenersi da azioni indignitose, bensì ha una latitudine applicativa ben più ampia tanto da abbracciare questioni che nulla hanno a che vedere con l'*agere* dell'autorità; difatti si atteggia anche come un obbligo di *facere* nella

---

<sup>55</sup> P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in “Manuale della esecuzione penitenziaria”, Bologna, 2002, p.1.

<sup>56</sup> In tal senso anche l'art. 1 ord. pen., a norma del quale «il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona».

<sup>57</sup> C. cost., sentenza n. 349/1993.

<sup>58</sup> Così G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il primo ottobre 2007.

<sup>59</sup> A titolo esemplificativo si cita Corte eur., sentenza 11/07/2006, Ja. c. Germania: «un trattamento può essere qualificato degradante ai sensi dell'art. 3 Cedu, se è di natura tale da determinare nella vittima sentimenti di paura, di angoscia, di inferiorità con lo scopo di umiliarla, di diminuirne la resistenza fisica o morale, [...]».

prospettiva di garantire l'adesione delle situazioni detentive ai principi costituzionali e sovranazionali. Si pensi, ad esempio, al fenomeno del sovraffollamento carcerario da cui deriva, conseguentemente, la *quaestio* in tema dello spazio individuale nelle celle. A tal riguardo la Corte EDU, fermamente decisa nel considerare la cella quale luogo di privata dimora<sup>60</sup>, ha stabilito che questa deve avere una superficie di almeno 3 metri quadrati per detenuto contestualmente ad uno spazio individuale per dormire e per muoversi liberamente.<sup>61</sup> Nel merito si è espressa anche la giurisprudenza nazionale di legittimità, che ha delineato le modalità di calcolo della metratura inframuraria richiesta dai Giudici alsaziani e ha chiarito il ruolo che possono rivestire i cosiddetti fattori compensativi per scongiurare una presunta violazione dell'art. 3 CEDU nell'ipotesi in cui lo spazio in cella per ciascun detenuto sia inferiore a quello precisato dalla Corte di Strasburgo.<sup>62</sup>

Coerentemente a quanto fin qui detto, se si considera che la dignità è il «punto archimedeo»<sup>63</sup> di uno Stato costituzionale, neppure il disvalore di quei delitti che consentono la sottoposizione del detenuto al regime carcerario speciale del 41 *bis* può legittimarne una abolizione o una riduzione; per tale ragione, sono state molte le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia, in virtù delle quali si è arrivati ad affermare il principio secondo cui tale regime speciale, e le particolari limitazioni dei diritti fondamentali che può comportare, può considerarsi di per sé legittimo purché risulti adeguatamente giustificato da una particolare gravità dell'illecito o dalla particolare pericolosità del soggetto<sup>64</sup>. Difatti, «l'abbandono del condannato nelle mani dell'Amministrazione»<sup>65</sup> non può mai comportare l'atteggiarsi della pena in una funzione

---

<sup>60</sup> Sul punto, Corte eur., 20/12/2005, *Wisse c. Francia* e Corte eur., 17/07/2003, *Perry c. Regno Unito*. Contrariamente a tale impostazione, Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 26028/2018: «la cella e gli ambienti penitenziari sono da considerarsi luogo aperto al pubblico, e non certamente luogo di privata dimora né luogo pubblico, sul rilievo che si tratta di luoghi che si trovano nella piena e completa disponibilità dell'amministrazione penitenziaria, che ne può fare uso in ogni momento per qualsiasi esigenza d'istituto, non essendo nel possesso dei detenuti, ai quali non compete alcuno *ius excludendi alios*».

<sup>61</sup> Corte eur., Grande camera, 20/10/2016, *Muršić c. Croazia*

<sup>62</sup> Corte cass. sez. un., n. 6551/2021. In particolare, gli Ermellini hanno specificato che nella determinazione dei 3 metri quadrati si deve contemplare la superficie che assicura il normale movimento, detrando però dal calcolo gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, compresi quindi i letti a castello. Sui cosiddetti fattori compensativi, con tali intendendosi la brevità della detenzione, la presenza di condizioni carcerarie dignitose e lo svolgimento di adeguate attività trattamentali al di fuori della cella, il Supremo Collegio ha affermato che questi possono consentire il superamento della presunzione di violazione dell'art. 3 citato solo ed esclusivamente se ricorrono congiuntamente.

<sup>63</sup> G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, intervento al Convegno «Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della CEDU» Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014.

<sup>64</sup> Si citano, a titolo esemplificativo, Corte eur., 11/07/2006 *Campisi c. Italia*, Corte eur., 24/09/2015 *Paoello c. Italia*.

<sup>65</sup> P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, op. cit., p.1

prettamente retributiva posto che questa, per converso, deve tendere alla rieducazione del condannato. In aggiunta, è necessario che le limitazioni ai diritti scaturenti dal regime speciale siano compatibili con le particolari condizioni del detenuto<sup>66</sup>.

Sostanzialmente la Corte sembra approvare il regime di cui all'art. 41 *bis* generalmente inteso, seppur con le dovute critiche in merito ad alcuni profili. Peraltro, non si può non considerare che un disappunto al regime *de quo* è ampiamente riscontrabile anche nella dottrina nazionale, soprattutto in relazione alla possibilità di assoggettarvi non solo il condannato ma anche l'imputato, ragion per cui si è affermato che una simile impostazione potrebbe condurre ad una lesione del principio di non colpevolezza, creando «imputati di “serie B”, presunti un po' meno innocenti degli altri»<sup>67</sup>.

Ad ogni buon conto, in definitiva, la Corte sembra aver asserito che lo statuto dignitario della persona deve sempre considerarsi il nocciolo duro di qualsiasi scelta legislativa; difatti, una diversa impostazione che consenta di atteggiarsi nei confronti di un individuo, anche se il più feroce e macchiatosi dei delitti più efferati, con i medesimi mezzi sopraffattivi e disumani che lo Stato è preordinato a respingere e a combattere, rappresenterebbe «l'estrinsecazione di una modalità di approccio all'illegalità che non può trovare posto nel nostro sistema dei diritti»<sup>68</sup>. Pertanto, se si considera che la dignità della persona, soprattutto se detenuta e quindi soggetta ad una situazione di precarietà, costituisce un inviolabile diritto che «spetta all'uomo in quanto uomo»<sup>69</sup>, ne consegue che in uno Stato costituzionale improntato a principi democratici, si deve rifiutare la qualificazione del carcere quale luogo in cui essere puniti per aderire, contrariamente, all'idea secondo cui questo raffigura semplicemente il luogo in cui si soggiorna perché si è puniti<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Sul punto, in particolare, Corte eur., 25/10/2018, Provenzano c. Italia: la Corte, discutendo sulla legittimità della decisione delle autorità italiane di prorogare il regime previsto dall'art. 41 *bis* ord. penit. nei confronti del detenuto Bernardo Provenzano, appurando che questo fosse affetto da una patologia che ne rendeva difficile la prosecuzione, ha ritenuto fosse stato violato l'art. 3 CEDU.

<sup>67</sup> G. FRIGO, *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, in “Guida al Diritto”, 2003, fasc. 1 p. 43.

<sup>68</sup> A. MARTINO, *L'equilibrio instabile fra carcere duro e dignità umana. Il caso Provenzano: alcune riflessioni sulla sentenza della Corte di Strasburgo*, in “Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa”, febbraio 2019, p.5.

<sup>69</sup> F. D'AGOSTINO, *Irrinunciabilità e irrealizzazione dei diritti dell'uomo*, in “Studi in onore di L. Spinelli”, Modena, 1989, p. 1350.

<sup>70</sup> Sul punto A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in “Diritto penale contemporaneo”, 2014, p.12, secondo il quale «si va in carcere perché si è puniti, non per essere puniti».

#### 1.4.3. La presunzione di non colpevolezza alla luce di un giudizio pronostico cautelare quale valore assiomatico all'ipotesi di accusa

Espressione principale dei diritti inviolabili della persona sottoposta al procedimento penale è la presunzione di non colpevolezza, che rappresenta «un corollario logico del fine razionalmente assegnato al processo»<sup>71</sup> *id est* la scoperta della verità rispetto all'imputazione del reato, ragion per cui, fino a quando detta verità non è confermata da una sentenza definitiva, l'imputato deve essere considerato semplicemente tale<sup>72</sup>. La normativa cardine di riferimento è costituita dal secondo comma dell'art. 27 Cost. a norma del quale «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva» e dal secondo paragrafo dell'art. 6 CEDU in virtù del quale «ogni persona accusata di un reato si presume innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata». Pertanto, entrambe le disposizioni si pongono in un'ottica indubbiamente garantista della posizione processuale dell'incolpato, differenziandosi semplicemente in termini lessicali posto che la normativa nazionale statuisce una presunzione di non colpevolezza e quella sovranazionale una presunzione di innocenza. Invero, se da un punto di vista semantico non sembrerebbe riscontrabile una differenza sostanziale tra i due principi, molti conferiscono alla perifrasi negativa adottata dai costituenti un diverso valore giuridico cui si attribuisce il significato di un'attenuazione del principio in questione<sup>73</sup>. Indipendentemente dalle scelte terminologiche, alla presunzione di non colpevolezza è conferita, innanzitutto, la valenza di regola di giudizio, cristallizzando il brocardo *in dubio pro reo* in caso di incertezza sul fatto oggetto del processo<sup>74</sup>; difatti, trattandosi di una «presunzione *juris*, come suol dirsi, cioè sino a prova contraria»<sup>75</sup>, ne consegue che oggetto del procedimento penale non è l'innocenza dell'imputato ma la sua colpevolezza, tanto che la sentenza di condanna è giustificata non

---

<sup>71</sup> L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899, p.15. Sulla portata applicativa della presunzione di non colpevolezza anche G. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in "Politica del diritto", 1999, p.304, che la considera come «la sintesi di tutte le garanzie poste a tutela dell'individuo nei confronti della giurisdizione penale».

<sup>72</sup> Corte cost., sentenza n. 124/1972.

<sup>73</sup> Sul punto, G. ILLUMINATI, *Presunzione di non colpevolezza*, in "Enciclopedia giuridica", vol. XXXIV, Roma, 1991, p. 1. In particolare, contrariamente a questa *communis opinio*, l'Autore ritiene che alla presunzione di non colpevolezza vada attribuito il medesimo significato ontologico della presunzione di innocenza, considerando peraltro controproducente l'asserzione della Corte costituzionale che esclude l'assimilazione della condizione di non colpevole con quella di innocente in quanto tale differenziazione favorirebbe soluzioni arbitrarie sul piano applicativo.

<sup>74</sup> G. ILLUMINATI, op. cit., p.2.

<sup>75</sup> L. LUCCHINI, op. cit., p.15.

quando non ci sono fatti dimostrativi dell'innocenza dell'imputato, bensì, per converso, solo ed esclusivamente quando ci sono pertinenti e concludenti prove a suo carico<sup>76</sup>. Se però si pone mente al dato testuale dell'art. 27 c. 2 Cost., emerge che il terreno classico dell'ambito operativo della presunzione di non colpevolezza è essenzialmente quello cautelare, sicché questa è considerata, soprattutto, quale regola di trattamento. Relativamente a quest'ultimo profilo, si atteggia quale principio portante che esclude rigorosamente l'assimilazione dell'imputato, *in itinere iudicii*, al colpevole, rifiutando conseguentemente qualsiasi restrizione della libertà personale che si assurga ad anticipazione di pena.<sup>77</sup>

In quest'ottica, non si possono non considerare i risvolti pratici che produce il cosiddetto fenomeno del processo mediatico<sup>78</sup> sul principio di non colpevolezza; difatti questo innegabilmente incide non solo sulla *forma mentis* del Giudice che, come tale, dovrebbe essere una *virgin mind*, ma anche sul soggetto coinvolto nel procedimento che è sostanzialmente sottoposto a giudizio anche in un «circuito giudiziario parallelo a quello della giustizia penale ordinaria»<sup>79</sup>. Per tale ragione, al fine di evitare «l'allestimento di una specie di tribunale mediatico che ripropone di accertare i fatti *coram populo*»<sup>80</sup> si inserisce il nuovo d.lgs. n.188/2021 emanato in attuazione della direttiva 343/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, finalizzato proprio, come recita l'art. 1, a rafforzare alcuni profili della presunzione di innocenza. In particolare, la novella invita sia l'autorità giudiziaria che l'autorità pubblica a conformarsi ad una serie di condotte comunicative improntate ad un linguaggio non colpevolista, di talché pone il divieto di indicare come colpevole la persona sottoposta a indagini o l'imputato fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili. La prospettiva maggiormente innovativa è rappresentata dall'art. 4 del già menzionato decreto legislativo che inserisce nel Codice di Procedura Penale, con una evidente logica garantista, l'art. 115 *bis*, rubricato «Garanzia della

---

<sup>76</sup> Corte cost., sentenza n. 124/1972 cit.

<sup>77</sup> Di talché, se nessuna assimilazione può esserci tra imputato e colpevole, nessuna assimilazione può esservi neppure tra pena e misura cautelare, essendo due istituti preordinati a finalità del tutto differenti. Sul punto, C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in "Fisionomia costituzionale del processo penale", a cura di G. Dean, Torino, 2007, p. 138.

<sup>78</sup> Sulla nozione di processo mediatico, G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, in "Enciclopedia diritto", X, Milano, 2017. Secondo l'Autore, con tale locuzione si intende un'operazione di raccolta, valutazione e diffusione degli elementi di un determinato processo penale da parte di soggetti terzi ed estranei alla vicenda giudiziaria, verosimilmente operatori dell'informazione, finalizzata all'accertamento in un contesto extragiudiziario delle responsabilità penali.

<sup>79</sup> G. CANESCHI, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un'estensione della garanzia?*, in "Archivio Penale", 3, 2021, p.3.

<sup>80</sup> G. GIOSTRA, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in "Rivista di diritto dei media", 3, 2018, p.2.

presunzione di innocenza». Per quanto qui interessa, il profilo che merita particolare attenzione è costituito dal comma secondo del citato articolo a norma del quale, «nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, che presuppongono la valutazione di prove, di elementi di prova o di indizi di colpevolezza, l'autorità giudiziaria limita i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento»; il tenore del dettato testuale, difatti, non sembra lasciar dubbi in merito alla collocazione delle ordinanze cautelari nel novero dei provvedimenti *de quibus*,<sup>81</sup> imponendo alla sola autorità giudicante un criterio di continenza espressiva nella redazione di tutti gli atti endoprocessuali diversi dal provvedimento di condanna<sup>82</sup>.

Sulla base di quanto fin qui detto, il d.lgs. 188/2021, pur non esente da critiche in dottrina<sup>83</sup>, imponendo al giudice di astenersi dall'emettere provvedimenti in *itinere iudicii* caratterizzati da espressioni colpevoliste, sembra essere stato intenzionato a rafforzare il potenziale garantistico che la presunzione di non colpevolezza esprime sul microsistema probatorio cautelare. Difatti non si può non considerare che emerge un'impostazione normativa finalizzata a mitigare, quantomeno relativamente al profilo terminologico, il peso gravoso che i provvedimenti applicativi di una misura cautelare da sempre assumono sulla sorte processuale dell'imputato in forza della loro naturale valenza assiomatica all'ipotesi di accusa.

---

<sup>81</sup> Peraltro, è la medesima direttiva 343/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio che, nell'invitare gli Stati membri a conformarvisi, richiama espressamente le misure cautelari, suggerendo infatti di mantenere «impregiudicate le decisioni preliminari di natura procedurale [...] fondate sul sospetto o su indizi di reità, quali le decisioni riguardanti la custodia cautelare, purché non presentino l'indagato o imputato come colpevole».

<sup>82</sup> Difatti, a norma dell'art. 115 bis c. 1 cod. proc. pen., detto criterio non opera nei confronti del Pubblico Ministero che, essendo la pubblica accusa, ha per sua natura il compito di provare la colpevolezza del soggetto sottoposto a procedimento penale.

<sup>83</sup> Sul punto N. ROSSI, *Il diritto a non essere additato come "colpevole" prima del giudizio. La direttiva UE e il decreto legislativo in itinere*, in "Questione Giustizia", 2021. In particolare, l'Autore muove una censura nei confronti del nuovo articolo 115 bis cod. proc. pen., paragonandolo ad una norma che impone al giudice di ricorrere ad acrobazie verbali che potrebbero addirittura assumere connotati paradossali.



1.4.4. Il diritto all'esercizio delle facoltà difensive. La declaratoria di incostituzionalità del visto di censura alla corrispondenza tra il detenuto ristretto in regime di 41 *bis* e il difensore

La necessità di adeguare il processo penale ai canoni etici e morali propri della civiltà giuridica che erano stati integralmente aboliti dal regime totalitario<sup>84</sup>, ha indotto l'Assemblea costituente a cristallizzare, con il secondo comma dell'art. 24 Cost., l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del procedimento, che si atteggia non solo quale diritto proprio dell'imputato, ma anche quale sua garanzia ad un giusto processo<sup>85</sup>. Se si assume per vera l'idea secondo la quale la giurisdizione penale non deve porsi unicamente in funzione repressiva delle condotte antigiuridiche ma anche garantire che l'accusato non sia processato e condannato ingiustamente<sup>86</sup>, la formulazione ampia del citato articolo, assicurando un'adeguata copertura nei confronti non solo della difesa tecnica ma anche dell'autodifesa<sup>87</sup>, è perfettamente coerente con l'esigenza di attribuire all'incolpato ogni adeguato mezzo che gli consenta di tutelarsi a tutto campo. Difatti, l'esercizio di tutti quei diritti connessi strettamente alla difesa processuale<sup>88</sup>, non può prescindere dall'attribuzione al difensore della qualifica di «consorte processuale»<sup>89</sup> dell'accusato, deputato a renderlo edotto delle possibilità che l'ordinamento gli offre in ambito processual-penale. Di qui la considerazione secondo cui l'imputato e il difensore raffigurano una «parte unica rappresentata in due

---

<sup>84</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *Difesa penale*, in "Digesto delle Discipline penalistiche", 2005, pp.370 ss. Pare opportuno specificare che il diritto di difesa, posto che la sua inviolabilità è garantita anche ai non abbienti tramite l'istituto del patrocinio a spese dello Stato, è coerentemente definito da autorevole dottrina quale preconditione della democrazia. Sul punto A. SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Padova, 2001.

<sup>85</sup> V. DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia (a proposito dell'autodifesa nel processo penale)*, in "Foro Italiano", vol.100, 1977, p.55: secondo l'Autore, la difesa come diritto si esplica in una serie di poteri processuali in favore dell'imputato che gli consentono di agire e difendersi in giudizio e la difesa come garanzia consiste nell'esigenza di un corretto svolgimento del processo che non può prescindere da un contraddittorio effettivo e dall'uguaglianza di armi tra imputato e pubblica accusa.

<sup>86</sup> A. MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, p.16.

<sup>87</sup> M. BARGIS, G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2021, p.121

<sup>88</sup> A titolo esemplificativo, pare opportuno citare alcuni dei corollari del diritto costituzionale di difesa, tra i quali si inseriscono indubbiamente quelli di cui al terzo e quarto comma dell'art. 111 Cost.: «nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo», «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore».

<sup>89</sup> A. DE MARSICO, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milano, 1915, pg.357.

organi»<sup>90</sup> necessaria per l'effettiva realizzazione del giusto processo di cui l'inviolabilità del diritto di difesa costituisce «presupposto essenziale per la salvaguardia e il ripristino di tutte le libertà e i diritti garantiti»<sup>91</sup>. Posto che il legale possiede le competenze e le conoscenze tecnico-giuridiche necessarie per svolgere tutte le attività inerenti all'esercizio del diritto di difesa, la sua partecipazione alla dinamica processuale risulta assolutamente necessaria soprattutto quando l'individuo è ristretto in un istituto penitenziario in forza di un provvedimento restrittivo della libertà personale. In tali eventualità, la disciplina dei colloqui del difensore con il detenuto – sia esso fermato, arrestato, sottoposto a custodia cautelare o condannato – assume fondamentale importanza poiché è solo mediante questi che il difensore può «esplicare il suo ministero con pienezza e tempestività di cognizioni sul procedimento in corso»<sup>92</sup> e che l'interessato può fruire pienamente del diritto di difesa sancito dalla Carta costituzionale. Sostanzialmente la dialettica tra difensore e soggetto *in vinculis* rappresenta, come affermato in dottrina, «una conquista di civiltà»<sup>93</sup>, ragion per cui la Corte costituzionale, nella recente sentenza del 24 gennaio 2022, ha dichiarato l'incostituzionalità del visto di censura alla corrispondenza tra il detenuto in regime di 41 *bis* e il suo difensore. In particolare, i Giudici di Palazzo Consulta hanno evidenziato come la sottoposizione di un simile visto costituisca una vistosa limitazione del diritto di difesa, oltretutto il venire meno della segretezza della comunicazione atteso che essa comporta l'apertura della corrispondenza da parte dell'autorità giudiziaria o dell'amministrazione penitenziaria delegata, la sua integrale lettura e il suo eventuale «trattenimento», ossia il rifiuto di consegna al destinatario, sia questi il difensore o il medesimo detenuto, sulla base del giudizio discrezionale dell'autorità che esercita il controllo<sup>94</sup>. Difatti non si può non considerare che il diritto di difesa nella sua accezione tecnica assume una valenza particolare nei confronti di coloro che si trovano in un istituto penitenziario, soprattutto se sottoposti al regime di cui all'art. 41 *bis* ord. pen., poiché sono limitate le possibilità di contatti diretti con l'esterno, tanto da poter assimilare la posizione di questa particolare categoria di detenuti ad una situazione «di intrinseca debolezza rispetto all'esercizio delle facoltà difensive»<sup>95</sup>. Per

---

<sup>90</sup> A. ANDRONIO, *Art. 111*, in “Commentario della Costituzione” a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, p.2110.

<sup>91</sup> A. POLICE, *Art. 24*, in “Commentario della Costituzione” cit., p.502.

<sup>92</sup> M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1990, p.104.

<sup>93</sup> G. FRIGO, *La posizione del difensore nel nuovo processo penale*, in *Giurisprudenza Penale*, 1988, fasc. I, pp. 547 ss.

<sup>94</sup> Corte cost., sentenza n. 18/2022

<sup>95</sup> Corte cost., sentenza n. 143/2013

tale ragione la Corte ha specificato che le limitazioni ai diritti fondamentali sono costituzionalmente legittime soltanto se funzionali rispetto alla peculiare finalità del regime speciale in questione, *id est* circoscrivere la persistente pericolosità di questa categoria di detenuti impedendo in particolare i collegamenti con soggetti «appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà»<sup>96</sup>; ne consegue che la sottoposizione al visto di censura alla corrispondenza anche con la componente addetta alla difesa tecnica si tradurrebbe in un'intollerabile presunzione di collusione del difensore col sodalizio criminale. In aggiunta, è necessario che le limitazioni ai diritti fondamentali non risultino sproporzionate e quindi eccessive rispetto allo scopo anzidetto, al fine di evitare che si risolvano in trattamenti contrari al senso di umanità<sup>97</sup>.

In definitiva, l'importanza della sentenza della Corte costituzionale n. 18/2022 può essere colta in una duplice prospettiva. In primo luogo, ha respinto l'inaccettabile sospetto che gravava sulla professione forense, che per converso svolge un compito «insostituibile [...] per la tutela non solo dei diritti fondamentali del detenuto, ma anche dello stato di diritto nel suo complesso»<sup>98</sup>; in secondo luogo ha restituito alla difesa il suo impareggiabile ruolo di diritto inviolabile assolutamente necessario per la regolarità del rapporto giuridico processuale e rispetto al quale tutte le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Corte cost., sentenza n. 97/2020

<sup>97</sup> Corte cost., sentenza n. 197/2021

<sup>98</sup> Corte cost., sentenza n. 18/2022

<sup>99</sup> Corte cost., sentenza n. 175/1971

#### 1.4.5. La riparazione degli errori giudiziari

Se si pone mente all'art. 533 cod. proc. pen. che richiede per una pronuncia di condanna la valutazione dell'imputato quale colpevole «oltre ogni ragionevole dubbio», emerge che è il medesimo dato testuale a considerare il dubbio quale componente imprescindibile del processo penale, ragion per cui i suoi esiti sono, per loro natura, caratterizzati da relatività<sup>100</sup>; difatti il processo penale, essendo costruito su una base dialettica tra le istanze della difesa e quelle dell'accusa, si snoda in una «lotta continua e incessante contro l'errore»<sup>101</sup> in cui ogni parte ritiene che sia incorsa l'altra. Ne consegue che il dubbio, che deve sempre armare il giudice al fine di non vanificare la sua funzione di soggetto terzo ed imparziale, è inevitabilmente insito nella vicenda processuale.<sup>102</sup> Per tale ragione, posto che lo standard probatorio richiesto è una «quasi certezza» e non una certezza assoluta, al cospetto di una sentenza di condanna risultano certamente delle zone d'ombra compatibili con ricostruzioni diverse del fatto oggetto di giudizio che possono verosimilmente anche essere rappresentative dell'innocenza del condannato. Di qui la necessità istituire un sistema che consenta di rimediare ai possibili errori commessi, come sancito dal comma quarto dell'art. 24 Cost., a norma del quale «la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari», delegando il legislatore ordinario a disporre in ordine al *quomodo* della riparazione, risultando quest'ultima fuori discussione nell'*an*.<sup>103</sup> Nel merito, si tratta degli istituti della riparazione dell'errore giudiziario emesso in seguito alla revisione di una sentenza di condanna e, per quanto qui maggiormente interessa, della riparazione per ingiusta detenzione di cui agli artt. 314 e 315 cod. proc. pen. In particolare, l'art. 114 cod. proc. pen., consente il diritto all'equa riparazione per l'ingiusta detenzione subita a titolo di custodia cautelare indipendentemente dal fatto che sia stata patita a causa di un *error in*

---

<sup>100</sup> F. ZACCARIA, *Il principio della ragionevolezza "al di là di oltre ogni ragionevole dubbio"*, in "Annali della facoltà di giurisprudenza di Taranto", III, p.497.

<sup>101</sup> G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in "Rivista di Diritto Penale e Processo", 1956, p. 171.

<sup>102</sup> P. FERRUA, *La certezza oltre ogni ragione dubbio*, in "Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite", Padova, 2007, p. 141

<sup>103</sup> A. GAITO, I. MIELE, *Specialità dell'estradizione e criteri di computabilità della custodia cautelare subita all'estero sine titolo*, in "Giurisprudenza italiana", 1999, p. 1273. Gli autori difatti specificano che il legislatore «non è arbitro di prevedere o meno la riparazione dell'errore giudiziario» ma semplicemente ha il compito di disciplinare la relativa materia.

*iudicando* o a causa di un *error in procedendo*<sup>104</sup>. Peraltro, pare opportuno precisare che, con una evidente considerazione del dogma del *nemo tenetur se detegere* quale principio indefettibile di un ordinamento democratico e garantista, il diritto alla riparazione è assicurato anche a chi, nel corso dell'interrogatorio, abbia deciso di non rispondere ad alcuna domanda, escludendo quindi che detta facoltà possa essere valutata come una circostanza che può concorrere a dar causa al provvedimento cautelare. Sebbene la facoltà di cui all'art. 64 c. 3 lettera b cod. proc. pen. non incida sul diritto alla riparazione, ciò non significa che il diritto in questione sia sempre ed incondizionatamente esercitabile, tanto che il legislatore estromette dalla riparazione per ingiusta detenzione tutti coloro che hanno dato causa o concorso a dar causa con dolo o colpa grave alla custodia cautelare, seppur disposta ingiustamente o *contra legem*. Difatti, come ormai assodato, la vicenda cautelare impone un continuo contemperamento di interessi e diritti, tanto che anche il principio solidaristico sottointeso all'istituto della riparazione per ingiusta detenzione deve essere bilanciato con un corretto e responsabile *agere* del soggetto interessato; se è vero che il fine ultimo del processo è l'accertamento della verità dei fatti, sarebbe contraddittorio concedere un simile beneficio a chi scientemente non solo ha contribuito in prima persona a subire il pregiudizio, ma ha anche verosimilmente fuorviato il percorso della verità.

Pertanto, se si considera che la probabilità e il relativismo che caratterizzano la sentenza conclusiva del procedimento penale<sup>105</sup> sono ancor più accentuati nell'ordinanza cautelare, la cui emissione è difatti subordinata ad una *probatio* minore rispetto a quella che connota il provvedimento finale, la normativa codicistica in tema di riparazione per ingiusta detenzione si pone in funzione prettamente garantista dell'individuo; assicura l'esattezza della giurisdizione e la reintegrazione dell'eventuale «ordine giuridico violato»<sup>106</sup> al fine di realizzare un processo sempre preordinato alla emissione di un provvedimento giusto.

---

<sup>104</sup> Difatti ha diritto ad un'equa riparazione sia colui che a seguito di custodia cautelare sia stato prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, sia chi ha subito la custodia cautelare in forza di un provvedimento emesso o mantenuto in difetto delle condizioni previste dagli artt. 273 e 280 cod. proc. pen. Analogo discorso vale anche nei confronti di chi sia stato emesso un provvedimento di archiviazione o la sentenza di non luogo a procedere.

<sup>105</sup> M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, pp. 11 ss.

<sup>106</sup> P. GIOCOLI NACCI, *Il principio costituzionale della riparazione degli errori giudiziari*, in "Diritto e Società", 1986, pp. 534 ss.

#### 1.4.6. Il ricorso in Cassazione per violazione di legge

L'effettiva realizzazione del giusto processo non può esonerarsi dall'attribuire alla Corte di Cassazione una giurisdizione di «doppia natura»: al delicatissimo compito di sovrintendere alla corretta applicazione del diritto da parte delle Corti di merito, si aggiunge la funzione nomofilattica volta a preservare l'intrinseca coerenza del sistema ordinamentale mediante l'enunciazione di principi di diritto.<sup>107</sup> Peraltro, la Corte Suprema svolge un ruolo insostituibile in materia di diritti fondamentali, tanto da essere stata definita in dottrina come Corte dei diritti e della legalità penale<sup>108</sup>, a cui deve inevitabilmente riconoscersi il contributo per un'accentuazione dei livelli di tutela del *favor libertatis* operati in coerenza con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>109</sup>.

Prescindendo da un'analitica esposizione dell'istituto del ricorso *de quo* che sarà effettuata nel prosieguo relativamente alle impugnazioni cautelari, pare opportuno circoscrivere brevemente il discorso alla componente ontologica dell'art. 111 c. 7 Cost., a norma del quale «contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale emessi dagli organi giurisdizionali ordinari o speciale, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge». Il Supremo Collegio svolge difatti un'indagine avente ad oggetto la legalità, intesa come conformità alle norme di legge sostanziali e processuali, del provvedimento impugnato, a garanzia del principio della libertà personale, del diritto di difesa e, soprattutto con riferimento al panorama cautelare, del secondo comma dell'art. 27 Cost. che, nell'introdurre il principio di non colpevolezza, ammette implicitamente una serie di rimedi atti a garantire la più concreta esplicazione della giustizia processuale, sin dalla verifica dei presupposti cautelari<sup>110</sup>.

Se si considera, come già affermato, che la libertà personale non deve atteggiarsi quale smisurato diritto dei cittadini all'autodeterminazione ma soprattutto come pretesa affinché il potere statale di coercizione personale sia esercitato nei soli casi e con i soli modi previsti dalla legge, ne consegue che il ricorso in Cassazione costituisce un corollario della pretesa

---

<sup>107</sup> F. FIECCONI., *La doppia anima del giudizio di Cassazione*, in “Corriere Giuridico”, 2021, fasc. 3, p. 373.

<sup>108</sup> G. LATTANZI, *Cassazione o terza istanza*, in “Cassazione penale”, 2007, pp. 1370 ss.

<sup>109</sup> G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in “Sistema penale”, 12, 2022, p. 35. L'Autore cita, a titolo esemplificativo, alcuni contributi delle Sezioni unite, tra i quali emerge quello che ha ampliato l'operatività del principio della *lex mitior* anche alla fase esecutiva penale, sulla scorta di un'interpretazione espansiva fornita dalla Corte di Strasburgo in merito all'art. 7 CEDU.

<sup>110</sup> G. SPANGHER, *Misure cautelari personali*, in “Digesto delle discipline penalistiche”, VIII, Torino, 2014, p. 390.

in questione. Difatti la previsione di un simile ricorso pone in luce l'intento della Carta costituzionale di assicurare ai provvedimenti restrittivi della libertà personale non solo la garanzia della riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost., ma anche quella del successivo controllo di legittimità<sup>111</sup>, tanto che il presidio costituzionale che assicura il ricorso in Cassazione per ogni provvedimento *contra libertatem* è stato considerato come una delle più grandi conquiste di un regime democratico<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> A. CONFALONIERI, *I controlli della Corte di cassazione sui provvedimenti «de libertate»*, in "Giurisprudenza Italiana", 1994, p. 389.

<sup>112</sup> G. LEONE, *Assemblea Costituente, seduta pom. 27 novembre 1947*, in "La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea costituente", a cura della Camera dei deputati –Segretariato generale, Roma, 1971, p. 4166.

1.5. La collaborazione dell'individuo con l'autorità. Il nuovo regime ostativo a fronte del d.l. n. 162 del 31 ottobre 2022

Sulla base dei diritti cautelari esaminati finora, non si può prescindere dall'analizzare, seppur sinteticamente, il fenomeno dell'ergastolo ostativo relativamente ad una disciplina legislativa che è stata per lungo tempo imperniata sull'idea della collaborazione quale equo (e sostanzialmente unico) prezzo per la libertà. Difatti, nei confronti del condannato all'ergastolo ostativo per uno dei reati previsti dal comma primo dell'art. 4 *bis* ord. pen. che non avesse instaurato un valido rapporto di collaborazione con la Giustizia, era prevista fino a poco fa una presunzione assoluta di pericolosità sociale tale da ostacolare l'accesso ai benefici penitenziari. Sostanzialmente solo l'esternazione di uno spirito collaborativo *ex art. 58 ter* ord. penit. poteva evitare la cristallizzazione del “*fine pena mai*”, al pari della dimostrazione di impossibilità, irrilevanza o inesigibilità collaborativa. Come precisato in dottrina, la disciplina in questione così formulata presentava un profilo di criticità trasformando «un “premio” per la collaborazione, come tale “legittimo” [...] in un “castigo illegittimo” per il rifiuto di collaborazione».<sup>113</sup> Per tale ragione, il dettato normativo in merito all'ergastolo ostativo è stato soggetto al vaglio dei giudici della Corte di Strasburgo<sup>114</sup> e della Corte costituzionale<sup>115</sup>, giungendo da ultimo all'approvazione del decreto legge n.162/2022 in materia di «divieto di concessioni di benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia».

La nuova disposizione legislativa sostituisce, di fatto, la presunzione assoluta di pericolosità summenzionata con una presunzione relativa e pertanto superabile fornendo anche elementi diversi dalla collaborazione. Nel merito, il nuovo art. 4 *bis* ord. pen., per coloro che si sottraggono alla disciplina cooperativa in favore dell'autorità per diverse ragioni, subordina l'accesso ai benefici penitenziari di cui al comma 1 del citato articolo all'allegazione di

---

<sup>113</sup> G. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2017, 4, p. 1507

<sup>114</sup> Nella sentenza Viola c. Italia del 2019, i Giudici di Strasburgo, nel condannare l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU, hanno mosso una critica alla norma italiana che equipara automaticamente la non collaborazione del detenuto alla pericolosità sociale e al ripudio dei valori criminali, precisando peraltro che la scelta di collaborare non è di per sé rivelatrice di un ravvedimento perché ben potrebbe essere dettata da ragioni di comodo. Pertanto, la Corte EDU ha invitato il legislatore nazionale ad attuare una riforma della disciplina ostativa.

<sup>115</sup> Con la sentenza n. 253/2019, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 1 dell'art 4 *bis* ord. pen., nella parte in cui esclude gli ergastolani ostativi dalla fruizione dei permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, ritenendo che l'accesso ai benefici penitenziari possa essere legittimato anche in virtù di elementi probatori diversi dalla mera collaborazione.



elementi probatori che si diversificano in base al reato per il quale la pena è in corso di esecuzione. Per i reati contemplati dal comma 1 bis dell'art. 4 *bis* ord. pen.<sup>116</sup>, è necessario che i richiedenti «dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile»<sup>117</sup>. Per i reati di cui al comma 1-bis.1 dell'art. 4 *bis* ord. penit.<sup>118</sup>, il legislatore esige i medesimi oneri allegativi menzionati eccezion fatta per quegli elementi che dimostrino la netta separazione dall'organizzazione, posto che i reati contemplati dal comma citato non sono associativi e, pertanto, non vi è un legame con l'organizzazione criminosa.

Da quanto sin qui esposto, sembrerebbe emergere un precetto che deroga alla rigidità che caratterizzava la disciplina dell'ergastolo ostativo, seppur con quale insidia in tema probatorio: difatti in dottrina, se da una parte si è coerentemente affermato che la nuova normativa ha equiparato la posizione di chi «oggettivamente può ma soggettivamente non vuole» con quella di chi «oggettivamente può e soggettivamente vuole»<sup>119</sup>, dall'altra si è appurato che il nuovo articolo 4 *bis* ord. pen. si atteggia concretamente come «un reticolato probatorio nel quale il legislatore ha ingabbiato il superamento della presunzione di pericolosità».<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> Tali reati coincidono principalmente con i reati associativi: a titolo esemplificativo si citano l'associazione per delinquere di stampo mafioso ex art. 416 *bis* cod. pen. e i delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza.

<sup>117</sup> Art. 4 *bis* comma 1 *bis* ord. pen.

<sup>118</sup> Precisamente, si tratta dei reati di cui agli artt. 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-octies e 630 cod. pen.

<sup>119</sup> A. RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4 bis, comma 1 bis, o.p. a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019*, in "Giurisprudenza Penale" 1, 2020, p.9

<sup>120</sup> M. MERLINO, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, in "Questione giustizia", 2023, p.18

Prescindendo da un'analisi manualistica in merito agli elementi caratterizzanti detta *probatio* diabolica e al nuovo e articolato regime ostativo che sconfinerebbe il contenuto del presente elaborato, pare opportuno limitarsi a menzionare brevemente quelle novità rivelatrici di un rigore giudiziario mitigato e di una considerazione dell'ergastolo ostativo non più in funzione prettamente castigatoria bensì, come richiesto dall'art. 27 comma 3 Cost., rieducativa. Difatti la nuova normativa, nel prescrivere che «al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa»<sup>121</sup> sembrerebbe abbandonare l'idea dell'ergastolo ostativo quale «animale incapace di ritornare uomo»<sup>122</sup>, per far spazio ad una disciplina imperniata su finalità risocializzanti e, conseguentemente, perfettamente coerente con il dettato costituzionale che condanna la pena nella sua accezione retributiva. In aggiunta, il nuovo art. 4 *bis* ord. penit., prevedendo che il detenuto non collaborante possa fornire le ragioni del suo rifiuto e che il giudice deve valutare dette ragioni unitamente agli altri elementi addotti, consente al richiedente di dimostrare che la propria (eventuale) scelta di non collaborare con la giustizia, non è automaticamente sinonimo di adesione a valori criminali potendo anche essere determinata «da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di legami con associazioni criminali».<sup>123</sup>

Pertanto, pare che il decreto-legge 162/2022 abbia permesso di superare, seppur non in termini assoluti, il tratto che ha caratterizzato l'ergastolo ostativo fino a pochi mesi fa: la metamorfosi, in fase di esecuzione di pena, del principio del *nemo tenetur se detegere* nell'inquisitorio *carceratus tenetur alios detegere*<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Art. 4 *bis* comma 1-*bis*.1 ord. pen.

<sup>122</sup> F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in "Riv. Dir. Proc.", 1956, XI, p.2

<sup>123</sup> Corte cost., ordinanza n. 97/2021. Difatti, se si tiene conto che l'istituto della collaborazione si fonda principalmente sul reperimento di informazioni utili per combattere il sodalizio criminale (che, essendo tale, è necessariamente composto da più persone), ne consegue che la collaborazione dispiega inevitabilmente i suoi effetti su terzi soggetti. Per tale ragione, data la pericolosità sociale (seppur ora relativa) di detti individui, la scelta di collaborare può rappresentare un dilemma per l'interessato che potrebbe quindi optare per una condotta reticente così da evitare di subire ritorsioni non solo sul piano personale, ma anche su quello affettivo tramite il coinvolgimento di familiari e persone care.

<sup>124</sup> A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Dalle pagine di un libro a Palazzo Consulta*, in "Diritto Penale contemporaneo", 4, 2016, p. 31

## 1.6. La libertà dell'imputato in veste di "oggetto" di prova

Una delle tematiche più interessanti del panorama giudiziario penale è rappresentata dal contributo informativo che l'indagato o l'imputato possono fornire in merito al processo che li coinvolge, diventando, pertanto, essi stessi fonti di prova in una duplice veste: "fonte" di prova nel loro ruolo attivo consistente nel fornire dichiarazioni ai corpi inquirenti e giudicanti, e "oggetto" di prova nel loro ruolo passivo di soggezione all'istruzione probatoria attuata per mezzo di accertamenti corporali.<sup>125</sup> Difatti il Codice di Procedura Penale, al fine di rendere efficace la ricerca probatoria, ammette la possibilità di effettuare operazioni che coinvolgono il corpo dell'accusato, posto che questo può risultare funzionale alla ricostruzione del fatto.<sup>126</sup> Si pensi alle ispezioni e perquisizioni personali quali mezzi di ricerca della prova finalizzati all'accertamento di tracce o di cose pertinenti al reato. Oltre a queste, la disciplina codicistica consente anche forme più invasive di indagini, idonee ad incidere sulla libertà personale non tanto nella sua accezione di libertà dagli arresti, quanto piuttosto nel suo profilo "corporale", intesa come libertà da tutti quegli atti che scalfiscono la sfera intima e interna del soggetto che vi è sottoposto per scopi processuali.<sup>127</sup> Si tratta della disciplina dei campioni biologici<sup>128</sup>, specificatamente prevista dagli artt. 224 *bis*, 349 e 359 *bis* cod. proc. pen, che permette all'Autorità Giudiziaria di procedere agli accertamenti corporali anche in difetto del consenso dell'interessato se ciò si rende necessario per fini identificativi o per fini probatori. Da una lettura combinata dei suddetti articoli, che qui ci si limita a sintetizzare, emerge che il provvedimento con cui si dispongono atti coattivi finalizzati al reperimento di campioni biologici, data la sua incisività sulla libertà corporale, è soggetto alla riserva di giurisdizione; in aggiunta, posto che l'accertamento *contra voluntatem* è legittimato solo in relazione a particolari categorie di reati connotati da una certa gravità, solo se assolutamente indispensabile e solo se non realizzabile con forme meno

---

<sup>125</sup> E. FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1921. p. 136

<sup>126</sup> T. ALESCI, *Corpo dell'imputato (fonte di prova nel processo penale)*, in "Digesto delle discipline penalistiche", X, 2018, pp. 76 ss.

<sup>127</sup> Corte cost., sentenza n. 238/1996

<sup>128</sup> Con tale intendendosi, a norma dell'art. 224 *bis* cod. proc. pen., il prelievo di capelli, di peli, di mucosa del cavo orale e altri accertamenti medici. Tale articolo è stato introdotto con la L. n. 85/2009, che ha consentito l'adesione dell'Italia al Trattato di Prüm, al fine di colmare il vuoto legislativo pronunciato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 238/1996, con cui la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, c. 2, cod. proc. pen., nella parte in cui consentiva al giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, di disporre «misure che comunque incidano sulla libertà personale senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi ed i modi in cui esse possono essere adottate».

invasive o con forme cui l'interessato presterebbe il consenso, ne consegue che gli elementi caratterizzanti il provvedimento in questione sono, rispettivamente: la proporzionalità, la residualità e la gradualità<sup>129</sup>.

Se da un lato la normativa delineata appare piuttosto particolareggiata in relazione ai requisiti processuali e sostanziali del provvedimento dispositivo di accertamenti corporali, analoga affermazione non può essere espressa in relazione alle fasi successive al prelievamento (come, ad esempio, la repertazione e conservazione del campione), che, invece, costituiscono «un'attività delicatissima che, oltre ad invadere la sfera corporale, determina l'esito dell'indagine successiva»<sup>130</sup> soprattutto ai fini dell'attendibilità delle informazioni estratte. Difatti non si può non considerare che le risultanze dei prelievi biologici sono reputate prove scientifiche, ragion per cui, fondandosi su procedimenti tecnici accreditati, sono verosimilmente incontestabili; per converso, le semplici dichiarazioni rese dall'incolpato, non potendo essere analogamente “verificate” con simili macchinari scientifici *ex art. 64 cod. proc. pen.*, non godono certamente di una corrispondente credibilità e affidabilità.

I risvolti pratici dell'individuo quale “oggetto” di prova, si producono anche in relazione alle strategie difensive attuabili, ed è questo il profilo maggiormente problematico nell'ottica di bilanciare accuratamente la libertà personale dell'individuo e le esigenze processuali. Il diritto alla libera autodeterminazione nelle scelte difensive è un diritto a contenuto negativo potendo l'indagato/imputato optare tra due alternative: concorrere all'accertamento dei fatti attraverso il proprio contributo conoscitivo oppure esercitare il diritto all'autodifesa passivo non fornendo elementi (di qualsiasi natura) in proprio danno.<sup>131</sup> Di talché, il diritto di difesa garantito dall'art. 24 comma 2 Cost., e il suo corollario del *nemo tenetur se detegere*, si atteggiavano diversamente a seconda della situazione giuridica dell'incolpato presa in considerazione. Nella veste di “fonte” di prova, il diritto di difesa si esplica indubbiamente nella facoltà di esercitare il diritto al silenzio. Nella veste di “oggetto” di prova, invece, se si pone mente al fatto che il Giudice può disporre accertamenti biologici anche se l'interessato non vi acconsente, potendo altresì disporre l'accompagnamento coattivo se ciò si rende

---

<sup>129</sup> G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, relazione ad un incontro di studi n.5346 dal titolo “Corso Paolo Borsellino: Tecniche di indagine e rapporti tra pubblico ministero, polizia giudiziaria, consulenti tecnici e difensori”, p. 23

<sup>130</sup> M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in “Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche”, vol. 58, 2007, IV, p. 482

<sup>131</sup> O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004. p. 28

necessario per l'assunzione di una prova<sup>132</sup>, il diritto di difesa pare esplicitarsi in una mera pretesa affinché gli accertamenti *de quibus* siano effettuati nei soli casi e con i soli modi predeterminati dalla legge. Difatti l'interessato non sembrerebbe poter impedire «l'emergere di elementi di prova dal proprio corpo»<sup>133</sup>, purché i rispettivi prelievi siano eseguiti nel rispetto della dignità personale e del pudore del soggetto<sup>134</sup> e purché la restrizione della libertà corporea sia compiuta per il solo tempo necessario all'esecuzione dell'operazione. In definitiva, ne consegue che sembra essere legittimato un mero *pati* consistente nel soggiacere, con la propria persona, all'istruzione probatoria.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> Art. 490 cod. proc. pen.

<sup>133</sup> P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Assago, 2007, p. 3

<sup>134</sup> Con tale intendendosi proibite, a norma dell'art. 224 *bis* comma 4 cod. proc. pen., operazioni che contrastino con divieti di legge o che siano idonee ad arrecare pericoli per la persona offesa o sofferenze, purché non di lieve entità.

<sup>135</sup> P. FELICIONI, opera cit., p. 35

## CAPITOLO 2

### I PRESUPPOSTI APPLICATIVI: IL *FUMUS COMMISSI DELICTI* E IL *PERICULUM LIBERTATIS*

#### 2.1. Condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari personali

Il libro quarto del Codice di Procedura Penale che regola le invasioni *ante iudicatum* nella sfera liberal-individuale di un soggetto, consente effettivamente di valutare la qualità garantista della giurisdizione penale; difatti il cosiddetto «vuoto dei fini» summenzionato e la scarsa meticolosità costituzionale in materia di misure cautelari personali, demandano alla disciplina codicistica il delicatissimo compito di dominare la scena cautelare. Per tale ragione, i diritti di libertà sin qui esposti devono ora essere coniugati con le norme processuali in questione “abbandonando” l’analisi minuziosa del dettato sovranazionale e costituzionale che, pur rappresentando il diritto supremo e il *leitmotiv* dell’intera materia, devono ora necessariamente far spazio al *corpus* normativo codicistico. Prima di trattare nel merito i requisiti della gravità indiziaria e delle esigenze cautelari, occorre effettuare delle premesse di tipo strettamente manualistico necessarie per poter delineare un quadro coordinato della vicenda cautelare.

La prima premessa che merita attenzione è costituita dalla *condicio* di fondo in difetto della quale l’intero procedimento cautelare non può trovare ragione d’esistere: la gravità del delitto per cui si procede. Difatti le cautele personali sono rigorosamente circoscritte ai soli delitti, con esclusione dei reati contravvenzionali, per i quali è prevista la pena dell’ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni<sup>136</sup>. Detto principio, pur costituendo il caposaldo dell’intero panorama *ante iudicium*, ammette contestualmente delle eccezioni in relazione al *quantum* di pena detto, che si diversificano a seconda che si prenda in

---

<sup>136</sup> Relativamente a ciò, l’art. 278 cod. proc. pen. detta analiticamente gli elementi idonei ad incidere sul computo della pena nel frangente cautelare. In particolare, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato, non tenendo conto però della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione per: la circostanza aggravante di cui al numero 5 dell’art. 61 cod. pen, la circostanza attenuante di cui al numero 4 dell’art. 62 cod. pen, le circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e quelle ad effetto speciale.

considerazione il complesso coercitivo oppure quello interdittivo<sup>137</sup>. Difatti, a norma dell'art. 280 comma secondo cod. proc. pen., la custodia cautelare in carcere può essere disposta solo per delitti puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, anche se il comma terzo del citato articolo contempla un'ulteriore sub-eccezione specificando che detta regola non si applica quando si procede nei confronti di chi abbia trasgredito le prescrizioni inerenti ad una misura cautelare. Sul dogma della carcerazione cautelare quale *extrema ratio* si tratterà nel prosieguo in merito al principio di gradualità, qui basta ricordare che l'articolo in questione si atteggia in funzione garantista della libertà personale nella sua accezione squisitamente di *habeas corpus*, elevando il limite di pena edittale per l'applicazione della misura cautelare maggiormente afflittiva, *id est* quella della custodia cautelare.

Se l'art. 280 comma secondo cod. proc. pen. costituisce una disposizione improntata al principio del *favor rei* operando un ridimensionamento bonario delle ipotesi di reato suscettibili di fondare una restrizione carceraria, analogo discorso caritatevole non può essere riproposto per l'art. 287 cod. proc. pen., che, per converso, ammette la possibilità di applicare alcune delle misure cautelari interdittive anche al di fuori di limiti di pena previsti e quindi, in deroga al principio generale, anche per delitti puniti con la pena della reclusione inferiore nel massimo a tre anni. Difatti, quando si procede per un delitto contro la libertà sessuale o per il delitto di abuso dei mezzi di correzione e disciplina in danno dei prossimi congiunti, il legislatore permette di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale consentendo di trasgredire ai limiti di pena generali.<sup>138</sup> Identico discorso derogatorio in merito al *quantum* di pena vale per la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio disposta nei confronti di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio quando si procede per un delitto contro la pubblica

---

<sup>137</sup> Pare opportuno delineare, nell'ottica summenzionata di fornire un panorama coordinato della vicenda cautelare, le diverse tipologie di cautele coercitive e interdittive. Nel primo gruppo rientrano le misure obbligatorie di cui agli artt. 281, 282, 282 *bis*, 282 *ter* e 283 cod. proc. pen. (divieto di espatrio, obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, allontanamento dalla casa familiare, divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, divieto o obbligo di dimora) e le misure custodiali di cui agli artt. 284, 285, 285 *bis* e 286 cod. proc. pen. (arresti domiciliari, custodia cautelare in carcere, custodia cautelare in un istituto a custodia attenuata e custodia cautelare in luogo di cura). Nel secondo gruppo rientrano invece le cautele interdittive di cui agli artt. 288, 289, 289 *bis* e 290 cod. proc. pen. (sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione e divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali).

<sup>138</sup> Art. 288 c. 2 cod. proc. pen.

amministrazione<sup>139</sup>, per il divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione quando si procede per un delitto contro la pubblica amministrazione<sup>140</sup>, e per il divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali quando si procede per un delitto contro l'incolumità pubblica o contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio o per altre categorie di delitti specificatamente previste dal comma secondo dell'art. 290 cod. proc. pen.

La seconda premessa che pare opportuno menzionare è costituita da una preclusione assoluta che opera nei confronti di qualsiasi misura cautelare personale, a norma della quale ne è esclusa rigorosamente l'applicazione allorquando risulta che il fatto di reato per cui si procede è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione, di non punibilità oppure se sussiste una causa di estinzione del reato o della pena che si ritiene possa essere irrogata. L'art. 273 comma 2 cod. proc. pen., assolve infatti all'esigenza di scongiurare azioni cautelari incisive sulla libertà personale in occasione di circostanze che di fatto giustificano la condotta antiggiuridica o che ne escludono concretamente la punibilità.

Dopo aver precisato quale è l'entità di pena *sine qua non* i provvedimenti cautelari non possono essere applicati, e dopo aver indicato le condizioni in presenza delle quali l'irrogazione dei provvedimenti *de quibus* è tassativamente esclusa, non si può concludere la prospettiva introduttiva delle condizioni generali di applicabilità delle cautele personali esimendosi dall'espone le peculiarità che le caratterizzano.

Ponendo mente al fatto che l'*iter* cautelare costituisce un procedimento incidentale e accessorio rispetto a quello di cognizione, emerge innanzitutto il carattere della strumentalità delle cautele in questione; difatti queste si inseriscono in un'ottica prettamente funzionale ad evitare che la tardività della tutela nel merito possa comportare la concretizzazione di uno dei pericoli che ne giustificano l'emissione, compromettendo la genuinità del processo o la sicurezza sociale.<sup>141</sup>

Coerentemente a tali finalità, alle ordinanze cautelari è attribuita immediata esecutività che, però, non si traduce automaticamente né in definitività né in immutabilità posto che

---

<sup>139</sup> Art. 298 c. 2 cod. proc. pen. Il terzo comma del citato articolo, specificando che la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio «non si applica agli uffici elettivi ricoperti per diretta investitura popolare», rimarca un duplice intento legislativo: scongiurare strumentalizzazioni del potere cautelare per fini politici e tutelare la volontà politica popolare. Sul punto, Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 10940/2017.

<sup>140</sup> Art. 289 *bis* cod. proc. pen.

<sup>141</sup> Di talché, in ambito cautelare personale, la strumentalità delle cautele assume una connotazione diversa rispetto all'ambito cautelare reale che, per converso, è finalizzato ad evitare l'infruttuosità pratica del provvedimento definitivo.



prerogativa dei provvedimenti *de quibus* è anche la provvisorietà. Difatti, se si considera che la delibazione cautelare è condotta allo stato degli atti<sup>142</sup>, una diversa impostazione sarebbe contraria, in primo luogo, alla presunzione costituzionale di non colpevolezza, facendo assumere ai provvedimenti cautelari non più il ruolo di «situazioni intermedie»<sup>143</sup> quanto quello di situazioni definitive (presupposto caratterizzante, per contro, la sola sentenza passata in giudicato). In secondo luogo, ponendo mente al fatto che le cautele personali sono atti a sorpresa cui il soggetto soggiace potendo instaurare un contraddittorio con l’Autorità procedente solo *ex post*, ne consegue che una diversa impostazione sarebbe contraria anche ai principi del giusto processo, quantomeno in relazione al profilo della cosiddetta parità di armi<sup>144</sup>. In effetti, considerato che il procedimento penale è «una categoria di fattispecie complesse a formazione successiva»<sup>145</sup>, ne consegue che il frangente cautelare, come affermato in dottrina, pone l’indagato/imputato in una posizione di svantaggio rispetto all’accusa; difatti le ragioni del pubblico potere legittimanti il provvedimento cautelare sono caratterizzate da una piattaforma probatoria alla cui formazione il destinatario del provvedimento in questione non ha potuto contribuire e che, per tale ragione, è innegabilmente incompleta.<sup>146</sup>

In definitiva, sulla base delle considerazioni sin qui esposte, il potere coercitivo e interdittivo del Giudice si confronta con una serie di disposizioni codicistiche poste a tutela di chi potenzialmente può subirlo, tra le quali si impongono rigorosamente gli artt. 273 e 274 cod. proc. pen. e, rispettivamente, il *fumus commissi delicti* e il *periculum libertatis*.

---

<sup>142</sup> Sul punto, G. FIORELLI, *L'imputazione latente*, Torino, 2016, p. 106; la sommarietà del convincimento e del ragionamento probatorio del Giudice in ambito cautelare, ai fini di coerenza costituzionale, non può che comportare il rifiuto di un'impostazione *ante iudicium* che si atteggi come definitiva e immutabile prediligendo, per converso e quale conseguenza logica, un provvedimento temporaneo, provvisorio e suscettibile di revoca o modificazioni.

<sup>143</sup> G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, p.27

<sup>144</sup> Il principio della parità di armi trova la sua esplicita collocazione nell’art. 111 Cost., a norma del quale ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti e in condizioni di parità. Nonostante sia stata introdotta la L. 397/2000 al fine di rendere effettivo detto principio, che ha consentito anche al difensore dell’accusato di poter svolgere proprie indagini, le pronunce giurisprudenziali sembrano comunque continuare a rimarcare la disparità tra accusa e difesa. Si cita, a titolo esemplificativo, la sentenza della Corte cost. n. 6/2007, in cui è stato ribadito che le posizioni processuali delle parti sono connotate da fisiologiche differenze che non rendono illegittime asimmetrie dei rispettivi poteri e facoltà.

<sup>145</sup> G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p.121

<sup>146</sup> Nel merito, E. LA ROCCA, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, Padova, 2018, p.2; P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, p. 24.

## 2.2. I gravi indizi di colpevolezza

La legittimità legislativa dell'assoggettamento di un individuo ad una cautela personale impone innanzitutto una valutazione, da parte del Giudice competente, in merito alla base probatoria su cui la richiesta di applicazione di una cautela *de qua* da parte del Pubblico Ministero si fonda. La normativa di riferimento è costituita dall'art. 291 cod. proc. pen., a norma del quale le misure cautelari sono disposte dal Giudice competente su richiesta del Pubblico Ministero, cristallizzando quindi il principio del *ne procedat iudex ex officio*<sup>147</sup>. Dal dettato testuale del medesimo articolo citato, che si occupa anche di specificare il contenuto del compendio probatorio che la pubblica accusa ha il dovere di allegare<sup>148</sup>, emerge che l'accertamento che compete all'Autorità giudicante procedente in ambito cautelare è relativo alla sussistenza del *fumus commissi delicti* e, conseguentemente, del *periculum libertatis*; difatti l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 comma 1 cod. proc. pen. costituisce «un antifatto del momento predittivo di cui all'art. 274 cod. proc. pen., quest'ultimo subentrando, perciò, solo dopo che la prognosi di condanna trovi un positivo riscontro indiziario»<sup>149</sup>. Pertanto, la gravità indiziaria rappresenta il primo requisito indefettibile per l'emissione di un'ordinanza cautelare, in difetto della quale ogni restrizione *ante iudicium* si tradurrebbe in un sacrificio illegittimo anche qualora dovessero esistere esigenze cautelari da soddisfare.

Premesso ciò, a fronte di un precetto normativo che si limita semplicemente ad esigere l'esistenza di gravi indizi di colpevolezza, esimendosi simultaneamente dal compiere un'opera esplicativa in merito al profilo semantico, pare opportuno menzionare alcuni approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali finalizzati a delineare l'accezione in fase

---

<sup>147</sup> Detto principio subisce eccezioni nei soli casi tassativi enunciati dall'art. 299 c. 3 cod. proc. pen. Infatti, il Giudice può procedere anche d'ufficio alla revoca o alla sostituzione «quando assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare o quando è richiesto della proroga del termine per le indagini preliminari o dell'assunzione di incidente probatorio ovvero quando procede all'udienza preliminare o al giudizio».

<sup>148</sup> A norma dell'art. 291 cod. proc. pen., gli elementi su cui si fonda la richiesta del Pubblico Ministero comprendono anche i verbali di comunicazioni e intercettazioni rilevanti e, con una logica indiscutibilmente garantista, tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate. Questa impostazione improntata al *favor rei* è espressione testuale non solo dell'articolo citato, ma anche dell'art. 358 cod. proc. pen. a norma del quale il Pubblico Ministero, nello svolgimento delle indagini finalizzate all'esercizio dell'azione penale «svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini», e dell'art. 13 del codice etico dell'Anm, in virtù del quale la pubblica accusa «indirizza la sua indagine alla ricerca della verità acquisendo anche gli elementi di prova a favore dell'indagato e non tace al giudice l'esistenza di fatti a vantaggio dell'indagato o dell'imputato».

<sup>149</sup> L. GIBILISCO, *Quel che resta del fumus: gli indizi di colpevolezza nel prisma delle presunzioni cautelari*, in "Discrimen", 2020, p.1

cautelare del termine “indizio” e a definire il significato della contestuale prerogativa della gravità.

L’elemento indiziario, in generale, ha la struttura logica dell’argomento per abduzione, che è «l’argomento con cui, sapendo che ad un certo fatto ipotizzato segue normalmente una data conseguenza, dalla presenza di questa conseguenza, che funziona come indizio del fatto ipotizzato, si risale al fatto stesso»<sup>150</sup>. Di talché il ragionamento abduittivo, postulando il compito del Giudice di «far ricomparire presente quello che è passato»<sup>151</sup>, ha natura probabilistica. Peraltro, in ambito cautelare l’indizio è finalizzato semplicemente a consentire l’emissione di un provvedimento che garantisca il soddisfacimento di quelle esigenze che possono presentarsi *in itinere iudicii*; non si atteggia contestualmente quale elemento di prova della reità di un soggetto ed è quindi solo indirettamente connesso con l’accertamento di un fatto di reato.<sup>152</sup> Infatti, nell’ambito del procedimento cautelare *de liberate*, la gravità indiziaria è connotata da tutte quelle circostanze ricollegabili o collegate ad un determinato fatto «la cui normale caratteristica è che, valutate singolarmente e separatamente, sono equivoche [...] ma valutate globalmente, secondo i criteri di comune logica, diventano idonee a dimostrare pienamente il fatto e, quindi, quella “rilevante” probabilità richiesta affinché, a norma dell’art. 273 cod. proc. pen., possa parlarsi di “gravi indizi” di colpevolezza».<sup>153</sup> Sostanzialmente i gravi indizi cautelari rappresentano una prova *in nuce* desunta da elementi logici e rappresentativi la cui considerazione complessiva permette di fondare quella qualificata probabilità di colpevolezza che, se allo stato degli atti non consente una pronuncia di condanna oltre ogni ragionevole dubbio, può verosimilmente legittimarla al termine delle successive fasi processuali tramite l’acquisizione di ulteriori elementi.<sup>154</sup> Coerentemente, si inserisce un passo della Retorica di Aristotele, per cui «non deve il giudice sentenziare sempre dalle cose necessarie, ma dalle verisimili ancora»<sup>155</sup>, con tale intendendo che il procedimento penale, e ancor di più quello cautelare, è una disputa argomentativa su fatti che non sono connotati da indiscutibile certezza perché si basano «su

---

<sup>150</sup> G. CARCATERA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012, p.172.

<sup>151</sup> G. CAPOGRASSI, *Opere*, vol. V, Milano, 1959, p. 6.

<sup>152</sup> G. UBERTIS, *I fondamenti della metodologia, il linguaggio processuale (“fonte di prova”, “elemento di prova”, “mezzo di prova”, “criterio”, “risultato”, “indizio”, “sospetto”)*, in “Quaderni Consiglio Superiore Magistratura”, 98, 1997, p.8.

<sup>153</sup> Cass. pen., sez. I, sentenza n. 3017/1995. Sul punto anche P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2021, p. 457: con gravi indizi di colpevolezza si deve intendere il *quantum* di prova necessario per l’applicabilità di una cautela personale.

<sup>154</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 11/1995

<sup>155</sup> Aristotele, *Retorica*, II, cap. 25

ciò che comunemente è o sembra essere [...] ma non su ciò che è sempre e necessariamente esistente»<sup>156</sup>. Ne consegue che il frangente cautelare si atteggia quale «giudizio di colpevolezza anticipato alla profase cautelare»<sup>157</sup> che, se si considera che il convincimento del Giudice è fondato su un impianto accusatorio di natura meramente indiziaria e incompleta, è per sua natura un giudizio incerto e quindi nettamente contrapposto a quello cognitivo-decisorio che è, per converso, (processualmente) certo.

Di qui la consequenziale e logica differenza che il legislatore delinea in merito alle caratteristiche degli indizi a seconda che il Giudice intenda servirsene per il ragionamento inferenziale finalizzato all'emissione di un'ordinanza cautelare oppure per quello destinato alla pronuncia di una sentenza di condanna. Se nel primo caso la disciplina codicistica qualifica come bastevole l'esistenza di "gravi"<sup>158</sup> indizi di colpevolezza, nel secondo caso esige due ulteriori prerogative: la precisione e la concordanza<sup>159</sup>. Difatti in tema di prova, gli indizi suscettibili di valutazione *ex art.* 192 comma 2 cod. proc. pen., sono quegli elementi probatori a cui si può attribuire gravità, precisione e concordanza, raggiunti «attraverso un ragionamento inferenziale che, partendo da un fatto noto (indizio), conduce ad un fatto ignoto (il fatto da provare) [...] in virtù dell'applicazione di regole scientifiche ovvero di massime di esperienza»<sup>160</sup>; conseguentemente, ai fini della pronuncia di una sentenza conclusiva del procedimento penale, la normativa codicistica consente di derogare al generale divieto di cui al comma secondo dell'art. 192 cod. proc. pen. che esclude la possibilità di provare l'esistenza di un fatto sulla base di semplici indizi, purché si sia in presenza di una base indiziante dotata di quella solidità probatoria che non solo permette di escludere ogni altra razionale spiegazione degli eventi, ma che è anche dimostrativa di una versione dei fatti che può processualmente dirsi vera<sup>161</sup>.

---

<sup>156</sup> G. CANZIO, *La "dike" degli antichi e la "giustizia" dei moderni: "Edipo re" e "Antigone"*, in "Diritto penale contemporaneo", 2018, p.4. In particolare, l'Autore, asserendo che la determinazione del fatto nel processo penale è per sua natura incerta, cita la definizione di "*trial by probabilities*".

<sup>157</sup> C. MOROSELLI, *Il perspicuo sinotticismo degli artt. 273 e 533 e la spinosa quaestio dell'applicabilità dell'art. 192 co. 2 alla materia cautelare*, in "Rivista Processo Penale e Giustizia", 6, 2020, p. 1

<sup>158</sup> Il carattere della gravità degli indizi di colpevolezza ha sostituito quello della sufficienza dei medesimi che caratterizzava il precedente codice di rito fino alla L. n 330/1988. Analoga accentuazione della consistenza della piattaforma probatoria, seppur svincolata dall'ambito cautelare, si riscontra nel nuovo comma 3 dell'art. 425 cod. proc. pen., a norma del quale il Giudice deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna, e non più quando sono insufficienti, contraddittori o non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

<sup>159</sup> Sulla precisione e concordanza degli indizi, P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2021, pp. 237-238; gli indizi sono precisi quando «la circostanza è stata ampiamente provata» e sono concordanti quando «convergono tutti verso la medesima conclusione».

<sup>160</sup> Cass. pen., sez. V, sentenza n. 28559/2020.

<sup>161</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 69.

Pertanto, se nell'ambito del sub-procedimento cautelare per gravità degli indizi si deve intendere un giudizio pronostico da cui può ragionevolmente presumersi una qualificata probabilità di condanna<sup>162</sup>, nell'ambito del procedimento di merito per indizi gravi, precisi e concordanti si deve intendere un tessuto probatorio che consenta l'assimilazione completa del provvedimento di condanna al principio del *b.a.r.d.*<sup>163</sup>, riprodotto puntualmente dall'art. 533 comma 2 cod. proc. pen. Tuttavia, in dottrina c'è chi ritiene che la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio sia imposta quale criterio di apprezzamento anche per l'accertamento in merito all'esistenza del *fumus commissi delicti*.<sup>164</sup> Ad ogni buon conto, posto che ex art. 273 cod. proc. pen. gli indizi devono essere gravi ma non anche precisi e concordanti, il dogma *b.a.r.d.* quale criterio valutativo parrebbe atteggiarsi in maniera meno rigida all'interno del contesto cautelare rispetto a quello di natura cognitiva, anche perché è esposto alla mutevolezza dei fatti che può verosimilmente risultare dalle successive fasi di merito<sup>165</sup>; difatti, il bagaglio conoscitivo del Giudice è indubbiamente ridotto rispetto a quello del procedimento di cognizione, ragion per cui sarebbe contraddittorio esigere una certezza di tale portata in un frangente endoprocessuale caratterizzato, per sua natura, da confutabilità. Come contrappeso ad un modello probatorio cautelare che, pur dovendo essere lontano da una sommaria delibazione e prossimo ad un giudizio di colpevolezza, è pur sempre presuntivo poiché basato su indizi e non su prove<sup>166</sup>, si impone un rinforzato onere motivazionale in capo al Giudice finalizzato a favorire una rielaborazione critica degli argomenti della pubblica accusa<sup>167</sup> così da scongiurare apprezzamenti discrezionali che si tramutino in arbitrarietà. Difatti il principio del libero convincimento del Giudice è moderato

---

<sup>162</sup> Cass. pen., sez. I, sentenza n. 32038/2013.

<sup>163</sup> Con tale intendendosi il dogma americano del cosiddetto "*beyond any reasonable doubt*", *id est*, a norma dell'art. 533 comma 1 cod. proc. pen., per la pronuncia di condanna è necessario che l'imputato risulti colpevole "oltre ogni ragionevole dubbio". Sulla portata e la latitudine applicativa del principio in questione, E. CATALANO, *I confini operativi della regola di giudizio incarnata dal paradigma bard*, in "Rivista Processo Penale e Giustizia", 6, 2017.

<sup>164</sup> D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004. Sul punto anche M. BARGIS, G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, 10 ed., 2020, p. 337; secondo gli Autori, il criterio di valutazione dei gravi indizi di colpevolezza in ambito cautelare è piuttosto rigido «al punto da essere equiparato a quello prescritto per la prova di colpevolezza».

<sup>165</sup> Difatti, nella prima fase del procedimento cautelare, il Giudice ha «come unico interlocutore il pubblico ministero che [...] difficilmente presenterà dati capaci di scardinare alle radici le ragioni della richiesta». Così S. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in "La riforma delle misure cautelari personali", a cura di L. GIULIANI, Torino, 2015, p. 128.

<sup>166</sup> Corte cost., sentenza n. 131/1996.

<sup>167</sup> Sul punto, G. SPANGHER, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in "Diritto penale contemporaneo", 4, 2015, p. 5; F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in L. GIULIANI, *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 180.

dalla previsione di un obbligo di motivazione razionale, sicché l'autonomia valutativa è pur sempre una libertà vincolata.<sup>168</sup> Si inserisce, in perfetta coerenza, l'art. 292 c.2 cod. proc. pen., a norma del quale l'ordinanza dispositiva della cautela deve necessariamente contenere anche un'esposizione e un'autonoma valutazione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza<sup>169</sup> che aderiscano alle regole della logica, del diritto e della completezza espositiva<sup>170</sup>, cristallizzando pertanto una considerazione dell'atto motivato quale «tessuto connettivo della logica del sistema»<sup>171</sup>. Difatti, se è vero che non sono consentite condanne su premesse ipotetiche<sup>172</sup>, contestualmente non possono essere ammesse restrizioni *ante iudicium* fondate su scorciatoie probatorie che si traducano in motivazioni meramente appiattite sulle ragioni della pubblica accusa<sup>173</sup>; l'ordinanza dispositiva di una cautela personale deve essere adeguatamente dimostrativa dell'iter logico seguito dal Giudice, tanto che è stato affermato che il profilo contenutistico del provvedimento cautelare è astrattamente assimilabile a quello della sentenza di merito.<sup>174</sup>

Da quanto sin qui esposto ne consegue, come affermato in dottrina, la necessità di una consapevolezza della essenza prettamente probabilistica dell'archetipo indiziario cautelare che, come tale, è finalizzato all'accertamento del fatto di reato in termini di significativa credibilità razionale ma non di verità assoluta ed indiscutibilmente definitiva<sup>175</sup>, anche perché, come asserito contestualmente in giurisprudenza, il ragionamento probatorio su cui si fonda il provvedimento *de libertate* è operato in termini pronostici e quindi è «ontologicamente compatibile con possibili ricostruzioni alternative»<sup>176</sup>.

---

<sup>168</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, p. 68: «il giudice è “libero” di convincersi e, al tempo stesso, è “obbligato” a motivare razionalmente». Sulla razionalità della motivazione, P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Volume 1. Struttura e procedimento*, Torino, 2017, p. 185: «più che di libero convincimento, occorre parlare di valutazione legale e razionale».

<sup>169</sup> Nel merito, la lettera c del comma secondo dell'art. 292 cod. proc. pen. impone al Giudice di specificare gli elementi dai quali si desumono non solo i gravi indizi di colpevolezza ma anche le esigenze cautelari, e i motivi per i quali si ritengono rilevanti; la lettera c-bis prescrive che l'esposizione e l'autonoma valutazione devono indicare anche le ragioni per le quali sono stati eventualmente ritenuti irrilevanti gli elementi adottati dalla difesa.

<sup>170</sup> Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 18190/2012.

<sup>171</sup> A. CONFALONIERI, *Requisiti essenziali della motivazione nelle decisioni del tribunale delle libertà*, in «Giurisprudenza Italiana», 1994, p. 93.

<sup>172</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, 1983, p. 967.

<sup>173</sup> Così il *Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 1232, "Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali"*, 2014, n. 95, p. 14.

<sup>174</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 36267/2006.

<sup>175</sup> G. CANZIO, *Il dubbio e la legge*, in «Diritto penale contemporaneo», 2018, p. 1.

<sup>176</sup> Cass. pen., sez. III, sentenza n. 676/2021.

### 2.2.1. Regole probatorie in tema di valutazione degli indizi. La chiamata in correità

La base probatoria in virtù della quale il Giudice competente valuta l'esistenza del *fumus commissi delicti* è soggetta ad un ventaglio di criteri valutativi espressamente delineati dal comma 1-*bis* dell'art. 273 cod. proc. pen, che anticipa sul terreno cautelare l'applicabilità di alcune norme generali in tema di prova.<sup>177</sup> Il fatto che l'articolo in questione si limita ad indicare delle disposizioni legislative specifiche, esimendosi dal compiere un richiamo generale all'intero libro terzo del Codice di Procedura Penale, non deve essere inteso come consequenziale inapplicabilità di ogni altra norma non espressamente citata, bensì semplicemente deve essere interpretato come necessaria applicazione almeno delle disposizioni esplicitamente richiamate.<sup>178</sup>

La prima regola probatoria applicabile al giudizio *de libertate* è rappresentata dai commi 3 e 4 dell'art. 192 cod. proc. pen., finalizzati ad accertare l'attendibilità delle dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato, dalla persona imputata in un procedimento connesso oppure dalla persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede nei casi previsti dall'art. 371 c. 2 lettera b cod. proc. pen. È quindi *ius receptum* che la «disciplina generale sulla correttezza della dimostrazione probatoria»<sup>179</sup> di cui è espressione l'art. 192 cod. proc. pen. sia adottabile, relativamente ai commi menzionati, anche per l'apprezzamento del *fumus commissi delicti*: una corretta valutazione dei gravi indizi di reato non può prescindere da un'attenta analisi da parte del Giudice in merito alla credibilità soggettiva e all'attendibilità del dichiarante, oltre che alla specificità, coerenza, e costanza delle dichiarazioni da questo rese<sup>180</sup>. Difatti, proprio perché i gravi indizi cautelari «non sono ciò che prova, ma ciò che è oggetto di prova»<sup>181</sup>, qualora detto oggetto sia costituito da dichiarazioni di correi, si deve approcciare con una cauta diffidenza, posto che si tratta di soggetti indubbiamente interessati all'epilogo del processo. Coerentemente, in dottrina si è

---

<sup>177</sup> Ex art. 273 c. 1-*bis* cod. proc. pen., per la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni di cui agli artt. 192 commi 3 e 4, 195 c. 7, 203 e 271 c. 1 cod. proc. pen.

<sup>178</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2021, p. 459, secondo i quali le norme del libro terzo sulle prove sono «applicabili alle indagini preliminari a meno che non via sia una incompatibilità espressa o tacita con il singolo atto». Analoghe considerazioni sono state espresse anche da G. SPANGHER, *Più rigore – e legalità – nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali*, in “Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova”, a cura di P. TONINI, Padova, 2001, p. 422.

<sup>179</sup> E. MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in “Digesto delle discipline penalistiche”, VIII, Torino, 1964, p. 59.

<sup>180</sup> Cass. pen., sez. I, sentenza n. 18019/2017.

<sup>181</sup> P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2007, p. 215.

affermato che le affermazioni del correo non godono di quella *fides* che generalmente caratterizza le prove dichiarative<sup>182</sup>, ragion per cui la normativa codicistica impone al Giudice di vagliarne l'affidabilità unitamente ad altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità; ne consegue che è esclusa la possibilità di applicare una cautela personale sulla base esclusiva di una delle dichiarazioni in questione<sup>183</sup>. Ciò non significa che si deve negare aprioristicamente l'attendibilità delle narrazioni dei correi, ma semplicemente che a queste si deve attribuire la qualifica di prova semipiena<sup>184</sup> che, per essere piena, necessita di integrazione ad opera di riscontri probatori esterni dal carattere individualizzante<sup>185</sup>. A tal riguardo, nel novero di questi riscontri, sembrerebbero rientrare anche le plurime chiamate in correità, di talché «la chiamata in reità o correità *de relato*, anche se non asseverata dalla fonte diretta, il cui esame risulti impossibile, può avere come unico riscontro, [...], altra o altre chiamate di analogo tenore»<sup>186</sup> purché siano rispettate determinate condizioni<sup>187</sup>. Detta impostazione non è esente da critiche in dottrina, tanto che contrapposta alla tesi di chi vi aderisce<sup>188</sup>, c'è quella di chi ritiene che è illogico attribuire la valenza di elemento probatorio ad una fonte legislativamente considerata poco affidabile sulla semplice base di un altro elemento «affetto dallo stesso vizio genetico»<sup>189</sup>. D'altro canto, è il medesimo Codice di Procedura Penale a formulare implicitamente una presunzione relativa di inaffidabilità dei correi, che si accentua soprattutto nei confronti dei cosiddetti collaboratori di giustizia;

---

<sup>182</sup> F.M. IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, in "Cassazione penale", 2004, p. 3452.

<sup>183</sup> V. GREVI, *Le "dichiarazioni rese dal coimputato" nel nuovo codice di procedura penale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", pp. 1175 ss.

<sup>184</sup> V. SABATINI, *Prova (diritto processuale penale e diritto processuale penale militare)*, in "Novissimo digesto italiano" 1967, pp. 302 ss.

<sup>185</sup> I riscontri sono individualizzanti se «pertinenti agli aspetti obiettivi del reato e non anche alla sua attribuzione soggettiva all'indagato» (Cass. pen., sez. V, sentenza n. 21342/2002). Sulla necessità di riscontri individualizzanti cfr. F. ZACCHE', *Riscontri «individualizzanti» nel procedimento cautelare dopo la l. n. 63 del 2001*, in "Cassazione penale", 2004.

<sup>186</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 20804/2013. Sul punto anche P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2021, p. 327: «gli elementi devono essere "esterni" (o "estrinseci") rispetto alla dichiarazione stessa: può trattarsi di una dichiarazione di altre persone (testimoni o imputati) e in tal caso si parla di "riscontri incrociati"».

<sup>187</sup> Dette condizioni impongono che «risulti positivamente effettuata la valutazione della credibilità soggettiva di ciascun dichiarante e dell'attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione [...] siano accertati i rapporti personali fra il dichiarante e la fonte diretta [...]» (Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 39790/2017). Sul punto anche Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 43526/2012; Cass. pen., sez. III, sentenza n. 41853/2015.

<sup>188</sup> V. GREVI, *Le "dichiarazioni rese dal coimputato"*, op. cit., p. 1179, secondo il quale, posto che l'articolo 192 c. 3 cod. proc. pen. richiede "altri" elementi e non "diversi" elementi, si deve intendere una «differenziazione di ordine per così dire quantitativo, non già qualitativo, di tali elementi» rispetto alle dichiarazioni del correo.

<sup>189</sup> G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2007, p. 101.



difatti, se le dichiarazioni del «complice di grave delitto che paleserà i suoi compagni»<sup>190</sup> sono di per sé generalmente dubitabili, è innegabile che lo siano ancor di più se finalizzate all'ottenimento di un beneficio processuale, tanto che è stato affermato che colui che collabora in funzione del perseguimento di un vantaggio altro non è che un corrotto e, quindi, non è credibile<sup>191</sup>. Pur non potendo aderire ad una tesi così schietta e poco fiduciosa nelle capacità di redenzione dell'individuo che svuoterebbe di significato il principio di rieducazione della pena, si deve pur sempre considerare che il pentito è una fonte «impura»<sup>192</sup> di cui va saggiata l'attendibilità con una accortezza maggiore rispetto al semplice coimputato nel medesimo reato, imputato in un procedimento connesso o di un reato collegato.

Ad ogni buon conto, la necessità che le dichiarazioni accusatorie del correo trovino riscontro *ab externo*, configura una deroga al principio del libero convincimento del Giudice<sup>193</sup>, che non intende però neutralizzare la sua libertà decisionale, bensì semplicemente atteggiarsi come un'indicazione metodologica che tratteggi le linee guida da seguire in ambito valutativo<sup>194</sup>. Peraltro, si è affermato in dottrina che le dichiarazioni *de quibus* costituiscono una prova complessa<sup>195</sup>, ragion per cui non si può prescindere da un apprezzamento particolarmente meticoloso da parte degli organi giudicanti ai fini della legalità della prova in questione<sup>196</sup>, sia essa preordinata all'emissione di un provvedimento definitivo o di un'ordinanza cautelare.

---

<sup>190</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in “Le opere di Cesare Beccaria”, a cura di P. VILLARI, Firenze, 1854, p. 32.

<sup>191</sup> A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, in “Tutte le opere di Alessandro Manzoni”, a cura di F. LESCA, Firenze, 1946, p. 797.

<sup>192</sup> V. GREVI, *Le “dichiarazioni rese dal coimputato”*, op. cit., p. 1173 s.

<sup>193</sup> M. BARGIS, G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2020, p. 276.

<sup>194</sup> A. CABIALE, *La chiamata de relato può avere come unico riscontro altre chiamate di analogo tenore: le sezioni unite e l'esaltazione del libero convincimento, una excusatio (in parte) non petita*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2013, p. 1.

<sup>195</sup> D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2006, p. 364.

<sup>196</sup> Sul punto A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, Milano, 2000, p. 305, secondo la quale le norme dettate dell'art. 192 cod. proc. pen. configurerebbero «regole di prova legale».

### 2.2.2. L'irrelevanza delle fonti indiziarie anonime. Le segnalazioni del *whistleblower*

La seconda regola probatoria applicabile al giudizio *de libertate* è rappresentata dall'art. 195 c. 7 cod. proc. pen., preordinato a sancire l'inutilizzabilità della testimonianza «di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame»<sup>197</sup>. Difatti l'omessa individuazione della fonte impedisce di vagliare la credibilità della narrazione, ragion per cui quando il fatto è narrato dal testimone «per sentito dire» da una determinata persona, il Giudice, se ne fa richiesta anche una sola delle parti, è obbligato a disporre la citazione del teste di riferimento: il fatto che l'obbligatorietà della citazione del teste di riferimento sia subordinata alla volontà delle parti, comporta che se queste non si attivano in tal senso, la testimonianza indiretta è utilizzabile<sup>198</sup>. La *ratio* dell'articolo citato è infatti semplicemente quella di consentire il controllo sulla fonte diretta e non anche di determinare l'assoluta inammissibilità della testimonianza *de auditu*<sup>199</sup>, utilizzando a tal fine la fonte "originaria" come strumento di verifica del teste esaminato<sup>200</sup>. Invero, per quanto qui interessa, nell'ambito della valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, l'art. 273 c. 1-bis cod. proc. pen. fa riferimento espressamente al solo comma 7 dell'art. 195 cod. proc. pen.; pertanto pare opportuno concentrarsi sul divieto assoluto di utilizzare la testimonianza *de relato* a fronte del netto rifiuto o dell'impossibilità di indicare il nominativo del teste di riferimento o la fonte da cui si sono apprese le notizie.

Il principio ispiratore di un siffatto divieto parrebbe riscontrarsi non soltanto nella presunzione di inattendibilità di chi ha solo un'esperienza mediata dei fatti<sup>201</sup>, ma anche in un'implicita supposizione in virtù della quale, se fosse concesso non indicare la fonte, potrebbero proliferarsi indisturbate testimonianze plausibilmente false e non adeguatamente contestabili. Difatti, se così non fosse, si determinerebbe una violazione del principio della parità di armi *ex art. 111 Cost.*, perché negare aprioristicamente all'accusato di espletare il regolare contraddittorio, che costituisce la condizione primordiale del giusto processo, si

---

<sup>197</sup> Si tratta del cosiddetto testimone *de relato*, ossia un soggetto che non ha percepito direttamente il fatto oggetto della narrazione ma ne ha contezza per averlo appreso da una terza persona (il teste di riferimento, che sarebbe, quindi, il vero testimone). Cfr. A. GRILLI, *La procedura penale*, 2009, p. 395.

<sup>198</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2021, p. 292.

<sup>199</sup> P. TONINI, *La prova penale*, Milano, 2000, p. 101.

<sup>200</sup> R. G. GRASSIA, *La testimonianza indiretta ed il divieto di deposizione sulle dichiarazioni dell'imputato*, in "Archivio Penale", 2, 2014, p. 7.

<sup>201</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, 1967, p. 294.

tradurrebbe in un pregiudizio ai diritti di difesa.<sup>202</sup> Sostanzialmente il filo conduttore di tale mezzo di prova, proprio perché dovrebbe assurgersi ad «asettica fotografia di un evento»<sup>203</sup>, è costituito dal divieto di testimonianze di provenienza anonima<sup>204</sup>. Coerentemente, si inserisce il tema dell'anonimato dell'informatore nell'ambito dell'istituto del *whistleblowing*<sup>205</sup>, la cui disciplina<sup>206</sup> impone che l'identità del segnalante non può essere rivelata e che è coperta, nel procedimento penale, nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 cod. proc. pen. rubricato «Obbligo del segreto». Di qui la sentenza n. 9047/2018 della Cassazione penale, sesta sezione, con la quale è stato ribadito che il divieto di rivelazione *de quo* opera solo in ambito disciplinare, atteso che in quello processuale-penale «non vi è alcuno spazio per l'anonimato – *rectius*: per il riserbo sulle generalità»; pertanto, il nominativo del segnalante, se indispensabile per la difesa dell'accusato, può essere rivelato. Difatti, la Corte ha asserito che l'identità del *whistleblower*, seppur coperta da segreto, è comunque nota, ragion per cui la sua segnalazione ha natura di vera e propria dichiarazione accusatoria che può integrare i gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 cod. proc. pen. ai fini dell'emissione di un'ordinanza cautelare.

In definitiva, posto che il testimone *de relato* «filtra un'esperienza che non gli è propria»<sup>207</sup>, la sua reticenza in relazione alla fonte da cui ha appreso la notizia è ritenuta dal legislatore inaccettabile e sanzionata con l'inutilizzabilità. Ne consegue che la condizione minima, costituita dall'indicazione della fonte originaria, in difetto della quale il Giudice non può servirsi della testimonianza indiretta<sup>208</sup>, sembra esser espressione del rifiuto categorico di permettere che rimanga in ombra il momento genetico della contezza dei fatti<sup>209</sup>.

---

<sup>202</sup> A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in “Giurisprudenza europea e processo penale italiano” a cura di A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS, Torino, 2008, p. 367.

<sup>203</sup> F. ZAVAGLIA, *In tema di domande suggestive dell'esame testimoniale condotto dal giudice*, in “Archivio penale”, 1, 2013, p. 4.

<sup>204</sup> M. BARGIS, G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2020, p. 279: detto divieto, ex art. 203 cod. proc. pen., si applica anche «alle notizie provenienti dagli informatori confidenziali, dei quali gli organi di polizia e dei servizi di sicurezza non abbiano rivelato i nomi».

<sup>205</sup> Il *whistleblowing* è la procedura, di origine americana, finalizzata «all'emersione dei numerosi illeciti penali inclusi nel novero dei reati presupposto inserito agli artt. 24 e seguenti del decreto n. 231/2001». Così A. BARBIERI, *Whistleblowing e internal investigation: una prospettiva di collaborazione dell'ente*, in “Sistema penale”, 6, 2020, p. 198.

<sup>206</sup> Art. 54-bis c. 3 d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

<sup>207</sup> D. SIRACUSANO, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Elementi di diritto processuale penale*, Milano, 2003, p. 398.

<sup>208</sup> C. CESARI, *Testimonianza indiretta*, in “Enciclopedia del Diritto”, Annali, vol. II, 2008, p. 1139.

<sup>209</sup> A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La «prova per sentito dire». La testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Milano, 2004, p. 369.

### 2.2.3. L'inutilizzabilità delle intercettazioni illegittimamente acquisite

Le regole probatorie alle quali l'art. 273 cod. proc. pen. subordina espressamente la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si esauriscono con la previsione di cui all'art. 271 c.1 cod. proc. pen., finalizzato a sanzionare con l'inutilizzabilità i risultati delle intercettazioni compiute in violazione dei presupposti di ammissibilità di tale mezzo di ricerca della prova o con l'inosservanza delle norme atte a disciplinarne il corretto utilizzo<sup>210</sup>. Un simile rigore è giustificato dal carattere particolarmente insidioso delle intercettazioni che, pur essendo dei mezzi di ricerca della prova, sono certamente atti idonei ad invadere non solo l'intimità dell'indagato/imputato che vi è sottoposto per ragioni processuali, ma anche quella del soggetto che è del tutto estraneo al procedimento penale ma la cui sfera liberal-individuale è comunque chiamata in causa per il solo fatto di conversare con l'intercettato<sup>211</sup>: di qui la qualificazione critica dell'intercettazione quale «“idrovora fonica” che tutto indiscriminatamente inghiotte»<sup>212</sup>. Peraltro, non si può non considerare che le intercettazioni sono strumenti investigativi che si svolgono completamente all'insaputa dei dialoganti a differenza degli altri mezzi di ricerca della prova che consentono all'indagato/imputato di avere una piena consapevolezza del loro espletamento e l'eventuale assistenza del difensore di fiducia<sup>213</sup>; di talché, atteggiandosi quale «terzo orecchio in ascolto»<sup>214</sup>, comportano inevitabilmente l'elusione delle forme prescritte per l'acquisizione di dichiarazioni «consapevoli» che infatti, per essere tali, non possono prescindere «dalla corretta effettuazione degli “avvertimenti” di legge»<sup>215</sup>. Ne consegue un tema assai spinoso, imperniato sul diritto costituzionalmente sancito alla libertà e alla segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni specificatamente sancito dall'art. 15 Cost., ragion per cui sono tracciati dei limiti rigorosi «tra ciò che il progresso scientifico e tecnico sono “abilitati” a fare, in tutti quei casi in cui possano venire in discorso – e quindi in “frizione”

---

<sup>210</sup> N. GALANTINI, *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2018, p.1.

<sup>211</sup> O. MAZZA, *Le nuove intercettazioni*, Milano, 2018, p. 2.

<sup>212</sup> G. GIOSTRA, *Su intercettazioni e segreto una disciplina impraticabile*, in “Il Sole-24 Ore”, 20/12/2017, p. 33.

<sup>213</sup> P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, p. 1. Sul punto anche F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 827, secondo il quale l'unico mezzo che non è «scopertamente diretto alla ricerca della prova» è l'intercettazione.

<sup>214</sup> A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 1.

<sup>215</sup> F.R. DINACCI, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. MAZZA, “Le nuove intercettazioni”, Torino, 2018, p. 27 ss.

– diritti fondamentali»<sup>216</sup>. Difatti, con il precipuo scopo di rafforzare ancor di più l’inviolabilità della libertà personale *lato sensu*, è cristallizzato il diritto di ogni individuo a far sì che il contenuto della comunicazione medesima rimanga inaccessibile a soggetti estranei; il tema è quello della segretezza e della riservatezza, la prima attenendo a ciò che è precluso all’altrui contezza e la seconda a ciò che «pur essendo accessibile [...] non deve essere indiscretamente propalato»<sup>217</sup>. Tuttavia, come ogni diritto, anche quello citato è suscettibile di limitazioni a fronte di esigenze di giustizia purché dette restrizioni aderiscano al dettato costituzionale; di qui la perfetta coerenza dell’art. 271 c.1 cod. proc. pen. con la finalità di espungere dal processo penale prove incostituzionali, *id est* tutte quelle «in contrasto con le garanzie fondamentali della persona o del giudizio, che la Costituzione assicura ad ogni individuo»<sup>218</sup>, tra le quali rientrano indubbiamente le intercettazioni eseguite con l’inosservanza delle disposizioni normative espressamente richiamate dall’art. 271 c.1 cod. proc. pen.<sup>219</sup>. Ne consegue una considerazione dell’art. 15 Cost. quale norma di per sé procedurale che postula l’inutilizzabilità degli atti compiuti con l’inosservanza del dettato costituzionale<sup>220</sup>; difatti le intercettazioni disposte «fuori dei casi consentiti dalla legge»<sup>221</sup> violerebbero il principio della riserva di legge. Quelle eseguite in difetto dei presupposti e delle forme del provvedimento di cui all’art. 268 cod. proc. pen. sarebbero lesive della riserva di giurisdizione. Infine, quelle compiute in violazione di alcune norme in tema di esecuzione delle operazioni, soprattutto se non adeguatamente comprovate dalla

---

<sup>216</sup> A. MACCHIA, *I diritti fondamentali “minacciati”: lo sfondo delle garanzie in Costituzione*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2017, p. 3.

<sup>217</sup> A. DE CUPIS, *Riservatezza e segreto (Diritto a)*, in “Novissimo Digesto Italiano”, vol. XVI, Torino, 1969, p. 120. Sull’estraneità dei soggetti, e quindi sulla necessità che si tratti di altra persona rispetto a quella destinataria in forma diretta o indiretta della comunicazione, L. FILIPPI, *L’intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, p. 9.

<sup>218</sup> L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il conseguente sequestro*, in “Cassazione penale”, 1996, p. 1548. Sul punto anche A. CAMON, *Sulla inutilizzabilità nel processo penale dei tabulati relativi al traffico telefonico degli apparecchi “cellulari”, acquisita dalla polizia senza autorizzazione dell’autorità giudiziaria*, in “Cassazione Penale”, 1996, p. 3721.

<sup>219</sup> *Ex. art. 271 c. 1 cod. proc. pen.* sono inutilizzabili i risultati delle intercettazioni eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o con l’inosservanza delle disposizioni di cui all’art. 267 cod. proc. pen. (che richiede un decreto motivato e l’assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini) e 268 commi 1 e 3 cod. proc. pen. (a norma dei quali le intercettazioni devono essere registrate, deve essere redatto apposito verbale e possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati presso la procura della Repubblica o, al ricorrere di determinati presupposti, per mezzo di impianti di pubblico servizio o in dotazione della polizia giudiziaria).

<sup>220</sup> G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, p. 9. Di opinione opposta C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 154, secondo la quale la Carta costituzionale non è di per sé idonea a imporre divieti processuali, necessitando a tal fine dell’intermediazione della legislazione ordinaria.

<sup>221</sup> Il riferimento è all’art. 266 cod. proc. pen., rubricato «Limiti di ammissibilità».

registrazione e dalla redazione di un verbale, inficerebbero plausibilmente il diritto di difesa, sottraendo l'indagato dalla possibilità di avere piena contezza del materiale probatorio a suo carico. Sebbene la registrazione delle intercettazioni sia stata definita come il paradigma delle garanzie<sup>222</sup>, analoga conclusione non può essere esposta per la trascrizione delle medesime, tanto che la giurisprudenza ha specificato che possono assurgersi ad elemento di prova bastevole per l'emissione di un'ordinanza cautelare le «intercettazioni telefoniche anche se contenute in “brogliacci” ovvero se riportate in forma riassuntiva» dato che tra le ipotesi di inutilizzabilità indicate dal primo comma dell'art. 271 non è contemplata l'omessa trascrizione nella fase delle indagini preliminari<sup>223</sup>. Se da un lato è incontestabile la coerenza della pronuncia giurisprudenziale con la tassatività del dettato codicistico, dall'altro non è dato però comprendere il motivo per il quale il legislatore imponga la trascrizione integrale della registrazione in fase di formazione del fascicolo del dibattimento ma non anche in quella cautelare, posto che il tessuto probatorio del giudizio *de libertate* dovrebbe essere il più possibile onnicomprensivo al fine di evitare che il sacrificio del presunto non colpevole possa tradursi in un'indebita limitazione di libertà «smascherata» nelle successive fasi processuali da diverse interpretazioni dell'intercettazione medesima. Una simile sconsideratezza dell'importanza delle trascrizioni parrebbe riscontrarsi nella convinzione, avallata dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la prova è costituita esclusivamente dal dato fonico, declassando le trascrizioni a mero mezzo di consultazione delle parole registrate<sup>224</sup>; invero, le trascrizioni costituiscono, come affermato anche in dottrina, una mansione delicatissima imperniata su un'attività interpretativa di dettagli di tipo prosodico che dovrebbe essere svolta con una particolare accortezza e competenza al fine di rendere la «trasformazione del “parlato” in “scritto”»<sup>225</sup> fedele alla verità.<sup>226</sup>

Ad ogni buon conto, l'art. 271 proc. pen. si pone in un rapporto di specialità rispetto all'art. 191 cod. proc. pen. che, comminando l'inutilizzabilità di tutte le prove che violano divieti stabiliti dalla legge, attribuisce all'interprete il compito di rintracciare e ricostruire tutte le

---

<sup>222</sup> A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, 2011, pp. 149 ss.

<sup>223</sup> Cass. pen., sez. II, sentenza 39326/2011.

<sup>224</sup> Cass. pen. sez. VI, sentenza n. 26355/2019; Cass. pen., sez. I, sentenza n. 452/2018.

<sup>225</sup> P. BELLUCCI, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Torino, 2002, p. 65.

<sup>226</sup> A. PAOLONI, D. ZAVATTARO, *Intercettazioni telefoniche e ambientali*, Torino, 2007, p. 138. A titolo esemplificativo si può citare il noto processo “Infinito”, imperniato sul reato di scambio elettorale politico mafioso di cui all'art. 416-ter cod. pen., all'esito del quale è emersa l'erroneità della trascrizione di un'intercettazione che aveva trasformato le parole «ho contato i voti» in «ho comprato i voti».

relative ipotesi di inutilizzabilità<sup>227</sup>. In aggiunta, l'articolo citato pare essere concretizzazione esplicita di una serie di principi costituzionali improntati al giusto processo e finalizzati a realizzare un meticoloso bilanciamento degli interessi in gioco ogniqualvolta si utilizzi un captatore informatico, rendendo la prova acquisita in violazione di alcuni precisi obblighi dell'autorità procedente geneticamente viziata e sottraendola, quindi, ad ogni utilizzo da parte del Giudice<sup>228</sup>; per tale ragione si definisce l'inutilizzabilità quale sanzione-vizio che esclude qualsiasi tipo di sanatoria e di rinnovazione<sup>229</sup>, assurgendosi a «dimensione assiologica che tutela gli interessi fondamentali che l'ordinamento eleva a parametri di legalità del metodo probatorio»<sup>230</sup>. Invero, se si premette che lo scopo di accertamento della verità perseguito dal procedimento penale può subire dei compromessi se ciò è imprescindibile per la tutela di alcuni diritti primari dell'individuo<sup>231</sup>, ne consegue che è innegabilmente legittimo l'interrogativo posto da autorevole dottrina in merito alla possibilità di non sanzionare con l'inutilizzabilità le prove acquisite *contra legem* ma *in favor rei*<sup>232</sup>. Difatti sarebbe contraddittorio affermare che la disciplina dell'inutilizzabilità è posta a tutela dei diritti fondamentali, tra i quali rientra certamente anche il diritto dell'imputato a non subire limitazioni della propria libertà ingiustamente, e contestualmente ammettere l'esclusione dal processo di una prova a lui favorevole soltanto perché assunta in violazione di divieti di legge. Di qui la questione del se tale inutilizzabilità vada ampliata anche rispetto alle prove *in favor rei*, atteso che il Giudice non può assolutamente tralasciare un elemento di giudizio vantaggioso per la difesa<sup>233</sup>. Si tratta di un quesito piuttosto spinoso la cui risoluzione dipende dalla funzione che si intende attribuire alla sanzione *de qua*; se la si considera come norma posta a tutela della correttezza dell'accertamento, allora si deve accogliere la tesi di chi ritiene che l'inutilizzabilità operi indistintamente sia per le prove a

---

<sup>227</sup> A. SCHELLA, *Prove penali ed inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, p. 145.

<sup>228</sup> P. TONINI, *Profili generali del procedimento penale*, Milano, 2011, p. 200. La sanzione prevista non colpisce l'atto in sé, che dal punto di vista formale rimane valido; essa colpisce, invece, il suo valore probatorio nel suo aspetto sostanziale, poiché l'inutilizzabilità impedisce ad esso di produrre il suo effetto principale, che è quello di essere posto a base di una decisione. Sul punto anche

<sup>229</sup> V. GREVI, *Libro III, Prove*, in G. CONSO, V. GREVI, "Profili del nuovo codice di procedura penale", Padova, 1990, p. 156; M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in "Giurisprudenza Penale", 1991, 3, p. 650.

<sup>230</sup> F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, p. 41.

<sup>231</sup> G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari, 2020, p. 15.

<sup>232</sup> F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale.*, op. cit., p. 6; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 704.

<sup>233</sup> G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2018, p. 195; Cass. pen, sez. III, sentenza n. 266792/2015; Cass. pen, sez. VI, sentenza n. 271974/2017.

carico che per quelle a scarico dell'incolpato<sup>234</sup>. Se invece la si considera come garanzia a presidio del singolo, assumendo per vero che le regole probatorie devono tendere anche ad un miglior risultato conoscitivo<sup>235</sup>, allora non pare irragionevole asserire che l'utilizzo in *bonam partem* è assolutamente lecito, non solo perché consente di evitare una decisione ingiusta, ma anche perché è logico presumere l'esistenza di un implicito consenso dell'imputato alla «utilizzabilità *pro se*»<sup>236</sup> nonostante la violazione di divieti probatori. Sostanzialmente l'utilizzabilità *in utilibus* è espressione di una «istanza di giustizia sostanziale»<sup>237</sup> assolutamente imprescindibile per la realizzazione del corretto bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti nel procedimento penale.

Il netto rifiuto di ogni «dato conoscitivo conseguito con una condotta difforme da quelle direttive»<sup>238</sup> è peraltro consolidato da un'inutilizzabilità rafforzata, posto che non solo è fatto divieto al Giudice di servirsi dei risultati di intercettazioni compiute *contra legem*, ma è anche espressamente previsto un rimedio di «neutralizzazione probatoria» e «igiene processuale»<sup>239</sup> che impone l'obbligo della distruzione della documentazione a queste inerente, salvo che costituisca corpo del reato<sup>240</sup>. Ne deriva una consapevolezza da parte del legislatore in merito all'insidiosità delle intercettazioni, testimoniata soprattutto dalla previsione di cui al comma primo dell'art. 267 cod. proc. pen., in virtù del quale queste possono essere disposte solo quando assolutamente necessarie per la prosecuzione delle indagini, ragion per cui non sono consentite quando altri strumenti investigativi, plausibilmente meno invasivi, consentono ugualmente l'acquisizione delle prove<sup>241</sup>. In definitiva si tratta di uno strumento di indagine penale che, traducendosi in una limitazione della segretezza<sup>242</sup>, è contornato da rigide cautele preordinate ad emarginare dal compendio probatorio tutti quegli elementi acquisiti in violazione dell'intangibilità dei valori costituzionali.

---

<sup>234</sup> A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, p. 225; A. CABIALE, *I limiti alla prova penale*, Torino, 2000, p. 45.

<sup>235</sup> F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit., p. 3, L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1996, p. 240.

<sup>236</sup> C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit., p. 329.

<sup>237</sup> N. GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, in "Digesto delle discipline penalistiche", vol. XV, Torino, 1999, cit. 359

<sup>238</sup> F. CORDERO, *Prove illecite*, in "Tre studi sulle prove penali", Milano, 1963, p. 154.

<sup>239</sup> M. PISANI, *Appunti sul titolo I, libro III, del progetto di nuovo codice di procedura penale*, in "Prospettive del nuovo processo penale", a cura di A.M. STILE, Napoli, 1978, p. 165

<sup>240</sup> Art. 268 c. 3 cod. proc. pen.

<sup>241</sup> G. SPANGHER, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in "Archivio penale", 1994, p. 7.

<sup>242</sup> C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, 2007, p. 162.



### 2.3 Le esigenze cautelari

L'art. 13 Cost., pur essendo il «referente fondamentale»<sup>243</sup> dei provvedimenti incidenti sulla libertà personale, pecca indubbiamente di indeterminatezza quanto alla «fisionomia funzionale»<sup>244</sup> delle misure cautelari personali. Difatti la Carta costituzionale si esime dal compiere un'opera esplicativa delle legittime finalità del potere cautelare, sicché il «vuoto dei fini»<sup>245</sup> già menzionato, che deve essere riempito facendo riferimento alle fonti costituzionali in materia di libertà personale<sup>246</sup>, è adeguatamente colmato in tale direzione dal Codice di Procedura Penale, che definisce gli scopi di impiego delle cautele in questione. L'art. 274 cod. proc. pen., per l'applicazione di una restrizione *ante iudicium*, sancisce la necessità dell'esistenza, accanto al *fumus commissi delicti*, del *periculum libertatis*, ossia il rischio che il soggetto interessato possa arrecare un pregiudizio all'accertamento dei fatti o alla collettività, compromettendo l'effettività della tutela giurisdizionale. I rischi che lo strumento cautelare intende eludere sono articolati in una struttura triadica che, distinguendo tra finalità probatorie, situazioni di cautela finale e di prevenzione, individua, rispettivamente: il pericolo di inquinamento probatorio, il pericolo di fuga e il pericolo di recidiva o che siano commessi determinati reati<sup>247</sup>. La tassatività delle esigenze meritevoli di tutela è preordinata ad escludere che il giudizio inerente alla sussistenza dei *pericula libertatis* possa essere contaminato da valutazioni estranee a quelle connesse specificamente, appunto, alle finalità cautelari summenzionate<sup>248</sup>, ponendo un freno alle derive giustizialiste *in itinere iudicii* che potrebbero distorcere il vero scopo dello strumento cautelare<sup>249</sup>.

Dal dettato testuale dell'articolo citato emergono due requisiti finalizzati a limitare la discrezionalità del Giudice nel procedimento valutativo in merito alla sussistenza delle

---

<sup>243</sup> Corte cost., sentenza n. 57/2013.

<sup>244</sup> C. CALLARI, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari. Il fine giustifica i mezzi?*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2012, p. 2.

<sup>245</sup> Sulla scarsa meticolosità costituzionale in tema di finalità cautelari, cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, pp. 33 ss; 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, pp. 861 ss.

<sup>246</sup> G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. III, Milano, 2008, p. 64.

<sup>247</sup> D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2006, p. 426. Sulla funzione delle cautele personali anche P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pp. 18 ss.

<sup>248</sup> P. BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2015.

<sup>249</sup> G. ILLUMINATI, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2015, p. 1.

esigenze *de qua*: la concretezza e l'attualità del pericolo che la cautela è preordinata a scongiurare.<sup>250</sup>

Premettendo che l'attualità e la concretezza delle esigenze cautelari non devono essere confuse con l'attualità e la concretezza delle condotte delittuose<sup>251</sup>, ne consegue che il Giudice, ai fini di legittimità dispositiva di una cautela personale, ha il dovere di accertare la ricorrenza dell'assoluta imprescindibilità di adozione di una delle cautele in questione.<sup>252</sup> Nel merito, la concretezza dell'esigenza cautelare deve riferirsi principalmente ad una dimensione probatoria del pericolo, attribuendo rilevanza, dunque, a quei soli rischi cautelari di cui ne sia provata l'esistenza<sup>253</sup>; l'attualità, invece, deve riferirsi ad un'esigenza che si dispiega, appunto, «nell'attualità della situazione procedimentale»<sup>254</sup>, concernendo quindi l'aspetto temporale di una delle tre esigenze che si ritiene possano essere di prossima realizzazione<sup>255</sup>.

La precisione semantica del legislatore che specifica la necessità di un pericolo non solo concreto ma anche attuale è stata necessaria per superare l'errore che considerava come endiadi i due presupposti; difatti ben può verificarsi che ci siano pericoli attuali ma non anche, al contempo, concreti e viceversa<sup>256</sup>. Il legislatore, pertanto, con la legge n. 47 del 2015, allineando le connotazioni delle esigenze cautelari<sup>257</sup>, ha rifiutato nettamente quell'impostazione che considerava i due requisiti della concretezza e dell'attualità come sinonimi sulla base della convinzione che un pericolo concreto non può che essere anche attuale; dunque è stata respinta la tesi propensa a qualificare l'attualità come conseguenza

---

<sup>250</sup> P. CARRETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, p. 283.

<sup>251</sup> Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 9676/2022.

<sup>252</sup> Cass. pen., sez. VI, sentenza dell'11 maggio 1995, in "Rivista Penale", 1996, p. 648: più precisamente, sul Giudice incombe il dovere accertare che «ricorrono quelle situazioni che definiscono l'esigenza imprescindibile di adottare la cautela di natura coercitiva personale».

<sup>253</sup> V. AIUTI, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in "Legislazione penale", 2015.

<sup>254</sup> A. SCALFATI, A. BERNASCONI, A. DE CARO, A. FURGIUELE, M. MENNA, C. PANSINI, N. TRIGGIANI, C. VALENTINI, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 2017, p. 334.

<sup>255</sup> P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 17, secondo il quale l'attualità del pericolo deve essere intesa alla stregua di «urgenza» e «celerità».

<sup>256</sup> Sul punto G. GIOSTRA, *Per una migliore disciplina della custodia cautelare*, in "Diritto Penale e Processuale", 1995, pp. 304 ss.

<sup>257</sup> Difatti la necessità che si trattasse di un pericolo concreto e contestualmente attuale era originariamente prevista per la sola lettera a dell'art. 274 cod. proc. pen. relativa al pericolo di inquinamento probatorio; gli artt. 1 e 2 della legge n. 47 del 2015 hanno uniformato la disciplina cautelare, aggiungendo l'attualità del pericolo alla concretezza anche per le lettere b e c dell'art. 274 cod. proc. pen., relative al pericolo di fuga e di commissione di determinati delitti.

naturale della concretezza<sup>258</sup>, «non risolvendosi il giudizio di concretezza in quello dell'attualità e viceversa»<sup>259</sup>.

È *ius receptum*, quindi, che «le spie di pericolosità»<sup>260</sup> sulla base delle quali il Giudice deve valutare l'esistenza del pericolo devono essere attuali e concrete; difatti l'aggettivazione dei *pericula libertatis* è preordinata ad evitare un'eccessiva discrezionalità da parte degli organi giudicanti al fine di bilanciare adeguatamente la salvaguardia della libertà personale con la necessità della sicurezza sociale. Per tale ragione, con il precipuo intento di rafforzare ancor di più le garanzie costituzionali e la tassatività delle finalità cautelari, è sancita, a seconda dell'esigenza presa in considerazione, l'impossibilità di desumere gli attributi della concretezza e dell'attualità dal rifiuto della persona sottoposta ad indagini o imputata di rendere dichiarazioni o dalla mancata ammissione degli addebiti, oppure dalla mera gravità del titolo di reato per cui si procede. Quanto al primo profilo, l'intento del legislatore sembra piuttosto palese: la *ratio* è quella di assicurare al principio del *nemo tenetur se detegere* un'effettiva concretizzazione, scongiurando peraltro il rischio che l'adozione di una cautela personale possa assurgersi a strumento *ad eruendam veritatem*. Difatti lo scopo delle misure cautelari personali non è quello di anticipare in fase cautelare l'assunzione del tessuto probatorio, ma semplicemente quello di neutralizzare uno dei pericoli di cui all'art. 274 cod. proc. pen. Relativamente al secondo profilo, un eventuale automatismo di obbligatorietà di adozione di una cautela personale fondato solamente sulla natura o sulla gravità dell'imputazione, non può assolutamente avere «diritto di cittadinanza in un sistema processuale schiettamente garantista»<sup>261</sup>, posto che la restrizione anticipata della libertà personale dell'individuo, che è qualificata dall'art. 13 Cost. come «inviolabile», è legittima solo ed esclusivamente se finalizzata a tutelare altrettanti interessi di natura costituzionale che si ritiene possano subire un pregiudizio<sup>262</sup>. La supposizione di esistenza di un'esigenza cautelare, se conseguisse spontaneamente alla semplice assunzione della posizione di indagato/imputato, non solo si tradurrebbe in una palese lesione del principio di non

---

<sup>258</sup> E. CAMPOLI, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, 2015, p. 306.

<sup>259</sup> Cass. pen., sez. III, sentenza n. 43113/2015. In particolare, «si tratta di concetti distinti legati l'uno (la concretezza) alla capacità a delinquere del reo, l'altro (l'attualità) alla presenza di occasioni prossime al reato».

<sup>260</sup> M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Torino, 2015, p. 768.

<sup>261</sup> O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione di innocenza)*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2010, p. 2. Sul rifiuto di un qualsiasi automatismo tra gravità del reato e conseguente necessità di applicazione di una cautela personale, anche F. M. IACOVELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, pp. 642 ss.

<sup>262</sup> D. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, vol. I, 2011, p. 416.

colpevolezza, ma attribuirebbe anche agli organi giudicanti un illimitato potere di servirsi delle cautele personali nell'ambito di una vicenda, quella cautelare, che per converso richiede uno scrupoloso giudizio data la sua incisività nella sfera liberal-individuale del presunto innocente. Di qui il dibattito dottrinale in merito all'adeguatezza della sola custodia preventiva che postula una presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari nelle ipotesi disciplinate dall'art. 275 c.3 cod. proc. pen., di cui si tratterà nel prosieguo.

Stante quindi il difficile equilibrio tra le ragioni dell'Autorità e quelle dell'accusato che da sempre connota il giudizio *de libertate*, al fine di stigmatizzare la frequenza con la quale si fa ricorso alle cautele personali<sup>263</sup>, grava sul Giudice un preciso onere motivazionale che gli impone di valutare autonomamente e separatamente l'attualità e la concretezza dell'esigenza cautelare con un approccio argomentativo improntato ad un criterio logico e convincente; difatti la motivazione dell'ordinanza cautelare costituisce «la garanzia delle garanzie»<sup>264</sup> per consentire al destinatario della cautela personale di comprendere le ragioni sottostanti alla limitazione della sua libertà personale. Peraltro, con una evidente logica garantista dell'inviolabilità della libertà personale quale fondamento di un ordinamento liberal-democratico, all'art. 277 cod. proc. pen. è espressamente prevista la salvaguardia dei diritti della persona assoggettata ad una cautela personale il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto. Ne deriva che anche in fase di esecuzione di una cautela personale l'esercizio dei diritti costituzionalmente sanciti costituisce la regola e la loro restrizione non può che atteggiarsi quale semplice eccezione; difatti il pericolo di fuga, di inquinamento probatorio o di commissione di determinati delitti, per quanto costituiscano delle situazioni meritevoli di tutela per fini processuali o di cautela finale, non possono in alcun modo comportare la *capitis deminutio* dei diritti fondamentali dell'individuo, soprattutto se non contrastano con le esigenze cautelari in questione.

Premesso ciò, l'art. 274 cod. proc. pen. contempla tre esigenze diverse ciascuna delle quali è di per sé bastevole all'emissione di un'ordinanza cautelare: i presupposti in virtù dei quali il Giudice può procedere alla restrizione della libertà personale sono da considerarsi alternativamente e non cumulativamente, posto che anche il ricorrere di uno solo di questi legittima la valutazione del *periculum libertatis*.

---

<sup>263</sup> L. GIULIANI, *La riforma delle misure cautelari*, Torino, 2015, p. 340.

<sup>264</sup> A. CAMON, *Le intercettazioni sul processo penale*, Milano, 1996, p. 110.

### 2.3.1. Il pericolo di inquinamento probatorio

La prima delle finalità cautelari individuate dall'art. 274 cod. proc. pen. concerne l'applicazione di una misura cautelare ogniqualvolta si palesa la necessità di tutelare il compendio probatorio dal rischio di inquinamento del medesimo che potrebbe derivare dallo stato di libertà di cui gode l'indagato o l'imputato. Pare opportuno precisare che il rischio in questione può riferirsi indistintamente alla fase delle indagini preliminari o a quella del dibattimento<sup>265</sup>, ragion per cui è coniugato sia in termini investigativi che probatori; difatti il termine "prova" deve essere inteso come semplice «dato conoscitivo»<sup>266</sup> prescindendo dal momento del procedimento penale in cui sorge l'esigenza cautelare. Per tale ragione, autorevole dottrina ha affermato che la disposizione di cui all'art. 274, primo comma, lettera a) è costituita da due segmenti aventi una sostanziale unitarietà<sup>267</sup>. In particolare, richiedendo che sussistano specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini, l'applicazione di una cautela personale sembrerebbe essere finalizzata a salvaguardare il materiale probatorio scongiurando il rischio che siano attuati comportamenti diretti ad abolire le fonti o gli elementi già esistenti oppure a precludere che ne siano acquisiti di nuovi. E poi, invocando la necessità di una situazione di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, l'ordinanza cautelare assolverebbe alla funzione di mantenere indenne il patrimonio di contezza probatoria del Giudice da eventuali macchinazioni manipolatorie.<sup>268</sup> Posto che la necessità di tutelare il compendio probatorio sussiste innegabilmente in ogni fase del procedimento penale, l'applicazione di una cautela personale fondata sul pericolo di inquinamento *de quo* non avrebbe limiti se considerata esclusivamente in relazione al completamento delle acquisizioni probatorie.<sup>269</sup> Per tale ragione, considerato che l'esigenza cautelare di cui alla lettera a) dell'art. 274 cod. proc. pen. è preordinata al soddisfacimento di finalità prettamente processuali, l'art. 292 c. 2 lettera d) impone al Giudice che dispone

---

<sup>265</sup> L. UGUCCIONI., *Regole applicative generali delle misure cautelari personali*, in "Libertà e cautele nel processo penale", M. CHIAVARIO, E. MARZADURI, Torino, 1996, p. 18.

<sup>266</sup> A. DE CARO, *Le misure cautelari. Presupposti e criteri applicativi*, in "Trattato di procedura penale", a cura di G. SPANGHER, vol. II, tomo II, Torino, 2008, p. 65.

<sup>267</sup> A. DE CARO, *Le misure cautelari*, op. cit., p. 63.

<sup>268</sup> A. DE CARO, *Le misure cautelari*, op. cit., p. 63.

<sup>269</sup> R. ANGELETTI, *Il processo indiziario, Indizio, sospetto e congettura al vaglio della giurisprudenza di legittimità*, Torino, 2021, p. 103. Sul punto anche la recente sentenza n. 3135/2023, con cui la Suprema Corte ha espressamente affermato che la «necessità di salvaguardare la genuinità probatoria non si esaurisce con la chiusura delle indagini preliminari, soprattutto allorché il concreto pericolo di inquinamento sia stato ravvisato anche nella protezione delle fonti dichiarative».

l'ordinanza applicativa della misura cautelare sulla base del *periculum libertatis* in questione, la fissazione della data di scadenza della misura in relazione alle indagini da compiere<sup>270</sup>. Ciò implica, in primo luogo, che il Pubblico Ministero deve dimostrare l'imprescindibilità di svolgere determinate indagini in vista di obiettivi determinati che potrebbero essere compromessi dall'indagato/imputato in stato di libertà, non essendo però necessario che indichi i dettagliati atti investigativi che presume dover espletare<sup>271</sup>. A tal riguardo pare opportuno precisare che gli obiettivi investigativi cui la pubblica accusa può ancorare la sussistenza del pericolo in questione, non possono in alcun modo essere costituiti dalla necessità di compiere determinati atti che richiedono l'imprescindibile presenza dell'indagato/imputato, atteso che per il soddisfacimento di detta esigenza è previsto lo strumento dell'accompagnamento coattivo<sup>272</sup>. In secondo luogo, l'obbligo di fissare una data di scadenza del provvedimento cautelare improntato sul pericolo di inquinamento probatorio, implica che il Giudice deve determinare la durata della cautela in relazione al tempo ritenuto strettamente indispensabile per svolgere le indagini scongiurando il paventato pregiudizio. Sostanzialmente il legislatore ha inteso evitare che la prospettazione di un generico pericolo di inquinamento probatorio desunto dal mero fatto che l'attività d'indagine sia *in itinere*, così come l'altrettanto generico interesse ad eliminare prove a proprio carico (minimo comun denominatore, peraltro, di qualsiasi indagato in quanto tale), possano determinare di per sé l'applicazione di una cautela personale. Per converso, è necessario che sia dimostrata concretamente ed in termini attuali, secondo la regola dell'*id quod plerumque accidit*, la possibilità che il soggetto interessato agisca al fine di inquinare il tessuto probatorio, nonché l'idoneità del provvedimento cautelare a schivare tale rischio<sup>273</sup>, ragion per cui l'omessa indicazione delle circostanze di fatto dalle quali si desume il concreto e attuale pericolo di inquinamento probatorio è sanzionata con nullità rilevabile anche d'ufficio.

---

<sup>270</sup> Pare opportuno specificare che la fissazione del termine in questione consente proroghe a norma dell'art. 301 c. 2-ter cod. proc. pen., solo però a seguito di una valutazione delle ragioni che hanno impedito il compimento delle indagini e previo interrogatorio dell'imputato.

<sup>271</sup> Cass. pen., sez. VI, 11 settembre 1997, in "Rivista Penale", 1998, p. 815.

<sup>272</sup> M. BARGIS, G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2020, p. 338.

<sup>273</sup> Cass. pen., sez. V, sentenza del 26 settembre 2002, in "Guida al diritto", 2002, 48, p. 83; Cass. pen., sez. V, sentenza n. 5821/2018; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 1460/1995. Peraltro, al fine di limitare il potere discrezionale del Giudice, è fatto divieto di ritenere sussistenti le inderogabili esigenze attinenti all'indagine sulla semplice base della lunghezza o della complessità delle medesime.

Sulla base delle considerazioni sin qui esposte, ne consegue che il rifugio in stereotipi che non siano adeguatamente dimostrativi della idoneità dell'accusato di turbare il processo formativo della prova deve condurre ad un intervento *pro libertate*.<sup>274</sup> Nel merito, la capacità dell'indagato/imputato di manomettere il compendio probatorio non può essere desunta dal mero rifiuto di rendere dichiarazioni o di ammettere l'addebito in quanto detti comportamenti attengono esclusivamente a scelte difensive. A tal proposito, non si può non considerare un dato di natura storica: il divieto di individuare il concreto e attuale pericolo di inquinamento probatorio dal mero silenzio dell'indagato/imputato è stato introdotto con la legge n. 332 del 1995<sup>275</sup>, temporalmente vicina alla famigerata inchiesta «Mani pulite» del 1992 che postulava un *modus operandi* inquisitorio *ad eruendam veritatem*. Difatti costituiva prassi consolidata nella vicenda in questione l'adozione e la minaccia della carcerazione preventiva al fine di ottenere dichiarazioni da parte dei cosiddetti «colletti bianchi», approfittando della cagionevolezza e dell'estraneità di detti soggetti ad un luogo angusto quale è il carcere.<sup>276</sup> Per tale motivo la dottrina ha qualificato la disposizione *de qua* come una sorta di «norma-manifesto»<sup>277</sup> la cui ragione è direttamente radicata nelle garanzie costituzionali.<sup>278</sup> L'intento è quello di evitare che la cautela persona si assurga a «tortura giudiziaria», scongiurando quindi un possibile uso strumentale della medesima che sia finalizzato ad estorcere una confessione<sup>279</sup>; peraltro è la medesima Relazione al Progetto preliminare del nuovo Codice di Procedura Penale ad escludere tassativamente che gli strumenti cautelari possano essere utilizzati per stimolare una condotta collaborativa dell'imputato in merito alla formazione del materiale probatorio.

---

<sup>274</sup> P. CORSO, *Le misure cautelari*, in “Manuale di procedura penale”, A. GAITO, G. SPANGHER, O. DOMINONI, P. CORSO, L. FILIPPI, M.N. GALANTINI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, 2017, p. 367.

<sup>275</sup> Anche se autorevole dottrina ritiene che, indipendentemente dalla L. 332/1995, la disposizione di cui all'ultimo periodo del comma secondo dell'art. 274 lettera a) cod. proc. pen. si sarebbe dovuta ricavare implicitamente ed esplicitamente dall'art. 14 c. 3 lettera g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici; P. TONINI, C. CONTI, *Manuale del processo penale*, Milano, 2021, p. 461.

<sup>276</sup> G. LAMI, *Omnis tenetur se detegere, L'abolizione del diritto al silenzio nelle indagini su affari e politica*, in “Cassazione penale”, 1995, p. 2437.

<sup>277</sup> G. GIOSTRA, *sub art. 9*, in “Modifiche al codice di procedura penale”, Padova, 1995, p. 305.

<sup>278</sup> P. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, 1994, p. 225.

<sup>279</sup> P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1954, p. 4.

### 2.3.2. Pericolo di fuga

La seconda delle esigenze cautelari che può giustificare l'adozione di una cautela personale è rappresentata dal pericolo di fuga menzionato dalla lettera b) dell'art. 274 cod. proc. pen., a norma della quale l'intervento cautelare è giustificato quando «l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto e attuale pericolo che egli si dia alla fuga». La *ratio* di tale previsione è imperniata su una duplice necessità: non solo quella di evitare che l'indagato/imputato possa illegittimamente sottrarsi all'esecuzione della pena nell'eventualità in cui sia disposta nei suoi confronti una sentenza di condanna<sup>280</sup>, ma anche quella di elidere il rischio che possa esimersi dal compimento di specifici atti istruttori per la cui esecuzione sia indispensabile la sua presenza<sup>281</sup>. Invero, indipendentemente dal fatto che si tratti di una fuga già compiuta o di cui si presume l'imminente attuazione, la lettera b) dell'art. 274 cod. proc. pen. subordina la possibilità di ricorrere a tale esigenza cautelare unicamente nell'eventualità in cui Giudice, chiamato a pronunciarsi sulla richiesta della misura, preveda, all'esito del giudizio di merito, l'applicazione di una pena superiore ai due anni di reclusione<sup>282</sup>. La ragione di tale limite di pena non sembra trovare spiegazione in alcuna disposizione normativa, ragion per cui autorevole dottrina ritiene che l'entità presumibile della sanzione irrogabile rappresenti di fatto un limite in sé<sup>283</sup>; difatti tentare di collegare tale soglia di pena al termine previsto per la sospensione condizionale apparirebbe piuttosto fuorviante, posto che non può individuarsi nessuna norma che disponga in tal senso a differenza, invece, di quanto espressamente previsto dal comma secondo *bis* dell'art. 275 cod. proc. pen. che sancisce il divieto di applicazione della custodia in carcere o degli arresti domiciliari se il Giudice ritiene che all'esito della condanna possa essere disposta la sospensione condizionale della pena. Tuttavia, sul punto, la Suprema Corte ha asserito che tra la previsione dei due anni di reclusione per l'esigenza cautelare del pericolo di fuga di cui all'art. 274 lettera b) cod. proc. pen. e il divieto di cui all'art. 275 c. 2 *bis*, sussista una relazione di tipo «implicativo» in virtù della quale ogniquale volta è disposto il divieto anzidetto, allora conseguentemente non potrà neppure applicarsi una cautela personale fondata sull'esigenza cautelare *de qua*.<sup>284</sup>

---

<sup>280</sup> M. CHIAVARIO, *sub art. 274*, in "Commentario Chiavario", III, Torino, 1990, p. 51.

<sup>281</sup> A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, op. cit., p. 68.

<sup>282</sup> Nel computo del giudizio predittivo in ordine all'entità della pena, il Giudice deve tener conto dell'eventuale configurabilità di cause di giustificazione o di non punibilità, oppure di cause di estinzione del reato o della pena; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 248030/2010.

<sup>283</sup> S. FURFARO., *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, op. cit., p. 63.

<sup>284</sup> Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 204456/1995.



Ad ogni buon conto, dal dettato testuale dell'articolo citato emergono due ipotesi alternative che consentono l'esercizio del potere cautelare. La prima riguarda quelle situazioni già accertate in cui la fuga si sia già compiuta<sup>285</sup>, di talché la restrizione di libertà personale è giustificata dal concreto verificarsi della fattispecie prescritta dalla norma<sup>286</sup>. Risulta invece maggiormente complessa la seconda delle due ipotesi considerate dalla norma, atteso che si riferisce alla sussistenza di un concreto e attuale pericolo che l'imputato possa darsi alla fuga postulando, quindi, un ragionamento predittivo in ordine a futuri e ipotetici comportamenti del soggetto interessato. Per tale ragione, con il precipuo intento di scongiurare un ricorso abusivo allo strumento cautelare ancorando le ragioni giustificatrici a mere formule di stile e generiche presunzioni, la giurisprudenza ha concentrato la propria attività esegetica sulle circostanze che devono ricorrere affinché il pericolo di fuga possa considerarsi corredato del requisito della concretezza e dell'attualità. Il percorso ermeneutico della Suprema Corte può essere sintetizzato come segue: è necessaria l'esistenza di occasioni prossime favorevoli alla fuga desunta da concreti elementi dai quali emerge la reale ed effettiva preparazione alla fuga medesima, non essendo quindi possibile ricavare tale intenzione esclusivamente da condotte prodromiche come, per esempio, l'acquisto di un biglietto per l'estero<sup>287</sup>.

In aggiunta, si deve precisare che il pericolo in esame non può rigorosamente essere desunto dalla sola gravità del titolo di reato per cui si procede in quanto un simile automatismo, in difetto di un quadro esplicativo corroborativo, postulerebbe un pericolo *in re ipsa*<sup>288</sup> che è invece rigorosamente escluso dall'ultimo periodo della lettera b) dell'art. 274 cod. proc. pen.; difatti l'adozione di una cautela personale è di per sé aprioristicamente circoscritta ai soli reati «gravi», richiedendo la normativa codicistica che il fatto per cui si procede sia punito con l'ergastolo o con la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni, ragion per cui consentire al Giudice di disporre una misura coercitiva o interdittiva sulla esclusiva base di tale elemento legittimerebbe un'espansione illimitata dello strumento cautelare.

---

<sup>285</sup> A. DE CARO., *Presupposti e criteri applicativi*, in "Trattato di procedura penale", a cura di G. SPANGHER, vol. II, tomo II, Torino, 2008, p. 68.

<sup>286</sup> S. FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in "Le misure cautelari personali", G. SPANGHER, C. SANTORIELLO, Torino, 2009, p. 63.

<sup>287</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 34537/2011: il ragionamento predittivo da cui desumere il pericolo di fuga deve essere condotto «con riferimento ad elementi e circostanze attinenti al soggetto [...] (personalità, tendenza a delinquere e a sottrarsi ai rigori della legge, pregresso comportamento, abitudini di vita, frequentazioni, natura delle imputazioni, entità della pena presumibile o concretamente inflitta)». Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 231330/2005; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 29998/2006; Cass. pen., sez. VI, sentenza 232065/2006; Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 29998/2006; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 232065/2005.

<sup>288</sup> C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, Torino, 2000, p. 90.

### 2.3.3. Il pericolo di recidiva o che siano commessi ulteriori delitti

L'ultima delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 attiene al pericolo che l'indagato e/o imputato, ove non assoggettato ad alcuna misura, possa commettere «gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale, ovvero delitti di criminalità organizzata», od ancora delitti «della stessa specie di quello per cui si procede». Questo terzo *periculum libertatis* è quello che ha destato più perplessità e dato adito a molteplici questioni controverse, posto che non si può non considerare che si tratta di una finalità cautelare di prevenzione speciale<sup>289</sup> preordinata a tutelare la sicurezza della collettività dalla possibile reiterazione delle medesime fattispecie criminose o dalla eventuale commissione di altri gravi reati. Le ragioni di carattere social-preventivo sottese al pericolo *de quo* fanno emergere infatti la palese estraneità dell'esigenza cautelare in esame rispetto a quelle strettamente processuali di cui sono espressione il pericolo di inquinamento probatorio e il pericolo di fuga. Per tale motivo alcuni Autori, in considerazione del fatto che le cautele personali dovrebbero essere esclusivamente connesse alla logica del processo<sup>290</sup>, ritengono che la finalità di prevenzione speciale, che caratterizza l'istituto della pena, dovrebbe restare circoscritta rigorosamente e tassativamente a quest'ultima<sup>291</sup>; difatti, se è vero che *in itinere iudicii* l'indagato/imputato è presunto non colpevole, appare contraddittorio, se non addirittura incostituzionale, ritenere che questo possa commettere altri gravi reati e soprattutto delitti della medesima specie quando ancora non vi è certezza, quantomeno processuale, del fatto che abbia commesso quello oggetto di giudizio. Sebbene sul punto il Giudice delle leggi abbia respinto ogni dubbio di costituzionalità della norma in esame<sup>292</sup>, ritenere l'imputato o addirittura l'indagato socialmente pericoloso pare un

---

<sup>289</sup> G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in "Scritti in onore di Costantino Martati (Aspetti e tendenze del diritto costituzionale)", Milano, 1977, III, pp. 1097 ss.; P. CORSO, *Le misure cautelari*, in O. DOMINONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, N. GALANTINI, L. FILIPPI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, "Procedura penale", 2021, p. 382, il quale considera la misura cautelare adottata sulla base di tale esigenza come di natura «sostanziale» poiché non è finalizzata al soddisfacimento di esigenze processuali, ragion per cui piega un istituto processuale «a fini di natura sostanziale quali la prevenzione dei reati».

<sup>290</sup> V. GREVI, *Libertà personale e Costituzione*, Milano, 1976, p. 41, il quale asserisce, in particolare, l'esigenza di uno «specifico coordinamento funzionale della carcerazione preventiva [...] alle necessità ed agli scopi» del processo.

<sup>291</sup> G. SPANGHER, A. MARANDOLA., G. GARUTI, L. KALB, *Procedura penale, Teoria e pratica del processo*, vol. II, 2015, pp. 18 ss.; E. MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in "Digesto delle discipline penalistiche", VIII, Torino, 1992, p. 71.

<sup>292</sup> Corte cost., sentenza n. 1/1980; difatti è stato precisato che la tutela della collettività è un bene di pari rango alla libertà personale, ragion per cui questa può essere legittimamente sacrificata a fronte di necessità di salvaguardia della sicurezza comune.

ossimoro<sup>293</sup> perché non solo una simile considerazione è manifestamente in contrasto con il principio di non colpevolezza, ma anche perché implica una sorta di recidiva presunta lasciata all'*arbitrium iudicis*<sup>294</sup>. È indubbio che la difesa sociale sia «una componente ontologicamente necessaria in ogni società organizzata»<sup>295</sup>, ma è altrettanto incontestabile che piegare il procedimento cautelare a strumento di garanzia della sicurezza e della serenità del vivere civile collettivo comporta la trasformazione della cautela personale in uno strumento che dissimula la finalità tipica della pena o quantomeno delle misure di sicurezza<sup>296</sup>, anticipando quindi ad una fase embrionale del procedimento penale la sanzione prevista dalla norma incriminatrice la cui legittimità, invero, è subordinata l'accertamento della responsabilità penale del soggetto. Difatti un'interpretazione rigorosa del dettato costituzionale conduce inevitabilmente a dover rifiutare qualsiasi giudizio di pericolosità che postuli la colpevolezza dell'indagato/imputato<sup>297</sup>, per favorire piuttosto l'assunzione di una concezione del procedimento penale quale «giardino inviolato, deputato esclusivamente alla verifica della responsabilità per un fatto penalmente rilevante, senza essere gravato da fini impropri di difesa della società»<sup>298</sup>. Se è vero che la logica inquisitoria del processo penale improntata sulla tutela della collettività e sulla concezione dell'imputato quale «nemico da schiacciare a tutti i costi»<sup>299</sup> è stata ripudiata in favore di una logica accusatoria, imperniata per converso sulla difesa dell'imputato<sup>300</sup>, ne consegue l'assoluta coerenza della questione di legittimità costituzionale della disposizione codicistica in commento. Difatti i dubbi di

---

<sup>293</sup> O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione di innocenza)*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2010, p.1, in cui l'Autore ragiona su una «*contradictio in adiecto* irriducibile alle regole del giusto processo».

<sup>294</sup> A. MANNA, *Pericolo di reiterazione dei reati e recidiva “presunta”, tra persona fisica e giuridica*, in “Diritto di Difesa”, 2, 2022, p. 328; difatti il giudice e, prima ancora, il pubblico ministero, devono formulare una sorta di presunzione, seppur relativa, di commissione futura di particolari categorie di reato.

<sup>295</sup> F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in “Politica criminale e scienza del diritto penale”, Bologna, 1997, p. 74-75.

<sup>296</sup> G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in “Giustizia penale”, 1978, p. 24; C. STOPPIONI, *I requisiti di attualità e concretezza nel pericolo di commissione dei delitti*, in “Diritto penale e processo”, 5, 2018, pp. 655 ss. Sul punto anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 265/2010, in cui è asserto che le restrizioni *ante iudicium* devono assolutamente assumere «connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena».

<sup>297</sup> C. FANUELE, *La libertà personale*, in F. R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, p. 224.

<sup>298</sup> O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione di innocenza)*, op. cit., p. 2

<sup>299</sup> G. ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in “Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale”, 1978, p. 919 ss.

<sup>300</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 448 ss., secondo il quale infatti la tutela della collettività è la principale esigenza che caratterizza un sistema processuale di impronta inquisitoria che si contrappone, infatti, a quella dei sistemi accusatori preordinati alla difesa dell'imputato.

costituzionalità al riguardo sono ancora al centro dell'attenzione, tanto che la necessità di porre un freno alle derive giustizialiste *ante iudicium* ancorate a detto *periculum libertatis* ha consentito l'indizione del recente referendum popolare, ad opera del Decreto del Presidente della Repubblica del 6 aprile 2022, finalizzato all'abrogazione dell'art. 274 c. 1 lettera c) cod. proc. pen. limitatamente alle parole «o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'art. 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195 e successive modificazioni». Sebbene la scarsa affluenza di votanti non abbia permesso il raggiungimento del *quorum* partecipativo per la validità del referendum, tuttavia il quesito referendario ha comunque trovato una maggioranza favorevole, dimostrando come le tematiche sin qui esposte siano tuttora estremamente attuali.

Pur essendo rimasto invariato il dettato codicistico, al fine di scongiurare il rischio che l'esigenza cautelare di cui alla lettera c) dell'art. 274 cod. proc. pen. possa legittimare richiami troppo generici alla pericolosità sociale dell'indagato/imputato svuotando di significato il principio di non colpevolezza di cui all'art. 27 c. 2 Cost., è comunque previsto un criterio valutativo che subordina l'adozione di una cautela personale fondata sull'esigenza *de qua* ad un pericolo concreto e attuale desunto da una disamina dettagliata delle specifiche modalità e circostanze del fatto, nonché della personalità del soggetto interessato<sup>301</sup>. Pertanto, sono due gli elementi da tenere in considerazione ai fini del giudizio pronostico circa la sussistenza di una *reiteratio criminis* attuale e concreta: «specifiche modalità e circostanze del fatto» e «personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato». Relativamente al giudizio in merito alle specifiche modalità e circostanze del fatto, questo deve essere condotto esclusivamente con riferimento al fatto-reato per il quale si procede<sup>302</sup>; la valutazione in merito alla personalità dell'indagato/imputato, invece, deve essere eseguita

---

<sup>301</sup> M. BARGIS, G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2021, p. 339.

<sup>302</sup> Pare opportuno precisare che la mera distanza temporale dai fatti non preclude aprioristicamente l'applicazione di una misura cautelare, accentuando semplicemente gli oneri motivazionali del Giudice. Cfr. Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 24865/2015; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 27865/2009. Sul punto anche L. GIORDANO, A. PAGLIANO, *Ancora travagliate le vicende delle misure cautelari malgrado le modifiche normative*, in "Rivista Processo Penale e Giustizia", 2, 2016, p. 116 ss.

sulla scorta dei suoi eventuali precedenti penali e dei suoi comportamenti e atti concreti.<sup>303</sup> Dal dettato testuale dell'art. 274 c. 1 lettera c) cod. proc. pen. emerge quindi la necessità di una valutazione congiunta e non alternativa dell'elemento di natura oggettiva e di quello di carattere soggettivo; tuttavia, una parte della giurisprudenza di legittimità considera il *modus operandi* un elemento significativo per valutare la personalità dell'agente, ragion per cui ritiene possibile ricostruire la personalità criminale del soggetto anche sulla base delle modalità e delle circostanze del fatto<sup>304</sup>. Invero, una simile impostazione appare azzardata posto che, se si pone mente al fatto che l'attualità e la concretezza del pericolo non possono essere desunti esclusivamente dalla sola gravità del titolo di reato per cui si procede, consentire al Giudice di valutare negativamente la personalità dell'indagato/imputato sulla semplice base delle modalità e delle circostanze del fatto si tradurrebbe, in sostanza, in una consacrazione di presunzioni surrettizie il cui ripudio, invece, è stato tassativamente sancito ad opera della legge n. 47 del 2015. Difatti si deve rammentare che quella cautelare è una fase del procedimento penale piuttosto delicata che, proprio perché fondata sul dogma della credibilità razionale e non su quello della certezza processuale, dovrebbe tendere a valorizzare il principio di prevalenza della libertà personale sulla restrizione, rifiutando a tal fine qualsiasi scorciatoia dimostrativa che eluda, di fatto, una valutazione rigorosa.

Le ragioni sottese all'esigenza cautelare di cui all'art. 274 c. 1 lettera c) cod. proc. pen. sembrano essere espressione di una consapevolezza del legislatore in merito all'inidoneità della pena inflitta all'esito del processo ad assolvere contemporaneamente alla sua funzione retributiva e special-preventiva<sup>305</sup>, soprattutto se si considerano i tempi che mediamente intercorrono tra la commissione del fatto e la pronuncia della sentenza; detto fatto, però, non pare idoneo a giustificare la trasmigrazione delle finalità di prevenzione speciale in fase cautelare anche perché, pur non potendo negare l'imprescindibilità di una tutela della collettività, non è agevole comprendere «se e attraverso quali forme la Costituzione italiana abbia inteso legittimarla»<sup>306</sup> nel contesto processuale-penale.

---

<sup>303</sup> Cass. pen., sez. III, sentenza del 3 dicembre 2003, in *Guida al diritto*, 2004, 17, p. 94. I comportamenti o atti concreti possono riferirsi sia alla condotta nella quale si è sostanziato il fatto di reato contestato, sia alla condotta antecedente o successiva a quella costituente reato. Cfr. Cass. pen., sez. II, sentenza n. 55216/2018, in cui è asserito che quando il delitto, per l'indagato/imputato, rappresenta un *modus vivendi*, non è necessario, ai fini della disposizione di un'ordinanza cautelare, accertare che si presentino occasioni per delinquere, essendo sufficiente una valutazione pronostica su elementi concreti.

<sup>304</sup> Cass. pen., sez. IV, sentenza del 28 marzo 2013, in *Guida al diritto*, 2013, 22, p. 79.

<sup>305</sup> R. GAROFOLI., *Manuale di diritto penale*, 2017/2018, pp. 1330-1333. n

<sup>306</sup> F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in "Politica criminale e scienza del diritto penale", Bologna, 1997, pp. 74 ss.

2.3.3.1. Il delitto di atti persecutori e la specificità del provvedimento ex art. 282-ter cod. proc. pen. quale contemperamento tra le esigenze di tutela della vittima e il minor sacrificio della persona sottoposta alle indagini: Cass. pen., sez. un., 29/4/2021 n. 3905

L'azione cautelare nell'ambito dei reati a matrice persecutoria si esplica principalmente tramite l'adozione del provvedimento di cui all'art. 282-ter cod. proc. pen., rubricato «Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa». Difatti il progressivo allontanamento da un assetto «imputato-centrico»<sup>307</sup> e la contestuale affermazione della vittima in ambito processuale-penale, hanno portato all'introduzione, con il d.l. 23 febbraio 2009 n. 11, della misura cautelare in questione che, sebbene sia indubbiamente imperniata sul delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-bis cod. pen.<sup>308</sup>, non per questo è esclusivamente delimitata al delitto citato, godendo per converso di una portata applicativa di carattere generale<sup>309</sup>. Nonostante ciò, l'esigenza cautelare che il provvedimento *de quo* è finalizzato a soddisfare sembra essere esclusivamente quella contemplata dall'art. 274 c. 1 lettera c cod. proc. pen.: evitare la commissione di delitti della medesima specie e quindi, plausibilmente, la reiterazione del reato, tanto che in dottrina si equipara il divieto di avvicinamento ad una norma «vittimologicamente determinata»<sup>310</sup>. Trattandosi quindi di una fattispecie processuale prettamente preordinata alla tutela della persona offesa, gli interessi meritevoli di bilanciamento sono la libertà morale del soggetto passivo<sup>311</sup> e la libertà di movimento del destinatario della cautela; difatti la «rigida equazione vittima-vulnerabile e imputato-pericoloso»<sup>312</sup>, che caratterizza specialmente i procedimenti penali per *stalking*, deve trovare una moderazione sul piano applicativo della cautela di cui all'art. 282-ter cod. proc. pen., al fine di evitare di evitare un'eccessiva restrizione della libertà dell'accusato che

---

<sup>307</sup> L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in "Diritto penale e processo", 2016, p. 845.

<sup>308</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 3905/2021: «è indubbio che l'art. 282-ter cod. proc. pen. contempla una misura cautelare legata da "un rapporto privilegiato" con il delitto di atti persecutori». Infatti, non si può non considerare che il delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-bis cod. pen. e la cautela personale del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa di cui all'art. 282-ter cod. proc. pen., sono stati introdotti dal medesimo d.l. n. 11/2009.

<sup>309</sup> A. GARGANI, *Premessa*, in "Legislazione penale", 2009, p. 426; V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Milano, 2018, p. 283.

<sup>310</sup> P. BRONZO, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*, in "Cassazione penale", 2012, p. 3472.

<sup>311</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2013 p. 227.

<sup>312</sup> P. PAULESU, *Vittima di reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti e tutele)*, in M. BARGIS (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 131.

si traduca in una violazione del principio di non colpevolezza.<sup>313</sup> Peraltro, è necessaria un'attenzione particolare in merito alla valutazione degli elementi probatori<sup>314</sup> perché non si può non considerare che quando si procede per il delitto di atti persecutori la principale fonte di prova è proprio la persona offesa, la cui testimonianza è di per sé debole in considerazione del suo interesse all'esito del processo<sup>315</sup>. Di qui l'esigenza di ponderare meticolosamente i diversi interessi coinvolti, avendo l'accortezza di non tramutare arbitrariamente il provvedimento di cui all'art. 282-ter cod. proc. pen., giustamente preposto a favore della vittima, in uno strumento che si assurga ad una sproporzionata invasione nella sfera liberal-individuale di un presunto innocente. Detta esigenza è stata assolta in ambito giurisprudenziale con la sentenza della Corte di Cassazione n. 3905/2021 che, sulla base della considerazione secondo cui il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima è una disposizione normativa caratterizzata da «descrizioni alquanto sfumate»<sup>316</sup>, è giunta ad affermare la necessità di un'ordinanza cautelare adeguatamente specificativa in ordine ai luoghi la cui frequentazione è negata al destinatario. Difatti, pur essendo incontrovertibile che il provvedimento in questione incida positivamente sui diritti di libertà dell'accusato fornendo al Giudice una cautela alternativa alla custodia detentiva<sup>317</sup>, non si può negare che un divieto generale e non dettagliatamente precisato di avvicinamento sia tendenzialmente in conflitto con il principio costituzionale di legalità che domina le limitazioni della libertà personale<sup>318</sup>. Se si pone mente al dato testuale dell'art. 282-ter c. 1 cod. proc. pen., emerge che il Giudice, per delineare uno schermo di protezione in favore della vittima, può optare tra tre soluzioni: vietare all'accusato di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, imporgli di mantenere una determinata distanza da tali luoghi oppure intimargli semplicemente di non avvicinarsi alla persona offesa. Sulla base di ciò, la sentenza n. 3905/2021 della Cassazione ha statuito che se il Giudice dispone il mero obbligo di mantenersi a distanza dalla persona offesa, non è tenuto,

---

<sup>313</sup> Sul punto P. PAULESU, *Vittima di reato e processo penale*, op. cit., in cui l'Autore asserisce che l'idea di una pericolosità a prescindere dell'incolpato è contraria al principio di non colpevolezza, non potendosi ricavare «presuntivamente pericoli [...] dalla mera presenza nel processo di persone deboli».

<sup>314</sup> S. FURFARO, *Rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in "Archivio penale", 2014, p. 3.

<sup>315</sup> G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, 2015, p. 76.

<sup>316</sup> F. MORELLI, *Commento all'art. 9 d.l. 23.2.2009 n. 11*, in "Legislazione penale", 2009 p. 501.

<sup>317</sup> L. CARACENI, *Misure cautelari pro victima e diritti di libertà dell'accusato, a proposito di una convivenza faticosa*, in "Archivio della nuova procedura penale", 2017, p. 255.

<sup>318</sup> D. NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima*, in "Giurisprudenza italiana", 2012, p. 469.

per ovvie ragioni, ad indicare dettagliatamente i relativi luoghi, con la conseguenza che i confini posti alla libertà dell'imputato si permeano sulla vittima, che diventa quindi un «bersaglio protettivo mobile»<sup>319</sup> idoneo a definire, con i suoi spostamenti, l'entità della restrizione nei confronti del destinatario della cautela *de qua*<sup>320</sup>. Se invece il Giudice intende applicare il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa o l'obbligo di mantenere da questi luoghi una determinata distanza, anche cumulativamente, il minor sacrificio della persona sottoposta alle indagini non può prescindere da un'indicazione specifica di quali siano i posti in questione.<sup>321</sup> Se si considera poi che il secondo comma dell'art. 282-*ter* cod. proc. pen. consente di ampliare i divieti suddetti anche in favore dei prossimi congiunti della persona offesa, di persone con questa conviventi o comunque legate da una relazione affettiva, e dei luoghi da queste abitualmente frequentati, è solo tipizzando la misura cautelare che si scongiura il rischio che l'accusato subisca una limitazione indefinita e indeterminata della propria libertà. In aggiunta, «quando la frequentazione dei luoghi di cui ai commi 1 e 2 sia necessaria per motivi di lavoro ovvero per esigenze abitative, il giudice prescrive le relative modalità e può imporre limitazioni»<sup>322</sup>; emerge quindi una disposizione espressamente finalizzata ad una ponderazione tra le esigenze di protezione della vittima con quelle proprie dell'accusato<sup>323</sup>, escludendo la possibilità di sancire l'assoluta elisione del diritto a dimorare in un determinato luogo o di lavorarvi che, in fase cautelare, si tradurrebbe in un'eccessiva limitazione<sup>324</sup>.

*Rebus sic stantibus*, la cautela di cui all'art. 282-*ter* cod. proc. pen. deve essere plasmata secondo «il concreto rischio del caso concreto»<sup>325</sup> al fine non solo di tutelare la persona offesa, ma anche di permettere al destinatario di conoscere quali sono i confini della sua libertà di movimento; è solo così che si può conferire alle pretese giuridiche confliggenti un adeguato bilanciamento.

---

<sup>319</sup> V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima*, op. cit., p. 295.

<sup>320</sup> F. MORELLI, *Commento all'art. 9*, op. cit., p. 502.

<sup>321</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 3905/2021. La sentenza citata ha infatti risolto il contrasto giurisprudenziale tra due orientamenti contrapposti. Secondo il primo, accolto dal Supremo Collegio, è necessario determinare specificatamente i luoghi oggetto del divieto di avvicinamento (Cfr. Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 26819/2011, Cass. pen., sez. III, sentenza n. 1629/2015); secondo l'altro indirizzo giurisprudenziale, invece, sarebbe legittimo anche il provvedimento generico (Cfr. Cass. pen., sez. V, sentenza n. 28677/2016, Cass. pen., sez. III, sentenza n. 19180/2018).

<sup>322</sup> Art. 282-*ter* c. 4 cod. proc. pen.

<sup>323</sup> L. BONGIORNO, *Il divieto di avvicinamento alla persona offesa tra esigenze di protezione della vittima e tutela delle garanzie di libertà dell'accusato: il punto di equilibrio individuato dalle Sezioni Unite*, in "Sistema penale", 3, 2022, p. 105.

<sup>324</sup> Sul punto anche Cass. pen., sez. V, sentenza n. 3240/2020.

<sup>325</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 3905/2021.



## CAPITOLO 3

### I CRITERI DI SCELTA DELLE MISURE CAUTELARI PERSONALI

#### 3.1. Il dogma dell'adeguatezza

Se si considera che «il diritto processuale [...] costituisce un apparato normativo che ha la funzione di limitare e non di estendere il potere di chi lo esercita»<sup>326</sup>, allora ne deriva l'assoluta coerenza, nel panorama cautelare, di tracciare delle linee guida per la giurisdizione, cui è attribuito un ruolo da protagonista nel delicato compito di mediazione tra interessi costituzionali confliggenti. Difatti ci si deve guardar bene «dal mitizzare la legalità così come dal far assumere un valore incondizionatamente positivo alla discrezionalità [del Giudice]»<sup>327</sup>, anche perché la disorganicità del sistema cautelare ha generato un «arcipelago»<sup>328</sup> normativo il cui coordinamento con i principi costituzionali non è sempre agevolmente individuabile. Di qui la necessità di garantire che l'*arbitrium iudicis* sia esercitato in perfetta coerenza con la ponderazione tra i diritti del singolo e le ragioni dello Stato, rendendo l'applicazione di una misura cautelare il frutto di una «ragione situata»<sup>329</sup>, *id est* una ragione che rifiuti qualsiasi generalizzazione e automatismo per aderire, per converso, ad una logica ragionata che trovi il suo fondamento nel caso concreto. Il fine è quello di rendere il provvedimento cautelare rispettoso dell'inviolabilità della libertà personale di cui all'art. 13 Cost.<sup>330</sup>, contenendo all'uopo le restrizioni dei diritti di libertà «nei limiti indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari nel caso concreto»<sup>331</sup>. Per tale ragione, l'art. 275 cod. proc. pen., disciplinando i criteri di scelta delle misure cautelari, realizza «una nitida [...] codificazione della teoria dei tre gradini»<sup>332</sup> imperniata sul rispetto

---

<sup>326</sup> F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, p. 4.

<sup>327</sup> E. AMODIO, *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1974, p. 374.

<sup>328</sup> E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in "Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali", Milano, 2014, p. 16.

<sup>329</sup> L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, p. 369

<sup>330</sup> P. CORSO, *Le misure cautelari*, in "Manuale di procedura penale", op. cit., p. 369.

<sup>331</sup> Corte cost., sentenza n. 299/2005.

<sup>332</sup> E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in "Giurisprudenza di merito", 2010, p. 448.

di tre principi: adeguatezza, proporzionalità e gradualità. Ne consegue che il potere giurisdizionale è vincolato a limiti formali e sostanziali, sicché non solo il Giudice non può applicare di una misura cautelare più grave di quella richiesta dal Pubblico Ministero ma deve anche conformarsi, nella scelta della singola cautela personale da disporre, alle disposizioni di cui all'articolo citato, che sono infatti espressione di un sistema imperniato sulla concretizzazione dei principi costituzionali<sup>333</sup>. È questo il motivo per il quale i canoni di adeguatezza, proporzionalità e gradualità si integrano vicendevolmente, atteggiandosi quali veri e propri criteri di giudizio dai quali l'organo giudicante non può prescindere<sup>334</sup>.

Il primo criterio di scelta enunciato dall'art. 275 c. 1 cod. proc. pen. richiede una valutazione in merito alla «specifica idoneità di ciascuna [misura] in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto»; si introduce quindi il dogma dell'adeguatezza che, imponendo l'assoluta imprescindibilità di una corrispondenza funzionale tra la cautela che si intende adottare e il pericolo che si vuole scongiurare, implica la necessità di individuare (ed "individualizzare") la misura più idonea<sup>335</sup> nonché l'obbligo di scegliere, tra le misure cautelari potenzialmente idonee a fronteggiare il *periculum libertatis*, quella meno gravosa per l'indagato/imputato<sup>336</sup>. Si tratta di un sistema finalizzato ad escludere che vi possano essere meccanismi automatici di applicazione delle misure cautelari che prescindano da un'attenta analisi della situazione concreta, ragion per cui la necessità di un trattamento cautelare "individualizzante" è rafforzata dalla previsione di cui all'art. 292 c. 2 cod. proc. pen., che subordina la legittimità dell'ordinanza cautelare ad un preciso e minuzioso obbligo motivazionale, così da evitare «ipotesi a tavolino o teoremi accusatori senza prove»<sup>337</sup>. Difatti il Giudice dovrà dar conto dell'idoneità della cautela adottata a soddisfare il *periculum libertatis*, non solo per palesare al soggetto la ragione per la quale si sia imposto un sacrificio alla sua libertà personale<sup>338</sup>, ma soprattutto perché la valutazione giudiziale «si sottrae al controllo di legittimità solo se sorretta da adeguata motivazione immune da vizi logici»<sup>339</sup>.

---

<sup>333</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 462.

<sup>334</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *Custodia cautelare, presupposti, vicende, estinzione*, in "Digesto delle discipline penalistiche", Torino, 2009, p. 296; P. CORSO, *Le misure cautelari*, in "Procedura penale", Torino, 2018, p. 350.

<sup>335</sup> P. TONINI., *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 436.

<sup>336</sup> V. GREVI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, p. 298.

<sup>337</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 381-382.

<sup>338</sup> E. MARZADURI., *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, op. cit., p. 73.

<sup>339</sup> Cass. pen., sez. IV, sentenza del 19 novembre 2004, in *Guida al diritto*, 2005, fasc. 15, p. 101.

Si deve rammentare che i capisaldi della materia cautelare sono rappresentati dal principio di inviolabilità della libertà personale e da quello di non colpevolezza; dunque, se si assume per vero che l'art. 13 Cost. costituisce «non la fine, ma l'avvio di un'indagine esegetica volta ad individuare norme ulteriori, [...] che [...] (lo) presuppongono logicamente»<sup>340</sup>, allora l'art. 27 c. 2 Cost. fornisce il necessario supporto affinché l'intervento giurisdizionale *de libertate* aderisca al dettato costituzionale<sup>341</sup>. È proprio in ragione del principio di non colpevolezza e del suo corollario del minor sacrificio necessario che l'impianto normativo in materia è modellato su una pluralità graduata di misure che incidono, con differente intensità, sulla libertà personale. Di talché la custodia cautelare in carcere deve inderogabilmente atteggiarsi quale *extrema ratio* applicabile solo quando le altre misure cautelari, seppur disposte cumulativamente, non risultano idonee a soddisfare le esigenze del caso di specie. L'attribuzione alla custodia carceraria di un ruolo residuale costituisce la specificazione più autentica del principio di adeguatezza<sup>342</sup>, improntato a rendere più flessibile l'apparato cautelare così da impedire un «*retour de flamme* rigoristico»<sup>343</sup> che postula un indebito ricorso alla misura cautelare più afflittiva. Sempre nell'ottica di relegare la custodia cautelare rimedio residuale e di circoscriverla a quei soli casi di stretta necessità, il legislatore prescrive altre applicazioni del principio di adeguatezza, dettando una sorta di «presunzione di non necessità»<sup>344</sup> della misura carceraria nei confronti di particolari categorie di soggetti<sup>345</sup>, salvo che sussistano esigenze cautelari «di eccezionale rilevanza»<sup>346</sup>. Da quanto sin qui esposto ne consegue l'assoluta imprescindibilità di rendere lo strumento cautelare che si presume dover adottare «suscettibile di conseguire lo scopo perseguito»<sup>347</sup> con il minor sacrificio necessario per il presunto innocente.

---

<sup>340</sup> G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 360.

<sup>341</sup> V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 22.

<sup>342</sup> G. CONSO, G. ILLUMINATI, *sub. art. 275 c.p.p.*, in «Commentario breve al codice di procedura penale», Milano, 2014.

<sup>343</sup> F. CORDERO, *sub art. 275*, in «Codice di procedura penale commentato», Torino, 1992, p. 324.

<sup>344</sup> M. BARGIS, G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2021, p. 346.

<sup>345</sup> Il riferimento è ai commi 4 e 4-bis dell'art. 275 cod. proc. pen., che vietano l'applicazione della custodia cautelare in carcere, ad esempio, alla donna incinta o alla persona che ha superato i settanta anni di età.

<sup>346</sup> Con tale intendendo circostanze che «devono far riferimento ad un pericolo non comune rilevabile da fatti concreti e non possono essere desunte semplicemente dalla gravità del titolo di reato»; sul punto Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 223870/2003.

<sup>347</sup> E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, op. cit., p. 448.

3.1.1. Profili di salvaguardia dei diritti della persona sottoposta a misure cautelari. La Raccomandazione C (2022) 8987 della Commissione europea sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione

Rammentando che la pretesa negativa del singolo a non subire interventi sproporzionati sulla propria sfera di autonomia è più forte di quella positiva vantata dai consociati alla protezione nei confronti dell'individuo lasciato libero<sup>348</sup>, ne consegue che ogniqualvolta vi sia l'esigenza di procedere ad una restrizione della libertà, vi è la contestuale e assoluta necessità di bilanciare adeguatamente i diversi interessi costituzionali coinvolti.

*In itinere iudicii*, ex art. 277 cod. proc. pen., «le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto». Detta norma costituisce la concretizzazione di un assetto costituzionale imperniato sulla tutela della libertà dell'individuo e sulla regola del sacrificio minimo<sup>349</sup>, ragion per cui la necessità che siano salvaguardati i diritti, soprattutto di coloro che sono costituzionalmente presunti non colpevoli, rappresenta un canone di civiltà giuridica imprescindibile. Peraltro, se si considera che tra le cautele personali rientra anche la custodia carceraria, l'esigenza di fornire uno scudo protettivo a tutti quei diritti che non siano incompatibili con le esigenze del caso concreto, assume una valenza ancor più rilevante. Invero, indipendentemente dal fatto che la restrizione inframuraria sia disposta con un'ordinanza cautelare o con una sentenza di condanna, il trattamento penitenziario riservato al ristretto è univoco: non solo l'esecuzione della cautela personale carceraria o della pena detentiva «deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona»<sup>350</sup>, ma il detenuto conserva la piena titolarità di tutti i suoi diritti che può esercitare in compatibilità con il suo *status detentionis*<sup>351</sup>. Dunque, alla base dell'intero sistema penitenziario, si pone la necessità di garantire il rispetto della «umanità» e «dignità» di tutti i detenuti.

---

<sup>348</sup> M. KUMM., A. D. WALLEN., *Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing*, in *Proportionality and the Rule of Law*, New York, 2014, p. 82.

<sup>349</sup> In questi termini, E. MARZADURI, *Misure cautelari personali*, in "Digesto delle discipline penalistiche", Torino, 1994, p. 74.

<sup>350</sup> Art. 1 c. 1 L. 354/1975, rubricato «Trattamento e rieducazione». Il medesimo articolo, con un'evidente considerazione della presunzione di innocenza, sancisce anche che «il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio per cui essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva».

<sup>351</sup> M. C. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001, p. 17.

Ciò premesso, non si può sottacere certamente il fatto che il sovraffollamento delle carceri italiane, che si risolve in un trattamento inumano e degradante, deriva anche dal numero straordinariamente elevato dei detenuti in stato di custodia cautelare, nonostante i ripetuti inviti rivolti alla magistratura italiana a rendere la carcerazione cautelare un rimedio residuale<sup>352</sup>. Il fatto che i detenuti in attesa di giudizio rappresentino un numero notevole all'interno della popolazione carceraria<sup>353</sup>, è espressione di un sistema processuale che considera la custodia cautelare in carcere alla stregua di uno strumento normale, tollerato in quanto necessario per garantire il “superiore” interesse della collettività, trascurando però il fatto che una simile impostazione rinnega la naturale separazione tra pena e trattamento restrittivo *ante iudicium*.

Di qui la Raccomandazione C (2022) 8987 della Commissione europea sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione dell'8 dicembre 2022<sup>354</sup>, che, pur non essendo legislativamente vincolante, suggerisce agli Stati membri linee d'azione sull'impiego della custodia cautelare, incentivando altresì un miglioramento delle condizioni detentive. La ragione sottostante all'adozione di tale documento risiede nella constatazione circa il divario esistente tra i principi individuati dalle legislazioni interne e le prassi effettivamente attuate; di talché l'inviolabilità della libertà personale e la relegazione della custodia carceraria ad *extrema ratio*, hanno indotto la Commissione ad agire al fine non solo di armonizzare le norme in materia di detenzione all'interno dei confini europei, ma anche di arginare il fenomeno del sovraffollamento carcerario derivante da un ricorso abusivo allo strumento cautelare carcerario.

---

<sup>352</sup> Sul punto, di particolare rilevanza è la nota sentenza Corte Europea dei diritti dell'uomo dell'8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, con cui l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 3 CEDU, ritenendo la Corte di Strasburgo il sovraffollamento carcerario un trattamento inumano e degradante. Peraltro, rilevando che il 40% dei detenuti fosse in attesa di giudizio, la Corte ha asserito l'inosservanza dell'Italia in merito alle Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. 22 del 1999 e n. 13 del 2006, con le quali si invitava a fare ricorso il più largamente possibile alle misure alternative alla detenzione. Sul punto anche la dottrina italiana ha avviato un vivace dibattito inerente proprio all'uso distorto che nel corso degli anni si è fatto della custodia cautelare in carcere. Cfr., tra gli altri, G. ILLUMINATI, *Ripartire dalla costituzione*, in *Tavola rotonda sulla disciplina delle misure cautelari personali*, in “Legislazione penale”, 2006, pp. 376 ss.; E. MARZADURI, *Note di sintesi*, in *Tavola rotonda sulla disciplina delle misure cautelari personali*, in “Legislazione penale”, 2006, pp. 394 ss.

<sup>353</sup> Secondo l'aggiornamento del Ministero della Giustizia al 31 maggio 2023, su un totale di 57.230 detenuti, 8119 (circa il 15%) sono in attesa del primo giudizio. Peraltro, la capienza regolamentare degli istituti complessivamente considerati, è di 51.153 detenuti; ne consegue un *surplus* di 6077 persone.

<sup>354</sup> In dottrina G. FILOCAMO, *Custodia cautelare in carcere e condizioni materiali di detenzione: una raccomandazione della Commissione europea, 300 casi di rigetto o ritardo del MAE, tra il 2016 e il 2019, per il rischio della violazione di diritti fondamentali*, in “Sistema penale”, 1, 2023.

Come si legge nell'ampio Preambolo, l'obiettivo è quello di «promuovere il rispetto della dignità umana, il diritto alla libertà, il diritto alla vita familiare, i diritti del minore, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la presunzione di innocenza e i diritti della difesa».

Le indicazioni in merito alla custodia cautelare in carcere possono essere così sintetizzate: nell'ottica di adottare «una presunzione a favore della liberazione», la carcerazione preventiva deve essere emarginata in favore di strumenti cautelari alternativi, consentendone l'applicazione solo se strettamente necessario e solo se vi è un «sospetto ragionevole». Nonostante ciò, in ipotesi di applicazione della custodia carceraria, stante l'imprescindibilità degli strumenti cautelari di maggior rigore, si raccomanda un riesame periodico in merito alla permanenza delle ragioni poste alla base dell'adozione, l'audizione dell'indagato o dell'imputato, la predisposizione di mezzi di ricorso efficaci e una durata ragionevole della cautela *de qua*.

Con riferimento invece alle condizioni detentive, la Commissione suggerisce agli Stati di garantire che ciascun detenuto possa disporre di almeno sei metri quadrati nelle celle singole e di almeno quattro metri quadrati nelle celle collettive, prediligendo peraltro la struttura detentiva più vicina al luogo di abitazione o ad altri luoghi funzionali al percorso riabilitativo del soggetto ristretto. Raccomanda inoltre il rispetto degli standard concernenti la qualità del vitto, tenendo all'uopo in considerazione l'età, le condizioni di salute, il lavoro svolto dal soggetto e le sue inclinazioni religiose e culturali. Richiede poi agli Stati l'adozione di tutte le misure che dovessero rivelarsi indispensabili per garantire la sicurezza dei reclusi, soprattutto con riferimento a determinate categorie di persone detenute come, ad esempio, le donne, le persone straniere, i minori e i giovani adulti.

L'art. 277 cod. proc. pen. e la Raccomandazione menzionata sono pertanto finalizzati ad evitare una degradazione del potere cautelare, stigmatizzando la possibilità che la misura assuma carattere vessatorio; peraltro, rafforzando in ambito codicistico e a livello comunitario il generale principio in virtù del quale le libertà sono riconosciute ai consociati «a titolo originario»<sup>355</sup>, assolvono alla funzione di scongiurare il rischio che i sottoposti ad una cautela personale, soprattutto se detenuti, possano subire una *capitis deminutio* dei propri diritti.

---

<sup>355</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Lezioni*, Padova, 1991, p. 146.

### 3.2. La logica della proporzionalità

L'art. 275 c. 2 cod. proc. pen., disponendo che «ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata», introduce nel panorama cautelare il principio di proporzionalità che, costituendo un «criterio di razionalità pratica»<sup>356</sup> da commisurare a quello di adeguatezza e gradualità, è preordinato a realizzare un ponderato bilanciamento tra le esigenze che in *itinere iudicii* possono legittimare l'applicazione di cautele personali e la necessità di trattare da innocente chi vi sia sottoposto.<sup>357</sup> Pertanto, è cristallizzata l'idea secondo la quale «l'intervento dello Stato [deve] sempre essere oggetto di valutazione comparativa con riguardo ai beni che esso sacrifica»<sup>358</sup>.

La gravità del fatto e la pena irrogata o irrogabile costituiscono i referenti della valutazione di proporzionalità<sup>359</sup>, atteso che se il delitto non fosse caratterizzato da un particolare disvalore e la sanzione accordata fosse irrisoria, l'invasione nella sfera liberal-individuale dell'indagato/imputato sarebbe indubbiamente sproporzionata rispetto alle esigenze processuali e di giustizia penale. Ne deriva una doppia estrinsecazione della logica della proporzionalità<sup>360</sup> che richiede una «indefettibile correlazione»<sup>361</sup> tra l'entità del fatto e la sanzione.<sup>362</sup> Questa correlazione deve inderogabilmente sussistere per tutta la durata esecutiva della cautela personale, ragion per cui l'art. 292 c. 2 cod. proc. pen. prescrive una valutazione di ragionevolezza che, postulando la necessità di un costante sindacato di legittimità della cautela disposta<sup>363</sup>, impone al Giudice di sostituirla con altra meno grave,

---

<sup>356</sup> R. ORLANDI, *La riforma del processo penale tra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in "Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale", 2014, p. 1157.

<sup>357</sup> V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in Enc. dir., XXIV, Milano, 1974, p. 333. Riassuntiva del principio di proporzionalità è la nota considerazione secondo cui «la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni» di FLEINER F., *Institutionem des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354.

<sup>358</sup> D. U. GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 19.

<sup>359</sup> A. SCALFATI, A. BERNASCONI, A. DE CARO, A. FURGIUELE, M. MENNA, N. TRIGGIANI, C. VALENTINI, *Manuale di diritto processuale penale*, 2017, p. 348.

<sup>360</sup> E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, op. cit., p. 446.

<sup>361</sup> Corte cost., ordinanza n. 278/1996.

<sup>362</sup> Difatti il legislatore ha legato indissolubilmente la misura cautelare al trattamento sanzionatorio. Sul punto, M. CAIANELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2014.

<sup>363</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 16085/2011.

oppure di disporre l'applicazione con modalità meno gravose, se non vi è più proporzione, appunto, con l'entità del fatto o con la sanzione che si ritiene possa essere irrogata.<sup>364</sup>

Il fatto che il principio in questione sia esplicitamente sancito sul terreno cautelare è espressione di un maggior garantismo accordato dal legislatore al *favor libertatis*, imperniato sulla consapevolezza dell'estrema problematicità della materia *de qua* relativamente al coordinamento con i principi costituzionali di inviolabilità della libertà personale e di non colpevolezza. Tuttavia, non pare azzardato affermare che il canone di proporzionalità, nella sua accezione ideologica, non dovrebbe restare circoscritto al solo contesto cautelare ma dovrebbe assurgersi a metaprincipio dominante l'intera scena processuale, così da rendere il procedimento penale uno spazio armonico in cui la frizione tra i diversi interessi contrapposti può trovare una sintesi, appunto, proporzionata. D'altro canto, se si pone mente al dettato costituzionale, emerge che è la medesima Costituzione a riconoscere implicitamente e generalmente il principio di proporzionalità perché, proclamando come inviolabile una determinata libertà ma consentendone contestualmente una restrizione al ricorrere di determinate condizioni e con precise modalità, impone velatamente la necessità di una proporzione tra le ragioni sottostanti al procedimento penale e la difesa dell'individuo.<sup>365</sup> Difatti, considerando che è l'inviolabilità dei diritti fondamentali a postulare di per sé l'idea di un sacrificio inevitabile dei medesimi a fronte di eventuali conflitti con altre libertà concorrenti<sup>366</sup>, il canone di proporzione delinea quelli che sono i «limiti alle limitazioni ai diritti fondamentali»<sup>367</sup>, consentendo di aderire a quell'idea di civiltà che rifiuta categoricamente la restrizione delle libertà più di quanto è strettamente necessario<sup>368</sup>. Pertanto, se si assume per vero che il processo penale costituisce la concretizzazione del diritto costituzionale<sup>369</sup>, allora non sembrerebbe irragionevole concludere che la regola di proporzionalità, proprio in forza della Costituzione, dovrebbe atteggiarsi non solo quale canone interpretativo per una corretta lettura del libro IV del Codice di Procedura Penale, ma anche quale metavalore *lato sensu* cui attribuire un primato valoriale indipendentemente dalle diverse fasi processuali.

---

<sup>364</sup> Sul tema E. APRILE, *Le modifiche della misura cautelare personale dopo l'emissione dell'ordinanza genetica*, in "Giurisprudenza di merito", 2005, p. 223.

<sup>365</sup> M. CAIANELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, op. cit., p. 148

<sup>366</sup> M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona, Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, p. 321.

<sup>367</sup> D. U. GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 24.

<sup>368</sup> P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, 2012, p. 210.

<sup>369</sup> D. NEGRI, *Fumus commissi delicti, La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 8.



3.2.1. Il divieto di cui all'art. 275, comma 2-bis, cod. proc. pen.: contrasti ermeneutici in merito al giudizio pronostico sul *quantum* di pena

Il canone normativo di cui all'art. 275 comma 2-bis cod. proc. pen. è funzionalmente connesso al principio di proporzionalità, rappresentandone un «naturale sviluppo»<sup>370</sup>, e quindi alla necessità di relegare le cautele custodiali alle sole vicende delittuose connotate da particolare gravità sanzionatoria; difatti introduce una regola finalizzata ad evitare che l'indagato/imputato paghi «un prezzo che egli non sarà chiamato probabilmente a sostenere neanche dopo la condanna»<sup>371</sup>.

Il primo periodo dell'articolo citato prescrive il divieto di disporre la custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il Giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena; pertanto, il legislatore ha imposto una valutazione pronostica, coinvolgendo ampiamente la discrezionalità degli organi giudicanti, omettendo però una specificazione in merito a quelli che sono i criteri valutativi sui quali ancorare la deliberazione. Di talché la giurisprudenza è sovente intervenuta nel merito puntualizzando la necessità di un logico rinvio alle disposizioni contenute negli artt. 163 e 164 cod. pen., relativi alla disciplina e ai limiti della sospensione condizionale della pena, oltre che a quelle previste dall'art. 133 cod. pen., inerente alla valutazione della gravità del reato agli effetti della pena.<sup>372</sup> Pare opportuno precisare che la preclusione esplicita di disporre la «custodia cautelare in carcere» e «gli arresti domiciliari» è stata inserita nella disposizione in esame con l'art. 8 del D.L. 92/2014, modificando il previgente dettato codicistico che statuiva il divieto di disporre la generale «misura della custodia cautelare» in ipotesi di una previsione favorevole in merito alla sospensione condizionale. Invero, ponendo mente all'art. 284 c. 5 cod. proc. pen., in virtù del quale «l'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare», autorevole dottrina reputa la specificazione operata difettosa di qualsiasi effettiva portata normativa, posto che i divieti

---

<sup>370</sup> Corte cost., ordinanza n. 278/1996.

<sup>371</sup> D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2006, p. 431. Sul punto ance G. ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari*, in "Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332", a cura di V. GREVI, Milano, 1996, p. 88, il quale asserisce che una diversa impostazione sarebbe palesemente lesiva del principio di non colpevolezza, permettendo la trasformazione della custodia carceraria in sanzione autonoma rispetto alla condanna.

<sup>372</sup> Cass. pen., sez. V, sentenza n. 5475/1997; Cass. pen., sez. I, sentenza n. 4427/1996.

*de quibus* si sarebbero dovuti ritenere impliciti anche nella disciplina previgente<sup>373</sup>. Tuttavia, se si considera che il medesimo art. 8 del D. L. 92/2014 ha introdotto un secondo periodo all'art. 275 comma 2-*bis* cod. proc. pen., prescrivendo il divieto di applicare la custodia cautelare in carcere se il Giudice ritiene che all'esito del giudizio la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni, la precisione semantica con riferimento specifico alla custodia cautelare in carcere e agli arresti domiciliari eseguita nel primo periodo pare essere stata necessaria per estromettere esplicitamente, dalla preclusione di cui al secondo allineo attinente alla condanna infratriennale, gli arresti domiciliari<sup>374</sup>. Nonostante ciò, non sembra agevolmente comprensibile il motivo per il quale il legislatore abbia rigorosamente emarginato questi dal divieto *de quo*, circoscrivendolo alla sola carcerazione preventiva; se da un lato detta scelta pare coerente con la considerazione della custodia cautelare in carcere quale *extrema ratio* e con la necessità di arginare il sovraffollamento carcerario, dall'altro una lettura scrupolosa del principio di proporzionalità dovrebbe condurre ad un maggior riguardo anche nei confronti degli arresti domiciliari i quali, seppur indubbiamente meno afflittivi rispetto alla detenzione carceraria, rientrano certamente nell'alveo delle misure custodiali che sono, per loro natura, le più gravose tra le diverse cautele personali.

Ad ogni buon conto, la regola di cui al secondo periodo dell'art. 275 comma 2-*bis* cod. proc. pen. subisce delle eccezioni, innanzitutto, nei casi tassativamente previsti dal comma 1-*ter* dell'art. 276 e dal comma 3 dell'art. 280 cod. proc. pen., relativi alla trasgressione delle prescrizioni delle cautele personali<sup>375</sup>. Le ulteriori ipotesi che legittimano una deroga al limite dei tre anni di pena presumibile sono quelle previste dal comma terzo del medesimo articolo 275 cod. proc. pen.; riservandoci di trattare la presunzione di adeguatezza della sola custodia carceraria nel prosieguo, qui pare opportuno anticipare che il Giudice può disporre la carcerazione preventiva, prescindendo dal limite di pena infratriennale, qualora ritenga

---

<sup>373</sup> Sul tema G. SPANGHER, *La sospensione condizionale esclude anche gli arresti domiciliari?*, in "Diritto Penale e Processo", 1997, 3, p. 326.

<sup>374</sup> Difatti, attenendosi al dettato letterale della norma, gli arresti domiciliari sono esclusi solo nell'ipotesi di un apprezzamento favorevole in merito alla sospensione condizionale della pena e non anche qualora il Giudice ritenga che la pena da irrogare sia inferiore a tre anni. Cfr. Cass. pen., sez. I, sentenza n. 53541/2014; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 1669/2019; Cass. pen., sez. V, sentenza n. 27976/2020.

<sup>375</sup> In particolare, il comma 1-*ter* dell'art. 276 cod. proc. pen. afferma che «in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora, il Giudice dispone la revoca della misura e la sostituzione con la custodia cautelare in carcere, salvo che il fatto sia di lieve entità». Il comma 3 dell'art. 280 cod. proc. pen. consente di derogare al limite generale che vieta la custodia cautelare per i delitti puniti con la pena della reclusione inferiore a cinque anni nel massimo e per il delitto di finanziamento illecito dei partiti nei confronti di chi ha trasgredito a prescrizioni inerenti alle misure cautelari.

inadeguata a soddisfare le esigenze cautelari ogni altra misura meno afflittiva. Detta impostazione determina di fatto una *interpretatio abrogans* del divieto generale affidata completamente all'*arbitrium iudicis*, palesando ancora una volta una deformazione del sistema cautelare verso un assetto imperniato su una dilagante discrezionalità concessa agli organi giudicanti. D'altro canto non si può non considerare che l'art. 275 comma 2-*bis*, sebbene preordinato ad operare *in favor rei*, scongiurando il rischio che un presunto innocente possa subire una delle misure custodiali quando si ritiene che la pena irrogata sarà sospesa o non supererà i tre anni, è innegabilmente un disposto normativo la cui applicazione è subordinata non solo ad un apprezzamento discrezionale del Giudice, ma anche ad un giudizio pronostico che, proprio perché tale, non è sicuramente connotato da certezza. Quindi, punto centrale dell'analisi sulla discrezionalità, è il «giudizio di valore» che il giudice è chiamato ad emettere<sup>376</sup>.

Di qui il contrasto ermeneutico che ha coinvolto la giurisprudenza, incentrato sui seguenti quesiti: il divieto di custodia carceraria opera solo in fase genetica o anche in fase dinamica? *Quid accidit* se il *quantum* di pena pronosticato dal Giudice è smentito da una successiva sentenza? A tal riguardo, in virtù di un primo orientamento giurisprudenziale, il giudizio relativo alla quantità di pena che potrà essere irrogata è circoscritto alla sola fase di applicazione della misura cautelare, ragion per cui, se all'esito del procedimento di merito è emessa una sentenza a pena detentiva inferiore a tre anni, non si determinerà la caducazione automatica della custodia cautelare in carcere<sup>377</sup>. Le ragioni sottostanti a tale convinzione si fondano su un dato di natura testuale, posto che il comma 2-*bis* dell'art. 275 cod. proc. pen. afferma precisamente che «non può essere disposta» la carcerazione preventiva, non anche che non può essere mantenuta, come invece prescritto esplicitamente nel comma 4 dell'articolo citato relativo alla custodia cautelare in carcere in alcune ipotesi genitoriali<sup>378</sup>. Pertanto, secondo questo indirizzo, se il legislatore avesse inteso ampliare il divieto di custodia carceraria anche alla fase dinamica della sua esecuzione, lo avrebbe espressamente sancito.

---

<sup>376</sup> A. CRISTIANI, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Milano, 1985, p. 61.

<sup>377</sup> Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 21913/2020; Cass. pen., sez. V, sentenza n. 10138/2017 Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 47302/2015; Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 13025/2015; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 1798/2014.

<sup>378</sup> In particolare, l'art. 275 c. 4 cod. proc. pen. sancisce il divieto sia di disporre che di mantenere la custodia cautelare in carcere quando «imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole», salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

In contrapposizione a tali asserzioni, si colloca una seconda corrente giurisprudenziale che ritiene che il limite di tre anni di pena opererebbe sia in fase genetica che in fase dinamica; ne consegue che la custodia cautelare in carcere deve essere revocata se sopraggiunge una sentenza di condanna, anche se non definitiva, inferiore a tre anni di pena detentiva<sup>379</sup>. La ratio sottesa a tale orientamento postula una considerazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza quali criteri guida che devono operare in ogni fase del procedimento penale, non potendo consentire che la duttilità del giudizio pronostico prevalga rispetto alla pronuncia conclusiva del giudizio di merito; a corroborare detta tesi si inserisce l'art. 299 cod. proc. pen. che, richiedendo di adattare continuamente il processo cautelare alla concretezza e all'attualità delle circostanze, anche in virtù «di fatti sopravvenuti», conduce a ritenere irragionevole una diversa conclusione, quantomeno nell'ottica garantista di dar corpo al principio di effettività che, appunto, impone di tener conto dell'evoluzione del procedimento principale.<sup>380</sup>

La *querelle* giurisprudenziale appena esaminata, seppur circoscritta al mero tema del *quantum* di pena, dissimula in realtà una questione più ampia imperniata sulla funzione che può assumere la carcerazione preventiva *post iudicium*; difatti aderire al primo orientamento, che rifiuta la caducazione automatica della custodia carceraria anche se la detenzione irrogata è inferiore a tre anni, significa consentire la trasformazione della misura cautelare *de qua* direttamente in espiazione di pena a seguito di una sentenza di condanna<sup>381</sup>, postulando una degradazione dell'azione cautelare verso un impianto *contra libertatem*. Per converso, parteggiare per il secondo filone, che ritiene imprescindibile la revoca della custodia in carcere se la pena irrogata è inferiore a tre anni di detenzione, sembrerebbe più coerente con l'impianto codicistico che qualifica le cautele personali quali semplici mezzi finalizzati ad evitare la concretizzazione di uno dei *pericula libertatis*; diversamente opinando, si assurgerebbe illegittimamente lo strumento cautelare carcerario a mezzo necessario per «compensare con maggiore rigore *ante iudicium* il bisogno di punizione che non può essere soddisfatto in sede esecutiva per la *benignitas* del legislatore»<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> Cass. pen., sez. V, sentenza n. 4948/2021; Cass. pen., sez. F., sentenza n. 26542/2020.

<sup>380</sup> Sul principio di effettività, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 2007, p. 769.

<sup>381</sup> Sul tema dell'ingresso in carcere quasi sempre ancor prima della conclusione del processo, consentendo la conversione dello strumento cautelare in esecuzione di pena a seguito della sentenza di condanna, G. ILLUMINATI, *Introduzione alla riforma*, in "La riforma delle misure cautelari personali", a cura di L. GIULIANI, Torino, 2015, p. 12.

<sup>382</sup> E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare*, op. cit., p. 13.

### 3.3. Il principio di gradualità

In un impianto processuale in cui sembra imprescindibile il ricorso alla «custodia senza processo»<sup>383</sup>, il criterio di gradualità, sancito dal comma terzo dell'art. 275 cod. proc. pen., è preordinato quantomeno a mitigarne l'utilizzo, ascrivendo a tal fine alla custodia cautelare in carcere un ruolo residuale e quindi consentendone l'applicazione solo quando «le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate». La relegazione della coercizione endoprocedimentale ad *extrema ratio* postula la necessità di predisporre una «tavola di previsioni tendenzialmente ispirate [...] al principio del “sacrificio minimo”»<sup>384</sup>, come peraltro ribadito anche dai giudici di Strasburgo con la nota sentenza Torreggiani che ha invitato gli Stati a prediligere misure cautelari alternative rispetto alla custodia carceraria<sup>385</sup>. A tal fine, l'emarginazione della detenzione provvisoria in favore di strumenti cautelari meno afflittivi, è stata rafforzata dal legislatore non solo prescrivendo la possibilità di cumulare le diverse misure cautelari, ma anche imponendo al Giudice, qualora questo opti per la carcerazione preventiva, di indicare le specifiche ragioni per le quali non ritiene idonei, nel caso di specie, gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico.<sup>386</sup>

Quanto al primo profilo, il legislatore, consapevole delle prassi devianti imperniate su un abusivo utilizzo della carcerazione preventiva che dissimula una sconsideratezza del principio di non colpevolezza, ha inteso “potenziare” gli altri strumenti cautelari «minori»<sup>387</sup> al fine di scongiurare così un eccessivo ricorso a quello custodiale; di qui la legge n. 47/2015 che ha introdotto la possibilità di applicare cumulativamente più misure cautelari, offrendo quindi al Giudice un ventaglio più ampio di alternative che consente un'osmosi tra i diversi strumenti coercitivi oltre che tra questi e quelli interdittivi.<sup>388</sup> Se si considera che la pietra

---

<sup>383</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 1990, p. 567.

<sup>384</sup> V. GREVI, *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, 1989, p. 261.

<sup>385</sup> Corte eur., Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013, ricorso n. 43517/09.

<sup>386</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 465.

<sup>387</sup> F. PERONI, *Le altre misure coercitive ed interdittive*, in “Libertà e cautele nel processo penale”, Torino, 1996, p. 177; P. SPAGNOLO, *L'assetto codicistico tra gradualità e adeguatezza*, in P. BRONZO, K. LA REGINA, P. SPAGNOLO “Il pluralismo delle misure cautelari personali. Tra tipicità e adeguatezza”, Milano, 2017, p. 12.

<sup>388</sup> È stata difatti superata l'impostazione giurisprudenziale e legislativa che consentiva l'applicazione congiunta di diverse misure cautelari solo in ipotesi di trasgressione alle prescrizioni imposte. Cfr. L. GIULIANI, *La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47*, in “Rivista Diritto e Procedura Penale”, 2017, p. 175. Pare opportuno precisare che il cumulo di misure cautelari non deroga in alcun modo al principio di tipicità delle medesime; sul punto G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 3, 2015.

angolare dell'intero sistema cautelare è rappresentata proprio dal principio del minor sacrificio necessario, allora non pare irragionevole emarginare la carcerazione preventiva in favore di altri strumenti cautelari che, seppur cumulati siano innegabilmente invasivi, non sono certamente equiparabili alla restrizione inframuraria.

Quanto invece al secondo profilo, il «*surplus* motivazionale»<sup>389</sup> imposto al Giudice in ipotesi di una considerazione di inidoneità degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, inserito con la legge n. 47 del 2015, ha consentito di fatto un'inversione implicita del rapporto regola-eccezione, assurgendo gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico a regola e degradando contestualmente la custodia cautelare in carcere ad eccezione<sup>390</sup>. Invero, se si aderisce alla tesi di chi ritiene che il principio di giurisdizionalità non consiste «nel poter essere arrestati solo per ordine del giudice, ma nel poterlo essere solo sulla base di un giudizio»<sup>391</sup>, con tale intendendo una pronuncia di condanna, si deve concludere che la possibilità di una restrizione inframuraria *in itinere iudicii*, qualunque essa sia, contrasta aprioristicamente con il principio in questione; tuttavia, nell'ottica di bilanciare i diversi interessi contrapposti, non si può prescindere dalla «necessaria ingiustizia»<sup>392</sup> di applicare misure custodiali in tutti quei casi connotati da particolari gravità. Ne consegue che la scelta del legislatore di potenziare il ricorso alla detenzione domiciliare con le procedure di controllo elettroniche, permette il raggiungimento di un equilibrato compromesso tra le esigenze dello Stato e quelle dell'indagato/imputato, aderendo coerentemente alla logica della gradualità e rammentando al Giudice la necessità di procedere in virtù del principio del mezzo più mite a parità di efficacia.

Nonostante ciò, la concessione degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico è subordinata, *ex art. 275-bis* cod. proc. pen., al consenso dell'interessato e alla disponibilità dei mezzi di controllo elettronici da parte della polizia giudiziaria. Se l'accettazione da parte del destinatario della misura *de qua* non genera particolari complicazioni, atteso che sarebbe paradossale immaginare un indagato/imputato preferire la carcerazione preventiva agli arresti domiciliari (seppur con braccialetto elettronico e quindi con tutte le implicazioni in

---

<sup>389</sup> F. ZACCHÈ, *Il detenuto in attesa di giudizio: profili di una riforma incompiuta*, in "Archivio penale", 2014, p. 378.

<sup>390</sup> P. SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in "Legislazione penale", 2014, p. 337.

<sup>391</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2002, p. 566.

<sup>392</sup> F. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in "Opuscoli di diritto criminale", vol. IV, Lucca, 1874, p. 300.

tema di *privacy* che ne derivano<sup>393</sup>), analoga considerazione non può essere riproposta in merito alla seconda condizione. Difatti, il vero nodo cruciale è costituito proprio dalla (in)disponibilità degli strumenti elettronici in questione, che continua ad essere una «chimera»<sup>394</sup>, rappresentando un ostacolo di non poco conto sul piano applicativo. Anche se la giurisprudenza di legittimità ha sancito la rigorosa esclusione di automatismi decisori ancorati all'impossibilità di far ricorso al braccialetto elettronico per carenza di strumentazione<sup>395</sup>, l'indisponibilità degli strumenti di controllo *de quibus* si ripercuote innegabilmente sulla scelta della misura custodiale da applicare, favorendo l'inclinazione degli organi giurisdizionali a disporre quella di maggior rigore, cioè la custodia cautelare in carcere. Non pare azzardato, pertanto, affermare che lo sforzo del legislatore imperniato sulla valorizzazione degli arresti domiciliari con le procedure di controllo elettronico sia risultato, di fatto, difficilmente attuabile in termini pratici, pur costituendo comunque un'esplicita dimostrazione della volontà di realizzare un sistema cautelare articolato secondo «livelli crescenti di coercizione»<sup>396</sup>.

---

<sup>393</sup> In particolare, sul tema della *privacy* connesso agli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, L. DE CESARIS, *Dal panopticon alla sorveglianza elettronica*, in M. BARGIS, "Il decreto antiscarcerazioni", 2001, p. 62 ss.

<sup>394</sup> R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Carcere extrema ratio se non c'è spazio per le interdittive*, in "Guida al diritto", 2015, p. 43.

<sup>395</sup> Sul punto cfr. F. CASSIBA, *L'indisponibilità del "braccialetto elettronico": le Sezioni Unite escludono automatismi decisori ma residuano dubbi*, in "Processo Penale e Giustizia", 2016, 5. Sull'irragionevolezza di far patire la carcerazione preventiva ad un soggetto per una colpa ascrivibile alla sola disorganizzazione dello Stato, E. CAMPOLI, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, in "Archivio della nuova procedura penale", 2015, p. 310.

<sup>396</sup> V. GREVI, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in "Giustizia penale", 1988, p. 449.

3.3.1. La presunzione di cui all'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, cod. proc. pen. Il fenomeno dell'affiliazione rituale all'associazione per delinquere di stampo mafioso

La «quasi obbligatorietà»<sup>397</sup> della custodia cautelare in carcere è il frutto di un travagliato percorso normativo che ha condotto l'impianto codicistico, inizialmente immune da qualsiasi «automatismo di sorta»<sup>398</sup>, a diventare oggi una «tela di Penelope»<sup>399</sup> in cui si intrecciano presunzioni e diritti costituzionalmente sanciti.<sup>400</sup> La disciplina prevista dal secondo e dal terzo periodo dell'art. 275 c. 3 cod. proc. pen., valevole per imputati/indagati a cui sono ascritti particolari categorie di gravi delitti, postula un contegno presuntivo di pericolosità che comporta innegabilmente la trasformazione della restrizione carceraria *ante iudicium* in un «naturale riflesso dell'imputazione»<sup>401</sup>. Difatti opera una duplice presunzione che investe sia l'*an* della cautela, ritenendo astrattamente sussistente almeno una delle esigenze cautelari, sia il *quomodo* della medesima, considerando adeguata la sola carcerazione preventiva; pertanto, la valutazione di adeguatezza, proporzionalità e gradualità cui è tenuto il Giudice, finisce con l'essere vincolata *ab origine* dal legislatore.

Un simile apprezzamento aprioristico di criminalità è espressione della tendenza legislativa ad assolvere il bisogno di sicurezza tramite un irrigidimento del criterio di adeguatezza a scapito di quello di indispensabilità<sup>402</sup>, generando un automatismo codificato che dissimula, invero, un sistema a tal punto poco fiducioso nell'onestà dei Giudici tanto da impedirgli, quantomeno nella fase genetica del procedimento cautelare, di esercitare anche una limitata discrezionalità valutativa<sup>403</sup>. Sostanzialmente, le derive securitarie connesse a delitti particolarmente gravi hanno consentito l'abbandono della «strada maestra di un accertamento pieno e completo»<sup>404</sup> imperniato sul libero convincimento del Giudice, per

---

<sup>397</sup> E. FASSONE, *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in "Questione giustizia", 1991, p. 120.

<sup>398</sup> V. GREVI, *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, 1989, p. 5.

<sup>399</sup> G. GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2012, Milano, p. 4905.

<sup>400</sup> Per un *excursus* storico sul tema cfr. E. VALENTINI, *Il "doppio binario cautelare": la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall'art. 275 comma 3 c.p.p.*, 2021.

<sup>401</sup> P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 142.

<sup>402</sup> R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in "Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale", 2014, p. 1158.

<sup>403</sup> G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 4, 2011, p. 2.

<sup>404</sup> L. MARAFIOTI, *Responsabilità penale e scorciatoie probatorie*, Torino, 2006, p. 5. Sull'attenuazione dell'onere motivazionale cfr. A. LUZIO, *Itinerari problematici in materia di prova e custodia cautelare*, in L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI, "Incontri ravvicinati con la prova penale", 2014, p. 94.



intraprendere quella presuntiva in cui il valore da attribuire a determinati fatti è anticipato a livello normativo dal legislatore<sup>405</sup>. Se si considera che la presunzione postula un margine d'incertezza, essendo una mera supposizione seppur corroborata da regole d'esperienza, la conseguenza dell'impianto codicistico di cui all'art. 275 c.3 cod. proc. pen. è piuttosto ovvia: la cristallizzazione di un assetto cautelare, seppur circoscritto a delitti tassativamente enunciati, nel quale il dubbio, che dovrebbe atteggiarsi *in favor rei*, «gioca [per converso] a sfavore della libertà dell'inquisito»<sup>406</sup>.

Ciò premesso, la *praesumptio* menzionata può essere superata, a seconda del delitto per cui si procede, soltanto dimostrando che non risultano esigenze cautelari oppure che queste possono essere soddisfatte con altre misure, addossando di fatto alla difesa un meccanismo di allegazione probatoria diabolico<sup>407</sup>. Più precisamente, per i delitti associativi di cui agli artt. 270, 270-bis e 416-bis cod. pen. è necessario che sia dimostrata l'acquisizione di elementi «dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari»; ne deriva una presunzione *iuris tantum* relativamente alla sussistenza dei *pericula libertatis* ma *iuris et iure* in merito all'adeguatezza della sola custodia carceraria. Sostanzialmente, a fronte di gravi indizi di delitti associativi, l'alternativa prospettata al Giudice è solo quella tra la carcerazione preventiva e la libertà: *tertium non datur*. Per gli altri reati contemplati<sup>408</sup>, invece, alla necessità di palesare l'insussistenza delle esigenze cautelari può essere sostituita la dimostrazione che il *periculum libertatis* si presta ad essere soddisfatto con una cautela personale meno afflittiva; dunque, a differenza delle fattispecie delittuose associative, è prescritta una presunzione che si atteggia in termini relativi sia per quanto riguarda l'esistenza delle esigenze cautelari, sia per ciò che attiene l'adeguatezza della sola custodia carceraria.<sup>409</sup> Invero, pare opportuno precisare che il contegno presuntivo di cui all'art. 275 c. 3 cod. proc. pen. non impone *ex se* di applicare aprioristicamente e obbligatoriamente la custodia cautelare in carcere; difatti il Giudice deve comunque «scendere a contatto con “situazioni”, “circostanze”, “atti concreti” dotati di valore sintomatico circa l'esistenza di

---

<sup>405</sup> M. FERRAJOLI, *Presunzione*, in “Enciclopedia del diritto”, XXXV, Milano, 1986, p. 307.

<sup>406</sup> Così E. MARZADURI, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in “Legislazione penale”, 2001, p. 3.

<sup>407</sup> In questi termini, G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in “Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale”, 2015, p. 1141.

<sup>408</sup> Si tratta dei delitti di cui agli artt. 51, commi 3-bis e 3-quater cod. proc. pen., artt. 575, 600-bis primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, 600-quinquies cod. pen., nonché, sempre che non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, artt. 609-bis, 609-quater, 609-octies cod. pen.

<sup>409</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 466 ss.

qualcuno tra i pericoli considerati rilevanti»<sup>410</sup> e quindi dimostrare, indipendentemente dalle presunzioni, l'effettivo ricorrere di almeno una delle esigenze cautelari. Per tale ragione, nulla esclude che possa anche non essere applicata la cautela *de qua* purché, tuttavia, siano specificati nel dettaglio i motivi concreti per i quali non si ritengono esistenti le esigenze cautelari<sup>411</sup>.

Dall'ampio catalogo dei delitti coinvolti nel meccanismo presuntivo in questione, incongruo in termini di affinità<sup>412</sup>, emerge un'evidente disparità trattamentale tra le fattispecie criminose per ciò che attiene il *thema probandum* cui ancorare il giudizio negativo di bisogno cautelare. Il maggior rigore accordato ai fenomeni associativi terroristici, eversivi e mafiosi parrebbe giustificarsi non solo in ragione della necessità di tutelare i Giudici da eventuali condizionamenti, fornendogli «una sorta di “scudo normativo”»<sup>413</sup>, ma anche del loro notevole livello di «diffusività»<sup>414</sup>, che non si riscontra invece nella natura episodica e individuale degli altri delitti contemplati. Peraltro, relativamente alle fattispecie mafiose, la giurisprudenza della Corte di Cassazione non è univoca in tema di *probatio* cui subordinare la dimostrazione di insussistenza delle esigenze cautelari. Da un lato vi sono interpretazioni che consentono di superare la presunzione relativa di esistenza dei *pericula libertatis* solo se esiste la prova positiva che l'associato ha stabilmente rescisso i propri legami con l'organizzazione criminale<sup>415</sup>; dall'altro lato, invece, si ammette che la presunzione *de qua* possa essere vinta anche solo in presenza di elementi che facciano ragionevolmente escludere la pericolosità dell'indagato<sup>416</sup>.

---

<sup>410</sup> D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino 2004, p. 196 ss. In termini analoghi A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in “Enciclopedia del diritto”, XXIV, Milano 1974, p. 310, il quale rimarca come il giudice dell'*habeas corpus* debba riesaminare il «fatto (e quindi il motivo concreto della restrizione)».

<sup>411</sup> Cass. pen., sez. I, sentenza del 14 ottobre 1998, in “Cassazione penale”, 2000, p. 431.

<sup>412</sup> Difatti, la Legge del 23 aprile 2009, n. 38 (il c.d. “pacchetto sicurezza”), aveva ampliato la presunzione *iuris tantum* di sussistenza delle esigenze cautelari e quella *iuris et iure* di adeguatezza della sola carcerazione valevole per il delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., anche ad un'altra serie di fattispecie delittuose non inerenti alla criminalità organizzata (tra le quali, ad esempio, delitti previsti dall'art. 51, comma terzo *bis* e *quater*, delitti di omicidio volontario, di prostituzione minorile, di pornografia minorile). Dunque, si prospettava un elenco eterogeneo non congruo in termini di affinità; per tale ragione, con la Legge n. 47 del 2015 si è definitivamente circoscritto il regime presuntivo menzionato ai soli delitti di associazione mafiosa, sovversiva e terroristica, prevedendo invece per le altre fattispecie indicate dal terzo comma dell'art. 275 cod. proc. pen., una duplice presunzione relativa che ammette la prova contraria. In dottrina, sul punto, S. RUGGIERI, *sub art. 2 d.l. 23 febbraio 2009 n. 11*, in “Legislazione penale”, 2009, p. 447.

<sup>413</sup> V. GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in “Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332” Milano 1996, p. 10.

<sup>414</sup> Corte cost., sentenza n. 265/2010.

<sup>415</sup> Cass. pen., sez. V, sentenza n. 264727/2015.

<sup>416</sup> Cass. pen., sez. I, sentenza n. 226957/2004; Cass. pen., sez. I, sentenza n. 223108/2002.

Circoscrivendo il discorso alla scrupolosità che il legislatore riserva alle fattispecie associative, con particolare riferimento a quelle mafiose, emerge nuovamente il nodo cruciale delle finalità special-preventive in ambito cautelare: la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza assoluta della sola custodia carceraria postula un contegno pronostico di pericolosità di tutti quei soggetti indagati o imputati per il delitto di cui all'art. 416-bis cod. pen., basato sulla logica dell'*id quod plerumque accidit*.<sup>417</sup> Così argomentando, però, la pericolosità trasmoda da presupposto che accompagna il trattamento sanzionatorio, e che quindi implica un accertamento di reità, a presupposto che legittima una cautela personale<sup>418</sup>, assurgendo lo strumento preventivo carcerario ad «avamposto della tutela sociale contro il pericolo»<sup>419</sup>.

L'insieme di disposizioni derogatorie che caratterizzano i processi per i delitti di criminalità organizzata danno luogo non solo al cosiddetto «doppio binario sanzionatorio», ma anche al «doppio binario cautelare»<sup>420</sup>, di cui è un palese esempio il comma terzo dell'articolo in esame. Di talché, considerato il rigore processuale e sostanziale accordato dai fenomeni associativi mafiosi, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno svolto un lavoro esegetico al fine di stigmatizzare l'inclinazione giurisprudenziale ad un'interpretazione *latu sensu* ed eccessiva della fattispecie di cui all'art. 416-bis cod. pen., così da evitare espansioni arbitrarie della punibilità. Difatti si può non considerare l'incerta qualificazione del delitto, «talvolta inteso come monoffensivo [...] altre volte come plurioffensivo [...]; talvolta come reato di pericolo [...] altre volte ancora come reato di danno attuale, effettivo e reale»<sup>421</sup>, soprattutto relativamente alle condotte punibili, che sono distinte semplicemente a seconda del ruolo assunto nell'organizzazione mafiosa, difettando però di qualsiasi indicazione specifica in merito ai singoli comportamenti che integrano il reato.<sup>422</sup> Per tale ragione, posto che «all'indeterminatezza della fattispecie incriminatrice corrisponde un'eguale

---

<sup>417</sup> Sul punto, Corte cost., sentenza n. 265/2010: per i fenomeni mafiosi «secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, [...] sarebbe adeguata solo la custodia in carcere, non essendo le misure “minori” sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità».

<sup>418</sup> A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale*, Napoli, 2000, p. 175.

<sup>419</sup> F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 2006, p. 695.

<sup>420</sup> P. CORSO, *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, in P. CORSO, G. BERSANI, G. INSOLERA, “Mafia e criminalità organizzata”, Torino, 1995, p. 115 ss.

<sup>421</sup> P. POMANTI, *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416 bis c.p.*, in “Archivio Penale”, 1, 2017, pp. 8-9.

<sup>422</sup> G. FIANDACA, *Ermeneutica ed applicazione giurisprudenziale del diritto penale*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 2, 2003, p. 361 ss.

indeterminatezza del «perimetro» processuale»<sup>423</sup>, si è prospettato il problema di qualificare correttamente i comportamenti che integrano il delitto in questione al fine di far fronte alla deriva espansionistica giurisprudenziale. Di qui la sentenza delle Sezioni Unite Penali n. 36958/2021, in cui il quesito sottoposto al pronunciamento nomofilattico è il seguente: «Se la mera affiliazione ad un'associazione a delinquere di stampo mafioso [...] effettuata secondo il rituale previsto dall'associazione stessa, costituisca fatto idoneo a fondare un giudizio di responsabilità in ordine alla condotta di partecipazione, tenuto conto della formulazione dell'art. 416-bis cod. pen. e della struttura del relativo reato»<sup>424</sup>.

Il Supremo Collegio, dopo aver definito minuziosamente la condotta di partecipazione<sup>425</sup>, ha chiarito che «l'affiliazione rituale può costituire grave indizio della condotta partecipativa, ove la stessa risulti, sulla base di consolidate e comprovate massime d'esperienza e degli elementi di contesto che ne evidenzino serietà ed effettività, espressione di un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato ed associazione». Dalla precisione semantica della Corte, che qualifica l'affiliazione rituale quale «grave indizio», ne deriva l'inquadramento esclusivo del fenomeno in questione nel novero dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 cod. proc. pen., con conseguente ed implicita esclusione dallo schema degli indizi «gravi, precisi e concordanti» di cui all'art. 192 cod. proc. pen.; di talché, stando al *dictum* della pronuncia, è legittimata la possibilità di porre l'affiliazione medesima a fondamento di un provvedimento cautelare personale ma non anche, se non corroborato da altri elementi, di una pronuncia di condanna.<sup>426</sup>

Posto che l'art. 416-bis cod. proc. pen. commina *quantum* di pena diversi a seconda che i comportamenti criminosi si sostanzino in una mera condotta partecipativa o in una condotta di vertice, la sentenza citata è utile per cogliere l'esatta definizione delle condotte che

---

<sup>423</sup> F. R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in "Archivio Penale", 3, 2013, p. 38.

<sup>424</sup> Difatti in giurisprudenza si prospettavano due orientamenti contrastanti. Il primo, cosiddetto causale agevolatorio, riteneva che l'affiliazione formale costituisse un indice di intraneità all'organizzazione, pur considerando detto fatto non bastevole per fondare un giudizio di colpevolezza per condotta partecipativa; cfr. Cass. pen., sez. V, sentenza n. 50864/2016, Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 46070/2015. Il secondo, per converso, cosiddetto misto, riteneva la possibilità di pronunciare una condanna per partecipazione anche sulla semplice base del rituale di affiliazione; cfr. Cass. pen., sez. V, sentenza n. 27672/2021, Cass. pen., sez. II, sentenza n. 23687/2012.

<sup>425</sup> Con tale intendendo una condotta che «si caratterizza per lo stabile inserimento dell'agente nella struttura organizzativa dell'associazione, idoneo, per le specifiche caratteristiche del caso concreto, ad attestare la sua messa a disposizione in favore del sodalizio per il perseguimento dei comuni fini criminosi».

<sup>426</sup> A. SALEMME, *Affiliazione rituale, grave indizio di partecipazione ad associazione di tipo mafioso. Analisi degli snodi principali della motivazione della sentenza n. 36958 del 2021 e spunti di riflessione*, in "Rassegna della giurisprudenza di legittimità", 2021, vol. I, p. 100.

giustificano la punibilità, anche al fine di adeguare la risposta sanzionatoria al ruolo assunto nell'organizzazione mafiosa. Tuttavia, è proprio da questa graduazione della comminatoria edittale di pena che emerge, per quanto qui interessa, un notevole *punctum dolens* inerente al fenomeno mafioso: l'incongruità tra la generalizzazione vigente in sede cautelare e la rimodulazione operante in fase sanzionatoria. Difatti, se si considera che è l'impianto codicistico medesimo a riconoscere l'esistenza di «sotto-fattispecie reali»<sup>427</sup> all'interno del sodalizio criminale, individuando conseguentemente diversi tipi di contributi partecipativi e diverse entità di pena, allora non pare irragionevole chiedersi perché in ambito cautelare il dogma «*in dubio custodiatur reus*»<sup>428</sup> operi indiscriminatamente nei confronti di tutti gli indagati/imputati per il delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., trascurando le diverse posizioni gerarchiche. Un trattamento cautelare univoco e indistinto a cui non corrisponde però un altrettanto generalizzato trattamento sanzionatorio, dovrebbe far propendere per un'asserzione di poca appropriatezza di una simile impostazione *in itinere iudicii* con la logica della proporzionalità di cui all'art. 275 c. 2 cod. proc. pen. e, quindi, dovrebbe favorire una diversificazione della risposta cautelare<sup>429</sup>.

In definitiva, pur essendo innegabile che la rigidità normativa accordata al fenomeno mafioso sia necessaria per arginare la diffusività dei reati in commento e tutelare la collettività, è altrettanto incontestabile che «[non] basta certo la bontà del fine da perseguire per legittimare l'uso strumentale [e indiscriminato] della custodia cautelare»<sup>430</sup>; per tale ragione, in dottrina, stante la generale indistinguibilità sul piano strutturale tra la custodia carceraria e la pena<sup>431</sup>, si asserisce che punto nodale della questione resta l'incontestabile inidoneità della disciplina codicistica a «fungere da *guard rail*»<sup>432</sup> che releghi concretamente la carcerazione preventiva ad *extrema ratio* e che scongiuri l'assimilazione dello strumento cautelare con quello sanzionatorio.

---

<sup>427</sup> R. ADORNO, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare obbligatorio: cade la presunzione di adeguatezza anche per i reati di "contesto mafioso"*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2013, p. 2408 ss.

<sup>428</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 483.

<sup>429</sup> Sul punto R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in "Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni", Milano, 2000, p. 134; M. GIALUZ, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie costituzionali*, in "Processo Penale e Giustizia", 6, 2013, p. 116.

<sup>430</sup> G. D. PISAPIA, *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Milano, 1995, p. 8.

<sup>431</sup> G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 38.

<sup>432</sup> E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare*, op. cit., p. 14.

### 3.3.2. Divergenze interpretative sul cosiddetto tempo silente per fini cautelari

La rilevanza del decorso del tempo nel giudizio cautelare è espressamente sancita dall'art. 292 c. 2 lettera c) che impone al Giudice, nella valutazione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di reato ai fini dell'applicazione di una cautela personale, di tenere conto anche del tempo trascorso dalla commissione del fatto criminoso. La tendenziale capacità del cosiddetto «tempo silente», ossia il tempo intercorso tra l'emissione della misura e i fatti contestati, di affievolire le esigenze cautelari, soprattutto con riferimento al pericolo di recidiva o di commissione di determinati reati, ha infatti indotto il legislatore, con la legge n. 47/2015, a riservare alla questione temporale una particolare attenzione da cui deriva, conseguentemente, uno specifico obbligo di motivazione in capo al Giudice.<sup>433</sup> Tuttavia, la necessità di valutare il decorso del tempo, stando al *dictum* della normativa codicistica, è prescritta espressamente dal solo art. 292 c. 2 lettera c) cod. proc. pen., e quindi pare operante, in termini obbligatori, nella sola fase genetica della misura cautelare; difatti, se si pone mente all'art. 299 cod. proc. pen. in tema di sostituzione o revoca della cautela, non vi è alcun esplicito riferimento all'apprezzamento del dato cronologico, anche se la giurisprudenza è sovente intervenuta ritenendo che questo può certamente costituire un elemento da valutare *in favor libertatis* ma deve, a tal fine, essere necessariamente corroborato anche da altri fatti<sup>434</sup>.

L'operatività del tempo come «fattore di assopimento del moto interiore volto alla realizzazione di illeciti»<sup>435</sup>, con particolare riferimento alla custodia cautelare in carcere per il delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., ha generato un contrasto di carattere ermeneutico che ha portato all'affermazione nella giurisprudenza di legittimità di due diversi orientamenti interpretativi.

Secondo un primo filone giurisprudenziale, la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari per il delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso, prevista dal terzo comma dell'art. 275 cod. proc. pen., «non è superata per effetto del decorso di un tempo considerevole tra l'emissione della misura e i fatti contestati qualora risultino

---

<sup>433</sup> Sul punto L. PIRAS, *Sulla motivazione del pericolo di reiterazione di condotte criminose*, in “Diritto e Giustizia”, 9, 2016, p. 40; A. MACRILLÒ, *Il pericolo di reiterazione ex art. 274 comma 1, lett. c), c.p.p. dopo la L. n. 47 del 2015 al vaglio della Cassazione*, in “Diritto penale e processo”, 4, 2016, p. 487 ss.

<sup>434</sup> Cass. pen., sez. II, sentenza n. 12807/2020; Cass. pen., sez. II, sentenza n. 46368/2016; Cass. pen., sez. II, sentenza n. 10808/2015; Cass. pen., sez. II, sentenza n. 1858/2013; Cass. pen., sez. II, sentenza n. 47416/2011.

<sup>435</sup> F. LOMBARDI, *Il decorso del tempo nel giudizio cautelare: l'attualità del pericolo di reiterazione e l'obbligo motivazionale*, in “Giurisprudenza penale”, 7/8, 2020, p. 5.

accertate la consolidata esistenza dell'associazione, la pregressa partecipazione alla stessa dell'indagato e la sua perdurante adesione ai valori del sodalizio»<sup>436</sup>; ne consegue che il superamento della presunzione *iuris tantum* è necessariamente subordinato al recesso dall'associazione o all'esaurimento dell'attività associativa, escludendo categoricamente che il mero decorso del tempo possa assurgersi a fattore da cui dedurre l'allontanamento del soggetto dal sodalizio criminale.<sup>437</sup>

Un secondo orientamento interpretativo, anche se minoritario, ritiene per converso che la presunzione *de qua* possa essere superata in presenza di un «rilevante arco temporale non segnato da condotte dell'indagato sintomatiche di perdurante pericolosità», legittimando quindi la qualificazione del decorso temporale quale elemento dal quale può risultare che non sussistono esigenze cautelari.<sup>438</sup>

Il dato cronologico per fini cautelari è stato oggetto di scrutinio della giurisprudenza di legittimità anche con riferimento ad un fattore “qualitativo” del fenomeno mafioso, distinguendo a seconda che si intenda attribuire rilevanza alla questione temporale all'interno delle mafie cosiddette «storiche» oppure nell'ambito di quelle «nuove». Difatti, nelle associazioni mafiose storiche e quindi plausibilmente dotate di notevole stabilità, per il superamento della presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari è stata ritenuta «necessaria la dimostrazione del recesso dell'indagato dalla consorteria»; invece, nelle «associazioni mafiose non riconducibili alla categorie delle mafie "storiche", [...] possono rilevare anche la distanza temporale tra la applicazione della misura ed i fatti contestati, nonché elementi che dimostrino la instabilità o temporaneità del vincolo».<sup>439</sup> Contrariamente a tale orientamento, un'altra corrente giurisprudenziale è ferma nel ritenere che la diversificazione relativa alla storicità del sodalizio criminale non assume alcun valore in ambito cautelare, richiedendosi indiscriminatamente per il superamento della presunzione di sussistenza del *periculum libertatis* il recesso dell'indagato/imputato dal sodalizio criminale oppure l'esaurimento dell'attività associativa<sup>440</sup>.

---

<sup>436</sup> In questi termini Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 19787/2019.

<sup>437</sup> Cass. pen., sez. II, sentenza n. 38848/2021; Cass. pen., sez. II, sentenza n. 7837/2021; Cass. pen., sez. V, sentenza n. 26371/2020; Cass. pen., sez. I, sentenza n. 23113/2018.

<sup>438</sup> Cass. pen., sez. I, sentenza n. 42714/2019; Cass. pen., sez. III, sentenza n. 6284/2019.

<sup>439</sup> Così, Cass. pen., sez. II, sentenza n. 18259/2022. La medesima sentenza rimanda ad altre pronunce conformi nel ritenere necessaria, per fini cautelari, la differenziazione tra mafie «storiche» e mafie «nuove»: Cass. pen., sez. V, sentenza n. 36389/2019, Cass. pen., sez. II, sentenza n. 26904/2017.

<sup>440</sup> Cass. pen., sez. II, sentenza n. 7260/2019; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 15753/2018.

## CAPITOLO 4

### IL CONFRONTO TRA INDIVIDUO E AUTORITÀ IN FASE CAUTELARE

4.1. L'adozione a sorpresa delle cautele personali e il contraddittorio differito. L'istituto dell'interrogatorio di garanzia.

L'esplicita affermazione dell'inviolabilità della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. porta con sé la necessità di garantire l'attuazione di meccanismi difensivi in ogni momento dell'*iter* giudiziario, ragion per cui, se si considera che il diritto di difesa è un aspetto del principio del contraddittorio<sup>441</sup>, si comprende l'imprescindibilità di riconoscere alle parti del processo «*chances* effettive di compartecipazione dinamica nel corso dell'intero procedimento»<sup>442</sup>. D'altro canto, la centralità di una dimensione dialettica è prescritta dalla Costituzione medesima che, dopo aver affermato al comma primo dell'art. 111 che «la giurisdizione si attua mediante giusto processo regolato dalle legge», sancisce al comma secondo i corollari del *fair trial*: il contraddittorio, la parità di armi, la terzietà e l'imparzialità del Giudice. Tuttavia, la portata applicativa di tali norme si coniuga in termini differenti a seconda del tipo di processo e, conseguentemente, della natura dell'interesse perseguito in sede giurisdizionale. Difatti il processo civile è imperniato sulla soddisfazione di interessi prettamente privati, motivo per il quale la concretizzazione della formula del giusto processo non può che consistere nell'attribuire all'attore e al convenuto una parità di armi letteralmente intesa, e quindi nel «potere fare [esattamente] quello che fa l'altra parte per farsi ragione»<sup>443</sup>. Contrariamente, il processo penale è fondato sul perseguimento di un interesse essenzialmente pubblicistico, cioè reprimere fatti di reato per garantire la corretta esplicazione della giustizia<sup>444</sup>; ne consegue che qui il canone del giusto processo non può

---

<sup>441</sup> Così G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in "Cassazione Penale", 2003, p. 2099.

<sup>442</sup> L. P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del)*, in "Enciclopedia giuridica", vol. VIII, 1997, p. 13.

<sup>443</sup> F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 98.

<sup>444</sup> Difatti, l'"antagonista" dell'indagato/imputato, in ambito penale, è il Pubblico Ministero il quale, a norma dell'art. 73 R. D. 30 gennaio 1941, n. 12, ha il compito principale di «veglia[re] alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato [...]» e di reprimere i reati.



implicare una meccanica e automatica identità di diritti e di doveri per l'accusa e la difesa<sup>445</sup> perché si legittimerebbero dei risvolti paradossali derivanti dalla trasformazione «del difensore in un pubblico ufficiale o, all'inverso, del p.m. in una sorta di avvocato della persona offesa»<sup>446</sup>. Pertanto, in ambito processual-penalistico, il concetto di parità di armi deve essere inteso non come identità, bensì come equilibrio di poteri<sup>447</sup>, così da rendere quelli di ciascuna parte «idonei a controbilanciare quelli dell'altra in funzione delle opposte prospettive»<sup>448</sup>.

La necessità di rifiutare una considerazione letterale della parità di armi è inevitabile soprattutto in fase di indagini preliminari, in quanto la facoltà della pubblica accusa di «svolge[re] in segreto i primi passi»<sup>449</sup> è un fattore essenziale per l'efficacia delle indagini medesime; analogamente, sul piano dell'azione cautelare, l'adozione a sorpresa delle misure personali è indispensabile per la realizzazione delle finalità alla cui soddisfazione tali strumenti sono preordinati<sup>450</sup>. Tuttavia, un simile impianto normativo nella fase embrionale del processo, fondato sul carattere dell'imprevedibilità, postula innegabilmente una posizione di vantaggio della pubblica accusa rispetto a quella dell'indagato; le conseguenze si riflettono soprattutto in ambito cautelare, atteso che l'esclusione del soggetto interessato dall'*iter* di emissione della cautela comporta il differimento del contraddittorio con l'autorità ad un momento successivo all'applicazione.<sup>451</sup>

Dunque, come anticipato, affinché tale disparità di posizioni, che è ineliminabile<sup>452</sup>, sia legittima, è necessaria una corretta ponderazione tra i poteri delle due parti contrapposte. Difatti una lettura scrupolosa dell'art. 111 Cost. evoca un insieme di principi in materia di giustizia, tra i quali la libertà personale che assume una posizione di primo piano<sup>453</sup>; allora,

---

<sup>445</sup> M. CHIAVARIO, *Le garanzie della giurisdizione e il processo penale*, in "Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della Commissione bilaterale", Milano, 1999, p. 122.

<sup>446</sup> P. FERRUA, *Il giusto processo*, op. cit., p. 113, il quale asserisce, difatti, che una considerazione in termini letterali del principio della parità di armi comporterebbe «ad esempio, l'obbligo del difensore di produrre anche gli elementi a carico del proprio assistito» e quello «del p.m. di tacere gli elementi a favore dell'indagato». Sul punto anche V. GREVI, *Processo penale e riforme costituzionali nel faticoso cammino della commissione bicamerale*, in "Politica del diritto", 1998, p. 133, secondo il quale è innegabile la differenza «di funzioni istituzionali e di ruoli processuali tra l'organo dell'accusa [...] e l'imputato assistito dal suo difensore».

<sup>447</sup> P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, 2012, p. 14.

<sup>448</sup> P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, p. 49.

<sup>449</sup> G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari-Roma 2020, p. 97.

<sup>450</sup> Corte cost., ordinanza n. 200/1997.

<sup>451</sup> Sul punto, A. CONFALONIERI, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare*, Padova, 1996, p. 17; M. FERRAJOLI, *Il ruolo di "garante" del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 2014, p. 169 ss.

<sup>452</sup> M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, Milano 1984, p. 27.

<sup>453</sup> M. L. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 2007, p. 867.

al fine di bilanciare i poteri in questione, è innanzitutto necessario che il soggetto interessato possa «intervenire conoscendo»<sup>454</sup>.

A tal fine, in primo luogo, l'art. 293 c. 3 cod. proc. pen., imponendo il deposito dell'ordinanza cautelare, della richiesta del Pubblico Ministero e degli atti presentati con la stessa presso la cancelleria del Giudice che ha emesso il provvedimento, è preordinato ad assicurare che la base cognitiva della difesa sia il più completa possibile. Il medesimo comma, prescrivendo poi che «avviso del deposito è notificato al difensore», consente effettivamente a questo di prendere cognizione dello *status* del suo assistito in un momento immediatamente successivo alla esecuzione dell'ordinanza, così da rendere l'azione difensiva, all'interno del contraddittorio *de libertate* espletato con l'interrogatorio di garanzia, un'azione consapevole. Ovviamente, affinché la difesa possa correttamente espletarsi, è necessario anche un immediato contatto tra il sottoposto a cautela personale e il difensore, ragion per cui l'art. 104 cod. proc. pen., finalizzato principalmente a rafforzare le garanzie dell'accusato *in vinculis*, stabilisce che «l'imputato in stato di custodia cautelare ha diritto di conferire con il difensore sin dall'inizio dell'esecuzione della misura»<sup>455</sup>. Difatti la conoscibilità del dossier cautelare è strumentale ad un proficuo esercizio del diritto di difesa, tanto che l'omesso deposito degli elementi menzionati determina la nullità dell'interrogatorio *de quo*.<sup>456</sup>

In secondo luogo, affinché la difesa possa concretamente essere resa edotta della tesi accusatoria, l'art. 65 cod. proc. pen. sancisce che, nel corso dell'interrogatorio, l'autorità giudiziaria deve procedere alla cosiddetta *litis contestatio*, rivelando alla persona sottoposta alle indagini in forma chiara e precisa il fatto che le è attribuito, rendendole noti gli elementi di prova esistenti contro di lei e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, comunicandogliene le fonti.

Sempre nell'ottica di garantire che la contrapposizione tra le parti si svolga in maniera leale, e quindi di affievolire la disparità di posizioni, si inseriscono coerentemente le disposizioni di cui agli artt. 358 e 294 cod. proc. pen., preordinate rispettivamente ad assicurare la

---

<sup>454</sup> A. DIDDI, R. M. GERACI, *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 199.

<sup>455</sup> Le uniche deroghe ammesse all'immediato contatto con il difensore riguardano i delitti di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* cod. proc. pen., relativamente ai quali il Pubblico Ministero, *ex art.* 293 c. 3 cod. proc. pen., può chiedere al Giudice di dilazionare, per un periodo non superiore a cinque giorni, l'esercizio del diritto di conferire con il difensore.

<sup>456</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 26798/2005.

completezza delle indagini e un assetto dialogico tra l'accusa e la difesa sin dalle prime battute del processo e, quindi, sin dall'eventuale applicazione di una cautela personale.

Quanto al primo profilo, considerato che *ex art.* 326 cod. proc. pen. le indagini preliminari sono finalizzate alle determinazioni per l'esercizio dell'azione penale<sup>457</sup> e che in tale fase processuale vi è un innegabile predominio della pubblica accusa, il corretto esercizio dell'azione *de qua* e l'efficiente ponderazione tra i poteri delle parti contrapposte non possono prescindere da un'attività d'indagine che tenga conto di ogni elemento; per tale ragione, l'art. 358 cod. proc. pen. prescrive la necessità di una completezza del quadro investigativo, imponendo al Pubblico Ministero di «svolgere accertamenti [anche] su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini». Difatti le indagini *pro reo* consentono l'esplicazione di un divenire “garantito” dell'azione per entrambe le parti, perché non solo orientano il Pubblico Ministero a verificare la sostenibilità dell'accusa ma evitano anche che l'indagato subisca processi inutili<sup>458</sup>.

Quanto al secondo profilo, posto che le misure cautelari personali sono generalmente applicate nella fase delle indagini preliminari e che in tale frangente, quando il Giudice dispone la cautela, il materiale probatorio di cui ha contezza è composto essenzialmente dai soli elementi raccolti dal Pubblico Ministero, si comprende l'importanza dell'interrogatorio di cui all'art. 294 cod. proc. pen. quale «momento espressivo delle argomentazioni difensive»<sup>459</sup> che controbilancia quelle accusatorie dell'organo inquirente<sup>460</sup>. Difatti l'interrogatorio di garanzia rappresenta un momento fondamentale per la tutela del destinatario di un'ordinanza cautelare, in quanto è proprio con tale atto che si compie un vaglio giurisdizionale sulle ragioni dell'ordinanza *de libertate*<sup>461</sup>, consentendo, «attraverso il contatto diretto tra giudice ed indagato/imputato, l'immediata verifica della ritualità e della fondatezza del provvedimento cautelare»<sup>462</sup>. Dunque, l'atto *de quo* ha l'indubbio merito di

---

<sup>457</sup> Sul punto G. CONTI, A. MACCHIA, *Indagini preliminari*, in “Enciclopedia giuridica”, XVI, Roma, 1989, p. 2, in cui si precisa che si è passati «dall'istruzione che prepara il processo, all'indagine che prepara l'azione».

<sup>458</sup> F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, p. 33 e 51; M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, p. 104.

<sup>459</sup> V. BONINI, *La Corte costituzionale e la centralità dell'«interrogatorio di garanzia» nella disciplina delle misure cautelari personali*, in “Legislazione penale”, 1997, p. 866.

<sup>460</sup> Sul punto anche F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, op. cit., p. 49, il quale, pur riferendosi al contraddittorio nella formazione della prova, ritiene che l'indispensabilità della dimensione dialettica sia «rappresentata dalla necessità di rimediare alla visione parziale della realtà dell'inquirente».

<sup>461</sup> A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, p. 607.

<sup>462</sup> Così come espressamente sancito nella Relazione al progetto preliminare del Codice di Procedura Penale del 1988.

assicurare un confronto diretto tra Giudice e persona sottoposta a provvedimento cautelare, ponendo quest'ultima nelle condizioni di riferire ogni circostanza utile alla propria posizione.<sup>463</sup>

Pertanto, ne deriva che la completezza dell'azione e il contraddittorio sono i due metodi che consentono un adeguato bilanciamento tra i poteri accusatori e quelli difensivi e che «spianano la via ad un corretto esercizio dell'azione e della giurisdizione»<sup>464</sup>.

Ciò premesso, concentrando il discorso sulla dimensione dialettica tra le parti, è innegabile che *ex art. 111 c. 4 Cost.* il contraddittorio tecnicamente inteso sia riferito a quei contesti finalizzati alla formazione della prova, plausibilmente al dibattimento o all'incidente probatorio<sup>465</sup>; ciò non significa, però, che questo deve restare circoscritto a quelle sole situazioni preordinate ad acquisire gli elementi utilizzabili per la decisione sul merito dell'imputazione. Se è vero che non è il dibattimento il perno di un sistema accusatorio bensì proprio il contraddittorio<sup>466</sup>, ne consegue che questo deve essere inteso anche nella sua accezione ideologica di «chiave di metodo»<sup>467</sup>, finalizzato a consentire un dialogo tra le parti contrapposte sin dal momento in cui le ragioni dell'autorità si ripercuotono su quelle dell'individuo. Emerge così la forza epistemica del contraddittorio<sup>468</sup>, da intendersi quale «metodo preferibile per approssimarsi alla verità»<sup>469</sup>.

Essendo il processo penale un *actus trium personarum*, e presupponendo il contraddittorio una «dualità – antagonistica e paritetica – orientata alla persuasione di un organo terzo»<sup>470</sup>, si inserisce nel contesto processuale la funzione del Giudice quale soggetto deputato a

---

<sup>463</sup> R. E. KOSTORIS, *Commento all'art. 1 della legge n. 332 del 1995*, “Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare”, Padova, 1995, p. 50 ss.

<sup>464</sup> F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, op. cit., p. 64.

<sup>465</sup> Considera come «poietico» il contraddittorio per la formazione della prova G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, in “Enciclopedia giuridica Treccani”, vol. VIII, 2001, p. 2. Analogamente, O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 7, secondo il quale il contraddittorio dibattimentale, poiché finalizzato a coinvolgere le parti nel momento formativo dell'atto da acquisire, può essere considerato «forte».

<sup>466</sup> C. DE ROBBIO, *Il contraddittorio, Poteri e opportunità della difesa nel procedimento penale*, Milano, 2018, p. 4.

<sup>467</sup> P. FERRUA, *Il giusto processo*, op. cit., p. 9.

<sup>468</sup> P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Torino, 2017, p. 132, che qualifica il contraddittorio quale «strumento utile alla ricostruzione dei fatti». Sul punto anche S. C. SAGNOTTI, *Il ragionamento dialettico quale ragionamento dialogico*, in F. R. DINACCI, “Processo penale e Costituzione”, Milano, 2010, p. 333, secondo la quale «la verità o il verosimile scaturiscono dallo scontro tra gli opposti» e «dalla sintesi tra tesi e antitesi».

<sup>469</sup> L. P. COMOGLIO, *Contraddittorio*, in “Digesto delle discipline privatistiche”, vol. IV, Torino, 1989, p. 1.

<sup>470</sup> S. LORUSSO, *I molteplici volti del contraddittorio: dalle regole costituzionali all'attuazione legislativa*, in F. R. DINACCI, “Processo penale e Costituzione”, op. cit., p. 357.

risolvere la contrapposizione dialettica tra le parti<sup>471</sup>. Per quanto qui interessa, anche la garanzia ultima della legittimità delle restrizioni *in itinere iudicii* è necessariamente affidata al controllo del Giudice nella sua accezione di soggetto terzo ed imparziale<sup>472</sup>, e in particolare di quello che ha deciso in ordine all'applicazione della misura cautelare<sup>473</sup>, che ha il compito di valutare, nel corso dell'interrogatorio di garanzia, *ex art. 294 c. 3 cod. proc. pen.*, «se permangono le condizioni di applicabilità e le esigenze cautelari previste dagli articoli 273, 274 e 275». All'esito di tale controllo il Giudice può procedere, anche *ex officio*, a revocare o a sostituire la misura che *ab origine* era stata disposta.<sup>474</sup>

Difatti, l'interrogatorio di garanzia costituisce il primo confronto tra individuo e autorità sulla *quaestio libertatis*, pur non potendo negare che non si tratta di un reale momento di attuazione del contraddittorio in quanto, essendo la presenza del Pubblico Ministero facoltativa, non riproduce sempre il rapporto triadico summenzionato<sup>475</sup>. Invero, sancire l'obbligatorietà della presenza del difensore all'interrogatorio di garanzia ma consentire contestualmente la facoltatività di quella del Pubblico Ministero, sembra incoerente rispetto al generale principio in virtù del quale «ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale»; pur essendo innegabile che l'interrogatorio *de quo* si inserisce in un sub-procedimento incidentale autonomo rispetto a quello principale, non è dato comprendere il motivo per il quale la possibilità per l'incolpato di interloquire con chi formula l'accusa a suo carico sia subordinata, in ambito

---

<sup>471</sup> G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, in "Enciclopedia giuridica Treccani", vol. VIII, 2001, p. 1.

<sup>472</sup> G. D. PISAPIA, *Le garanzie di difesa dell'imputato: l'informazione di garanzia e la custodia cautelare*, in "Giurisdizione e cultura della legalità. Le regole del processo alla prova", Roma, 1993, p. 105 ss.

<sup>473</sup> Difatti, *ex art. 294 c.1*, all'interrogatorio di garanzia procede «il giudice che ha deciso in ordine all'applicazione della misura cautelare», plausibilmente il Giudice per le indagini preliminari. In ipotesi di cautela personale disposta dalla corte d'assise o dal tribunale, all'interrogatorio procede il presidente del collegio o uno dei componenti da lui delegato. Il fatto che lo svolgimento dell'interrogatorio *de quo* sia affidato al medesimo Giudice che ha deciso in ordine all'applicazione della cautela, non è esente da critiche. Una parte della dottrina ritiene che detta impostazione non generi problemi in tema di terzietà ed imparzialità, posto che non solo il Giudice si pronuncia nella medesima fase processuale, ma è anche capace di apprezzare maggiormente i risultati dell'interrogatorio, avendo contezza di tutto il materiale probatorio relativo alla decisione cautelare. Cfr. G. DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino, 2000, p. 83. Altra parte, invece, ritiene che affidare al medesimo Giudice il potere di disporre la misura cautelare e di procedere, successivamente, anche all'interrogatorio di garanzia, si traduca sostanzialmente in un elemento a sfavore della difesa, non potendo non considerare che il Giudice cercherà «più conferme che smentite alla propria precedente decisione». G. VARRASO, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1999, p. 1403; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, p. 172.

<sup>474</sup> V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, p. 403.

<sup>475</sup> A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 1, 2013, p. 139.

cautelare, ad una scelta dell'accusatore medesimo. Se, come detto prima, nel contesto processual-penalistico la parità di armi non può consistere in un'identità, è necessario, però, che quelle fornite siano quantomeno appropriate alle funzioni esercitate<sup>476</sup>. Costruire l'intero procedimento penale su un impianto dialettico tra le parti e affidare in ambito cautelare la dimensione dialogica tra l'accusa e la difesa alla mera volontà del Pubblico Ministero, significa, di fatto, potenziare ancor di più il vantaggio, già esistente ed ineliminabile, di questo. Peraltro, posto che le misure cautelari sono generalmente applicate in fase di indagini preliminari, l'interrogatorio di garanzia è solitamente svolto innanzi, appunto, al Giudice per le indagini preliminari; se si considera che questo non ha una cognizione piena del quadro probatorio, decidendo soltanto sulla base dei verbali presentati dalle parti<sup>477</sup>, l'espletamento di un contraddittorio reale e orale tra la pubblica accusa e l'indagato sembra imprescindibile per l'attuazione del giusto processo cautelare.

Ad ogni buon conto, l'emissione di una cautela personale nel corso del procedimento penale, data la sua innegabile frizione con il principio di non colpevolezza, esige tempi rapidi nel controllo; per tale motivo, le tempistiche accordate dal legislatore per l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia, che variano «in funzione della diversa incidenza delle singole misure sulla sfera di libertà personale del soggetto»<sup>478</sup>, assumono un ruolo fondamentale nell'ottica di assicurare che il soggetto coinvolto stia il minor tempo possibile senza poter esporre le proprie ragioni.

Il comma primo dell'art. 294 cod. proc. pen. stabilisce che se la cautela personale emessa è la custodia in carcere, il Giudice che ha deciso in ordine all'applicazione deve procedere all'interrogatorio della persona che vi è sottoposta «immediatamente e comunque non oltre cinque giorni dall'inizio dell'esecuzione della custodia»<sup>479</sup>; per tutte le altre cautele personali, invece, l'interrogatorio deve essere effettuato entro dieci giorni dall'esecuzione del provvedimento o dalla sua notificazione. La differenziazione che il Codice di Procedura Penale opera tra la carcerazione preventiva e tutte le altre misure personali è espressione della necessità di ridurre il tempo in cui un soggetto può patire la cautela maggiormente

---

<sup>476</sup> P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, p. 49.

<sup>477</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 521.

<sup>478</sup> L. BRESCIANI, *sub art. 294*, in "Commentario Chiavario", III, Torino, 1998, p. 262.

<sup>479</sup> Sempre che non vi abbia proceduto nel corso dell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo.

afflittiva, anche perché «la sollecitudine nell'interrogatorio [...] giova alla verità, come alla umanità»<sup>480</sup>.

Anche se l'acceleramento delle tempistiche è previsto per la sola custodia carceraria, il legislatore accorda alla custodia cautelare generalmente intesa, ricomprendendovi quindi anche gli arresti domiciliari, alcune accortezze. Riservandoci di trattare il tema degli adempimenti esecutivi *ex art. 293 cod. proc. pen.* nel prosieguo, qui pare opportuno circoscrivere la trattazione alla prevalenza temporale accordata all'interrogatorio di garanzia rispetto a quello investigativo e all'estinzione della custodia per omesso interrogatorio nei termini.

La necessità di scongiurare il rischio che il Pubblico Ministero possa profittare della situazione della persona sottoposta a custodia assurgendo questa a strumento *ad eruendam veritatem*<sup>481</sup>, ha indotto il legislatore, con la L. n. 332/1995, ad inserire il comma sesto dell'art. 294 cod. proc. pen., a norma del quale «l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare da parte del pubblico ministero non può precedere l'interrogatorio del giudice». Pertanto, con il precipuo intento di far sì che le prime dichiarazioni processualmente rilevanti si svolgano innanzi al Giudice terzo, l'interrogatorio investigativo della pubblica accusa è stato posticipato rispetto a quello di garanzia. Tuttavia, come ormai assodato, posto che l'intero procedimento penale richiede un continuo contemperamento di interessi, le esigenze difensive devono conciliarsi con quelle investigative; per tale ragione, al fine di evitare che il differimento del confronto tra l'organo inquirente e l'indiziato sottoposto a misura custodiale possa arrecare un pregiudizio sul piano investigativo<sup>482</sup>, il comma 1-*ter* dell'art. 294 cod. proc. pen. consente al Pubblico Ministero di restringere i tempi per l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia purché ne faccia istanza nella richiesta di custodia cautelare; in tale eventualità, il Giudice deve procedere entro quarantotto ore.

Se è vero che la tutela della libertà passa attraverso il rispetto delle forme<sup>483</sup>, allora ne deriva l'assoluta coerenza di comminare, *ex art. 302 cod. proc. pen.*, l'immediata estinzione della cautela custodiale nel caso in cui non siano rispettati i termini previsti per l'espletamento

---

<sup>480</sup> D. GIURIATI, *Commento teorico-pratico al Codice di procedura criminale degli Stati sardi*, Torino, 1853, p. 193.

<sup>481</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 478.

<sup>482</sup> L. BRESCIANI, *sub art. 294*, op. cit., p. 267.

<sup>483</sup> M. PISANI, *Libertà personale e processo*, Padova, 1974, p. 44.

dell'interrogatorio di garanzia<sup>484</sup>; difatti, la deroga ai limiti temporali è ammessa solo ed esclusivamente nell'eventualità in cui la persona da interrogare sia assolutamente impossibilitata, escludendo categoricamente la legittimità di qualsiasi altro motivo che consenta la posticipazione del contatto con l'autorità giudicante.<sup>485</sup> Sostanzialmente, la previsione della sanzione *de qua* comporta la trasformazione della custodia cautelare «da un provvedimento provvisorio [...] in un provvedimento a termine»<sup>486</sup>, la cui efficacia è subordinata al rispetto di limiti temporali. Pare però opportuno precisare che la «tacita revoca *ex lege* del provvedimento»<sup>487</sup> cautelare prescritta dall'art. 302 cod. proc. pen., non esclude aprioristicamente il ripristino della misura; difatti, è il medesimo articolo a riconoscere al Giudice la possibilità di applicarla nuovamente su richiesta del Pubblico Ministero e previo interrogatorio, «allorché, valutati i risultati di questo, sussistono le condizioni indicate negli articoli 273, 274 e 275». Ne consegue che in tale eventualità, con un'evidente considerazione del dogma *in favor libertatis*, l'interrogatorio di garanzia precede l'applicazione della cautela, diventando «causa preesistente impeditiva del valido esercizio del potere del giudice di disporre la misura»<sup>488</sup>.

Il diritto a contraddire, pur dovendo adeguarsi al momento procedurale nel quale si sviluppa<sup>489</sup>, rappresenta l'elemento imprescindibile per la corretta esplicazione dell'attività giurisdizionale; il diritto di difendere la libertà personale costituisce l'irrinunciabile base di

---

<sup>484</sup> Invero, l'art. 302 cod. proc. pen., pur essendo rubricato «Estinzione della custodia per omesso interrogatorio della persona sottoposta a custodia cautelare», è valevole per qualsiasi tipo di misura cautelare, coercitiva o interdittiva che sia; difatti, la sentenza n. 95/2001 della Corte Costituzionale ha asserito che «proprio l'attitudine a comprimere beni fondamentali della persona, che rappresenta il tratto comune di tutte le misure cautelari personali, esige che identica sia la sanzione processuale nel caso in cui l'interrogatorio non sia compiuto nel termine prescritto».

<sup>485</sup> C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1995, p. 440. Comunque, in tale ipotesi, il comma secondo dell'art. 294 cod. proc. pen. sancisce che «il giudice ne dà atto con decreto motivato e il termine per l'interrogatorio decorre nuovamente dalla data in cui il giudice riceve comunicazione della cessazione dell'impedimento o comunque accerta la cessazione dello stesso». Peraltro, il decreto con il quale il Giudice dà atto dell'assoluto impedimento a procedere all'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare va ritenuto inoppugnabile in base al principio di tassatività dei mezzi di gravame; in questi termini Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 42532/2012.

<sup>486</sup> M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, p. 161.

<sup>487</sup> M. PISANI, *Caducazione*, in "Enciclopedia del diritto", vol. V, Milano, 1959, p. 777.

<sup>488</sup> A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia, dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, op. cit., p. 531. L'anticipazione dell'interrogatorio difensivo, anche se in tema di caducazione delle cautele personali è circoscritta alla sola ipotesi di omesso interrogatorio nei termini, è una garanzia che il legislatore accorda anche in altre tre eventualità: ci si riferisce agli artt. 289, 313 e 391 cod. proc. pen. e, quindi, rispettivamente, all'applicazione della cautela interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, al procedimento applicativo delle misure di sicurezza e alla convalida dell'arresto o del fermo.

<sup>489</sup> A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in "Trattato di procedura penale", diretto da G. SPANGHER, vol. II, p. 29.



un ordinamento civile<sup>490</sup>. Ne deriva che difesa e contraddittorio rappresentano i pilastri fondanti di un processo leale, ragion per cui il fatto che l'impianto cautelare sia fondato sulla segretezza, comportando conseguentemente l'esplicazione dei diritti difensivi solo a partire dall'esecuzione della misura, ha condotto autorevole dottrina a interrogarsi sulla possibilità di anticipare il confronto tra individuo e autorità ad un momento antecedente l'emissione della cautela<sup>491</sup>. D'altro canto, «che il processo sia o meno *fair* è dato desumibile da qualunque elemento segni l'interesse – o, allo stesso modo, il disinteresse – di parte ad esprimersi o, ancora più in generale, ad assumere una posizione sulla scena del giudizio»<sup>492</sup>. Allora, posto che in ambito cautelare la possibilità per la difesa di esprimere le proprie ragioni è posticipata all'emissione della cautela, in dottrina si parla coerentemente di «vuoto dei mezzi»<sup>493</sup>, riferendosi proprio al fatto che l'interrogatorio di garanzia è differito rispetto alla restrizione della libertà personale. Peraltro, «ogni qualvolta ci si trova davanti ad un giudizio, la difesa, se il contraddittorio deve espletarsi, va in qualche modo a tentare di recuperare una situazione, *rectius* una decisione, che, sia pure in via incidentale, sia pure in via provvisoria, è comunque già stata in qualche modo emessa»<sup>494</sup>; ne deriva, dunque, la fragilità delle tutele difensive all'interno di un contraddittorio sulla *questio libertatis* da espletarsi a fronte di una decisione già presa.

Per tali motivi, da ultimo, il Consiglio dei Ministri 15 giugno 2023 n. 39 ha approvato un disegno di legge che, recando modifiche anche al Codice di Procedura Penale, prescrive, per quanto qui interessa, l'istituto dell'interrogatorio preventivo quando si ipotizza il pericolo di reiterazione del reato, a meno che non si proceda per reati di rilevante gravità, escludendolo però quando sussistono le esigenze cautelari del pericolo di fuga e dell'inquinamento probatorio e, quindi, quando è necessario che la misura cautelare sia adottata a sorpresa.

---

<sup>490</sup> G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1994, p. 1265.

<sup>491</sup> E. AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, in "Tavola rotonda. La disciplina delle misure cautelari personali", in "Legislazione penale", 2006, p. 374; E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in "Libertà personale e ricerca della prova", Milano, 1995, p. 72 ss.; G. RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa "possibile"*, in "Diritto penale e processo", 2006, p. 1165; A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia, dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele*, Padova, 2006, p. 606 ss.

<sup>492</sup> F. TRAPPELLA, *Brevi noti sull'equo processo cautelare*, in "Archivio Penale", 1, 2021, p. 5.

<sup>493</sup> C. MORSELLI, *Libertà personale, "giusto processo" e contraddittorio anticipato: prospettive de jure condendo*, in "Diritto penale e processo", 2006, p. 1303.

<sup>494</sup> G. SPANGHER, *Relazione*, in "Il G.i.p. e la libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato", Napoli, 1997, p. 48.

Prevede inoltre che l'applicazione della custodia cautelare in carcere sia subordinata al vaglio del Giudice collegiale.<sup>495</sup>

Sebbene l'anticipazione del contraddittorio consentirebbe la concretizzazione di un maggiore garantismo per l'indagato<sup>496</sup>, non si può negare che un simile impianto normativo generebbe non pochi problemi di ordine pratico<sup>497</sup> perché si dovrebbero fare i conti, *in primis*, con le modalità attraverso le quali realizzare il contraddittorio.<sup>498</sup> Indubbiamente riscatterebbe la libertà personale «da una certa “sudditanza” rispetto alle scelte “imperative” e quasi insindacabili del pubblico ministero»<sup>499</sup>, ma la consapevolezza anticipata dell'iniziativa dell'accusa da parte dell'indagato potrebbe ledere gli interessi tutelati dall'art. 274 cod. proc. pen. e potrebbe consentire all'indagato/imputato di sottrarsi all'esecuzione della cautela<sup>500</sup>. Tuttavia, non si può nemmeno sottacere il fatto che l'applicazione di una cautela personale incide su diritti costituzionalmente sanciti; peraltro, il fatto che la libertà personale e la difesa siano proclamati a livello costituzionale quali «inviolabili», dovrebbe implicare ragionevolmente la necessità di accordare a tali diritti una tutela privilegiata, se necessario, «perfino col sacrificio di interessi pur essi di rilievo costituzionale ma non così classificati»<sup>501</sup>.

Emerge quindi, nuovamente, la questione centrale e di non facile risoluzione che permea l'intero procedimento cautelare: il corretto bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali e le esigenze dell'amministrazione della giustizia.

---

<sup>495</sup> Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 39, 15 giugno 2023.

<sup>496</sup> G. PISAPIA, *Orientamenti per la riforma della custodia preventiva nel processo penale*, “Criteri direttivi per una riforma del processo penale”, Milano, 1965, p. 99 ss., che si è più volte espresso a favore di un contraddittorio pieno prima dell'adozione del provvedimento impositivo della carcerazione preventiva.

<sup>497</sup> Sul punto S. LORUSSO, *I molteplici volti del contraddittorio*, op. cit., p. 360.

<sup>498</sup> A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, op. cit. p. 628 ss.; l'Autrice, a titolo esemplificativo, si interroga sulle modalità con cui garantire che il soggetto interessato si presenti a rendere l'interrogatorio oppure che questo non sia lasciato in stato di completa libertà, posto che comunque l'esistenza di una *notitia criminis* e dell'eventuale sussistenza di una delle esigenze cautelari non possono essere completamente ignorate.

<sup>499</sup> C. MORSELLI, *Libertà personale, “giusto processo” e contraddittorio anticipato: prospettive de jure condendo*, in “Diritto penale e processo”, 2006, p. 1303.

<sup>500</sup> E. MARZADURI, *Commento all'art. 2 l. 16/7/1997 n. 234*, in “Legislazione penale”, 1997, p. 754.

<sup>501</sup> A. MOLARI, *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, p. 142.

#### 4.1.1. La tutela della libertà fisica e morale del soggetto sottoposto ad interrogatorio

La persona nei cui confronti è attribuita la commissione di un reato partecipa all'indagine del fatto come titolare sia di diritti processuali, che si sviluppano e si realizzano nel corso dell'iter giudiziario, sia di diritti strettamente connessi alle libertà fondamentali<sup>502</sup> che, proprio perché tali, «spettano ai singoli in quanto esseri umani»<sup>503</sup>. Difatti il giusto processo non riguarda solo i diritti “del” processo, ma anche e soprattutto quelli che vengono in rilievo “nel” processo<sup>504</sup>. Allora, se è vero che il procedimento penale è paragonabile ad una gara sportiva, in particolare ad una gara di ragionamenti<sup>505</sup>, il confronto tra le parti contrapposte sui valori coinvolti nella vicenda giudiziaria deve essere disciplinato da un rigido regolamento, così da evitare la degradazione del contesto giurisdizionale a libera contesa «aperta alle scorribande delle parti più abili o più temerarie»<sup>506</sup>. Difatti «sono proprio le regole dettate per il compimento degli atti processuali a distinguere la giustizia dalla forza»<sup>507</sup>, ragion per cui è necessaria la predisposizione di un impianto normativo che regolamenti le modalità tramite le quali la dimensione dialettica tra l'accusa e la difesa deve espletarsi. Se poi si considera che, per le motivazioni fin qui esposte, nel frangente cautelare vi è una innegabile posizione di predominio del Pubblico Ministero, la cristallizzazione di regole di attuazione per il dialogo tra individuo e autorità non è più solo necessaria, ma diventa imprescindibile per riequilibrare i poteri delle parti e per assicurare un'efficace tutela dell'inviolabilità della libertà personale *lato sensu* intesa. Pertanto, con il precipuo intento di delineare un perimetro protettivo per la libertà fisica e morale del soggetto sottoposto ad interrogatorio di garanzia, l'art. 294 c. 4 cod. proc. pen. rimanda, per lo svolgimento dell'atto, alle modalità indicate dagli artt. 64 e 65 cod. proc. pen.

Il primo comma dell'art. 64 cod. proc. pen., finalizzato a salvaguardare essenzialmente la libertà personale nella sua accezione di *habeas corpus*, stabilisce che «la persona sottoposta alle indagini, anche se in stato di custodia cautelare o se detenuta per altra causa, interviene

---

<sup>502</sup> G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Torino, 2004, p. 175.

<sup>503</sup> C. MAINARDIS, *Sub. art. 13 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 102.

<sup>504</sup> Così P. GROSSI, *I diritti fondamentali nel processo penale: a) la libertà personale*, in “Enciclopedia del diritto”, vol. I, 1958, p. 443.

<sup>505</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 122.

<sup>506</sup> V. DENTI, *Principio dell'oralità – Dir. Proc. Civ.*, in “Enciclopedia giuridica Treccani”, Roma, 1990, p. 8.

<sup>507</sup> F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, p. 5.

libera all'interrogatorio, salve le cautele necessarie per prevenire il pericolo di fuga e di violenza». Pare però opportuno precisare che le cautele *de quibus* non possono comunque «essere tali da compromettere una relazione tra magistrato e interrogato improntata a dignità»<sup>508</sup> e quindi devono essere contenute entro limiti minuziosamente definiti così da scongiurare ogni «precauzione sovrabbondante»<sup>509</sup>. D'altro canto, la necessità che in *itinere iudicii* il soggetto interessato compaia libero davanti al Giudice è essenziale non solo per dare effettiva concretizzazione al principio di presunzione di non colpevolezza, ma anche per assicurare che sia su un piede di parità con l'accusa.<sup>510</sup>

Il secondo comma dell'art. 64 cod. proc. pen., invece, è preordinato alla salvaguardia della libertà morale quale valore «metagiuridico»<sup>511</sup>, coincidente con il libero arbitrio e quindi con la libertà del soggetto di scegliere e di autodeterminarsi<sup>512</sup>; assurgendosi a dogma generale posto a tutela della dignità dell'individuo<sup>513</sup>, la libertà morale è qualificabile in termini di «principio generale di ordine pubblico processuale»<sup>514</sup> dal quale discendono delle regole procedurali inderogabili.

Tra queste si inserisce, *in primis*, il divieto categorico di utilizzare, indipendentemente dall'eventuale consenso dell'interrogato, «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti»<sup>515</sup>. Si tratta di una disposizione che è vellevole anche in tema di prova, *ex art.* 188 cod. proc. pen., e che «privilegia il “come” si perviene ad un risultato conoscitivo in linea con la scelta di un sistema probatorio non onnivoro»<sup>516</sup>. Difatti «il sapere giudiziale incontra dei limiti scaturenti da specifici diritti»<sup>517</sup>, tra i quali rientra certamente la libertà di autodeterminazione, motivo per il quale è necessario che le dichiarazioni dell'interrogato si esplichino liberamente senza alcuna intromissione nella sua sfera volitiva. Così, ripudiando mezzi coercitivi della volontà e tecniche di subdola persuasione, il comma secondo dell'art.

---

<sup>508</sup> O. DOMINONI, *sub artt.* 64-65, in “Commentario Amodio, Dominioni”, I, Milano, 1989, p. 402.

<sup>509</sup> F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, p. 78.

<sup>510</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, p. 569.

<sup>511</sup> P. FELICIONI, *Sub art. 188*, in A. GIARDA, G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007, p. 1302.

<sup>512</sup> G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, Napoli, 2011, p. 57. L'Autore, in particolare, parla di «libertà di autodeterminazione, intesa come facoltà critica di scelta».

<sup>513</sup> A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, p. 288.

<sup>514</sup> E. FORTUNA, *I soggetti*, in “Manuale pratico del nuovo processo penale”, Padova, 1993, p. 209.

<sup>515</sup> Si fa riferimento, tra gli altri, al cosiddetto *lie detector*, all'ipnosi o al siero della verità. Sul punto A. MACCHIA, *I diritti fondamentali “minacciati”: lo sfondo delle garanzie in Costituzione*, op. cit., p. 14.

<sup>516</sup> F.R. DINACCI, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, in “Processo penale e giustizia”, 2, 2016, p. 4.

<sup>517</sup> F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, op. cit., p. 3.

64 cod. proc. pen. mira a fornire uno scudo protettivo non solo alla libertà morale della persona, ma anche all'esercizio dei diritti difensivi, posto che nessuna forma di difesa potrebbe essere definita tale se non fosse il frutto di una scelta libera e consapevole<sup>518</sup>. Invero, è proprio sulla base della considerazione che il diritto di difesa debba poter essere esercitato in piena libertà che la dottrina si interroga sul divieto assoluto di servirsi di determinati metodi anche con il consenso dell'interessato per supposta lesività della libertà morale. Difatti, la netta esclusione degli apporti neuroscientifici «è operazione tutt'altro ininfluente sulla tutela piena dell'inviolabile diritto alla difesa»<sup>519</sup>, perché affermare indiscriminatamente l'impossibilità di far ricorso a determinati mezzi significa escludere la loro valenza anche *in favor rei*, comportando conseguentemente che, qualora l'indagato/imputato acconsentisse al loro utilizzo poiché idonei a provare la sua innocenza, questo dovrebbe essere nondimeno condannato per rispetto, appunto, della sua libertà morale<sup>520</sup>. E qui si dovrebbe introdurre un ulteriore discorso, la cui ampiezza sconfinerebbe però il contenuto del presente elaborato, sugli incerti confini dell'accezione morale della libertà: se la restrizione della libertà fisica è riconoscibile «ad occhio nudo [...] [chi] potrebbe invece dirci [...] quando sia stata effettivamente limitata o tolta la libertà morale?»<sup>521</sup>.

Stante l'indeterminatezza del contenuto semantico della libertà morale, una cosa è certa: affinché un soggetto sia libero moralmente di poter assumere quei comportamenti che più ritiene appropriati ai propri interessi processuali, è necessario che sia un soggetto informato.<sup>522</sup> Difatti, non è sufficiente che al singolo siano riconosciuti determinati diritti, essendo invece necessario che di «tali diritti egli sia posto a conoscenza affinché possa praticamente esercitarli»<sup>523</sup>. Per tale ragione, nell'ottica di assicurare una consapevole e libera partecipazione dell'indagato/imputato al compimento dell'interrogatorio, e di garantire una corretta instaurazione del rapporto dialettico, il terzo comma dell'art. 64 cod. proc. pen. impone a carico dell'autorità che vi procede l'obbligo di compiere un triplice avvertimento alla persona sottoposta all'atto. La ratio è quella di far sì che l'interrogato sia

---

<sup>518</sup> O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, p. 28.

<sup>519</sup> F. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012, p. 94.

<sup>520</sup> F. CARNELUTTI, *Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo*, in "Rivista di diritto processuale", 1957, p. 273.

<sup>521</sup> G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1997, p. 325 ss.

<sup>522</sup> V. GAROFOLI, *L'udienza preliminare e il contenimento dei tempi processuali*, Milano, 2008, p. 23 ss., secondo il quale «un soggetto "informato", infatti, è un soggetto "libero moralmente"».

<sup>523</sup> V. GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, 1983, p. 18.

un «soggetto attivo della propria difesa»<sup>524</sup>, rendendogli note le prerogative di cui dispone e le conseguenze processuali che possono derivare dal proprio contegno omissivo o attivo.<sup>525</sup> Difatti, qualora scegliesse di avvalersi della sua facoltà legittima di non rispondere ad alcuna domanda, l'interrogato è avvisato del fatto che il procedimento seguirà comunque il suo corso; se invece scegliesse di fornire il proprio contributo conoscitivo, è avvertito della possibile efficacia *contra se* delle dichiarazioni, nonché della possibilità di assunzione della qualità di testimone relativamente al *narratum* contro terzi.<sup>526</sup>

Tra gli avvertimenti cui è tenuta l'autorità, quello che più di tutti si pone in funzione garantista dell'interrogato è l'avviso in merito allo *ius tacendi* di cui alla lettera b) dell'articolo citato. Difatti, con un'evidente considerazione del *nemo tenetur se detegere* quale principio fondante del garantismo processuale accusatorio<sup>527</sup>, la persona sottoposta ad interrogatorio, salvo l'obbligo di dichiarare le proprie generalità o quant'altro può valere ad identificarla, ha la facoltà di non rispondere ad alcuna domanda. Si tratta di un silenzio tollerato e protetto dall'ordinamento giuridico<sup>528</sup> che è espressione di una piena attuazione della *praesumptio* costituzionale di non colpevolezza; difatti l'art. 27 c. 2 Cost. implica la necessità di considerare l'interrogato innocente, *rectius* non colpevole, ragion per cui sarebbe irragionevole, se non addirittura incostituzionale, pretendere «da tale soggetto un contributo conoscitivo in ordine a circostanze che [in forza della Costituzione] si devono ritenere da lui non conosciute, in quanto, appunto, presunto innocente»<sup>529</sup>. Peraltro, se è vero che la facoltà *de qua* è stata riconosciuta dal legislatore al fine di imporre un limite allo strapotere dell'autorità giudiziaria nei confronti dell'interrogando<sup>530</sup>, va da sé che l'esercizio del diritto al silenzio non può, e non deve, comportare alcuna conseguenza sul piano

---

<sup>524</sup> V. GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, op. cit., p. 16.

<sup>525</sup> La necessità che l'interrogato sia adeguatamente informato è ulteriormente rafforzata dal comma quarto dell'art. 64 cod. proc. pen. che sancisce, in ipotesi di omissione o altra irregolarità in tema di avvertimenti menzionati, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e l'impossibilità di assumere, in relazione a queste, l'ufficio di testimone. Invero, la sanzione dell'inutilizzabilità opera solo *in malam partem* e quindi non deve essere intesa in termini assoluti; così O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, op. cit., p. 134.

<sup>526</sup> A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia, dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, op. cit., p. 391.

<sup>527</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, op. cit., p. 623.

<sup>528</sup> E. AMODIO, *Diritto al silenzio e dovere di collaborazione*, in "Rivista di diritto processuale", 1974, p. 409.

<sup>529</sup> O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, op. cit. p. 46 ss.

<sup>530</sup> Sul tema V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere, Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 6.

processuale, posto che una diversa impostazione condurrebbe ad una negazione del diritto medesimo.<sup>531</sup>

Se è vero che la necessità di informare la persona interrogata delle situazioni di rilievo giuridico assolve all'esigenza di assicurare l'effettività del contraddittorio e dell'esercizio del diritto di difesa<sup>532</sup>, si comprende la coerenza di inserire, nel novero delle garanzie di contesto, *ex art. 294 c. 4 cod. proc. pen.*, anche l'assistenza del difensore. Difatti la difesa deve essere intesa non solo come diritto individuale ma anche come garanzia di un corretto accertamento giudiziale<sup>533</sup>; allora, se gli avvertimenti di cui all'art. 64 cod. proc. pen. assicurano l'esercizio dell'autodifesa, rendendo edotto l'interrogato dei suoi diritti, la presenza obbligatoria del legale, che possiede le competenze tecnico-giuridiche necessarie per svolgere tutte le attività inerenti all'esercizio dei diritti difensivi, si pone innegabilmente in termini di necessaria complementarità per «propiziare [...] le migliori condizioni»<sup>534</sup> e assicurare la realizzazione del giusto processo.

Sempre al fine di tutelare concretamente i divieti e le garanzie del soggetto coinvolto nella vicenda *de libertate*, il legislatore ha previsto anche l'obbligo di registrazione fonografica o audiovisiva dell'interrogatorio dell'indagato detenuto che non si svolga in udienza, a norma dell'art. 141 *bis* cod. proc. pen., a pena di inutilizzabilità. Si tratta di una cautela documentale che opera nei confronti di chiunque si trovi nella condizione materiale di restrizione in un istituto di custodia e pena, indipendentemente dal fatto che l'interrogatorio sia relativo o meno al procedimento rispetto al quale deve essere svolto.<sup>535</sup>

In definitiva, l'impianto codicistico predispone strumenti concretamente volti a tutelare la persona e la sua dignità nei rapporti con l'Autorità, così da garantire il pieno godimento dei diritti che le competono; d'altro canto, la dignità umana rappresenta un valore sul quale il costituzionalismo democratico ha costruito «l'aspirazione universalistica delle posizioni dei singoli»<sup>536</sup>.

---

<sup>531</sup> Difatti la giurisprudenza ha escluso la possibilità di desumere, dall'esercizio della facoltà di non rispondere o di non collaborare, prognosi sfavorevole in ordine al pericolo di commissione di altri reati, o altra conseguenza negativa diversa dalla possibilità di accedere ad eventuali benefici che possono legittimamente derivare dalla collaborazione. Cfr. Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 241321/2008.

<sup>532</sup> V. GAROFOLI, *L'udienza preliminare e il contenimento dei tempi processuali*, op. cit., p. 24.

<sup>533</sup> P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in "Digesto delle discipline penali", vol. III, Torino, 1989, p. 467.

<sup>534</sup> V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere, Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, op. cit., p. 334.

<sup>535</sup> M. BARGIS, *La riproduzione fonografica o audiovisiva prescritta dall'art. 141-bis c.p.p.: distinzioni interpretative in ordine al concetto di interrogatorio*, in "Cassazione penale", 1998, p. 1665.

<sup>536</sup> A. APOSTOLI, *La dignità sociale come fondamento delle democrazie costituzionali*, in "Rivista di Variazioni Su temi di Diritto del Lavoro", 2020, p. 539.

#### 4.1.2. Profili di superfluità: Cass. pen., sez.un., 05/06/2020 n. 17274

Data la necessità di una dimensione dialettica tra le parti nel corso dell'intero procedimento, assolta nel frangente *de libertate* con l'interrogatorio di cui all'art. 294 cod. proc. pen., che costituisce una garanzia indispensabile per lo svolgimento del «giusto» processo<sup>537</sup>, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state chiamate a risolvere un contrasto giurisprudenziale imperniato sul seguente quesito: «se, in caso di applicazione di una misura cautelare coercitiva da parte del tribunale, in accoglimento dell'appello del pubblico ministero avverso la decisione di rigetto del giudice per le indagini preliminari, sia o no necessario procedere all'interrogatorio di garanzia a pena d'inefficacia della misura cautelare»<sup>538</sup>.

Prima di procedere ad individuare i due filoni ermeneutici contrastanti che si sono formati in merito alla questione in esame, occorre fare una premessa. Sull'istituto dell'interrogatorio di garanzia e sulla *ratio* ad esso sottostante la Corte di Cassazione, ferma nel ritenere che questo assolve alla «necessità di garantire all'indagato, tramite un immediato contatto con il giudice, la possibilità di fornire gli elementi, in fatto e diritto, volti a scalfire la gravità indiziaria e riesaminare le originarie motivazioni sottese all'intervento cautelativo, così da consentire al decidente di rivalutare la perduranza delle ragioni sottese alla misura in esito a siffatto contatto chiarificatore»<sup>539</sup>, ha più volte asserito che la garanzia *de qua* non ha ragion d'essere quando il contraddittorio con l'autorità è assicurato in altri modi<sup>540</sup>. D'altro canto, una lettura scrupolosa dell'art. 294 cod. proc. pen. conduce a dover avallare detta tesi poiché, individuando nella dichiarazione di apertura del dibattimento il *dies ad quem* per l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia, sembra postulare la convinzione che la difesa del soggetto sottoposto ad una misura cautelare può ragionevolmente essere esercitata in tale fase, considerato infatti che il frangente dibattimentale è il terreno classico per la realizzazione di una dimensione dialogica tra le parti. A corroborare ancor di più una simile impostazione si inserisce una pronuncia della Corte costituzionale che ha elaborato l'assunto

---

<sup>537</sup> G. PISAPIA, *Appunti di procedura penale*, I, Milano, 1971, p. 17.

<sup>538</sup> Cass. pen., sez. VI, ordinanza n. 1243/2019. Sul punto F. FILOCAMO, *Applicazione di misura cautelare in accoglimento dell'appello del Pubblico Ministero e interrogatorio di garanzia*, in "Rassegna della giurisprudenza di legittimità, Gli orientamenti delle Sezioni Penali", vol. II, 2020, p. 431 ss. Per un commento, C. DE ROBBIO, *Applicazione di misura cautelare da parte del tribunale del riesame e interrogatorio di garanzia: la sentenza delle Sezioni unite*, in "Sistema Penale", 2020.

<sup>539</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 17274/2020.

<sup>540</sup> Cass. pen., sez. II, sentenza, n. 38828/2017; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 50768/2013.



secondo cui, con l'apertura del dibattimento, si realizzerebbe una «fisiologica coesistenza e assorbimento delle funzioni cautelari in quelle di merito», con correlato «costante controllo sulla indispensabilità del permanere della misura»<sup>541</sup>.

Per tali motivi, un primo filone ermeneutico, di cui è espressione anche la sentenza n. 17274/2020, ritiene non necessaria la celebrazione dell'interrogatorio di garanzia in caso di applicazione di una misura cautelare coercitiva da parte del Tribunale, in accoglimento dell'appello del Pubblico Ministero avverso la decisione di rigetto del Giudice per le indagini preliminari, poiché l'espletamento del contraddittorio in sede camerale d'appello sarebbe di per sé sufficiente ai fini di un approfondimento del *thema* cautelare.<sup>542</sup> Difatti, l'attuazione dell'udienza camerale assicura al destinatario della richiesta un confronto con il Giudice, consentendogli di fornire elementi probatori, anche attraverso spontanee dichiarazioni, così da poter contrastare i motivi di gravame del Pubblico Ministero o i presupposti applicativi di cui agli artt. 273 e 274 cod. proc. pen. In effetti, contrariamente al consueto iter procedimentale che, prevedendo l'applicazione di una misura cautelare “a sorpresa” su richiesta del Pubblico Ministero, si esplica *inaudita altera parte*, nell'udienza camerale non solo è prescritta la presenza del difensore ma, ex art. 309 c. 6 cod. proc. pen., è riconosciuto all'indagato il diritto di comparire personalmente, ragion per cui sembrerebbe potersi dire assicurato un contraddittorio pieno. In sostanza, stando al *dictum* della pronuncia menzionata, ciò che rileva è che il soggetto interessato sia posto nella condizione di poter esercitare appieno la propria difesa, a nulla importando che le dichiarazioni spontanee, proprio perché tali, sono rimesse ad una libera scelta della persona medesima.<sup>543</sup>

Allora, posto che l'udienza in camera di consiglio predispone adeguati spazi difensivi e offre all'indagato l'opportunità di avere un confronto dialettico e di esercitare la difesa in modo completamente equivalente all'interrogatorio di garanzia, imporre l'interrogatorio *de quo* in caso di applicazione di una misura cautelare coercitiva da parte del Tribunale, in

---

<sup>541</sup> Corte cost., sentenza n. 267/2008.

<sup>542</sup> Cass. pen., sez. II, sentenza n. 38828/2017; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 50768/2013.

<sup>543</sup> Per un commento F. PERONI, *Davvero superfluo l'interrogatorio di garanzia, in caso di cautela adottata in sede d'appello?*, in “Diritto Penale e Processo”, 2021, p. 67, secondo il quale tale impostazione una simile impostazione dissimula una «metamorfose delle dichiarazioni spontanee in interrogatorio»; A. MARANDOLA, *Misura cautelare applicata dal tribunale della libertà in sede d'appello: negato l'interrogatorio di garanzia*, in “Cassazione penale”, 2020, p. 4039, che rimarca la funzione dell'interrogatorio di garanzia quale espressione dell'autodifesa e quale forma di tutela personale non surrogabile con l'esercizio della difesa tecnica; F. URBINATI, *Interrogatorio di garanzia e misure cautelari: configurazioni processuali*, in “Archivio penale”, 2, 2020, p. 22, che ritiene opportuno sancire «la obbligatorietà dell'interrogatorio di garanzia per la prima applicazione di misura cautelare in fase di appello, così colmando una *vacatio* di tutela di notevole rilievo».

accoglimento dell'appello del Pubblico Ministero avverso la decisione di rigetto del Giudice per le indagini preliminari, assumerebbe il significato della «superfetazione difensiva»<sup>544</sup>, assurgendosi a formalità superflua che è invece assorbita dalla partecipazione dinamica legittimata in fase camerale.

Contrapposto a tale indirizzo della giurisprudenza di legittimità se ne inserisce un secondo, in virtù del quale, nell'ipotesi formulata, è comunque necessario l'espletamento dell'interrogatorio *de quo*.<sup>545</sup> Le ragioni ancorate a tale convinzione si riscontrano in una lettura fedele del dato testuale dell'art. 294 cod. proc. pen., che è infatti inequivocabile nel richiedere l'espletamento dell'interrogatorio a seguito dell'attuazione di qualsiasi provvedimento esecutivo di una misura cautelare, salvo che il Giudice vi abbia già proceduto in occasione della convalida del provvedimento precautelare o che la fase dibattimentale sia in corso, pena l'estinzione della cautela medesima *ex art.* 302 cod. proc. pen. A sostegno di detta tesi, cui aderisce anche l'ordinanza con cui la Sesta sezione della Corte di Cassazione ha rimesso la *quaestio* alle Sezioni Unite, si inserirebbero due pronunce della medesima corte con le quali è stato sancito che, qualora la misura cautelare sia stata disposta dal Tribunale della libertà a seguito dell'accoglimento dell'appello del Pubblico Ministero avverso il rigetto del Giudice per le indagini preliminari, competente a procedere all'interrogatorio dell'indagato è sempre il Giudice per le indagini preliminari<sup>546</sup>; pertanto, secondo tale orientamento, una simile affermazione che non può che implicare, quale ovvio antecedente logico-giuridico, che si deve inderogabilmente celebrare l'interrogatorio di garanzia anche nell'eventualità in cui la cautela personale sia stata applicata da parte del Tribunale. Sostanzialmente, questa corrente giurisprudenziale è ferma nel considerare l'interrogatorio di garanzia un atto di ineludibile importanza per la difesa del soggetto coinvolto, ragion per cui rifiuta categoricamente l'impostazione alternativa che attribuisce importanza alla sola dimensione dialettica surrogando, sul piano processuale, l'interrogatorio *de quo* con l'udienza camerale dell'appello *de libertate*.

---

<sup>544</sup> In questi precisi termini, Cass. pen., sez. un., sentenza n. 17274/2020.

<sup>545</sup> Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 6088/2014.

<sup>546</sup> Cass. pen., sez. I, n. 2761/1992; Cass. pen., sez. I, n. 3608/1992.

#### 4.2. I diritti informativi del destinatario dell'ordinanza cautelare

Essendo il processo penale un «complesso di garanzie preordinate a salvaguardia dell'individuo»<sup>547</sup>, ne deriva, come anticipato, la necessità di scongiurare il rischio che l'*ignorantia iuris* si ritorca in danno dei soggetti coinvolti<sup>548</sup>.

Per quanto qui interessa, il legislatore prescrive «un'attività promozionale specifica»<sup>549</sup> volta ad informare il destinatario di un'ordinanza di custodia cautelare in merito agli elementi essenziali della notizia di reato, agli elementi di prova a carico e alle possibilità processuali che l'ordinamento giuridico gli offre e garantisce. Difatti, l'art. 293 c. 1 cod. proc. pen. sancisce che l'ufficiale o l'agente incaricato di eseguire l'ordinanza che ha disposto la custodia cautelare consegna all'imputato copia del provvedimento unitamente a una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa, con cui lo informa di una serie di diritti e facoltà che sono essenzialmente funzionali a garantire l'esercizio difensivo<sup>550</sup>.

L'obbligo di consegnare la comunicazione con i diritti informativi è stato introdotto con il decreto legislativo n. 101/2014, in ottemperanza alle prescrizioni della Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.<sup>551</sup> Pertanto, in perfetta coerenza e logicità con l'esigenza di potenziare le garanzie procedurali, è prescritta la necessità di consegnare la cosiddetta *Letter of Rights*, così da consentire all'indagato/imputato di avere contezza dell'iter cautelare pregresso nonché di poter fruire pienamente delle risorse difensive previste dal sistema.

---

<sup>547</sup> V. GREVI, *Nemo tenetur se detergere, Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, op. cit., p. 66.

<sup>548</sup> V. GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, op. cit., p. 3.

<sup>549</sup> M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1978, p. 465.

<sup>550</sup> D. SIRACUSANO, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Elementi di diritto processuale penale*, Milano, 2007, p. 122. Tali informazioni devono essere fornite per iscritto; laddove, però, tale documentazione scritta non sia prontamente disponibile in una lingua comprensibile all'imputato, le informazioni devono essere fornite oralmente, salvo l'obbligo di dare comunque, senza ritardo, ex art. 293 c. 1-bis cod. proc. pen., comunicazione scritta all'imputato. Sempre per ciò che concerne gli adempimenti esecutivi, se si tratta di ordinanze cautelari che applicano misure diverse dalla custodia cautelare, il secondo comma dell'art. *de quo* prescrive la notifica al soggetto nei cui confronti esse sono pronunciate; il quarto comma prevede, in relazione all'ordinanza che applica una misura interdittiva, la trasmissione del provvedimento all'autorità che è competente a disporre l'interdizione in via ordinaria e ciò al fine di coordinare le competenze del giudice penale con i poteri e le competenze delle autorità amministrative.

<sup>551</sup> La direttiva segna la seconda tappa del percorso delineato dalla «Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali» adottata dal Consiglio il 30 novembre del 2009. Sul tema, L. CAMALDO, *Novità sovranazionali*, in "Processo penale e giustizia", 5, 2012, p. 16 ss; S. CIAMPI, *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2012.

Con un'evidente considerazione del valore strumentale del diritto di difesa<sup>552</sup>, le aspirazioni garantistiche del legislatore hanno condotto a cristallizzare, in primo luogo, la necessità di informare il destinatario di un'ordinanza di custodia cautelare della sua facoltà di nominare un difensore di fiducia e di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge. La ratio di una simile disposizione è facilmente intuibile: se si considera che il soggetto coinvolto nel processo penale deve essere posto in condizione di parteciparvi «con pari, se non maggiore, titolo di chi esprime l'interesse alla punizione»<sup>553</sup>, allora ne deriva l'assoluta imprescindibilità della difesa tecnica quale strumento per garantire l'effettiva equità tra le parti. Difatti non sempre l'indagato/imputato è dotato di competenze giuridiche e di abilità in campo processuale e quindi è necessario porre, al fianco della competenza professionale dell'accusatore, un altro soggetto altrettanto qualificato che fornisca il proprio contributo conoscitivo in materia legale al proprio assistito.<sup>554</sup>

Le lettere b) ed e) dell'art. 293 c. 1 cod. proc. pen., anch'esse funzionalmente connesse alla logica di un agire difensivo consapevole, prescrivono l'obbligo di comunicare al destinatario dell'ordinanza custodiale il diritto di ottenere informazioni in merito all'accusa e di accedere agli atti sui quali si fonda il provvedimento. La concretizzazione in ambito codicistico di tali diritti è perfettamente aderente non solo alla Direttiva 2012/13/UE, ma anche all'art. 111 c. 3 Cost., a norma del quale «Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa a suo carico». Difatti, è proprio dal *dictum* costituzionale che deriva il diritto di conoscere non solo la qualificazione giuridica del fatto contestato ma anche gli elementi probatori che hanno portato il Pubblico Ministero a formulare l'accusa.<sup>555</sup> Pertanto, posto che la cognizione degli atti è «la base ineludibile sulla quale poter configurare un contraddittorio effettivo»<sup>556</sup>, ne consegue coerentemente la funzione strumentale della *discovery* del dossier accusatorio per la realizzazione della dimensione dialettica tra le parti

---

<sup>552</sup> F. R. DINACCI, *Le prospettive di riforma delle notifiche all'imputato e processo in absentia: inconsapevolezze legislative*, in "Archivio Penale", 1, 2021, p. 21, in cui si precisa che «il diritto di difesa assume, a sua volta, un valore strumentale; risulta cioè garantito in quanto consente di tutelare certi diritti; acquisisce la qualifica di diritto "inviolabile" anche in modo riflesso, essendo il mezzo attraverso il quale l'individuo conserva alcuni ulteriori diritti "inviolabili" di cui è titolare».

<sup>553</sup> P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in "Digesto delle discipline penalistiche", vol. III, Torino, 1989, p. 467.

<sup>554</sup> M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona, Le garanzie fondamentali*, vol. II, Milano, 1984, p. 136 ss., che sancisce la «necessaria presenza di soggetti capaci di districarsi con consapevolezza e cognizione di causa nel groviglio di questioni che la realtà processuale porta».

<sup>555</sup> F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, op. cit., p. 92.

<sup>556</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 36212/2010.

e per una corretta attuazione del diritto di difesa. Per tale ragione, con il precipuo intento di consentire anche al soggetto allogliato di esercitare con consapevolezza le prerogative difensive, e quindi di scongiurare il rischio di una «*impasse* allo svolgimento del processo costituita da una specie di “incomunicabilità linguistica”»<sup>557</sup>, la lettera c) dell’art. 293 c. 1 cod. proc. pen. contempla il diritto all’interprete e alla traduzione degli atti fondamentali. D’altro canto, è solo permettendo all’indagato/imputato e al suo nucleo difensivo di disporre di un corredo di risorse funzionali per la trattazione nel merito della vicenda *de libertate* che si può consentire di sviluppare una strategia difensiva pronta ed efficace in risposta alla misura limitativa della libertà personale.<sup>558</sup>

Sempre nell’ottica di rendere il procedimento cautelare custodiale coerente con il dogma di un *agere* processuale edotto, l’art. 293 c. 1 cod. proc. pen. include, nel novero degli avvertimenti cui è tenuto l’ufficiale o l’agente incaricato di eseguire l’ordinanza di custodia cautelare, anche la necessità di informare il soggetto interessato in merito al diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere, di essere condotto davanti all’autorità giudiziaria entro termini determinati<sup>559</sup> e di comparire dinanzi al Giudice per rendere l’interrogatorio. Di talché, dopo aver cristallizzato nuovamente il principio del *nemo tenetur se detegere* quale intima espressione del diritto di autodifesa, il legislatore ha inteso rendere il soggetto coinvolto nella vicenda cautelare consapevole del suo diritto di ottenere un confronto con l’autorità. Difatti, la dimensione dialettica con la controparte processuale è di fondamentale importanza per consentire all’indagato/imputato di fornire il suo apporto conoscitivo e quindi di fruire pienamente del suo «diritto di “difendersi provando”»<sup>560</sup>.

---

<sup>557</sup> E. DOSI, *Interprete (dir. proc. pen.)*, in “Enciclopedia del diritto”, vol. XXII, Milano, 1972, p. 328.

<sup>558</sup> S. CIAMPI, *L’accesso agli atti nelle dinamiche precautelari e cautelari sotto l’egida delle direttive 2012/13/UE e 2012/29/UE*, in R. ADORNO, V. BONINI, E. CATALANO, *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica, Un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, Torino, 2017, p. 48 ss. Peraltro, la *discovery* degli atti dell’accusa è funzionale ad una efficace realizzazione del contraddittorio sulla cautela, in modo tale da evitare la proposizione di tutte quelle istanze di riesame « motivate essenzialmente dall’esigenza di scoprire su quali atti la richiesta dell’accusa fosse fondata ». In questi termini R. MANZIONE, *sub art. 293*, in M. CHIAVARIO, *Commento al codice di procedura penale*, Terzo Agg., Torino, 1998 p. 251; conformemente anche G. GIOSTRA., *Art. 10, legge 8 agosto 1995, n. 332*, in “Modifiche al codice di procedura penale”, Milano, 1995, p. 17.

<sup>559</sup> In particolare, entro cinque giorni dall’inizio dell’esecuzione se la misura applicata è quella della custodia cautelare in carcere ed entro dieci giorni se la persona è sottoposta ad altra misura cautelare.

<sup>560</sup> D. QUARTO, *Libertà morale dell’imputato e valutazione probatoria dello ius tacendi*, in “Quaderni del dipartimento jonico”, 11, 2019, p. 282.

4.2.1. La riforma Cartabia e la nuova lettera i-bis dell'art. 293 cod. proc. pen. L'autorità quale mediatore tra la persona offesa e l'autore del reato nella disciplina della giustizia riparativa.

Con il precipuo intento di valorizzare il confronto dialettico tra la persona e lo Stato, in un'ottica strumentale non solo alla riparazione delle conseguenze del reato, ma anche alla ricostituzione dei legami verosimilmente spezzati dall'autore con la società, il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, dando attuazione alla legge delega 27 settembre 2021, n. 134<sup>561</sup>, ha introdotto la disciplina della *restorative justice*, preordinata alla realizzazione di un modello di giustizia più «costruttivo, liberante, responsabilizzante e dialogico»<sup>562</sup>. In particolare, l'art. 13 c. 1 lettera a) del decreto legislativo menzionato ha inserito la nuova lettera i-bis) all'art. 293 cod. proc. pen. che, prevedendo un'indicazione sollecitatoria per l'autorità giudiziaria, prescrive la necessità di informare il destinatario dell'ordinanza dispositiva di custodia cautelare in merito possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa.<sup>563</sup>

L'essenza della giustizia riparativa, definita dall'art. 42 del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 come «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore», è da individuarsi non tanto nel fine, appunto, riparativo, quanto piuttosto nel mezzo attraverso il quale raggiungerlo. Difatti la commissione di un reato cela innegabilmente l'esistenza di un conflitto sottostante ad esso, la cui risoluzione è strettamente connessa allo strumento della mediazione<sup>564</sup>: attraverso l'incontro liberamente accettato fra la vittima del reato e la persona

---

<sup>561</sup> Recante la «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

<sup>562</sup> L. PULITO, *Giustizia riparativa e processo minorile nelle prospettive della c.d. "Riforma Cartabia"*, in "Archivio Penale", 1, 2022, p. 3. Invero, le prime applicazioni di un modello *lato sensu* riparativo si sono avute con l'introduzione di alcuni istituti, quali, a titolo esemplificativo, la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato di cui all'art. 168 *bis* cod. pen. o l'estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 *ter* cod. pen.

<sup>563</sup> Difatti, l'art. 47 d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, rubricato «Diritto all'informazione», impone la necessità che la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima del reato siano «informate senza ritardo da parte dell'autorità giudiziaria, in ogni stato e grado del procedimento penale o all'inizio dell'esecuzione della pena detentiva, in merito alla facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa e ai servizi disponibili». D'altro canto, *ex art.* 44 del decreto legislativo menzionato, l'accesso alla disciplina *de qua* è consentito in ogni stato e grado del procedimento penale.

<sup>564</sup> C. E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in M. CHIAVARIO, *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 113.

indicata come autore dell'offesa, si consente di superare quell'assetto imperniato sulla severità punitiva<sup>565</sup> per realizzare uno spazio dialogico-comunicativo tra le parti in modo tale da poter «trovare un “segno” comune»<sup>566</sup> che possa condurre alla risoluzione della conflittualità da cui è scaturito il fatto criminoso. Dunque, la ratio sottostante alla disciplina *de qua* è la ricerca di un sistema giurisdizionale che privilegi la ricostruzione dei legami sociali attraverso un superamento «costruttivo»<sup>567</sup> del conflitto che, muovendo dal riconoscimento della responsabilità, si sposta anche verso il riconoscimento dell'altra persona<sup>568</sup>.

Ciò premesso, se da un lato è incontestabile che il principale motore di successo della giustizia riparativa sia il «capitale umano», dall'altro è altrettanto innegabile che la realizzazione dei programmi riparativi non possa essere affidata ai singoli individui, ragion per cui è necessaria la predisposizione di una struttura organizzativa idonea a sostenere le loro azioni<sup>569</sup>: si inserisce così il ruolo imprescindibile dell'autorità, assolto dalle figure dei mediatori che, costituendo il braccio operativo del sistema *de quo*, esplicano la propria attività nei Centri per la giustizia riparativa. Si tratta di soggetti altamente qualificati e formati che, in possesso *ex art.* 59 d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 di «competenze, abilità e dei principi deontologici necessari a svolgere, con imparzialità, indipendenza, sensibilità ed equiprossimità, i programmi di giustizia riparativa», si occupano di un'attività di mediazione tra la persona indicata come l'autore dell'offesa e la vittima del reato, consentendo la realizzazione di un dialogo riparativo e di ogni altro programma dialogico svolto nell'interesse dei soggetti menzionati.

La costruzione di uno spazio comunicativo tra le parti, coadiuvato dalla «funzione catalizzatrice del mediatore»<sup>570</sup> e finalizzato a consentire la riparazione del conflitto<sup>571</sup>, produce i suoi effetti sul piano processuale, tanto che lo svolgimento dei programmi

---

<sup>565</sup> D. PULITANÒ, *Riparazione e lotta per il diritto*, in “Sistema Penale”, 2, 2023, p. 75.

<sup>566</sup> G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada, Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 359.

<sup>567</sup> G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, p. 136, in cui gli Autori auspicano la costruzione di un sistema penale che possa assurgersi a «struttura di pace».

<sup>568</sup> R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in “Sistema Penale”, 2002, p. 6.

<sup>569</sup> In questi termini, L. PULITO, *Giustizia riparativa e processo minorile nelle prospettive della c.d. “Riforma Cartabia”*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>570</sup> C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, p. 61.

<sup>571</sup> Difatti la riparazione rappresenta l'«esito tipico e fondamentale del metodo compositivo della conflittualità»: così V. PATANÉ, *Percorsi di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in M. BARGIS (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 547.

riparativi deve essere preso in considerazione dall'autorità giudiziaria, ex art. 58 c. 1 d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 per le determinazioni di competenza e per la valutazione della gravità di reato agli effetti della pena di cui all'art. 133 cod. pen. È però importante precisare che l'attività valutativa *de qua* opera solo in *in favor rei*: l'omessa effettuazione del programma, la sua interruzione o l'irrealizzato esito riparativo non possono in alcun caso tradursi sfavorevolmente nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa.

Posto che il Giudice decide senza necessariamente pacificare, allora, per fondare le condizioni valoriali di una convivenza pacifica, si comprende l'utilità della giustizia riparativa e del mediatore, il cui compito, infatti, è quello di «pacificare senza decidere»<sup>572</sup>. Se poi si considera che tale pacificazione, *rectius* riparazione, può essere anche simbolica, oltre che materiale<sup>573</sup>, emerge con ancor più ovvietà l'intento del legislatore di «ricostituire la “normatività del rapporto umano”»<sup>574</sup>.

Indipendentemente dalla bontà del fine, non si possono però ignorare i limiti e le implicazioni di questo impianto normativo finalizzato alla «risoluzione concertata dei conflitti»<sup>575</sup>.

In primo luogo, anche se i programmi di *restorative justice* sono consentiti ex art. 44 d.lgs. 10 ottobre del 2022, n. 150 per qualsiasi tipo di reato, le strategie riparative non possono logicamente trovare applicazione indiscriminata nei confronti di tutte le categorie di illeciti, in quanto esistono fattispecie di reato che, per la loro natura, non sono fattivamente mediabili; si pensi, ad esempio, ai delitti di criminalità organizzata, in cui le logiche riparatorie possono risultare inattuabili a causa della tipologia di danno cagionato o dell'indisponibilità-indeterminatezza della persona offesa<sup>576</sup>, senza poi considerare che per

---

<sup>572</sup> M. BOLOGNA, *Riflessioni aperte su un istituto in cerca di identità. La mediazione penale*, in “Diritto Penale e Processo”, 2006, p. 749.

<sup>573</sup> A norma dell'art. 56 d. lgs. 10 ottobre del 2022, n. 150, gli esiti riparativi possono comprendere, ad esempio, dichiarazioni o scuse formali, ma anche il risarcimento danni o le restituzioni.

<sup>574</sup> G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada, Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 400.

<sup>575</sup> C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, op. cit., p. 62.

<sup>576</sup> Sul punto G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, p. 142., ritengono che qualora la vittima diretta del reato non sia identificabile, si potrebbe comunque attivare un percorso di mediazione con una vittima «aspecifica o surrogata». Contrariamente a tale convinzione, M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *Sulla giustizia riparativa*, in “Questione giustizia”, 2021, n. 4, secondo i quali una simile impostazione, e quindi una «riparazione unilaterale», sarebbe in contrasto con la ratio e con la definizione medesima della giustizia riparativa.



i fenomeni delittuosi associativi, specie se di tipo mafioso, la collettività ha un interesse particolare per l'effettività e la rigidità della risposta punitiva.<sup>577</sup>

In secondo luogo, sebbene l'accesso ai programmi di giustizia riparativa sia liberamente subordinato alla volontà delle parti, il cui rifiuto di sottoporvisi non può comportare effetti processuali sfavorevoli *ex art. 58 c. 2 d. lgs. 10 ottobre del 2022, n. 150*, non si può certamente sottacere il fatto che nei giudizi valutativi le regole imposte dall'ordinamento giuridico, pur essendo preordinate a porre dei limiti al libero convincimento del Giudice, devono comunque fare i conti con «la componente emozionale del giudicante» e con il «giudizio di valore colto»<sup>578</sup> dal medesimo. Per tale ragione, anche se è esplicitamente prescritto il divieto di valutare *in malam partem* la non partecipazione ai programmi di giustizia riparativa da parte dell'autore dell'offesa, residua comunque la possibilità di «prospettive negative che potrebbero derivare dalla sottrazione al percorso di recupero “sollecitato” dall'autorità giudiziaria»<sup>579</sup>.

Evitando di addentrarci in una trattazione dell'argomento eccessivamente complessa e vasta, che esula dal contenuto del presente elaborato e che coinvolge ampiamente questioni di diritto penale sia sostanziale che processuale, pare opportuno semplicemente mettere in luce che l'introduzione della giustizia riparativa, indipendentemente dalle implicazioni di non poco conto che porta con sé, è espressione dell'intento del legislatore di mettere in risalto la componente umana e valoriale all'interno del processo penale, rendendo la *restorative justice* una modalità complementare di gestione della conflittualità idonea a generare un cambiamento nelle relazioni interpersonali di cui il diritto, e quindi il processo tecnicamente inteso, non dà infatti garanzia<sup>580</sup>.

---

<sup>577</sup> D. CERTOSINO, *Giustizia riparativa e processo penale: luci ed ombre di una nuova modalità di risposta al reato*, in “Mediaries, Rivista su trasformazione dei conflitti, cultura della riparazione e mediazione”, 1, 2022, p. 62.

<sup>578</sup> Le espressioni sono di F. R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, op. cit., p. 1-2.

<sup>579</sup> F. R. DINACCI, *Prefazione*, in V. DE GIOIA, G. PAPIRI, *La giustizia riparativa*, Piacenza, 2022, p. 4.

<sup>580</sup> D. CERTOSINO, *Giustizia riparativa e processo penale: luci ed ombre di una nuova modalità di risposta al reato*, op. cit., p. 58.

#### 4.3. Le impugnazioni cautelari. Il sacrificio delle libertà comprese dalle cautele interdittive

Il processo penale, essendo il terreno classico in cui è coinvolta la sfera liberal-individuale della persona, può essere considerato il «sismografo della Costituzione»<sup>581</sup>, posto che le scelte normative finalizzate a regolare i rapporti tra i diritti di libertà dell'individuo e i poteri coercitivi dell'autorità consentono di vagliare il livello di garantismo della società nel cui nome è amministrata la giustizia penale. Allora, se si premette che il nucleo centrale della Carta costituzionale è rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali, tra i quali rientra indubbiamente anche la libertà personale, ne deriva che nell'ambito del frangente *de libertate* la disciplina dei rimedi previsti contro i provvedimenti applicativi delle misure cautelari costituisce un importante banco di prova ai fini della valutazione della qualità garantista della giurisdizione penale. Difatti, è innegabile che l'interrogatorio di garanzia assicuri l'espletamento delle tutele difensive, permettendo al soggetto sottoposto ad una cautela personale di poter esporre le proprie ragioni; al contempo, però, non si può ignorare che la conduzione dell'atto *de quo*, e quindi la successiva decisione sulla legittimità del provvedimento cautelare, è affidata al medesimo Giudice che, su richiesta del Pubblico Ministero, ha disposto l'applicazione della cautela. Sebbene paia azzardato e poco fiducioso nell'onestà degli organi giudicanti ritenere che questo cercherà aprioristicamente «più conferme che smentite alla propria precedente decisione»<sup>582</sup>, non si può comunque sottacere il fatto che, nell'ottica difensiva, è sicuramente più difficoltoso mutare l'opinione pregressa e già consolidata di un Giudice piuttosto che persuaderne uno che non ha ancora adottato alcuna determinazione nel merito. Per tale motivo, la possibilità per l'indagato/imputato sottoposto ad una cautela personale di instaurare un confronto con organi giudicanti che abbiano letteralmente una *virgin mind* pare coerente con i dogmi del giusto processo. D'altro canto, si deve rammentare che *in itinere iudicii* vige il principio di non colpevolezza, ragion per cui non sembra potersi palesare il timore di un eccessivo garantismo nei confronti dei diritti difensivi del soggetto coinvolto nella vicenda cautelare<sup>583</sup>.

---

<sup>581</sup> M. CHIAVARIO, *Il processo penale: sulla bilancia della Corte, da un codice all'altro, garanzie, funzionalità della giustizia... et autres*, in "La legislazione penale", 2016, p. 98.

<sup>582</sup> G. VARRASO, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1999, p. 1403.

<sup>583</sup> Sulla legittimità di un ipergarantismo, A. CONFALONIERI, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare, Esperienze italiana e francese a confronto*, Padova, 1996, p. 34, secondo la quale non si può avere il timore che «il garantismo possa essere eccessivo in una civiltà giuridica dove persino la tutela offerta dall'organo giurisdizionale si è dimostrata vana per il presidio della libertà personale dei cittadini».

Il sistema dei mezzi di impugnazione dei provvedimenti cautelari personali si connota per essere governato dal principio della tassatività dei mezzi e dei casi di impugnazione; la ratio è quella di garantire che il controllo *ex post* sui provvedimenti giurisdizionali si espliciti esclusivamente con le modalità previste dalla legge (tassatività dei mezzi) e nei soli riguardi dei provvedimenti che la legge non considera inoppugnabili (tassatività dei casi).<sup>584</sup>

Il regime delle impugnazioni *de libertate* è particolarmente articolato; nel suo ambito è possibile individuare delle differenziazioni in ordine al tipo di provvedimenti impugnabili, ai soggetti legittimati, nonché in relazione ai poteri che gli organi investiti dell'attività di controllo possono esercitare. In particolare, la disciplina dei rimedi impugnatori è fissata dalle disposizioni degli articoli 309, 310 e 311 cod. proc. pen. che individuano il riesame, l'appello e il ricorso in Cassazione (ordinario e *per saltum*). Si tratta di mezzi che danno avvio a procedimenti incidentali, che si sviluppano parallelamente allo svolgersi del procedimento principale<sup>585</sup> e che, a differenza di ciò che vale per le sentenze, *ex art. 588 c. 2 cod. proc. pen.*, non hanno in alcun caso effetto sospensivo, salvo che non si tratti di provvedimenti restrittivi emessi a seguito di appello del pubblico ministero, la cui esecuzione rimane eccezionalmente sospesa fino a che la decisione non sia divenuta definitiva<sup>586</sup>.

Se si pone mente al fatto che i provvedimenti limitativi della libertà personale sono adottati *inaudita altera parte*, e che quindi l'esplicazione del contraddittorio è posticipata rispetto alla loro adozione, ne deriva che, come anticipato, il primario profilo dialettico tra le parti si realizza con l'interrogatorio di garanzia; a questo può seguire, però, un secondo frangente dialogico rappresentato, appunto, dai mezzi di impugnazione. Tra questi assume fondamentale importanza, per le sue caratteristiche, il riesame, tanto che è stato affermato che nella sequela procedimentale *de libertate* il contraddittorio si sviluppa, essenzialmente, attraverso l'interrogatorio di garanzia ed il riesame, che rappresentano, rispettivamente, una fase necessaria incombente sul giudice, il primo, e una fase eventuale rimessa nella disponibilità della difesa, l'altro<sup>587</sup>.

---

<sup>584</sup> G. SANTALUCIA, *Impugnazioni*, in G. LATTANZI, E. LUPO, Codice di procedura penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina, vol. VIII, tomo I, Milano, 2013, p. 4.

<sup>585</sup> Per tale motivo, come precisato anche dalla Corte di Cassazione, la nomina del difensore di fiducia effettuata dall'indagato per il procedimento incidentale dinanzi al Tribunale del riesame non dispiega effetto alcuno nel procedimento principale, in quanto il procedimento di impugnazione è del tutto autonomo e separato dal primo, Cass. pen., sez. III, sentenza n. 2199/2019; Cass. pen., sez. III, n. 32323/2015.

<sup>586</sup> Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 2192/1996.

<sup>587</sup> G. RICCIO, *Introduzione*, in "G.i.p. e libertà personale: verso un contraddittorio anticipato?", Napoli, 1997, p. 16.

Il riesame, indipendentemente dalle interpretazioni dottrinali che ritengono opinabile la sua natura<sup>588</sup>, rappresenta l'espressione di un principio fondamentale nell'ambito della giurisdizione penale, ossia quello che assolve all'esigenza di consentire un controllo *ex post* sia sulla legittimità che sul merito di un provvedimento che applica una misura coercitiva *ab initio* e che, quindi, va ad incidere su un diritto dell'individuo costituzionalmente garantito, ossia la sua libertà personale.<sup>589</sup> L'istituto *de quo*, infatti, oltre che raffigurare un'imprescindibile garanzia in favore del soggetto che sia sottoposto ad un procedimento penale, costituisce anche un aspetto irrinunciabile della giurisdizionalità della decisione giudiziale, in quanto la possibilità per le parti di sollecitare un controllo sulla decisione è da considerare come una delle modalità attraverso cui queste concorrono alla genesi della statuizione giudiziaria<sup>590</sup>. In particolare, è un mezzo di impugnazione completamente devolutivo, ragion per cui il Tribunale della libertà, avendo la medesima piena cognizione del Giudice che ha emesso il provvedimento restrittivo, può considerare non solo ragioni diverse da quelle poste a fondamento della misura, ma anche elementi emersi successivamente all'applicazione della misura medesima<sup>591</sup>. Sostanzialmente la *ratio* posta a fondamento del riesame è proprio quella di fornire alla difesa un rimedio che possa essere

---

<sup>588</sup> Difatti, un filone dottrinale, seppur minoritario, ritiene che il procedimento di riesame altro non sia che il momento finale di una fattispecie a formazione progressiva che inizia con l'ordinanza applicativa della misura coercitiva emessa dal Giudice del procedimento e che termina con quella del Tribunale della libertà, ragion per cui l'ordinanza del Tribunale sarebbe il vero e proprio provvedimento limitativo della libertà personale, di cui l'atto sottoposto a riesame rappresenta il necessario atto prodromico. Così C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, Torino, 1991, p. 485. Altra parte della dottrina ritiene che l'istituto *de quo* sia un mezzo per ottenere una sorta di *novum iudicium* (S. GIAMBRUNO, *Spunti per un inquadramento del riesame sui provvedimenti cautelari nel nuovo codice di procedura penale*, in "Rivista Italiana di Diritto Penale e Processuale", 1989, p. 1028). Altra parte ancora considera che il riesame sia una forma di impugnazione *sui generis* a causa dell'inapplicabilità del principio del *tantum devolutum quantum appellatum*; T. TREVVISON LUPACCHINI, *Natura del procedimento di riesame*, in "Giurisprudenza italiana", II, 1992, p. 661). Tuttavia, il titolo del Capo VI del Libro IV dedicato alle misure cautelari, induce a ritenere ormai pacifica la riconducibilità dell'istituto in parola alla categoria delle impugnazioni.

<sup>589</sup> Proprio il fatto che tramite il riesame si può impugnare solo «l'ordinanza che dispone una misura coercitiva» sta a significare che si tratta di un mezzo di impugnazione esperibile esclusivamente dalla difesa. D'altro canto, a norma dei commi primo e terzo dell'art. 309 cod. proc. pen., i soggetti legittimati alla presentazione della richiesta di riesame sono l'imputato (o indagato) e il difensore.

<sup>590</sup> M. PISANI, *Giurisdizione penale*, in "Enciclopedia del diritto", volume XIX, 1970, p. 385 ss.

<sup>591</sup> Cass. pen., sez. V, sentenza n. 4795/2010; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 2074/1996, con la quale la Corte ha espressamente affermato che «il tribunale in sede di riesame ha la medesima, piena, cognizione del giudice che ha emesso il provvedimento restrittivo». In dottrina, G. ILLUMINATI, *Modifiche, integrazioni e problemi non risolti nella normativa sul tribunale della libertà*, in V. GREVI, "La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale", Padova, 1985, p. 391, ove si afferma che «la domanda di parte ha soltanto la funzione di provocare un nuovo giudizio, e non di delimitarne l'oggetto».

esperito rapidamente<sup>592</sup> e di consentire il controllo da parte di un organo giurisdizionale diverso sulla correttezza sostanziale e formale della misura coercitiva.<sup>593</sup>

In contrapposizione alla piena cognizione del Tribunale del riesame si inserisce il principio del *tantum devolutum quantum appellatum* vigente in sede d'appello. Difatti l'appello è un mezzo di impugnazione limitatamente devolutivo, che consente al Giudice di conoscere solo quella parte della materia che è stata oggetto dei motivi proposti dalla parte impugnante e che permette di controllare tutti quei provvedimenti cautelari personali che non sono sottoponibili a riesame: si tratta quindi di un rimedio il cui oggetto si determina in via residuale.<sup>594</sup>

Per ciò che concerne invece il ricorso in Cassazione, l'art. 311 c. 1 cod. proc. pen. legittima tale mezzo di impugnazione avverso le decisioni del Tribunale in sede di riesame o di appello cautelari; inoltre, il comma secondo dell'articolo citato, esclusivamente con riferimento alle ordinanze che dispongono una misura coercitiva, consente di ricorrere in Cassazione *per saltum*, anche se in tale eventualità i motivi di gravame possono riguardare solo la violazione di legge.

Ciò premesso, se è vero che il processo costituisce lo «statuto» della libertà del cittadino contro le pretese punitive arbitrarie dello Stato<sup>595</sup>, non sembra agevolmente comprensibile il motivo per il quale, nel frangente cautelare, le misure interdittive, anch'esse certamente incisive della sfera liberal-individuale dei singoli, siano sottratte all'istituto del riesame e del ricorso in Cassazione *per saltum*. Non v'è dubbio sul fatto che le misure coercitive, limitando la libertà fisica e di movimento del soggetto, siano quelle maggiormente afflittive; al contempo, però, è altrettanto incontrovertibile il peso di quelle interdittive sulla sfera giuridica del soggetto coinvolto. La capacità giuridica individuale, come ad esempio anche il diritto al lavoro, assumono un autonomo rilievo a livello costituzionale<sup>596</sup>, motivo per il quale la sottrazione delle cautele interdittive dai medesimi rimedi previsti per quelle coercitive conduce, in termini difensivi, ad un sacrificio illegittimo delle posizioni soggettive dell'individuo. A corroborare ancor di più l'ambiguità di tale impostazione si inserisce l'art.

---

<sup>592</sup> Difatti, ex art. 309 c. 9, il Tribunale deve annullare, riformare o confermare l'ordinanza oggetto del riesame entro dieci giorni, salvo che dichiarare inammissibile la richiesta.

<sup>593</sup> DI BITONTO M.L., *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 2-3, 2007, p. 865.

<sup>594</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 497.

<sup>595</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, op. cit., p. 546 ss.

<sup>596</sup> E. MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in "Digesto delle discipline penalistiche", vol. VIII, Torino, 1994, p. 63.

324 cod. proc. pen. che consente il riesame per le misure cautelari reali; pertanto, non è dato comprendere perché tale istituto sia ammesso avverso i provvedimenti che incidono sui diritti patrimoniali e sia invece escluso in relazione a tutte le ordinanze che gravano su quei diritti connessi ad uno *status* o ad una professione e, quindi, sulla libertà personale *lato sensu* intesa. Peraltro, non si può non considerare che l'art. 27 c. 2 Cost. cristallizza *in itinere iudicii* il principio di non colpevolezza, ragion per cui non sembrerebbe azzardato allargare gli spazi difensivi anche del destinatario di una cautela interdittiva accordandogli un maggior garantismo in termini di rimedi impugnatori.

Ad ogni buon conto, prescindendo da una trattazione analitica in merito al funzionamento degli istituti menzionati, che esula dal contenuto del presente elaborato, pare opportuno circoscrivere il discorso alla dimensione dialettica tra individuo e autorità che l'impianto codicistico accorda in sede di riesame, di appello e di ricorso per Cassazione: elemento comune a tutti e tre i mezzi di impugnazione è la modalità di svolgimento dell'attività giurisdizionale, che si esplica attraverso il procedimento camerale di cui all'art. 127 cod. proc. pen. La norma *de qua* disciplina l'articolazione dell'udienza camerale prevedendo, accanto agli atti introduttivi che ne costituiscono le premesse di estrinsecazione<sup>597</sup>, le modalità attuative del contraddittorio scritto e orale, finalizzato a realizzare un controllo sul provvedimento cautelare precedentemente emesso<sup>598</sup>; difatti le parti possono presentare memorie in cancelleria fino a cinque giorni prima dell'udienza e alla medesima, che è caratterizzata dal difetto di pubblicità e che si svolge quindi senza la presenza del pubblico, possono partecipare il Pubblico Ministero, gli altri destinatari dell'avviso e i difensori. Dal dettato testuale del comma terzo dell'articolo citato, in virtù del quale «Il pubblico ministero, gli altri destinatari dell'avviso nonché i difensori sono sentiti se compaiono», emerge la facoltatività della partecipazione all'udienza, e quindi del contraddittorio, a cui si contrappone però l'obbligatorietà per il Giudice di ascoltare le parti se intervengono.<sup>599</sup> Dunque, con un'evidente considerazione del contraddittorio quale strumento imprescindibile per il corretto esercizio del diritto di difesa, il legislatore consente al sottoposto a cautela personale di poter usufruire di uno spazio dialettico con l'autorità, sia a

---

<sup>597</sup> Ex art. 127 c. 1 cod. proc. pen., a pena di nullità, alle parti, agli altri interessati e ai difensori è dato avviso della data fissata per l'udienza almeno dieci giorni prima dell'udienza medesima; il termine è invece di tre giorni qualora il procedimento camerale sia instaurato a seguito di domanda di riesame.

<sup>598</sup> G. TRANCHINA, *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in "Enciclopedia del diritto", vol. XX, Milano, 1970, p. 699 ss.

<sup>599</sup> P. TONINI, *Diritto processuale penale. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 124.

mezzo del proprio difensore che in prima persona. Difatti, la dimensione dialogica nell'ambito del procedimento in camera di consiglio è sempre assicurata, tanto che nell'eventualità in cui l'interessato abbia fatto richiesta di essere ascoltato personalmente e sia detenuto in un luogo posto fuori dalla circoscrizione del Giudice, qualora vi acconsenta, si provvede mediante collegamento a distanza; in caso contrario, sarà sentito il giorno prima dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo.<sup>600</sup> A rafforzare l'imprescindibilità del contraddittorio si inserisce anche il comma quarto dell'articolo 127 cod. proc. pen, a norma del quale l'udienza deve essere rinviata se sussiste un legittimo impedimento per l'imputato che ha chiesto di essere sentito personalmente; analoga garanzia non è però prevista nell'eventualità in cui il l'impedimento *de quo* riguardi il difensore<sup>601</sup>.

In definitiva, se si pone mente al fatto che il termine «impugnazione» etimologicamente deriva dal verbo latino *pugnare*, che significa lottare<sup>602</sup>, ne consegue che il bisogno di soddisfare l'esigenza di giustizia «induce a non accontentarsi di un solo giudizio, sul presupposto che il verdetto unico potrebbe essere errato o ingiusto o comunque perfettibile»<sup>603</sup>. Una simile affermazione assume ancor più rilevanza nel procedimento cautelare, posto che *in itinere iudicii* è prescritta la presunzione di non colpevolezza: di qui la qualificazione dei mezzi di impugnazione quale *condicio sine qua non* per l'estrinsecazione di una decisione giurisdizionale corretta, *rectius* giusta<sup>604</sup>, che è infatti tale solo ed esclusivamente se è il frutto di un processo garantista che consente alle parti di esprimere le proprie ragioni all'interno di una dimensione dialettica.

---

<sup>600</sup> Al detenuto in custodia cautelare va equiparato quello posto agli arresti domiciliari, in virtù del comma quinto dell'art. 284 cod. proc. pen.: Cass. pen., sez. I, sentenza n. 4063/1991.

<sup>601</sup> Cass. pen., sez. I, sentenza n. 50461/2017, con cui la Corte ha precisato che il procedimento in camera di consiglio è connotato dall'esigenza di celerità, ragion per cui non costituisce causa di rinvio dell'udienza il legittimo impedimento dello stesso, posto che in tale eventualità il rispetto del diritto di difesa è assicurato dalla nomina di un difensore d'ufficio. Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 14675/2018: «Il legittimo impedimento del difensore, quale causa di rinvio dell'udienza, non rileva nei procedimenti in camera di consiglio, per i quali è previsto che i difensori, il pubblico ministero e le altre parti interessate, siano sentiti solo se compaiono, sicché, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio, è sufficiente che vi sia stata la notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza.».

<sup>602</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2018, p. 919.

<sup>603</sup> A. GAITO, *Le impugnazioni penali*, Torino, 1998, p. 15.

<sup>604</sup> Corte cost., sentenza n. 124/2019.

#### 4.4. I limiti di durata delle cautele personali tra esigenze di interesse pubblico e diritti di libertà

Data l'irragionevolezza dei tempi processuali<sup>605</sup>, da cui deriva conseguentemente l'inettitudine del processo ordinario a creare senza ritardo un provvedimento definitivo<sup>606</sup>, si inseriscono *in itinere iudicii* le misure cautelari, che assolvono la funzione di «situazioni intermedie»<sup>607</sup> preordinate a scongiurare il rischio che lo scorrere del tempo possa arrecare un pregiudizio alla compiuta realizzazione dell'interesse giuridico protetto<sup>608</sup>. Tuttavia, l'incapacità della giurisdizione penale di esplicarsi in tempi brevi non può in alcun modo gravare illegittimamente sui diritti di libertà del soggetto coinvolto, ragion per cui l'aspetto temporale dei provvedimenti cautelari rappresenta uno dei perni dell'intera disciplina *de libertate*. Di qui la previsione di limiti di durata delle cautele personali, posto che le ragioni di interesse pubblico sottese all'emanazione di un provvedimento cautelare devono adeguatamente bilanciarsi con il sacrificio patito da colui che è costituzionalmente presunto non colpevole fino a condanna definitiva. D'altro canto, le cautele personali sono esclusivamente funzionali alla tutela delle esigenze cautelari di cui all'art. 275 cod. proc. pen.; dunque, se non fossero temporanee e provvisorie, e quindi subordinate al rispetto di vincoli temporali, si assurgerebbero arbitrariamente in un'anticipazione di pena svuotando completamente di significato la presunzione di innocenza, *rectius* di non colpevolezza, di cui all'art. 27 c. 2 Cost.

In perfetta coerenza e logicità con l'art. 13 c. 5 Cost., a norma del quale «La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva», l'art. 303 cod. proc. pen. ha cristallizzato il meccanismo della «tecnica della segmentazione»<sup>609</sup>, prevedendo una serie di termini

---

<sup>605</sup> E. AMODIO, *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in «Diritto penale e processo», 2010, p. 1270, in cui l'Autore precisa che «tempi irragionevoli sono anzitutto quelli in cui la giustizia si impantana in mille rivoli di interminabili accertamenti, facendo gravare sull'imputato la dilatazione dell'arco temporale del processo».

<sup>606</sup> P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 19.

<sup>607</sup> G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, op. cit., p. 27.

<sup>608</sup> M. CASTELLANO, M. MONTAGNA, *Misure cautelari reali*, in «Digesto Penale», vol. VIII, Torino, 1994, p. 99.

<sup>609</sup> D. LACCHI, *Applicazioni specifiche della "tecnica della segmentazione": regressione del procedimento e custodia cautelare dell'estradando*, in «Giurisprudenza Italiana», 2000, p. 2; M. MALERBA, *Durata massima della custodia cautelare: il principio del favor libertatis non è derogabile dall'interprete*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 2014.



intermedi e complessivi il cui superamento determina l'estinzione *ipso iure* della custodia cautelare.

I termini intermedi, prescritti dal comma primo dell'articolo citato, sono quelli che indicano la durata della custodia per ciascuna fase del procedimento e che variano a seconda del limite di pena edittale del delitto per cui si procede: peraltro, sono autonomi tra loro e quindi, una volta conclusa la fase anteriore, inizia a decorrere il successivo termine intermedio.

Il primo termine *de quo* copre il periodo di tempo che va da quando è stata eseguita la misura cautelare personale fino al provvedimento che dispone il giudizio, o fino all'ordinanza che dispone il giudizio abbreviato o fino alla sentenza di patteggiamento<sup>610</sup>; il secondo è relativo all'arco temporale che va dal rinvio a giudizio fino alla sentenza di condanna di primo grado<sup>611</sup>; il terzo si riferisce al tempo che intercorre dalla sentenza di condanna di primo grado fino alla condanna in appello<sup>612</sup>; il quarto va dalla pronuncia della sentenza di condanna di secondo grado fino alla sentenza irrevocabile<sup>613</sup>.

I termini complessivi, invece, indicati dal comma quarto del medesimo articolo, sono quelli che fissano il limite totale di durata della carcerazione preventiva e che tengono in

---

<sup>610</sup> In particolare, è di tre mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni; sei mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a sei anni; un anno, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o la pena della reclusione non inferiore nel massimo a venti anni ovvero per uno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, lettera a) (ad esempio il delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen.), sempre che per lo stesso la legge preveda la pena della reclusione superiore nel massimo a sei anni.

<sup>611</sup> Il termine è di sei mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni; un anno, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a venti anni, salvo quanto previsto dal numero; un anno e 6 mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o la pena della reclusione superiore nel massimo a venti anni. Pare opportuno precisare che qualora si proceda per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), i termini menzionati sono aumentati fino a sei mesi. Peraltro, il Decreto-legge n. 82 del 2000, convertito con modificazioni in legge 144 del 2000, ha introdotto la previsione di termini autonomi per la fase del giudizio abbreviato, che si riscontrano precisamente in tre mesi se per il delitto per cui si procede è prevista la reclusione non superiore nel massimo a sei anni; sei mesi se per il delitto per cui si procede è prevista la reclusione non superiore nel massimo a venti anni; nove mesi se per il delitto per cui si procede è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a venti anni. La ratio di tale modifica normativa è da ricercarsi nella volontà del legislatore di dare un'attuazione concreta e sostanziale al principio di proporzionalità della misura cautelare, impone di tenere conto della relazione intercorrente tra l'entità del fatto e la sanzione in concreto applicata, sia con riguardo alla durata di fase, sia con riguardo alla durata complessiva. In dottrina, sul punto, R. BRICCHETTI, *Le contraddizioni delle norme transitorie spianano la strada all'ennesimo contrastato*, in "Guida al diritto", 2000, p. 16.

<sup>612</sup> *Ex art.* 303 c. 1 lettera c), il termine è di nove mesi, se vi è stata condanna alla pena della reclusione non superiore a tre anni; un anno, se vi è stata condanna alla pena della reclusione non superiore a dieci anni; un anno e sei mesi, se vi è stata condanna alla pena dell'ergastolo o della reclusione superiore a dieci anni.

<sup>613</sup> In tale eventualità, si applicano i medesimi termini previsti dalla lettera c), salvo qualora si proceda per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), posto che in tal caso i termini di cui ai numeri menzionati sono aumentati fino a sei mesi.

considerazione anche le eventuali proroghe di cui all'art. 305 cod. proc. pen: entro tali termini deve infatti intervenire la sentenza irrevocabile di condanna, pena la caducazione della cautela custodiale. In particolare, la durata complessiva della cautela *de qua* non può superare i due anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni; quattro anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a venti anni; sei anni, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a venti anni.

Oltre ai termini intermedi e complessivi, il legislatore contempla anche i termini finali di fase, cosiddetti massimo dei massimi, che sono quelli che indicano i limiti di durata della custodia preventiva quando interviene una causa di sospensione dei termini intermedi; in particolare, l'art. 304 c. 6 cod. proc. pen. stabilisce che la misura cautelare custodiale non può superare il doppio dei termini intermedi o il termine complessivo aumentato della metà. Sempre nell'ottica di determinare i limiti temporali della cautela personale maggiormente afflittiva, l'art. 303 c. 2 cod. proc. pen. prevede l'ipotesi in cui, a seguito di annullamento con rinvio da parte della Corte di Cassazione o per altra causa, il procedimento regredisca a una fase o a un grado di giudizio diversi ovvero sia rinviato ad altro Giudice. In tale eventualità, dalla data del provvedimento che dispone il regresso o il rinvio o dalla sopravvenuta esecuzione della custodia cautelare decorrono *ex novo* i termini previsti dal primo comma dell'articolo citato relativamente a ciascuno stato e grado del procedimento. Inoltre, il comma terzo dell'art. 303 cod. proc. pen. prescrive che in caso di evasione dell'imputato sottoposto a custodia cautelare i termini previsti dal primo comma decorrono nuovamente, in relazione a ciascuno stato e grado del procedimento, dal momento in cui è ripristinata la custodia cautelare. Come precisato in dottrina, la ratio di tale disposizione deve ricercarsi nel tentativo da parte del legislatore di scoraggiare il fenomeno dell'evasione, con la conseguenza che tale previsione assolve alle funzioni tipiche special-preventive, consentendo il prolungamento automatico della custodia cautelare indipendentemente dal collegamento con i tempi del processo o con il reato per cui si procede<sup>614</sup>.

---

<sup>614</sup> G. ILLUMINATI, *sub art. 303*, in "Commentario Chiavario", III, Torino, 1990, p. 232. La giurisprudenza ha chiarito sul punto che la decorrenza *ex novo* dei termini di custodia cautelare a seguito dell'evasione dell'imputato si giustifica semplicemente con il ripristino della custodia cautelare, non essendo necessario a tal fine che abbia inizio il procedimento penale per il fatto dell'evasione: Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 32866/2009.

Diversi dai termini di durata della custodia cautelare sono invece quelli relativi alle altre misure coercitive, per le quali, *ex art. 308 c. 1 cod. proc. pen.*, è prevista la caducazione automatica quando dall'inizio della loro esecuzione è decorso un periodo di tempo pari al doppio dei termini previsti dall'*art. 303 cod. proc. pen.*, con la precisazione che i termini *de quibus* decorrono, come specificato dalla dottrina<sup>615</sup> e dalla giurisprudenza<sup>616</sup>, dall'inizio dell'esecuzione ovvero dalla notifica dell'ordinanza che le dispone o che le sostituisce con una più grave.

Per quanto concerne invece le misure interdittive, il testo originario del comma secondo dell'*art. 308 cod. proc. pen.* prevedeva un termine di durata breve (due mesi) e una rinnovazione per esigenze probatorie nei medesimi limiti temporali; tuttavia, l'*art. 10* della legge n. 47/2015 ha ampliato la durata massima dell'interdizione cautelare, fissandola a dodici mesi, con una possibilità di rinnovazione per esigenze probatorie sempre negli stessi limiti di durata. La *voluntas legislatoris* sottesa alla disposizione si spiega con la necessità di consentire agli organi giurisdizionali di far uso delle cautele interdittive, che erano difatti poco utilizzate a causa del ristretto arco temporale di loro possibile applicazione, in modo tale da limitare il più possibile il ricorso alle cautele coercitive e, quindi, agli strumenti maggiormente incisivi sulla libertà personale.<sup>617</sup>

In stretta connessione con il tema della durata dei provvedimenti cautelari personali si inserisce l'istituto delle cosiddette contestazioni a catena, con cui si fa riferimento a quelle ipotesi «patologiche» in cui il Pubblico Ministero chiede, in tempi diversi, l'emissione di più ordinanze applicative della medesima misura cautelare in relazione allo stesso fatto o a fatti diversi ma che erano comunque già noti, con il precipuo intento di eludere i limiti temporali fissati dalla normativa codicistica e di consentire, quindi, un arbitrario prolungamento della cautela personale.<sup>618</sup> Al fine di arginare tale fenomeno, scongiurando il rischio di una diluizione dei termini determinata dal concatenarsi di più fattispecie cautelari<sup>619</sup>, l'*art. 297 c. 3 cod. proc. pen.* cristallizza una *regola iuris* preordinata a realizzare una retrodatazione di tutti i provvedimenti cautelari al momento dell'emissione del primo di questi, di talché i termini decorrono dal giorno in cui è stata eseguita o notificata la prima ordinanza e sono

---

<sup>615</sup> G. ILLUMINATI, *sub art. 308*, in "Commentario Chiavario", op. cit., p. 251.

<sup>616</sup> Cass. pen., sez. V, sentenza n. 5372/1999.

<sup>617</sup> Sul punto, G. SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, in "Diritto Penale e Processo", 2015, p. 529.

<sup>618</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 476.

<sup>619</sup> Corte cost., sentenza n. 89/1996.

commisurati all'imputazione più grave.<sup>620</sup> Sostanzialmente, la retrodatazione consiste «nel “riallineamento” tra misure cautelari che, pur dovendo essere coeve, sono state separatamente adottate, ovvero in uno “slittamento all'indietro” della data di esecuzione del provvedimento cautelare successivo fino alla data di esecuzione di quello iniziale»<sup>621</sup>.

Stando al *dictum* del dettato codicistico, le circostanze riconducibili all'ambito di operatività della norma in esame riguardano l'emissione di «più ordinanze che dispongono la medesima misura per uno stesso fatto, benché diversamente circostanziato o qualificato, ovvero per fatti diversi commessi anteriormente alla emissione della prima ordinanza in relazione ai quali sussiste connessione *ex art. 12, comma 1, lettere b) e c)*, limitatamente ai casi di reati commessi per eseguire gli altri». La retrodatazione menzionata non si applica però «alle ordinanze per fatti non desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio disposto per il fatto con il quale sussiste connessione a norma del presente comma».<sup>622</sup>

In definitiva, l'art. 297 c. 3 cod. proc. pen., come anche i limiti temporali delle cautele personali, sono posti a presidio della libertà dell'individuo; d'altro canto, tutte le norme di diritto processuale si inseriscono in quel sistema costituzionale di diritti e garanzie che riconosce la persona proprio come «fine del sistema delle libertà garantite»<sup>623</sup>.

---

<sup>620</sup> D'altro canto, come precisato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 408 del 3 novembre del 2005, «nessuno spazio può residuare in capo agli organi titolari del potere cautelare di scegliere il momento a partire dal quale possono essere fatti decorrere i termini custodiali». Sul punto anche Corte eur., Bolzano c. Francia, con cui la Corte ha specificato che la detenzione è da considerarsi arbitraria ogniqualvolta vi sia stata mala fede da parte dell'autorità nell'interpretare le norme di diritto.

<sup>621</sup> Cass. pen., sez. un., sentenza n. 23166/2020. Peraltro, con tale pronuncia, il Supremo Collegio ha risolto una questione di diritto imperniata sul seguente quesito: “se, in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, di cui all'art. 297, comma 3, c.p.p., debba essere effettuata frazionando la durata globale della custodia cautelare, ed imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee, o invece, computando l'intera durata della custodia cautelare subita, anche se relativa a fasi non omogenee”. Difatti un primo filone giurisprudenziale riteneva che «in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare [...] impone, ai fini del calcolo dei termini di fase, di frazionare la globale durata della custodia cautelare, imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee (così Cass. pen., sez. VI, sentenza, n. 50761/2014; Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 15736/2016). Un secondo indirizzo della giurisprudenza di legittimità, accolto anche dalla pronuncia menzionata, è invece fermo nel ritenere che «la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare di cui all'art. 297, comma 3, c.p.p. deve essere effettuata computando l'intera durata della custodia cautelare subita, anche se relativa a fasi non omogenee». (Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 3058/2016). D'altro canto, la Corte precisa che la ratio dell'art. 297 c. 3 cod. proc. pen. è quello «comprimere entro spazi sicuri il termine di durata massima delle misure cautelari, in perfetta aderenza con quanto previsto dall'art. 13 Cost.», ragion per cui l'istituto *de quo* «non comporta una sommatoria dei periodi di custodia afferenti alle due misure e non richiede una loro distinta considerazione a seconda delle fasi processuali in cui la conseguente privazione di libertà si è prodotta».

<sup>622</sup> Tale disposizione è stata qualificata come «difficilmente intellegibile a fronte di una prosa tanto contorta»: così V. GREVI, *Pluralità di ordinanze cautelari per «fatti diversi» e computo dei termini di custodia cautelare nel nuovo art. 297 c. 3 c.p.p.: una disciplina di assai dubbia ragionevolezza*, in “Cassazione penale”, 1995, p. 3095.

<sup>623</sup> A. BARBERA, *sub. art. 2*, in G. BRANCA, “Commentario della Costituzione”, Bologna, 1982, p. 66.

## CONCLUSIONE

Il *punctum dolens* dell'intera tematica è costituito dalla ricerca del corretto bilanciamento tra la libertà personale di un presunto innocente, *rectius* non colpevole, e le ragioni di interesse pubblico o di genuinità processuale sottese ai provvedimenti cautelari. Difatti, ciò che coinvolge maggiormente i dibattiti dottrinali e giurisprudenziali non è tanto la legittimità di per sé delle cautele personali quanto piuttosto l'impianto normativo che le disciplina, gravato del delicatissimo compito di ponderare scrupolosamente la dimensione individuale e quella statale. D'altro canto, l'imprescindibilità delle misure cautelari non sembra possa essere messa in discussione e ogniqualvolta si palesano dei pericoli per l'accertamento dei fatti o per la collettività, sorge la necessità di arginare il rischio che l'effettività della tutela giurisdizionale possa essere compromessa, ragion per cui, in determinati casi, la giustizia penale non può prescindere da restrizioni *ante iudicium* della libertà personale di colui nei cui confronti si procede per un fatto di reato. Al contempo, però, si deve rammentare che la necessità delle cautele personali deve confrontarsi con la presunzione costituzionale di non colpevolezza, che si assurge a matrice filosofica essenziale non solo per rendere il procedimento cautelare coerente con quel canone di civiltà che rifiuta un'anticipazione di pena ma anche per evitare un'arbitraria sopraffazione dell'indagato/imputato. Dunque, stante l'indispensabilità dell'azione cautelare, ciò che è stato oggetto di attenzione non è l'*an* delle misure personali bensì il *quomodo*.

Posto che la coercizione e l'interdizione cautelare sfociano in una restrizione dei diritti di libertà di un presunto innocente, non sembra azzardato concludere che il faro conduttore della normativa *de libertate*, e di qualsiasi scelta legislativa e giudiziale ad essa relativa, dovrebbe essere costituito da una matrice garantistica. Pertanto, nella consapevolezza della complessità di una simile tematica, e senza pretese di esaustività, si è cercato di mettere in luce i principi garantistici che devono regolare *in itinere iudicii* l'intervento dell'autorità nella sfera liberal-individuale del singolo.

A tal fine, si è innanzitutto proceduto ad una disamina delle garanzie costituzionali e sovranazionali poste a tutela del bene giuridico su cui incide l'azione cautelare: la libertà personale. Tra queste, come anticipato, quella che costituisce il *fil rouge* dell'intero elaborato è la presunzione di non colpevolezza, da cui derivano una serie di corollari che contribuiscono alla creazione del perimetro protettivo dei diritti di libertà di un presunto

innocente. Da un'attenta analisi dei principi sanciti dalla Costituzione e dalla CEDU ne è derivato che se da un lato la libertà personale, per quanto inviolabile precondizione valoriale di un sistema liberale, può subire delle limitazioni anche ancor prima di una sentenza di condanna se ciò si rende necessario per ragioni di genuinità processuale o in forza di istanze securitarie, dall'altro ciò che invece non è in alcun modo suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento con altri interessi o diritti è la dignità umana. Ne consegue che ogni scelta legislativa concernente i diritti processuali del soggetto coinvolto nel procedimento penale deve sempre essere improntata al rispetto dello statuto dignitario della persona.

Sempre nell'ottica di evidenziare i principi garantistici sottesi alla normativa cautelare, si è successivamente passati ad esaminare i presupposti applicativi delle misure personali: del resto, le disposizioni del titolo I del Libro IV del Codice di Procedura Penale costituiscono un importante banco di prova per valutare la qualità garantista della giurisdizione cautelare e per vagliare la concretizzazione, in ambito codicistico, dei diritti inviolabili sanciti a livello costituzionale.

Attenzionando le modalità tramite cui la normativa processual-penalistica si pone in funzione difensiva della libertà personale di un presunto innocente, sembra potersi affermare che la *voluntas legislatoris* sottesa all'intero sistema cautelare è quella di rendere il potere discrezionale del Giudice un'attività di minuziosa ponderazione tra i diritti del singolo e le ragioni dello Stato, tracciando a tal fine delle linee guida per una corretta estrinsecazione del potere giurisdizionale in un frangente così delicato in cui deve regnare sovrana la presunzione di non colpevolezza. Difatti, stante il meccanismo di adozione a sorpresa delle cautele personali, da cui deriva l'innegabile posizione di svantaggio della persona che vi è sottoposta rispetto all'accusa, affinché possa effettivamente realizzarsi il "giusto processo" cautelare e quindi possa essere emesso un provvedimento cautelare "giusto", è necessario che la disparità delle parti sia riequilibrata. Allora, si è avuto modo di vedere che l'essenza prettamente probabilistica del giudizio cautelare, che è infatti fondamentalmente presuntivo poiché basato non su prove ma su indizi, è controbilanciata, ad esempio, dalla prescrizione di un rinforzato onere motivazionale in capo al Giudice che emette l'ordinanza, da rigorose regole di valutazione della piattaforma indiziaria, da una precisa aggettivazione delle esigenze cautelari, dalla struttura triadica dei dogmi di adeguatezza, proporzionalità e gradualità, dalla forza difensiva dell'interrogatorio di garanzia, nonché da una serie di principi strettamente connessi all'esercizio dei diritti di difesa.

Tuttavia, non si è potuto sottacere il fatto che, rispetto ad alcune categorie di delitti, la logica del *favor libertatis* su cui è improntata la normativa cautelare si traduce per converso in un impianto *contra libertatem*. Il riferimento, piuttosto ovvio, è soprattutto al fenomeno mafioso, per il quale è tassativamente previsto un sistema derogatorio da cui autorevole dottrina ricava una considerazione del soggetto coinvolto in un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. quale indagato/imputato di "serie B", presunto un po' meno innocente degli altri. Si pensi, per quanto concerne il cosiddetto doppio binario cautelare, alla presunzione codificata di adeguatezza della sola carcerazione preventiva, alla facoltà concessa al Giudice di dilazionare l'esercizio del diritto di conferire con il difensore o alla possibilità di assoggettamento alla durezza del regime carcerario di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. anche *in itinere iudicii*. Invero, la rigidità normativa accordata ad alcune fattispecie delittuose dissimula una questione dal contenuto più ampio, cioè la legittimità delle finalità special-preventive nel frangente cautelare, considerato anche il famigerato «vuoto dei fini» più volte menzionato.

Pertanto, come ormai pacificamente assodato, la vicenda *de libertate* impone un continuo e vicendevole contemperamento di interessi e diritti in conflitto tra loro. Le esigenze difensive devono conciliarsi con quelle investigative, il diritto a non subire invasioni nella propria sfera liberal-individuale *ante iudicium* deve confrontarsi con la necessità di tutelare la genuinità processuale, l'interesse a non essere additato come colpevole prima ancora di una sentenza di condanna, e quindi neanche come pericoloso, deve ponderarsi con le istanze securitarie: sostanzialmente, la libertà dell'individuo deve bilanciarsi con le ragioni dell'autorità.

In definitiva sembra potersi concludere che, come premesso nell'introduzione dell'elaborato, cogliere l'intenso legame morale che intercorre tra le norme procedurali, la libertà personale e gli altri diritti fondamentali che sono ad essa strettamente connessi non è parso compito arduo: d'altro canto il Codice di Procedura Penale è intessuto di principi garantistici. Ciò che invece si è rivelato difficilmente rintracciabile, per le ragioni fin qui esposte, è un incontestabile e simmetrico equilibrio tra libertà e autorità, tra individuo e autorità.

## BIBLIOGRAFIA

- ADORNO R., *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare obbligatorio: cade la presunzione di adeguatezza anche per i reati di "contesto mafioso"*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2013
- ALESCI T., *Corpo dell'imputato (fonte di prova nel processo penale)*, in "Digesto delle discipline penalistiche", X, 2018
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967
- 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
- AMODIO E., *Diritto al silenzio e dovere di collaborazione*, in "Rivista di diritto processuale", 1974
- AMODIO E., *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1974
- AMODIO E., *Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, in "Tavola rotonda. La disciplina delle misure cautelari personali", in "Legislazione penale", 2006
- AMODIO E., *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare*, in "Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali", Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, 2014
- ANGELETTI R., *Il processo indiziario, Indizio, sospetto e congettura al vaglio della giurisprudenza di legittimità*, Torino, 2021
- APRILE E., *Le modifiche della misura cautelare personale dopo l'emissione dell'ordinanza genetica*, in "Giurisprudenza di merito", 2005
- BALDUCCI P., *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002
- BALSAMO A., LO PIPARO A., *La «prova per sentito dire». La testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Milano, 2004
- BALSAMO A., LO PIPARO A., *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in "Giurisprudenza europea e processo penale italiano", Torino, 2008
- BARBIERI A., *Whistleblowing e internal investigation: una prospettiva di collaborazione dell'ente*, in "Sistema Penale", 6, 2020



BARGI A., *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990

BARGIS M., *La riproduzione fonografica o audiovisiva prescritta dall'art. 141-bis c.p.p.: distinzioni interpretative in ordine al concetto di interrogatorio*, in "Cassazione penale", 1998

BARGIS M., CONSO G., GREVI V., *Compendio di procedura penale*, Milano, 2021

BELLUCCI P., *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Torino, 2002

BIN R., *I diritti di chi non consuma*, Relazione al Convegno Diritti dell'individuo e diritti del consumatore, Milano, 14 dicembre 2017.

BIN R., CHIARRELLA P., *Critica alla teoria dei diritti. Conversazione con Roberto Bin*, in "Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee", 2, 2018

BONGIORNO L., *Il divieto di avvicinamento alla persona offesa tra esigenze di protezione della vittima e tutela delle garanzie di libertà dell'accusato: il punto di equilibrio individuato dalle Sezioni Unite*, in "Sistema Penale", 3, 2022

BONINI V., *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Milano, 2018

BORRELLI P., *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2015

BRESCIANI L., *Libertà personale dell'imputato*, in "Digesto penale", vol. VII, Torino, 1988

BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Carcere extrema ratio se non c'è spazio per le interdittive*, in "Guida al diritto", 2015

BRICOLA F., *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in "Politica criminale e scienza del diritto penale", Bologna, 1997

BRONZO P., *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*, in "Cassazione penale", 2012

CABIALE A., *I limiti alla prova penale*, Torino, 2000

CABIALE A., *La chiamata de relato può avere come unico riscontro altre chiamate di analogo tenore: le sezioni unite e l'esaltazione del libero convincimento, una excusatio (in parte) non petita*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2013

CAIANELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2014

CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936

CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Padova, 1954

CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in “Dieci anni dopo. Saggi sulla vita democratica italiana”, Bari, 1955

CALLARI C., *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari. Il fine giustifica i mezzi?*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2012

CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996

CAMON A., *Sulla inutilizzabilità nel processo penale dei tabulati relativi al traffico telefonico degli apparecchi “cellulari”, acquisita dalla polizia senza autorizzazione dell’ autorità giudiziaria*, in “Cassazione Penale”, 1996

CAMPOLI E., *L’ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, in “Archivio della nuova procedura penale”, 2015

CANESCHI G., *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un’ estensione della garanzia?*, in “Archivio Penale”, 3, 2021

CANZIO G., *Il dubbio e la legge*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2018

CANZIO G., *La “dike” degli antichi e la “giustizia” dei moderni: “Edipo re” e “Antigone”*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2018

CAPOGRASSI G., *Opere*, vol. V, Milano, 1959

CAPRIOLI F., *Motivazione dell’ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in L. GIULIANI L., *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015

CARACENI L., *Misure cautelari pro victima e diritti di libertà dell’ accusato, a proposito di una convivenza faticosa*, in “Archivio della nuova procedura penale”, 2017

CARCATERRA G., *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012

CARNELUTTI F., *La pena dell’ergastolo è costituzionale?*, in “Diritto e Processo”, XI, 1956

CARNELUTTI F., *Diritto dell’imputato agli esperimenti sul suo corpo*, in “Rivista di diritto processuale”, 1957

CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958

CARRARA F., *Immoralità del carcere preventivo*, in “Opuscoli di diritto criminale”, vol. IV, Lucca, 1874

CARRETTI P., *Libertà personale*, in “Digesto delle discipline pubblicistiche”, vo. IX, Torino, 1994

CARRETTI P., TARLI BARBIERI G., *I diritti fondamentali*, Torino, 2002

CARRETTI P., TARLI BARBIERI G., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017

CASSIBA F., *L'indisponibilità del “braccialetto elettronico”: le Sezioni Unite escludono automatismi decisori ma residuano dubbi*, in “Processo Penale e Giustizia”, 2016

CASTALDO, M. C., *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001

CATALANO E., *I confini operativi della regola di giudizio incarnata dal paradigma bard*, in “Rivista Processo Penale e Giustizia”, 6, 2017

CERESA GASTALDO M., *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993

CERTOSINO D., *Giustizia riparativa e processo penale: luci ed ombre di una nuova modalità di risposta al reato*, in “Mediaries, Rivista su trasformazione dei conflitti, cultura della riparazione e mediazione”, 1, 2022

CESARI C., *Testimonianza indiretta*, in “Enciclopedia del Diritto”, Annali, vol. II, 2008

CHIAVARIO M., *Le garanzie fondamentali nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 1978

CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona, Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984

CHIAVARIO M., *La riforma del processo penale*, Torino, 1990

CHIAVARIO M., *sub art. 274*, in *Commentario Chiavario*, III, Torino, 1990

CHIAVARIO M., MARZADURI E., *Libertà e cautele nel processo penale*, Torino, 1996

CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, Torino, 2015

CHIAVARIO M., *Il processo penale: sulla bilancia della Corte, da un codice all'altro, garanzie, funzionalità della giustizia... et autres*, in “La legislazione penale”, 2016

COGLIANDRO G., *Rule of Law*, in “Digesto delle Discipline pubblicistiche”, Torino, 2015

COMOGLIO L. P., *Contraddittorio*, in “Digesto delle discipline privatistiche”, vol. IV, Torino, 1989

COMOGLIO L. P., *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il conseguente sequestro*, in “Cassazione penale”, 1996

COMOGLIO L. P., *Contraddittorio (principio del)*, in “Enciclopedia giuridica”, vol. VIII, 1997

CONFALONIERI A., *I controlli della Corte di cassazione sui provvedimenti «de libertate»*, in “Giurisprudenza Italiana”, 1994

CONFALONIERI A., *Requisiti essenziali della motivazione nelle decisioni del tribunale delle libertà*, in “Giurisprudenza Italiana”, 1994

CONFALONIERI A., *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare, Esperienze italiana e francese a confronto*, Padova, 1996

CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955

CONSO G., ILLUMINATI G., *sub. art. 275 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano, 2014

CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007

CONTI G., MACCHIA A., *Indagini preliminari*, in “Enciclopedia giuridica”, XVI, Roma, 1989

CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963

CORDERO F., *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992

CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012

CORSO P., *Codice di procedura penale e criminalità organizzata*, in P. CORSO, G. BERSANI, G. INSOLERA, *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995

CORSO P., *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2002

CORSO P., *Le misure cautelari*, in *Procedura penale*, Torino, 2018

CURTOTTI D., *Difesa penale*, in “Digesto delle Discipline penalistiche”, 2005

CURTOTTI D., *Custodia cautelare, presupposti, vicende, estinzione*, in “Digesto delle discipline penalistiche”, Torino, 2009

D’ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005

DE CARO A., *Libertà personale e sistema processuale*, Napoli, 2000

DE CARO A., *Le misure cautelari. Presupposti e criteri applicativi*, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, vol. II, tomo II, Torino, 2008

DE CESARIS L., *Dal panopticon alla sorveglianza elettronica*, in M. BARGIS, *Il decreto antiscarcerazioni*, Torino, 2001

DE CUPIS A., *Riservatezza e segreto (Diritto a)*, in “Novissimo Digesto Italiano”, vol. XVI, Torino, 1969

DE LUCA G., *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953

DE MARSICO A., *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milano, 1915

DE ROBBIO C., *Il contraddittorio, Poteri e opportunità della difesa nel procedimento penale*, Milano, 2018

DENTI V., *La difesa come diritto e come garanzia (a proposito dell'autodifesa nel processo penale)*, in “Foro Italiano”, vol.100, 1977

DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004

DI BITONTO M. L., *Libertà personale dell'imputato e “giusto processo”*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 2007

DI MARTINO A., *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in “Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale”, 2016.

DIDDI A., GERACI R. M., *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015

DINACCI F. R., *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008

DINACCI F. R., *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010

DINACCI F. R., *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012

DINACCI F. R., *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in “Archivio Penale”, 3, 2013

DINACCI F. R., *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, in “Processo penale e giustizia”, 2, 2016

DINACCI F. R., *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. MAZZA, *Le nuove intercettazioni*, Torino, 2018

DINACCI F. R., *Le prospettive di riforma delle notifiche all'imputato e processo in absentia: inconsapevolezze legislative*, in “Archivio Penale”, 1, 2021

DINACCI F. R., *Prefazione*, in V. DE GIOIA, G. PAPIRI, *La giustizia riparativa*, Piacenza, 2022

ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 1964

FASSONE E., *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in “Questione giustizia”, 1991

FELICIONI P., *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Assago, 2007

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990

FERRAJOLI M., *Presunzione*, in “Enciclopedia del diritto”, XXXV, Milano, 1986

FERRAJOLI M., *Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 2014

FERRUA P., *Difesa (diritto di)*, in “Digesto delle discipline penalistiche”, vol. III, Torino, 1989

FERRUA P., *Il giusto processo*, Bologna, 2007

FERRUA P., *La certezza oltre ogni ragione dubbio*, in L. FILIPPI, *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, Padova, 2007

FERRUA P., *La prova nel processo penale*, Torino, 2017

FIANDACA G., *Ermeneutica ed applicazione giurisprudenziale del diritto penale*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 2, 2003

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte Speciale*, vol. II, tomo I, in *I delitti contro la persona*, Bologna, 2013

FIDELBO G., *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in “Sistema penale”, 12, 2022

FIECCONI F., *La doppia anima del giudizio di Cassazione*, in “Corriere Giuridico”, 2021

FILIPPI L., *L’intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1996

FILIPPI L., *Il difficile equilibrio tra garanzie dell’accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in “Diritto penale e processo”, 2016

FIORELLI G., *L’imputazione latente*, Torino, 2016

FIORELLI P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1954

FIORIO C., *La presunzione di non colpevolezza*, in G. DEAN, *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007

FLICK G., *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 4, 2017

FLORIAN E., *Delle prove penali*, Milano, 1921

FRIGO G., *La posizione del difensore nel nuovo processo penale*, in “Giurisprudenza Penale”, fasc. I, 1988

FRIGO G., *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, in “Guida al Diritto”, fasc. 1, 2003

FURFARO S., *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in G. SPANGHER, C. SANTORIELLO, *Le misure cautelari personali*, vol. II, Torino, 2009

FURFARO S., *Rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in “Archivio penale”, 2014

GAITO A., *Le impugnazioni penali*, Torino, 1998

GAITO A., MIELE I., *Specialità dell’extradizione e criteri di computabilità della custodia cautelare subita all’estero sine titulo*, in “Giurisprudenza italiana”, 1999

GALANTINI N., *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992

GALANTINI N., *Vizi degli atti processuali penali*, in “Digesto delle discipline penalistiche”, vol. XV, Torino, 1999

GALANTINI N., *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2018

GARGANI A., *Premessa*, in “Legislazione penale”, 2009.

GAROFOLI V., *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, 1983

GAROFOLI V., *L’udienza preliminare e il contenimento dei tempi processuali*, Milano, 2008

GIBILISCO L., *Quel che resta del fumus: gli indizi di colpevolezza nel prisma delle presunzioni cautelari*, in “Discrimen”, 2020

GIACOLINI P., *Il principio costituzionale della riparazione degli errori giudiziari*, in “Diritto e Società”, 1986

GIOSTRA G., *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 1994

GIOSTRA G., *Per una migliore disciplina della custodia cautelare*, in “Diritto Penale e Processuale”, 1995

GIOSTRA G., *Contraddittorio (principio del)*, in “Enciclopedia giuridica Treccani”, vol. VIII, 2001

GIOSTRA G., *Carcere cautelare “obbligatorio”: la campana della Corte costituzionale, le “stecche” della Cassazione, la sordità del legislatore*, in “Giurisprudenza costituzionale”, Milano, 2012

GIOSTRA G., *Su intercettazioni e segreto una disciplina impraticabile*, in “Il Sole-24 Ore”, 20/12/2017

GIOSTRA G., *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in “Rivista di diritto dei media”, 3, 2018

GIOSTRA G., *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari, 2020

GIULIANI L., *La riforma delle misure cautelari*, Torino, 2015

GIULIANI L., *La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47*, in “Rivista Diritto e Procedura Penale”, 2017

GIULIANI L., *La libertà personale dell'imputato tra principi e prassi in attesa di una riforma organica della giustizia penale italiana*, in Editoriale del Dossier “Libertà personale dell'imputato e misure cautelari restrittive della libertà individuale nel processo penale”, 2021

GIUPPONI F., *La sicurezza e le sue dimensioni costituzionali*, in S. VIDA, “Diritti umani. Teoria, analisi e applicazioni”, Bologna, 2008

GRASSIA R. G., *La testimonianza indiretta ed il divieto di deposizione sulle dichiarazioni dell'imputato*, in “Archivio Penale”, 2, 2014

GREVI V., *Nemo tenetur se detegere, Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972

GREVI V., *Libertà personale dell'imputato*, in “Enciclopedia del diritto”, XXIV, Milano, 1974

GREVI V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976

GREVI V., *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in “Giustizia penale”, 1988

GREVI V., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, 1989

GREVI V., *Libro III, Prove*, in G. CONSO, V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1990

GREVI V., *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996

GREVI V., *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in “Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332” Milano, 1996

GRILLI A., *La procedura penale*, Padova, 2009

GROSSI P., *I diritti fondamentali nel processo penale: a) la libertà personale*, in “Enciclopedia del diritto”, vol. I, 1958



IACOVIELLO F.M., *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, in “Cassazione penale”, 2004

ILLUMINATI G., *Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in “Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale”, 1978

ILLUMINATI G., *La presunzione di innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979

ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983

ILLUMINATI G., *Modifiche, integrazioni e problemi non risolti nella normativa sul tribunale della libertà*, in V. GREVI, *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, Padova, 1985

ILLUMINATI G., *sub art. 303*, in *Commentario Chiavario*, III, Torino, 1990

ILLUMINATI G., *Presunzione di non colpevolezza*, in “Enciclopedia giuridica”, vol. XXXIV, Roma, 1991

ILLUMINATI G., *Presupposti delle misure cautelari*, in V. GREVI, *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, 1996

ILLUMINATI G., *Ripartire dalla costituzione*, in *Tavola rotonda sulla disciplina delle misure cautelari personali*, in “Legislazione penale”, 2006

ILLUMINATI G., *La vittima come testimone*, in L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, 2015

ILLUMINATI G., *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all’Europa*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2015

ILLUMINATI G., *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell’imputato*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 3, 2015

KOSTORIS R. E., *Commento all’art. 1 della legge n. 332 del 1995*, “Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare”, Padova, 1995

LA ROCCA E., *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, Padova, 2018

LAMI G., *Omnis tenetur se detegere, L’abolizione del diritto al silenzio nelle indagini su affari e politica*, in “Cassazione penale”, 1995

LATTANZI G., *Cassazione o terza istanza*, in “Cassazione penale”, 2007

LATTANZI G., LUPO E., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. III, Milano, 2008

LEO G., *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 4, 2011

LEONE G., *Il mito del giudicato*, in “Rivista di Diritto Penale e Processo”, 1956

LILLO P., *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2006

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2018

LUCCHINI L., *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899

MACCHIAA., *I diritti fondamentali “minacciati”: lo sfondo delle garanzie in Costituzione*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2017

MACRILLÒ A., *Il pericolo di reiterazione ex art. 274 comma 1, lett. c), c.p.p. dopo la L. n. 47 del 2015 al vaglio della Cassazione*, in “Diritto penale e processo”, 4, 2016

MALINVERNI A., *Principi del processo penale*, Torino, 1972

MANNA A., *Pericolo di reiterazione dei reati e recidiva “presunta”, tra persona fisica e giuridica*, in “Diritto di Difesa”, 2, 2022

MANNOZZI G., *La giustizia senza spada, Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003

MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Milano, 1967

MARAFIOTI L., *Scelte autodifensive dell’indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000

MARAFIOTI L., *Responsabilità penale e scorciatoie probatorie*, Torino, 2006

MARANDOLA A., *L’interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all’anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006

MARANDOLAA., *Misura cautelare applicata dal tribunale della libertà in sede d’appello: negato l’interrogatorio di garanzia*, in “Cassazione penale”, 2020

MARCHETTI P., *Testis contra se. L’imputato come fonte di prova nel processo penale dell’età moderna*, Milano, 1994

MARINELLI C., *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007

MARTINO A., *L’equilibrio instabile fra carcere duro e dignità umana. Il caso Provenzano: alcune riflessioni sulla sentenza della Corte di Strasburgo*, in “Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa”, febbraio 2019

MARZADURI E., *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in “Digesto delle discipline penalistiche”, VIII, Torino, 1964

MARZADURI E., *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in “Digesto delle discipline penalistiche”, VIII, Torino, 1992

MARZADURI E., *Commento all’art. 2 l. 16/7/1997 n. 234*, in “Legislazione penale”, 1997

MARZADURI E., *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in “Legislazione penale”, 2001

MARZADURI E., *Note di sintesi*, in *Tavola rotonda sulla disciplina delle misure cautelari personali*, in “Legislazione penale”, 2006

MATTEUCCI N., *Antologia degli scritti politici di Montesquieu*, Bologna, 1961

MAZZA O., *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004

MAZZA O., *Le persone pericolose (in difesa della presunzione di innocenza)*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2010

MERLINO M., *Esiste ancora l’ergastolo ostativo?*, in “Questione giustizia”, 2023

MODUGNO F., *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995

MOLARI A., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002

MORELLI F., *Commento all’art. 9 d.l. 23.2.2009 n. 11*, in “Legislazione penale”, 2009

MOROSELLI C., *Il perspicuo sinotticismo degli artt. 273 e 533 e la spinosa quaestio dell’applicabilità dell’art. 192 co. 2 alla materia cautelare*, in “Rivista Processo Penale e Giustizia”, 6, 2020

NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, 2007

NEGRI D., *Fumus commissi delicti, La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004

NEGRI D., *Le misure cautelari a tutela della vittima*, in “Giurisprudenza italiana”, 2012

NOBILI M., *Divieti probatori e sanzioni*, in “Giurisprudenza Penale”, 1991

NOBILI M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998

PACE A., *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in “Enciclopedia del diritto”, XXIV, Milano 1974

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Lezioni*, Padova, 1991

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992

PANZAVOLTA M., *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in “Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche”, vol. 58, 2007

PATANÉ V., *Percorsi di giustizia riparativa nell’ordinamento italiano*, in M. BARGIS, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017

PAULESU P., *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, Torino, 2009

PAULESU P., *Vittima di reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti e tutele)*, in M. BARGIS, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017

PERONI F., *Misure interdittive*, in “Enciclopedia del diritto”, IV Agg., Milano, 2000

PINO G., *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017

PISANI M., *Caducazione*, in “Enciclopedia del diritto”, vol. V, Milano, 1959

PISANI M., *Giurisdizione penale*, in “Enciclopedia del diritto”, volume XIX, 1970

PISANI M., *Libertà personale e processo*, Padova, 1974

PISAPIA G. D., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Milano, 1995

PISAPIA G., *Appunti di procedura penale*, I, Milano, 1971

PIZZETTI F., *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012

PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in “Diritto penale contemporaneo”, 2014

PUGIOTTO A., *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Dalle pagine di un libro a Palazzo Consulta*, in “Diritto Penale contemporaneo”, 4, 2016

PULITANÒ D., *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in G. INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale*, Bologna, 2005

PULITANÒ D., *Riparazione e lotta per il diritto*, in “Sistema Penale”, 2, 2023

RICCI A., *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4 bis, comma 1 bis, o.p. a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019*, in “Giurisprudenza Penale” 1, 2020

RICCIO G., *Introduzione*, in “G.i.p. e libertà personale: verso un contraddittorio anticipato?”, Napoli, 1997

RIDOLA P., *Dallo stato di diritto allo stato costituzionale*, in “Dialoghi con Guido Alpa”, Roma, 2018

ROSSI N., *Il diritto a non essere additato come “colpevole” prima del giudizio. La direttiva UE e il decreto legislativo in itinere*, in “Questione Giustizia”, 2021

ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale*, Bologna, 1966

SABATINI V., *Prova (diritto processuale penale e diritto processuale penale militare)*, in “Novissimo digesto italiano” 1967

SANNA A., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, Milano, 2000

SCALFATI A., *Ricerca della prova e immunità difensive*, Padova, 2001

SCELLA A., *Prove penali ed inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000

SIRACUSANO D., GALATI A., TRANCHINA G., ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2006

SIRACUSANO F., *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005

SPANGHER G., *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in "Archivio penale", 1994

SPANGHER G., *La sospensione condizionale esclude anche gli arresti domiciliari?*, in "Diritto Penale e Processo", 3, 1997

SPANGHER G., *Misure cautelari personali*, in "Digesto delle discipline penalistiche", VIII, Torino, 2014

SPANGHER G., *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in "Diritto penale contemporaneo", 4, 2015

SPANGHER G., MARANDOLA A., GARUTI G., KALB L., *Procedura penale, Teoria e pratica del processo*, vol. II, 2015

SPANGHER G., *Un restyling per le misure cautelari*, in "Diritto Penale e Processo", 2015

TABASCO G., *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, Napoli, 2011

TAORMINA C., *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1995

TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992

TONINI P., *La prova penale*, Milano, 2000

TONINI P., *Profili generali del procedimento penale*, Milano, 2011

TONINI P., *Diritto processuale penale. Manuale breve*, Milano, 2012

TONINI P., CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012

TONINI P., *Lineamenti di diritto processuale penale*, 2012

TONINI P., CONTI C., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2021

TRANCHINA G., *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in "Enciclopedia del diritto", vol. XX, Milano, 1970

TROMBETTA G., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti? Brevi riflessioni intorno a una recente proposta di legge costituzionale*, in "Forum di Quaderni Costituzionali", 4, 2021

UBERTIS G., *I fondamenti della metodologia, il linguaggio processuale* (“fonte di prova”, “elemento di prova”, “mezzo di prova”, “criterio”, “risultato”, “indizio”, “sospetto”), in “Quaderni Consiglio Superiore Magistratura”, 98, 1997

UBERTIS G., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in “Cassazione Penale”, 2003

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale*, Torino, 2004

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2007

VALENTINI E., *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in “Giurisprudenza di merito”, 2010

VARRASO G., *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 1999

VASSALLI G., *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in “Giustizia penale”, 1978

VASSALLI G., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1997

VELE A., *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, 2011

VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 2006

ZACCHÈ F., *Riscontri «individualizzanti» nel procedimento cautelare dopo la l. n. 63 del 2001*, in “Cassazione penale”, 2004

ZACCHÈ F., *Il detenuto in attesa di giudizio: profili di una riforma incompiuta*, in “Archivio penale”, 2014

ZAPPALÀ E., *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in “Libertà personale e ricerca della prova”, Milano, 1995

ZAVAGLIA F., *In tema di domande suggestive dell'esame testimoniale condotto dal giudice*, in “Archivio penale”, 1, 2013